

Dr. Rainer Hildebrand

Dortmund

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

„Praxisrelevante Themen im Baurecht“

Fachvortrag

Im Rockwool Seminar

„Alles was Recht ist“

September 2013

Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
I. Bauverträge	5
1.) Ausgangspunkt	5
2.) Ausgangsfall	6
3.) Rechtsnatur der VOB	6
4.) Abschlagszahlungen	7
5.) Kündigung vor Abnahme	..9
6.) Fälligkeit der Vergütung	11
7.) Bedeutung der Abnahme	12
8.) Wirkung der Abnahme	13
a. Erfüllungswirkung	13
b. Fälligkeitsvoraussetzung	13
c. Leistungsgefahr	13
d. Vergütungsgefahr	14
e. Schutzpflichten	14
f. Beweislast	15
g. Gewährleistungsfrist	15
h. Fälligkeitszinsen	16
9. Formen der Abnahme	16
a.) Erklärte Abnahme	16
b.) Förmliche Abnahme	16
c.) Konkludente Abnahme	18
d.) Fiktive Abnahme	18
10. Lösung Ausgangsfall	19
11. Abrechnungsverhältnis	20
12. Prüfbarkeit nach VOB und BGB	21
II. Werklieferungsvertrag	22
1. Ausgangslage	22
2. Siloentscheidung	22
3. Sattelaufleger	24
4. Unterschiede	24
5. Lieferung von Fertigteilen	25
6. Empfängerrechte	26
III. Kaufvertrag mit Montageverpflichtung	27
1. Solaranlage	27
2. Mobilheim	27
3. Fertigarage	28
IV. Der Mangelbegriff	29
1. Definition	29

2.) Leistungsbeschreibung	30
3.) Funktionalität	31
a. „Wasserhaltung I“	31
b. „Alles Außer“	33
c. „Alle Öffnungen schließen“	33
4.) Funktionaler Mangelbegriff	34
5.) Beispiele:	35
a. „Blockheizkraftwerk“	35
b. „Ein Dach muss dicht sein“	37
6.) Garantiehafung	38
a. Bedenkenhinweispflicht	38
b. Sowiesokosten	39
c. Fehlerhafte Leistungsbeschreibung	40
i. Tennishalle	40
ii. Bodenkontamination	41
V. Die anerkannten Regeln der Technik	42
1. Definition	42
2. Beispiel	42
3. Umfang	46
4. Herstellerrichtlinien	46
VI. Durchsetzung von Mängelrechten	49
1. Die Mängelanzeige	49
2. Symptomtheorie des BGH	50
3. Mitwirkungspflichten	51
4. Recht zur Nachbesserung	54
5. Streit über Geeignetheit der Nachbesserung	55
6. Wirkungen des Verzuges	55
7. Umfang des Ersatzanspruchs	56
VII. Haftungsfragen	57
1. Haftung für Fehler Dritter	57
2. Planer und Sonderfachleute	59
3. Bauleiter	61
4. Baustofflieferant	62
5. Vorunternehmer	63
6. Nachfolgeunternehmer	64
7. Prüfung- und Hinweispflicht	65
8. Einzelfälle	66
9. Beweisbarkeit	68
VIII. Die Sicherung von Bauforderungen	70
1. Sicherheitsleistung gem. § 648a BGB	71
a) Art der Sicherheit	71
b) Berechtigter	71

c) Anspruchsgegner	72
d) Entstehen und Höhe	72
e) Fristsetzung	74
f) Pattsituation	75
g) Verhältnis zu § 648	76
h) Kosten der Sicherheit	76
2. Sicherungshypothek § 648 BGB	76
a.) Anspruchsberechtigter	77
b.) Bestellergrundstück	77
c.) Mängel	78
d.) Einstweilige Verfügung	78
e.) Schutzschrift	79
3. Bauforderungssicherungsgesetz	79
a.) Einleitung	79
b.) Baugeld	80
c.) Haftungsumfang	81
4.) Insolvenzverschleppenhaftung	81
a.) Einleitung	81
b.) Informationspflicht	82
c.) Zahlungsunfähigkeit	82
d.) Haftungsumfang	83
IX. Produkthaftung	84
1. Produkthaftungsgesetz	84
2. Baustofflieferant	85
3. Nacherfüllungsanspruch	87
4. Schadensersatz	89
5. Verjährung	90
Verwendete Literatur	90

I. Bauverträge

1. Ausgangspunkt

Ausgangspunkt für die Verpflichtungen der Parteien aus einem Werkvertrag ist § 631 Abs. 1 BGB. Danach wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung. Was jeweils zur Herstellung des versprochenen Werkes gehört, ist im BGB nicht geregelt, dies ist alles Rechtsprechung, die im Rahmen des Bürgerlichen Gesetzbuches die Erfolgshaftung des Unternehmers konkretisiert hat, deren Umfang durch Auslegung zu ermitteln ist. Die Erfolgshaftung besteht darin, dass der Unternehmer das geschuldete Werk funktionsstauglich und zweckentsprechend zu errichten hat. Dabei kann das Leistungssoll über den vertraglich geschuldeten Umfang hinausgehen, um den Erfolg zu erreichen. Das gilt auch z.B. für den Architekten.

Dazu folgender Fall (Stichwort: **Einschalige Trennung**: Ein Bauträger beauftragt einen Architekten mit der Planung von Reihenhäusern, von denen der Architekt annehmen musste, dass der Bauträger diese an andere Erwerber veräußern würde. Aus Kostenersparnisgründen für den Bauträger wird vereinbart, dass die Trennwände zu den Gebäuden lediglich einschalig ausgeführt werden, was bei Reihenhäusern nicht üblich ist, beim Geschoss Wohnungsbau nach dem Wohnungseigentumsgesetz jedoch für den Schallschutz Standard ausreichen würde. Reihenhäuser waren so lediglich als Wohnungseigentum geplant bzw. anzusehen. Das führt zu Mängelprozessen mit den Erwerbern, die der Bauträger sämtlich verliert. Er nimmt den Architekten in Regress. Der BGH gibt dem Bauträger Recht, weil die Planung trotz Übereinstimmung mit der Vereinbarung nicht funktionsstauglich ist. Der Architekt habe nämlich wissen müssen, dass der Bauträger eine Planung benötigt, die geeignet ist, die Reihenhäuser an Dritte zu veräußern und deswegen die für Reihenhäuser erforderlichen Schallschutzrichtlinien hätten eingehalten werden müssen. Der Bauträger das hätte das wissen müssen, lastet ihm der BGH ein erhebliches Mitverschulden an. (BGH VII ZR 209/11 vom 20.12.2012).

Anders als § 631 BGB beschreibt die VOB in § 1 nicht den Vertragsschluss, der vorausgesetzt wird, sondern den Leistungsumfang und ergänzt diese Verpflichtungen in den §§ 2, 3 und 4 VOB. Parallele Vorschriften diesbezüglich gibt es im BGB nicht, das Werkvertragsrecht ist insoweit außerordentlich intensiv von der Rechtsprechung geprägt, die allerdings häufig Vorgaben der VOB/B über Treu- und Glauben in das BGB überträgt, z.B. die Prüfungs- und Hinweispflicht des Unternehmers, die von überragender Bedeutung ist und mit der wir uns noch mehrfach beschäftigen werden.

Im folgenden will ich nicht darstellen, wie Werkverträge zustande kommen durch Angebot und Annahme mit Vertretern, durch Ausschreibung, Zuschlag usw., sondern ich will mich beschränken, die wesentlichen Unterschiede zwischen den Regelungen bzw. den Rechtsfolgen des abgeschlossenen Werkvertrages im Rahmen der VOB bzw. im Rahmen des BGB zu erörtern.

2. Ausgangsfall

Zunächst ein kleiner Fall aus der Praxis. Wir hatten vor kurzem Gäste und hatten dann rücksichtsvollerweise die eigenen Parkplätze, auch den Parkplatz unter dem Carport freigemacht, um unseren Gästen die Möglichkeit zu geben, unmittelbar vor dem Haus bzw. am Haus zu parken. Es kam wie es kommen musste, einer der Gäste fuhr in den Carport und beschädigte dabei eine der Carportsäulen. Ein Garten- und Landschaftsbauer machte dann meiner Frau ein Angebot auf Erneuerung und schrieb unter das Angebot folgenden Satz:

Als Grundlage für einen Werkvertrag gilt die gültige Fassung der VOB/B, sowie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Garten, Landschafts- und Sportplatzbau (AGB).

Nach Auftragserteilung und Erbringung seiner Leistung stellte er dann seine Rechnung, in der, wie üblich, oder häufig bei Handwerkern sich folgender Satz befand:

Handwerkerrechnung! Ohne Abzug sofort zahlbar!

Hat unser Handwerker die VOB vereinbart und ist die Rechnung sofort zahlbar?

3. Rechtsnatur der VOB

In diesem Zusammenhang kurze Ausführungen zur Rechtsnatur der VOB. Die VOB /B wird vom deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss ständig weiter entwickelt und fortgeschrieben. Zur Zeit gilt die VOB in der Fassung von 2012. Die VOB ist in ihren Teilen A und B weder Gesetz noch Rechtsverordnung, sie ist auch kein Gewohnheitsrecht und noch nicht einmal Handelsbrauch. Sie stellt lediglich ein vom deutschen Vergabe und Vertragsausschuss empfohlenes Vertragsmuster dar, d.h. die VOB/B soll die Vertragspflichten in einer Vielzahl von Verträgen bestimmen. Nach der grundlegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes unter anderem vom 24.07.2008, VII ZR 55/07 handelt es sich bei der VOB/B um allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 BGB, weil die Regelungen der VOB/B für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind. Werden sie bei Abschluss eines Vertrages von einer Partei gestellt z.B. im Rahmen von vorgefertigten Vertragsbedingungen, sind die VOB-Bestimmungen Allgemeine Geschäftsbedingungen, die unter bestimmten Voraussetzungen der Inhaltskontrolle unterliegen und zwar unabhängig davon, dass der Vergabe- und Vertragsausschuss mit der VOB/B eine ausgewogene Lösung zwischen den Vertragsbeteiligten finden wollte.

Die VOB/B hat eine Art Ersatzrechtsfunktion, wie z.B. bei § 4 Prüf- und Hinweispflicht, die allgemein und damit auch im BGB-Vertrag gilt. (Ingenstau-Korbion, Einl. Rdn. 58). Die VOB regelt zentrale Rechtsfragen, wenn der Bauherr vom ursprünglichen Bausoll abweicht, § 1 Abs. 3 oder zusätzliche Vergütungen geschuldet werden. Insoweit ist sie für die Bauwirtschaft eine „fertig bereit liegende Rechtsordnung“. (Ingenstau-Korbion, Einl. Rdn. 59 m.w.N.)

Das Privileg der VOB/B gegenüber dem Verbraucher von früher ist überholt und nicht mehr Bestandteil der gesetzlichen Regelung.

Im Ausgangsfall hat der Unternehmer gleichwohl versucht, die VOB/B gegenüber einem Verbraucher zu vereinbaren, was auch nach neuem Recht möglich ist. Er hätte allerdings, um die VOB/B vereinbaren zu können, dem Verbraucher einen vollständigen Text der VOB/B mit dem Angebot zur Verfügung stellen müssen.

Nur dann gilt sie, beim Verbraucher aber nur als zu überprüfende allgemeine Geschäftsbedingung. Das gilt im übrigen auch für die weiteren allgemeinen

Geschäftsbedingungen. Mit einem Verbraucher sollte deswegen die VOB/B nicht vereinbart werden, es sollten hier vielmehr Regelungen getroffen werden, die sich dem BGB anpassen; der Unternehmer muss sich nämlich sonst an den für ihn ungünstigen Regelungen festhalten lassen, auf die dem Verbraucher nachteiligen Regelungen kann er sich nicht berufen. In einem Vertrag zwischen Unternehmern ist die VOB/B privilegiert, wenn sie als Ganzes vereinbart worden ist.

Dies ist nach der nunmehr geltenden Rechtsprechung nur dann der Fall, wenn die VOB/B vollständig und ohne jede Abweichung. (BGH Urteil vom 22.01.2004 - VII ZR 419/02) in den Vertrag einbezogen wird.

Zu betonen ist, dass die VOB/B nur dann der Inhaltskontrolle unterliegt, wenn sie von einem Vertragspartner gestellt worden ist und nicht als Ganzes vereinbart wurde. Wenn ein Vertrag individuell ausgehandelt wird und individuell die VOB/B dann auch mit Abweichungen vereinbart wird, liegen allgemeine Geschäftsbedingungen nicht vor und dann handelt es sich um einen Individualvertrag, der nicht der Inhaltskontrolle unterliegt. Eine Abweichung von der VOB/B liegt vor beispielsweise dann, wenn die Gewährleistungsfrist beim Unternehmer auf 5 Jahre verlängert wird (OLG Hamm, BauR 2009, S. 1913; OLG Naumburg, IBR 2006, S. 550) oder die Abnahme von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht wird, als in der VOB geregelt z.B. die Abnahme erst dann erfolgen soll, wenn die Leistung insgesamt mängelfrei fertig gestellt ist. Alternativ beispielsweise die Abnahme erst dann erfolgt, wenn ein Dritter gegenüber dem Besteller die Abnahme erklärt hat OLG Hamm a.a.O.).

4. Problembereich Abschlagszahlungen

§ 632a BGB einerseits § 16 Abs. 1 Ziffer 1 VOB/B andererseits

Nach der Neufassung des § 632a BGB kann der Unternehmer vom Besteller für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung eine Abschlagszahlung in der Höhe verlangen, in der der **Besteller** durch die Leistung einen Wertzuwachs erlangt hat. § 16 VOB spricht nicht vom Wertzuwachs, sondern hier genügt es, wenn nicht ein Wertzuwachs beim Auftraggeber vorliegt, sondern wenn in möglichst kurzen Zeitabständen oder zu den

vereinbarten Zeitpunkten Abschlagszahlungen gewährt werden können in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistung und die Leistung dann durch eine prüfbare Aufstellung nachgewiesen wird. Letzteres ist auch beim § 632a BGB Voraussetzung, wobei abweichend von der VOB die Aufstellung im § 632a BGB nicht prüfbar sein muss, aber gleichwohl eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss.

Wie der Wertzuwachs nach der Regelung in § 632a BGB zu beurteilen ist, steht noch nicht endgültig fest, denn es muss ja ein Wertzuwachs sein, der dem Besteller und nicht dem Grundstück beispielsweise zukommt. Ein Besteller hat häufig an Teilleistungen kein Interesse, sondern ein Interesse nur an der fertigen Leistung oder an einem in sich abgeschlossenen Teil der Leistung. (Palandt-Sprau § 632 A Randnummer 9).

Man stelle sich in diesem Zusammenhang vor, dass ein Dach zu einem Viertel eingedeckt wird und muss sich dann die Frage stellen, welchen Vorteil der Besteller an dieser Teilleistung hat bzw. welchen Wertzuwachs der Besteller durch diese Teilleistung hat. Geht man vom Vertragswert aus und erwirbt der Besteller Eigentum durch Einbau, erfährt er so einen Wertzuwachs. Beim Nachunternehmer entsteht Wertzuwachs dadurch, dass der Hauptunternehmer einen fälligen Anspruch gegen den Bauherrn erlangt. (Kniffka, § 632a Rdn. 11). Bei lediglich angelieferten Bauteilen ist gemäß § 632a Abs. 2 BGB darüber hinaus eine Sicherstellung erforderlich. Diese Sicherstellung kann erfolgen durch Eigentumsübertragung oder durch eine andere Sicherheit. Zu beachten ist hier in beiden Fällen das Wahlrecht des Bestellers gemäß § 16 Abs. 1 Ziffer 1 Satz 2 bzw. § 632a Abs. 1 Satz 3 BGB, das heißt wiederum der Besteller entscheidet zwischen Sicherheit oder Eigentumsübertragung.

Beim Verbraucher, dem die Errichtung eines Hauses oder dessen Umbau geschuldet wird, muss eine Sicherheit von 5% der Auftragssumme gestellt werden für die rechtzeitige Herstellung ohne wesentliche Mängel, § 632a Abs. 3 BGB.

Übereinstimmend gilt, dass bei unwesentlichen Mängeln an der Leistung Abschlagszahlungen nicht zurückgehalten werden dürfen, jedoch bleibt das Zurückbehaltungsrecht, denn eine mangelhafte Leistung ist kein Wertzuwachs. Der Besteller hat das Recht, den zweifachen Betrag, der für die Mängelbeseitigung erforderlich ist, zurückzuhalten, § 641 Abs. 3 BGB.

Ein Problem dabei ist allerdings, dass der Unternehmer Mängelfreiheit erst zum Zeitpunkt der Abnahme, also der Fertigstellung seiner Leistung, schuldet. Es wird deswegen immer wieder zu Streitigkeiten kommen, wenn Abschlagszahlungen gefordert werden, ob es sich hier um einen Mangel an der Leistung des Unternehmers handelt oder aber um eine nicht fertige Leistung. Unfertige Leistungen und zwar auch unfertige Teilleistungen geben keinen Wertzuwachs und damit keinen Anspruch auf Abschlagszahlungen, stellen aber andererseits auch keinen Mangel dar und rechtfertigen deshalb keinen Einbehalt. (Kniffka Bauvertragsrecht, § 632a, Rdn. 15). Bei Streit über das Vorliegen von Mängeln und der Höhe der Mängelbeseitigungskosten trägt immer der Unternehmer die Darlegungs- und Beweislast. (BGH Urteil vom 06.12.2007 - VII ZR 125/06).

Der Besteller kann sich also darauf beschränken, die Erklärung abzugeben, dass aus seiner Sicht Mängelbeseitigungskosten in Höhe von X Euro anfallen. Wenn der Unternehmer damit nicht einverstanden ist, muss er darlegen und beweisen, dass die Auffassung des Bestellers falsch ist.

Ergebnis: Die VOB/B bietet dem Auftragnehmer schnellere Abschlagszahlungen, weil er erbrachte Leistungen abrechnen kann, ohne sich mit einem Wertzuwachs befassen zu müssen.

5. Kündigung vor Abnahme Regelung in § 8 Abs. 3 VOB/B in Verbindung mit § 4 Abs. 7 VOB/B einerseits BGB andererseits

Wenn sich bei einem nach der VOB/B abgeschlossenen Vertrag während der Bauleistung herausstellt und zwar vor Abnahme, dass eine Leistung des Unternehmers mangelhaft ist, hat der Besteller die Möglichkeit, nach Setzen der entsprechenden Fristen und Abgabe der entsprechenden Erklärungen dem Unternehmer den Auftrag ganz oder beschränkt auf einen in sich abgeschlossenen Teil der Leistung zu entziehen.

Diese Regelung macht in der Praxis häufig nur deswegen Probleme, weil die in § 8 vorgegebenen Fristen und Erklärungen nicht ordnungsgemäß abgegeben werden. Erfahrungsgemäß ist es am besten, wenn dreimal geschrieben wird, also einmal Aufforderung zur Mängelbeseitigung mit Inverzugsetzung, Nachfrist mit Androhung der

Auftragsentziehung und dann, auch wichtig, das 3. Schreiben: die Auftragsentziehung als solche. Erst **nach** der Auftragsentziehung dürfen andere Unternehmer mit der Restfertigstellung des Auftrags beauftragt werden, andernfalls bestehen die Ansprüche aus § 8 VOB/B nicht.

Im reinen BGB-Vertrag ist es streitig, ob vor Abnahme die §§ 634 ff. BGB und damit die Mängelansprüche vom Besteller geltend gemacht werden können. In einer neueren Entscheidung vom 24.02.2011 (VII ZR 61/10 Randnummer 17) und vom 27.10.2011 (VII ZR 84/09) hat der BGH ausdrücklich darauf hingewiesen, dass diese Frage noch nicht entschieden ist. Das hat für den Besteller erhebliche Konsequenzen. Die Rechtsprechung ist nämlich nicht einheitlich, wie ein Besteller sich verhalten soll, bei dem ein BGB Vertrag abgeschlossen worden ist und er Mängel feststellt vor Abnahme. Lediglich vereinzelt wird die Auffassung vertreten, dass während der Bauphase der Nacherfüllungsanspruch zur Mängelbeseitigung geltend gemacht werden kann. Weiter wird die Ansicht vertreten, dass jedenfalls bei Ablauf des vertraglich vereinbarten Fertigstellungstermins Mängelansprüche geltend gemacht werden können oder wenn aus Sicht des Unternehmers das Werk fertig gestellt ist oder aber erst dann, wenn das Werk insgesamt abgenommen wurde. (Kniffka § 634 Randnummer 15 ff.). Im gegenwärtigen Zeitpunkt würde ich als Anwalt, der dem Mandanten immer den sichersten Weg vorschlagen muss, dem Auftraggeber raten, erst dann Mängelrechte geltend zu machen, wenn zumindest der vertraglich vereinbarte Fertigstellungstermin abgelaufen ist, weil dann der Nacherfüllungsanspruch fällig wird (OLG Koblenz Urteil vom 18.10.2007, 5 U 521/07). Diese Regelung dürfte angemessen sein, ist aber nicht sicher bis zur endgültigen Entscheidung des BGH an dieser Stelle. Allerdings hat der BGH die Revision, die gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Koblenz erhoben worden war, zurückgewiesen, ohne allerdings auf die Rechtslage insoweit einzugehen. (BGH Beschluss vom 08.05.2008 - VII ZR 201/07). Im BGB-Vertrag sollte deswegen eine klare Regelung vereinbart werden, unter welchen Voraussetzungen eine Mängelbeseitigung vor Abnahme verlangt werden kann.

Problematisch wird die Auffassung des Oberlandesgerichts dann, wenn ein Gewerk mangelhaft ist und auf dieser Leistung eine andere Leistung aufbaut, so dass die

Mängelbeseitigung durch die Fortführung der Arbeiten unmöglich oder erheblich erschwert wird. In diesem Fall soll, so jedenfalls Kniffka, derzeitiger Vorsitzender des 7. Senates des BGH, aus Treu und Glauben dem Besteller ein Anspruch auf Mängelbeseitigung und damit Nacherfüllung eingeräumt werden. (Kniffka Koeble, 6. Teil Randnummer 103).

6. Fälligkeit der Vergütung

Beim BGB-Vertrag ist Ausgangspunkt für die Fälligkeit der § 641 Abs. 1 BGB. Danach ist die Vergütung bei der Abnahme des Werkes zu entrichten. Bei Teilabnahmen und Vergütungsbestimmung für einzelne Teile tritt Fälligkeit ein bei Abnahme des jeweiligen Teils. Dagegen steht die Regelung in § 16 der VOB/B, wonach der Anspruch auf die Schlusszahlung nach Prüfung und Feststellung der vom Auftragnehmer vorgelegten Schlussrechnung fällig wird, spätestens nach 2 Monaten nach Zugang der Schlussrechnung, § 16 VOB/B a.F. Die Regelung hält einer sogenannten isolierten Inhaltskontrolle nicht stand. Das heißt, gibt es im Vertrag eine Abweichung von der VOB, dann gilt BGB, d.h., es entfällt die Zweimonatsfrist und es entfällt auch die Vorlage einer prüfbaren Schlussrechnung.

(OLG Karlsruhe NJW RR 1993 Seite 1435, OLG Düsseldorf, Baurecht 2006 Seite 120; OLG Naumburg, Baurecht 2006 Seite 849; Ingenstau-Locher § 16 Abs. 3 VOB Rdn. 12). Aber: Vorsicht! Es muss immer geprüft werden, wer die VOB/B „gestellt“ hat. War es der Auftraggeber, ist die Schlussrechnung sofort fällig, war es der Auftragnehmer, ist er an die Regelung gebunden. Ab 2012 gilt an Stelle der 2-Monatsfrist eine Frist von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung, in Ausnahmefällen 60 Tage. (Sachliche Rechtfertigung und vorherige Vereinbarung erforderlich)

Abweichungen von den Bestimmungen der VOB/B können auch darin liegen, dass in weiteren Allgemeinen Geschäftsbedingungen andere die Fälligkeit erschwerende oder zeitlich die Fälligkeit der Schlusszahlung hinaus schiebende Regelungen getroffen worden sind wie z.B. eine Fälligkeitsfrist von 90 Tagen oder die Vorlage von Mängelfreiheitsbescheinigungen des Auftraggebers gefordert werden oder die Prüfungsfrist verlängert wird oder die Abnahme erschwert wird (Abnahme nur, wenn Leistung vollständig mängelfrei).

7. Die Bedeutung der Abnahme

Die Abnahme der Leistung des Werkunternehmers ist für den Inhalt des Vertrages und für die Rechtsfolgen, die alle Beteiligten betreffen, von erheblicher Bedeutung. Gemäß § 640 BGB ist der Besteller verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden. Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. Die Abnahme ist rechtlich die mit der **körperlichen** Hinnahme des Werkes verbundene **Billigung** des Werkes als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung (BGH Urteil vom 24.11.1969 VII ZR 177/67 NJW 1970 Seite 421; OLG Stuttgart NJW RR 2011 Seite 669)

8. Wirkung der Abnahme

Die Rechtswirkungen der Abnahme sind erheblich, weswegen die Abnahme von so großer Bedeutung ist, aber im tatsächlichen Verkehr zwischen Werkunternehmer und Bauherr bzw. Besteller häufig vernachlässigt wird. Folgende Wirkungen hat die Abnahme:

a.) Erfüllungswirkung

Erfüllungswirkung bedeutet, dass jetzt lediglich nur noch Mängelrechte geltend gemacht werden können in dem Umfang, wie jeweils im Gesetz bzw. in der VOB Teil B geregelt. Damit enden die Wirkungen von gestellten Erfüllungsbürgschaften. Und der Unternehmer kann die gemäß § 632a BGB gestellte Sicherheit von 5 % des Vergütungsanspruches verlangen.

b.) Fälligkeitvoraussetzung

Die Abnahme ist Fälligkeitsvoraussetzung für den Werklohnanspruch des BGB, § 641 BGB. In der VOB ist darüber hinaus die Schlussrechnung erforderlich.

c.) Übergang der Leistungsgefahr

Bis zur Abnahme muss der Unternehmer die Leistung auch dann erneut erbringen, wenn sie ohne sein oder das Verschulden des Auftraggebers untergegangen oder beschädigt ist (BGH Urteil vom 30.06.1977 NJW 1977 Seite 1966; Kniffka Bauvertragsrecht, § 640 Rn. 13). Hier ging es um folgendes: Die Klägerin dieses Verfahrens begehrt Ersatz von Mängelbeseitigungskosten. Die Beklagte war unter Geltung der VOB/B beauftragt, Stahlbauarbeiten zu erbringen. Darüber hinaus mussten die verzinkten Stahlplatten unverzüglich mit einer PVC-Beschichtung versehen werden. Diese begann nach Abnahme zu blättern. Hierzu kam es, weil sich aufgrund von Einwirkungen von schwefelhaltigen Dämpfen (Industrieatmosphäre) ein Zinksulfat gebildet hatte, welches in Fachkreisen als nicht schädlich bekannt war. Wenn die Beklagte die Arbeiten früher hätte beginnen können, wäre der Schaden vermieden worden. Ein früherer Beginn war wegen der Verzögerung von Arbeiten anderer Unternehmer nicht möglich. Der BGH hat der Klage stattgegeben.

d.) Übergang der Vergütungsgefahr

Er trägt auch die Vergütungsgefahr, das bedeutet, dass er den Anspruch auf Zahlung des Werklohns bei unverschuldetem Untergang verliert (BGH NJW 1963, Seite 1824). Hier ging es um folgenden Sachverhalt: Der Beklagte war mit der Errichtung einer Scheune beauftragt. Die Leistung wurde nicht fertiggestellt. Der Kläger lagerte in der unfertigen Scheune Heu, was sich selbst entzündete. Der Kläger verlangt vom Beklagten die Differenz zwischen den geleisteten Anzahlungen zu der geringeren Leistung der Feuerversicherung. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Der BGH folgt dem grundsätzlich, rechnet aber dem Beklagten die durch den Kläger geschaffene Brandgefahr als in seiner Sphäre liegend zu und billigt ihm einen Vergütungsanspruch zu. Wäre die nicht fertige Scheune durch einen Blitzschlag verbrannt worden, wäre der Unternehmer verurteilt worden.

e.) Entfallen der Schutzpflicht

Mit Abnahme endet die Verpflichtung des Unternehmers zur Vornahme von Schutzpflichten für seine Leistung, diese gehen auf den Besteller über.

Dazu ein Beispiel:

Das OLG Celle hatte folgenden Fall zu entscheiden: Ein Zimmereibetrieb machte Restwerklohnansprüche wegen Umbauarbeiten an einem Haus geltend. Der Besteller hat aufgerechnet mit Schadensersatzansprüchen, die den Restwerklohn überstiegen haben, weil Schäden im Hause entstanden sind aufgrund eines Regenwassereinbruchs. Der Zimmerbetrieb hatte, da die Arbeiten im Sommer ausgeführt worden sind, lediglich das Haus durch eine lose auf dem Dachboden verlegte Folie gegen Regen gesichert. Das Oberlandesgericht hat die Werklohnklage des Unternehmers abgewiesen und die Aufrechnung mit dem Schadensersatzanspruch des Bauherrn zugelassen. Es hat sich auf den Standpunkt gestellt, dass auch dann, wenn in Sommermonaten derartige Arbeiten durchgeführt werden, das Haus so geschützt werden muss, dass Niederschlagswasser in das Haus nicht eindringen kann. Der Unternehmer hat sich dagegen darauf berufen, dass diese Schutzfunktion nur mit einem erheblichen Mehraufwand hätte erfüllt werden können, z.B. durch Errichtung eines Notdaches oder der Bau einer wasserdichten Folie, bei der allein das Auf- und Abdecken tausende von Euros gekostet hätte. Unabhängig vom Gerüst, was zusätzlich hätte aufgestellt werden müssen. Diesen Einwand hat das Oberlandesgericht nicht gelten lassen und erklärt, dass der Besteller davon ausgehen kann, dass in dem angebotenen Werklohn der Preis für die Schutzmaßnahmen, die erforderlich sind, enthalten ist und keine zusätzlichen Vergütungsansprüche insoweit geltend gemacht werden können (OLG Celle NJW RR 2003 Seite 15).

f.) Übergang der Beweislast

Bis zur Abnahme trägt der Unternehmer die Beweislast für die Mängelfreiheit seiner Leistung (BGH Urteil vom 23.10.2008 VII ZR 64/07). Die Beweislast für Mängel kehrt

sich mit Abnahme um (BGH Urteil vom 16.12.2003 XI ZR 129/01). Das gilt allerdings nicht für solche Mängel, die der Besteller sich bei Abnahme vorbehält (BGH Urteil vom 23.10.2008 VII ZR 64/07; Kniffka § 640. Rdn. 16)

g.) Beginn der Gewährleistungsfrist

Mit der Abnahme beginnt die Gewährleistungsfrist für alle Mängelansprüche. (BGH Urteil vom 08.07.2010 7 ZR 171/08). Das gilt auch für die unberechtigte, endgültige Abnahmeverweigerung (BGH VII ZR 171/08). Kündigt der Besteller den Werkvertrag, muss die bis zur Kündigung erbrachte Leistung auch abgenommen werden, um die Fälligkeit der Vergütung herzustellen. (BGH VII ZR 103/00).

h.) Anspruch auf Fälligkeitszinsen

Mit der Abnahme ist der Werklohn zu verzinsen. Hintergrund für diese Regelung ist die Tatsache, dass das Werk nach Abnahme vom Besteller ja genutzt wird und ihm deswegen die Vorteile der Leistung des Unternehmers zukommen. Die Fälligkeitszinsen sind nach § 246 BGB mit 4 % anzusetzen, gemäß § 352 HGB unter Kaufleuten mit 5 %. Die Regelung gilt rückwirkend, Verzug ist nicht Voraussetzung. Die Pflicht zur Zahlung der Zinsen entsteht auch dann, wenn der Unternehmer längere Zeit mit der Abrechnung wartet. (Kniffka, § 641, Rdn. 73). Verweigert der Besteller die Abnahme berechtigt, können keine Zinsen verlangt werden, (Kniffka a.a.O.; BGH VII ZR 317/02) Diese Möglichkeit der zusätzlichen Vergütung wird häufig vergessen.

9. Formen der Abnahme

a.) Die ausdrücklich erklärte Abnahme

Bei der ausdrücklich erklärten Abnahme muss der Besteller in irgendeiner Form seinen Willen kund tun, dass er die Leistung, die er entgegengenommen hat, als in Ordnung befindet, er also mit der Leistung einverstanden ist. Das ist vom Grundsatz her kein Problem. Ein Beispiel aus der Praxis: wenn Sie zum Frisör gehen und der Friseur Ihnen

nach Durchführung seiner Arbeit mit einem weiteren Spiegel die Möglichkeit gibt, den Hinterkopf zu betrachten und dann die Erklärung abgegeben wird, ja wohl einverstanden oder ähnlich ist damit die Abnahme ausdrücklich erklärt.

b.) Die förmliche Abnahme

Ein Unterfall der ausdrücklichen Abnahme ist die im BGB nicht geregelte förmliche Abnahme. Sie ist geregelt in der VOB/B § 12 Ziffer 4. Bei der förmlichen Abnahme wird in der Regel das Ergebnis protokolliert, indem die entsprechenden Mängel und Restarbeiten im Protokoll aufgeführt werden. Wesentlich ist dann auch, dass entsprechende Vorbehalte gemacht werden, beispielsweise der Vorbehalt der Vertragsstrafe oder vorbehalten werden die Geltendmachung von Mängeln, die bis zur Abnahme bekannt geworden sind.

Es ist zu betonen, dass der die Abnahme durchführende Architekt auch verpflichtet ist, einen Vertragsstrafenvorbehalt in das Abnahmeprotokoll aufzunehmen. Tut er das nicht, haftet er dem Auftraggeber gegenüber auf Schadensersatz (OLG Bremen Urteil vom 06.12.2012 3 U 16/11 Beck RS 2013,00652). Hier war es so, dass ein Auftraggeber mit einem Bauunternehmer einen Bauvertrag unter Geltung der VOB/B abgeschlossen hatte. Es waren erhebliche Vertragsfristen überschritten worden mit der Folge, dass Vertragsstrafenansprüche geltend gemacht werden konnten. Bei Abnahme wurde der Vertragsstrafenvorbehalt nicht aufgenommen in das Protokoll, so dass der Auftraggeber einen Schaden in Höhe von mehr als 100.000,00 € erlitt, weil er weniger hätte an den Unternehmer bezahlen müssen, wenn der Vorbehalt gemacht worden wäre.

Diesbezüglich muss dann der Architekt haften.

Eine Unterschrift unter das Abnahmeprotokoll ist für die Herstellung der Wirksamkeit des Protokolls nicht erforderlich. (OLG Hamburg Urteil vom 30.10.2009 9 U 144/00, Beck RS 2012,03867 Werner in Werner-Pastor Rn. 1818 ff.) Ist eine förmliche Abnahme vereinbart, so kann auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen die konkludente Abnahme wirksam ausgeschlossen werden, wenn der Auftragnehmer die Möglichkeit hat, kurzfristig die Abnahme dann auch verlangen zu können. (Werner a.a.O. mit weiteren Nachweisen).

In Gewährleistungsbürgschaften findet sich häufig folgender Satz, (insbesondere bei der VHV-Bürgschaft): Die Bürgschaft haftet „für bereits fertiggestellte und ohne Beanstandungen und Auflagen abgenommene Gewerke“ oder „für mängelfrei abgenommene Gewerke“. Findet dann trotz Vereinbarung im Bauvertrag keine förmliche Abnahme statt und werden so die vertraglichen Voraussetzungen geändert, ist das eine Regelung zu Lasten des Bürgen. Er kann nicht ohne förmliche Abnahme in Anspruch genommen werden. (Ingenstau-Korbion, § 12 Abs. 4, Rdn. 6; OLG Rostock, BauR2007, S. 549). Die Bürgschaft ist dann wertlos.

c.) Die konkludente Abnahme

Für die konkludente Abnahme bedarf es keiner ausdrücklichen Erklärung, aber einer Handlung, aus der sich ohne Zweifel die Billigung der Leistung des Unternehmers ergibt. (Ingenstau-Korbion, § 12 Rdn. 10) Hierzu gehört z.B. die vorbehaltlose vollständige Zahlung des vom Unternehmer verlangten Schlussrechnungsbetrages, (BGH BauR 1970, S. 49)

Die VOB/B sieht in § 12 Abs. 5 weitere Abnahmemöglichkeiten vor. Die erste Möglichkeit ist die Erklärung über die Fertigstellung der Leistung. Eine derartige Erklärung ist z. B. die Zusendung der Schlussrechnung. In diesem Fall gilt die Abnahme als erfolgt innerhalb von 12 Werktagen nach Erhalt der schriftlichen Mitteilung. Voraussetzung ist allerdings, dass keine förmliche Abnahme verlangt worden ist. Ein weiterer Fall, der in der VOB/B geregelt ist, ist die Tatsache, dass der Besteller die Werkleistung in Benutzung genommen hat. In diesem Fall gilt die 6 Tagesfrist nach Beginn der Benutzung, wobei es sich hier um eine bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme handeln muss. Auch hier darf ein Abnahmeverlangen nicht vorausgegangen sein.

d.) Fristsetzung

Im Übrigen bleibt es dem Unternehmer unbenommen, dem Besteller eine Frist zur Abnahme zu setzen mit der Folge, dass nach Ablauf der Frist die Abnahme als erfolgt

gilt, § 640 Abs. 1 S. 2. Auch in diesem Fall muss beachtet werden, dass Vorbehalte, die erforderlich sind, gemacht werden müssen innerhalb der Frist, d. h. wenn in derartigen Fällen die Abnahmewirkung eintritt, muss rechtzeitig vor Eintritt der Abnahmewirkung ein Vertragsstrafenvorbehalt gemacht werden oder beispielsweise der Vorbehalt gemacht werden, dass bekannte Mängel noch gerügt werden. Auch bei Vereinbarung der VOB/B muss dem Auftraggeber eine Frist gesetzt werden, wenn die Abnahmewirkung eintreten soll. Der Text ist zwar nicht eindeutig, aber die Rechtsprechung verlangt die Frist, wenn die Abnahmewirkung eintreten soll. Die in der VOB/B genannte Frist von 12 Werktagen ist lediglich eine Richtschnur. (Ingenstau-Korbion, § 12 Rdn. 27)

10.Lösung Ausgangsfall

Kurz zurück zum Ausgangsfall: Nehmen wir an, der Unternehmer hätte die VOB/B in Textform ausgehändigt.

Unser Handwerker möchte seine Rechnung natürlich möglichst bald bezahlt haben, deswegen ja der Satz: Handwerkerrechnung, Ohne Abzug sofort zahlbar. Aber: Er hat ja in seinem Angebot die VOB Teil B erwähnt und durch Aushändigung des Textes in den Vertrag einbezogen. Da er mit seiner Leistung ja fertig war als er die Rechnung geschrieben hat, handelt es sich um eine Schlussrechnung und damit gilt § 16 Ziffer 3 Nr. 1 VOB. D.h. die Schlusszahlung ist alsbald nach Prüfung und Feststellung der vom Auftragnehmer vorgelegten Schlussrechnung fällig, spätestens innerhalb von 30 Werktagen nach Zugang der Schlussrechnung. Die Klausel in § 14 unter dem Gesichtspunkt einer allgemeinen Geschäftsbedingung ist unwirksam, weil sie vom gesetzlichen Leitbild abweicht. D.h., hätte der Auftraggeber die VOB gestellt, würde die Klausel einer isolierten Inhaltskontrolle nicht standhalten und Fälligkeit vor Ablauf der 30 Werktage eintreten. Derjenige, der die Bestimmung im Rahmen einer allgemeinen Geschäftsbedingung stellt, kann sich jedoch nicht auf die Unwirksamkeit der Klausel berufen. Das bedeutet, dass die Rechnung des Handwerkers entgegen dem Inhalt seiner Bestimmung in der Schlussrechnung erst nach 30 Werktagen fällig wird und

deswegen nicht sofort bezahlt werden muss. Auch eine Verzinsung der Rechnung tritt vor Ablauf der Frist nicht ein.

Nehmen wir an, unser Landschaftsbauer hätte die VOB dem Angebot nicht beigelegt. Dann wäre die VOB nicht vereinbart und es würde BGB gelten. Nachdem der Handwerker fertig ist, klingelt er beim Auftraggeber an und zeigt ihm, dass er fertig ist. Der Auftraggeber, also hier meine Frau, kommentiert dies damit das sie sagt "sehr schön." Damit ist die Leistung des Auftragnehmers abgenommen und es tritt gemäß § 641 BGB Fälligkeit ein, denn dort heißt es: Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten. Es ist nicht einmal eine Rechnung oder eine Schlussrechnung erforderlich, sondern lediglich die Abnahme. In diesem Fall hat der Auftragnehmer, also hier unser Landschaftsbauer, tatsächlich die Möglichkeit, sofort Zahlung zu verlangen und auch innerhalb kurzer Frist z.B. nach Ablauf von 3 Tagen in Verzug zu setzen und dann Verzugszinsen zu verlangen. Er stellt sich in diesem Fall also wesentlich besser als er stehen würde, wenn er wie hier die VOB vereinbart hat. Er bekommt nämlich 30 Werkstage früher sein Geld.

11. Abrechnungsverhältnis

Selbstverständlich gibt es Fälle, in denen ein Vergütungsanspruch auch fällig wird, ohne dass die Abnahme erfolgt. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Besteller wegen Mängel nur noch Gewährleistungsansprüche geltend macht, die auf Zahlung gerichtet sind also Schadensersatz und Vorschuss, aber keine Nacherfüllung oder Mängelbeseitigung. In diesem Fall gibt es das sogenannte Abrechnungsverhältnis. Das ist vom BGH so entschieden worden. Hier war es so, dass restliche Werklohnansprüche vom Unternehmer im Rahmen eines VOB-Vertrages geltend gemacht worden sind. Wegen der Mängel verweigerte der Auftraggeber die Abnahme. Des weiteren rechnet er mit Mängelbeseitigungskosten auf. Die Vorinstanzen hatten die Klage mangels Abnahme abgewiesen. Die Entscheidung hob der BGH auf und stellte fest, dass die Abnahme nicht mehr verlangt werden könne, weil keine Mängelbeseitigung mehr vom Unternehmer verlangt werde. (BGH VII ZR 315/01)

Diese Probleme zu vertiefen, würde den jetzigen Vortrag hier sprengen. Ein Hinweis nur: Auch im Falle einer Kündigung muss die bis zur Kündigung erbrachte Leistung abgenommen werden. Der BGH hat ausdrücklich seine frühere Rechtsprechung diesbezüglich aufgegeben (BGH Urteil vom 11.05.2006 - VII ZR 146/04).

Die Abnahme ist insbesondere auch wichtig dann, wenn für die erbrachten Leistungen nach gekündigtem Vertrag Gewährleistungsfristen laufen sollen, die vergessene Abnahme hat für den Unternehmer sonst Jahrzehnte lange Konsequenzen.

12.Prüfbarkeit und Fälligkeit in der VOB/B und im BGB

Die Anforderungen sind in § 14 VOB/B geregelt. Die Schlussrechnung muss übersichtlich sein und den vertraglichen Vorgaben folgen. Ist die Rechnung prüffähig, muss der Richter in die Sachprüfung eintreten. Die Prüfbarkeit darf nicht verwechselt werden mit der Unrichtigkeit der Abrechnung; diese ist ggf. durch Sachverständigengutachten zu klären.(BGH Urteil vom 06.7.2000, VII ZR 22/98). Die Prüfbarkeit ist kein Selbstzweck, wenn der Auftraggeber die Rechnung prüfen kann, ist sie prüffähig (BGH Urteil vom 22.11.2001 VII ZR 168/00). Die fehlende Prüffähigkeit muss vom Auftraggeber innerhalb der Frist von jetzt 30 Werktagen substantiiert gerügt werden, andernfalls verliert er den Einwand der fehlenden Prüffähigkeit. (BGH Urteil vom 27.11.2003 VII ZR 288/02 für eine Architektenrechnung; Urteil vom 28.06.2007 VII ZR 199/06 für VOB-Vertrag). Prozessual ist die Frage der Prüfbarkeit als Fälligkeitsvoraussetzung von erheblicher Bedeutung. Wird nämlich vom Besteller der Einwand der fehlenden Prüffähigkeit der Schlussrechnung innerhalb der Frist von 30 Werktagen substantiiert erhoben und stellt im Prozess der Unternehmer die Prüfbarkeit der Rechnung trotz Hinweis des Gerichts nicht her, so wird die Klage als **zur Zeit unbegründet** abgewiesen. Das bedeutet, dass der Unternehmer mit einer neuen prüfbaren Schlussrechnung den Werklohnanspruch erneut geltend machen kann.

Beim BGB Vertrag ist die Prüfbarkeit der Rechnung keine Fälligkeitsvoraussetzung, sie ist lediglich Bestandteil der Darlegungslast und gehört zur Schlüssigkeit der Klage. Zur Fälligkeit gehört nicht einmal die Vorlage einer Rechnung (**BGH Urteil vom 22.04.1982 VII ZR 191/81**). Wird die fehlende Prüfbarkeit während des Verfahrens nicht hergestellt,

wird die Klage endgültig abgewiesen, ohne dass für den Unternehmer die Möglichkeit bleibt, eine weitere Klage zu erheben. (BGH Beschluss vom 14.06.2007 - VII ZR 230/06). In diesem Fall hilft dem Unternehmer nur die Chance, dass der Richter bei ausreichender Schätzungsgrundlage die dem Unternehmer zustehende Vergütung schätzen muss, nämlich unter der Voraussetzung, dass die Darlegung ausreichend genug ist, um einen Mindestbetrag an Vergütung zu schätzen, der dem Unternehmer unter Berücksichtigung der zu seinen Lasten gehenden Darlegungsdefizite zustehen müsste (BGH Urteil vom 22.12. 2005 - VII ZR 316/03).

In einer nicht veröffentlichten Entscheidung des OLG Hamm hat das OLG zur Darlegungslast Stellung genommen. Hier ging es um folgenden Sachverhalt: Die Klägerin macht restliche Werklohnansprüche geltend. Die VOB/B war vereinbart mit einem vom Architekten der Beklagten verwendeten Mustervertrag. Die Gewährleistungsfrist war auf 5 Jahre verlängert worden. Die Klägerin hatte ihrer Rechnung eine Aufstellung beigefügt und Leistungen in einem Umfang abgerechnet, die 30 -40% über dem von der Klägerin erstellten Angebot lagen. Die Beklagte bestritt den Umfang der erbrachten Leistung, der Architekt rügte für die Beklagte die fehlende Prüfbarkeit der Rechnung. Das Landgericht hatte ein Gutachten eingeholt, in dem der beauftragte Sachverständige erklärte, dass die Aufstellung nicht prüfbar sei, sah sich aber in der Lage, die erbrachte Leistung teilweise durch Widerstandsmessung nach zu vollziehen, teilweise schätzte er; die Rechnung wurde um 30% gekürzt mit einem Unsicherheitsfaktor von +/- 10%. Das OLG verurteilt zur Übernahme der Kosten des Rechtsstreits in Höhe von 70%; Begründung § 16 Abs. 3 VOB/B hält einer isolierten Inhaltskontrolle nicht Stand, die Abnahme war erfolgt, mehr als eine Aufstellung über seine Leistung schulde der Unternehmer nicht. (OLG Hamm Beschluss vom 30.04.2012 I-17 W 41/11).

II. Werklieferungsvertrag

1. Ausgangslage

Anpassend an die Vorgaben des europäischen Rechtes hat es hier einmal wieder eine vollständige Umkehr der Rechtsprechung gegeben.

Um zu prüfen, welche Gewährleistungsansprüche im Rahmen eines Vertrages geltend gemacht werden können, ist es wichtig, zu wissen, ob es sich um einen Werkvertrag oder um einen Werklieferungsvertrag handelt. Der Werklieferungsvertrag wird nämlich in seinen Rechtsfolgen im wesentlichen dem Kaufrecht unterstellt.

2. Siloentscheidung

Die Diskussion hier diesbezüglich ist angefacht worden durch die Silo-Entscheidung des BGH aufgrund Urteil vom 23.07.2009 VII ZR 151/08.

In dem zu entscheidenden Fall begehrte die Klägerin, die ihrerseits verpflichtet war, eine Siloanlage zur Einlagerung von Graspellets in Russland zu erstellen und zu montieren, von der Beklagten Nacherfüllung, weil die von der Beklagten gelieferten Silozellen eine zu geringe Blechdicke hatten. Die Siloanlage selbst, die auf einem Fundament fest montiert werden sollten, bestand aus 14 unmittelbar nebeneinander befindlichen Boxen, die jeweils 6 m hoch, 20 m lang und 5 m breit waren. Die Boxen sind jeweils durch eine Dämmwand voneinander getrennt, die aus mehreren Stützen zwischen denen Trapezbleche montiert sind, bestehen. Die für die Erstellung der Siloanlage erforderlichen Teile und Materialien bestellte die Klägerin des Verfahrens einschließlich einer prüffähigen Statik bei der Beklagten, die die Teile, unter anderem Dämmwände, Stützen und Zugstangen, herstellte und an die Klägerin lieferte. Die Anlage wurde von der Klägerin in Russland errichtet und aufgebaut. Landgericht und Oberlandesgericht haben Werkvertragsrecht angewendet und der Klage auf Nacherfüllung, nämlich Neulieferung der gelieferten Teile, stattgegeben.

Der BGH hat in dem zitierten Urteil die Klage an das Oberlandesgericht zurückverwiesen, weil der BGH sich auf den Standpunkt gestellt hat, dass die Klägerin darstellen muss, dass sie ihre nach dem Handelsrecht bestehende Rügeflicht nicht verletzt hat. Dabei hat der BGH den Vertrag, der hier auf die Lieferung der Siloanlage zum festen Einbau gerichtet war, nicht als Werkvertrag, sondern als Werklieferungsvertrag interpretiert mit der Folge, **dass Kaufrecht** Anwendung findet. Da beide Parteien Kaufleute waren, galt auch im Rahmen eines Werklieferungsvertrages gemäß § 381 Abs. 2, § 377 Abs. 1 HGB die Verpflichtung, gelieferte Waren zu

untersuchen und bei Feststellung von Mängeln sofort zu rügen. Der Verlust des Rügerechtes führt dazu, dass die Ware als genehmigt gilt und der Käufer damit Rechte nicht erheben kann, es sei denn, der Mangel wurde arglistig verschwiegen. Nach nunmehriger Auffassung des BGH ist für die Einordnung als bewegliche Sache entscheidend, ob die Sache zum Zeitpunkt der **Lieferung** beweglich ist. Es kommt nicht darauf an, ob die Gegenstände dazu bestimmt sind, zu einer Anlage zusammengesetzt und mit einem Grundstück fest verbunden zu werden. Etwas anderes kann dann gelten, wenn der Lieferant selbst verpflichtet ist, die Teile in ein Bauwerk einzubauen oder wenn die Teile selbst als Bauwerk beurteilt werden können. Der Gesetzgeber hat mit der neuen Regelung des § 651 BGB ausdrücklich den Wertungswiderspruch in Kauf genommen, wonach derjenige, der lediglich Bauteile herstellt und liefert nach Kaufvertragsrecht zu beurteilen ist und derjenige, der die gelieferten Gegenstände einbaut nach Werkvertragsrecht zu beurteilen ist mit den erheblichen Konsequenzen. Auch die Planungsleistungen, die hier erbracht worden sind und die grundsätzlich werkvertragliche Elemente haben, seien so der BGH, lediglich eine Vorstufe für die im Mittelpunkt des Vertrages stehende Lieferung. Jede Lieferung setzt nämlich eine Planungsleistung voraus, so dass sonst die Regelung des § 651 BGB ins Leere laufen würde.

3. Sattelauflieger

In einer weiteren Entscheidung vom 09.02.2010 (X ZR 82/07) hat der 10. Zivilsenat die Rechtsprechung des 7. Zivilsenates ausdrücklich bestätigt. In dieser Entscheidung ging es darum, dass die Klägerin, ein im Straßenbau tätiges Unternehmen, bei der Beklagten einen Tieflader-Sattelauflieger bestellt hat, der geeignet sein musste, eine bestimmte Fräsmaschine zu transportieren. Bei Vornahme der Transporte hat sich herausgestellt, dass der gelieferte Tieflader-Sattelauflieger hierzu nicht geeignet war. Auch hier wurde Kaufrecht angewendet mit der Folge, dass wie vorgetragen, die Untersuchungs- und Rügepflicht besteht und Gefahrübergang und Beginn der Gewährleistung bereits mit Übergabe und nicht erst mit Abnahme eintritt. Auch hier wurde die Entscheidung zurückverwiesen zur Aufklärung der Einhaltung der Rügepflicht.

Die Entscheidungen des BGH stellt die bisherige Rechtsprechung auf den Kopf, hat doch der BGH vor der Schuldrechtsreform zum 01.01.2002 Verträge über die Lieferung von Bauteilen nicht dem Kaufrecht unterstellt, sondern dem Werkvertragsrecht (so zuletzt noch im Urteil vom 27.03.1980 - VII ZR 44/79). An dieser Rechtsprechung hatten sich Baujuristen, Bauunternehmen und Gerichte orientiert, so dass es zu den anders lautenden Entscheidungen der Vorinstanzen gekommen war.

4. Unterschiede

Die Unterschiede zwischen den beiden Verträgen sind erheblich.

- So kann der Auftraggeber eines Werkvertrages diesen gemäß § 649 BGB kündigen, der Auftraggeber eines Werklieferungsvertrages hat dieses Recht nicht.
- Die Sicherungsrechte der § 648, 648 a gelten für den Werkunternehmer, der Werklieferungsunternehmer bleibt lediglich auf Sicherungsrechte aus Eigentumsvorbehalt angewiesen.
- Gewährleistungsstadium beginnt mit Übergabe und nicht erst mit Abnahme.
- Beide sowohl Werkunternehmer wie Werklieferungsunternehmer sind bei Mängeln zur Nacherfüllung verpflichtet. Beim Werkvertrag allerdings entscheidet der Unternehmer, wie die Nacherfüllung stattzufinden hat. Im Kaufvertrag bestimmt dies der Käufer, der die Wahl hat zwischen Mängelbeseitigung und Neulieferung.
- Der Auftraggeber eines Werkvertrages hat darüber hinaus nach Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen einen Vorschussanspruch auf Mängelbeseitigung, im Rahmen eines Werklieferungsvertrages gibt es lediglich einen Schadensersatzanspruch, der Verschulden voraussetzt.
- Bei der vertraglichen Gestaltung sollte in jedem Falle beachtet werden, dass die Rechtsprechung beim Werklieferungsvertrag andere Rechtsfolgen annimmt als beim Werkvertrag. Es sollte deswegen im Rahmen einer individual vertraglich gestalteten Abrede dafür gesorgt werden, dass in derartigen Fällen Werkvertragsrechte bzw. werkvertragliche Mängelrechte begründet werden einschließlich entsprechender Abnahmeregelungen, damit der Lieferant von

Waren nicht besser steht als der Werkunternehmer. Nicht entschieden ist, ob abweichende Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen getroffen werden können.

5. Lieferung von Fertigteilen

Die Bedeutung des Unterschiedes von Werkvertrag und Werklieferungsvertrag sei an einer ganz aktuellen Entscheidung des Oberlandesgerichts Brandenburg vom 22.02.2012 (4 U 69/11) noch einmal verdeutlicht.

Ein Bauunternehmen war damit beauftragt, ein Einkaufszentrum zu errichten. Das Bauunternehmen hat hierfür Betonfertigteile bezogen von einem darauf spezialisierten Hersteller, die mangelhaft gewesen sind, weswegen sich das Bauunternehmen weigert, Zahlung zu leisten. Trotz bestehender Mängel wurden die Fertigteile, vermutlich wegen eines engen, strafbewehrten Bauzeitenplanes, eingebaut. Unter anderem sollen nämlich die Hauptträger und die Pfetten unzulässig hohe Toleranzabweichungen vom Sollmaß aufgewiesen haben und lastabnehmende Konsolen nicht entsprechend der Statik gefertigt worden sein. Auch die Bügelschlösser der Rundstützen seien mangelhaft gewesen, weswegen Mängelbeseitigungskosten entstanden sind, die den Kaufpreis deutlich überstiegen. Es erfolgte deswegen eine Minderung auf Null.

Der Hersteller bestreitet die Mängel und klagt den Kaufpreis ein. Das Oberlandesgericht Brandenburg gibt der Klage ohne Beweisaufnahme statt wiederum wegen Verletzung der Rügepflicht. Es stellt sich auf den Standpunkt, dass die Mängel, die von der Beklagten also dem beklagten Bauunternehmen gerügt werden, so erheblich sind, dass sie bei Anlieferung hätten festgestellt werden müssen. Dann hätten die Mängel aber sofort gerügt werden müssen, was nicht geschehen sei, so dass damit eine Genehmigung der Lieferung verbunden sei. Darüber hinaus erklärt das Oberlandesgericht, dass die Prüfungspflicht sich auf jede Teillieferung erstreckt.

6. Empfängerrechte

Der Bauunternehmer, der Teile bestellt, ist natürlich gegenüber dem Hersteller nicht schutzlos. Er muss lediglich darauf achten, dass er seine Mängelansprüche nicht verliert, d.h., er darf weder bei Übergabe grob fahrlässige Unkenntnis von Mängeln haben noch eine bestehende Prüfungs- und Rügeobliegenheit verletzen. Die Haftung des Baustofflieferanten ist über § 434 Abs. 1 Z. 2 und § 434 Abs. 3 BGB deutlich verschärft worden. Der gelieferte Gegenstand muss nämlich sich für die gewöhnliche Verwendung eignen und eine Beschaffenheit aufweisen, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann, wobei dazu auch gehören öffentliche Äußerungen des Verkäufers des Herstellers in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache. In diesem Fall stehen dem Unternehmer nach seiner Wahl die kaufvertraglichen Mängelrechte zu, nämlich Nacherfüllung, Minderung, Rücktritt und Schadensersatz, letzteres nur bei Verschulden.

III. Kaufvertrag mit Montageverpflichtung

Vom Werklieferungsvertrag, vom Kaufvertrag und vom Werkvertrag abzugrenzen ist ein weiterer Vertragstyp, nämlich der Kaufvertrag mit Montageverpflichtung.

1. Solaranlage

Hierzu ein Beispiel: Die Klägerin des Verfahrens machte der Beklagten ein Angebot über die Lieferung und Montage einer Solaranlage zur Brauchwassererwärmung auf dem Dach des Wohnhauses der Beklagten. Das Angebot umfasste 2 Kollektoren, eine Komplettstation mit Temperaturanzeige, Regelung und weiterem Zubehör sowie Installationsmaterial, Installation also Montage, Inbetriebnahme und Nachkontrolle. Nachdem die Montage und die Inbetriebnahme erfolgt waren, stellte sich heraus, dass die Solaranlage nicht ausreichend dimensioniert gewesen ist, um das im Haus benötigte Brauchwasser tatsächlich zu erwärmen, die Anlage war zu klein ausgelegt und nur eingeschränkt funktionsfähig. Damit war die mit einem Werkvertrag verbundene Erfolgsgarantie nicht erfüllt und es müssten jetzt Mängelrechte des Erwerbers bestehen. Nicht so der BGH.

Er stellt sich, wie das Berufungsgericht auch, auf den Standpunkt, dass es sich im vorliegenden Fall um einen Kaufvertrag mit Montageverpflichtung handelt und nicht etwa

um einen Werkvertrag. Es komme, so der BGH, für die rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses als Kaufvertrag mit Montageverpflichtung oder als Werkvertrag darauf an, auf welcher der beiden Leistungen bei der gebotenen **Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt** liegt. Dabei ist vor allem auf die Art des zu liefernden Gegenstandes, das Wertverhältnis von Lieferung und Montage sowie auf die Besonderheiten des geschuldeten Ergebnisses abzustellen. Je mehr die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz auf den "Besteller" im Vordergrund steht und je weniger die individuellen Anforderungen des Kunden und die geschuldete Montageleistung das Gesamtbild des Vertragsverhältnisses prägen, desto eher ist die Annahme eines Kaufvertrages mit Montageverpflichtung geboten. Im Ergebnis bedeutet das, dass der Beklagte den Kaufpreis bezahlen musste, weil durch die Klägerin eben nicht ein Erfolg geschuldet war, sondern lediglich die Lieferung einer Anlage, die dem Angebot entsprochen hat. (BGH Urteil vom 03.03.2004 - VIII ZR 76/03)

2. Mobilheim

Eine weitere Entscheidung des BGH datiert vom 15.04.2004. (VII ZR 291/03)
Hier ging es darum, dass die Klägerin beauftragt war, ein Mobilheim, was serienmäßig hergestellt wird zu liefern und auf einem vom Erwerber hergestellten Fundament aufzustellen, so dass das Mobilheim dort auf Dauer verbleiben konnte und sollte. Im Rahmen des im Übrigen serienmäßigen Modelles hatte der Erwerber Sonderwünsche, die sich bezogen auf z.B. Wasch- und Spülmaschinenanschlüsse, die vollständige Verfließung des Baderaumes, Verstärkung einiger Wände und geänderter Ausführung der Innentüren. Hier steht, so der BGH, im Vordergrund lediglich die Übertragung von Eigentum und Besitz auf die Kläger, sodass ein Werkvertrag nicht zu Stande gekommen ist und die Beklagten im Verfahren mit ihren Rügen, nämlich fehlende Dampfsperre, unzureichender Wärmeschutz, Instabilität etc. ausgefallen sind.

3. Fertiggarage

Dagegen stellt nach einer Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 26.05.1981 20 U 1/81 die Lieferung und Montage einer Fertiggarage auf einem vom Besteller vorgefertigten

Fundament einen Werkvertrag dar. Das gleiche gilt nach Auffassung des Oberlandesgerichts Stuttgart für die Lieferung und Einbau von Sektionaltoren. (OLG Stuttgart Baurecht 2011, Seite 1056)

Erkennbar aus den Entscheidungen wird, dass nicht vorauszusehen ist, ob ein Gericht Kaufrecht oder Werkvertragsrecht annimmt mit den jeweils unterschiedlichen Folgen für die einzelnen Besteller bzw. Käufer insbesondere, was die Erfolgsgarantie des liefernden Unternehmers angeht.

III. Der Mangelbegriff

1. Definition

Ausgangspunkt für die Definition des Mangelbegriffs muss zunächst die gesetzliche Regelung sein, die in § 633 BGB umrissen wird. Danach ist ein Werk frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln,

1. wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst
2. 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.

Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringer Menge herstellt.

Die Definition der mangelfreien Leistung ist in der VOB/B § 13 Abs. 1 etwas modifiziert. Gemäß § 13 Abs. 1 VOB/B hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber seine Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln zu verschaffen. Die Leistung ist zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Hinsichtlich der weiteren

Voraussetzungen ähnelt sich der § 13 Abs. 1 VOB/B der gesetzlichen Regelung des § 633 Abs. 2 BGB.

Einfach formuliert: Ein Mangel ist die Abweichung zwischen Soll und Ist, also der geschuldeten von der erbrachten Leistung. Dabei kommt der Festlegung der geschuldeten Leistung eine ausschlaggebende Bedeutung zu, denn sie bestimmt den späteren Mangel oder die nicht fertige Leistung.

2. Leistungsbeschreibung

Die vertraglich geschuldete Beschaffenheit ergibt sich zunächst aus der im Vertrag zum Ausdruck gekommenen Beschreibung der Leistung, also dem Inhalt des Leistungsverzeichnisses. Das Leistungsverzeichnis ist auch dann maßgeblich, wenn die Leistung funktional nicht notwendig ist. (BGH-Urteil vom 21.09.2004 - X ZR 244/01)

Ein Beispiel hierzu: Der Vertrag sieht einen dreifachen Anstrich der Fassade vor. Technisch notwendig und ausreichend funktional wäre ein zweifacher Anstrich. Gleichwohl muss der Auftragnehmer dreimal anstreichen, andernfalls ist seine Leistung mangelhaft. Diese Rechtsfolge ergibt sich aus der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit, nämlich dreimaliger Anstrich.

Ein Auftraggeber bestellt für den Anstrich der Fassade ein helles Grau. Der Auftragnehmer streicht die Fassade weiß. Der Anstrich entspricht den anerkannten Regeln der Technik und ist funktional mängelfrei. Gleichwohl liegt kein optischer Mangel vor, sondern eine mangelhafte Leistung mit der Folge, dass der Auftragnehmer zur Nachbesserung verpflichtet ist.

Als weiteres Beispiel sei eine Entscheidung des BGH noch zum alten Recht zitiert, Urteil vom 09.01.2003 - VII ZR 181/2000. Hier ging es darum, dass in einem Parkhaus laut Leistungsbeschreibung eine Betondecke vereinbart war mit der Betongüteklasse 35, jedoch lediglich die Betongüteklasse 25 verbaut wurde. Der BGH hat die Fehlerhaftigkeit der Leistung angenommen, obwohl die anerkannten Regeln der Technik eingehalten worden sind und durch Gutachten festgestellt worden ist, dass die Betongüteklasse 25

für alle geplanten Nutzlastfälle ausreicht. Vertraglich geschuldet sei die Betongüteklasse 35 und nicht 25. Der Unternehmer hat deswegen nicht die geschuldete Leistung erbracht. In diesem Fall kommt es, mangels Beseitigungsmöglichkeit mit verhältnismäßigem Aufwand, nur zur Berechnung eines Minderwertes. Bitte in solchen Fällen immer beachten: der Minderwert wird dann nicht in Höhe der **Mängelbeseitigungskosten** festgestellt, sondern, da unverhältnismäßig, lediglich die ersparten Aufwendungen als Minderwert sind Bemessungsgrundlage und darüberhinaus kann selbstverständlich der sogenannte merkantile Minderwert geltend gemacht werden.

Auch im umgekehrten Fall gilt das Gleiche wie zuvor, d.h., eine Leistung ist auch dann mangelhaft, wenn eine höherwertige Leistung dem Auftraggeber gegenüber erbracht wird z.B. eine um 1,15 m höhere Gründung des Kellers als ursprünglich geplant. Auch hier ist allerdings das Problem der Berechnung des Schadens bzw. des Minderwertes (Bundesgerichtshof Urteil vom 15.11.2002 - VII ZR 1/2000).

Allgemein gilt, dass die vertraglich geschuldete Beschaffenheit sich nicht nur aus dem Leistungsverzeichnis, sondern aus den anerkannten Regeln der Technik, den gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen, den Auflagen der Baugenehmigung ergibt und zu den geschuldeten Leistungen häufig auch Bedienungsanleitungen, Revisionspläne oder weitere Nachweise gehören.

Leistungsbeschreibungen werden von der Rechtsprechung deswegen sehr oft nicht wörtlich, sondern funktional verstanden. Beides will ich an verschiedenen Beispielen erläutern. Ich beginne mit der wörtlichen Auslegung.

Bei der Auslegung und Prüfung, ob eine Leistungsbeschreibung mangelhaft ist oder nicht ist also zunächst auf den Wortlaut des Textes, sodann auf die besonderen Umstände des Einzelfalles, die Verkehrssitte und Treu und Glauben einzugehen. Die Auslegung hat dabei stets nach dem objektiven Empfängerhorizont der potentiellen Bieter oder Auftragnehmer zu erfolgen. (BGH Urteil vom 28.02.2002 VII ZR 376/00). Nach einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Koblenz kann der für die Auslegung eines Leistungsverzeichnisses maßgebende objektive Empfängerhorizont durch eine

Umfrage bei potentiellen Bietern ermittelt werden will. (OLG Koblenz IBR 2011 Seite 187, Werner in Werner-Pastor Rn. 1419).

Hierzu ein Beispiel: Urteil des OLG Köln BauR 1998 Seite 1.096

Hier ging es um folgendes: **Stichwort Türbeschichtung**

Der Auftraggeber schreibt für ein repräsentatives Verwaltungsgebäude die Beschichtung der Türen mit Farbton: uni nach Wahl des Auftraggebers aus. Der Auftraggeber wählt nach Vertragsabschluss eine Beschichtung, die nicht im Standardprogramm der Hersteller erhalten und deshalb hohe Beschaffungskosten verursacht. Diese Mehrkosten will der Auftragnehmer nach § 2 Nummer 5 VOB/B zusätzlich vergütet haben. Jetzt stellt sich die Frage: Wie ist das zu verstehen? Darf der Auftraggeber nur auf Standardfarben zurückgreifen oder darf er – im Rahmen seines Leistungsbestimmungsrechtes gem. § 315 BGB machen, was er will? Das ist, so das Oberlandesgericht, jedoch nur möglich, wenn bei einer europaweiten Ausschreibung alle europäischen Bieter nach objektivem Verständnis davon ausgehen mussten, dass mit dieser Formulierung nicht lediglich die Standardfarben ausgeschrieben waren. Das OLG hat nach Einholung eines Sachverständigengutachtens sich aus den Standpunkt gestellt, dass hier nur Standardfarben ausgeschrieben waren, also solche Farben, die im jeweiligen Standardprogramm der Hersteller enthalten sind. (Der BGH hat die erneute Revision nicht angenommen Knifka-Köbele 5. Teil Rdn 75).

3. Funktionalität

Ich will die Bedeutung der funktionalen Leistungsbeschreibung anhand dreier etwas älterer, aber dennoch recht plastischer Entscheidungen des BGH verdeutlichen, deren Brisanz nach wie vor gültig ist. Zunächst die Entscheidung des BGH, die unter dem Stichwort

Wasserhaltung 1

bekannt wurde.

Die Klägerin hat Bauarbeiten an einem Hochwasserrückhaltebecken in einem Hafen durchgeführt. Der Bauvertrag wurde nach öffentlicher Ausschreibung aufgrund eines Leistungsverzeichnisses geschlossen. Im vorliegenden Rechtsstreit ging es darum, dass die Klägerin Kosten zusätzlich berechnen wollte in Höhe von 180.000,00 DM für die Wasserhaltung und fehlgeschlagene Versuche, Kies unter Wasser einzubauen. Die Klägerin hat das damit begründet, dass auf Anordnung der Beklagten statt der von der Klägerin beabsichtigten offenen eine aufwendigere, geschlossene Wasserhaltung außerhalb des Spundwandkastens durchgeführt werden musste. Im Leistungsverzeichnis war die Wasserhaltung pauschal, also einfach mit „Wasserhaltung“ ausgeschrieben, Planungsunterlagen für sie gab es nicht. Die Klägerin, ein Unternehmen aus dem Inland ohne Küstenerfahrung, hatte die Wasserhaltung pauschal mit 9.000,00 DM angeboten. Nach ihrer Behauptung konnte aus der Ausschreibung und den beigefügten Gründungsempfehlungen nicht entnommen werden, dass eine einfache Wasserabsenkung nicht ausreichend sein würde, was sich jedoch nicht bestätigt hätte, so dass sie die offene Wasserhaltung kalkuliert und angeboten habe. Auf Anordnung des beklagten Landes habe dann die geschlossene Wasserhaltung außerhalb des Spundwandkastens ausgeführt werden müssen. Deswegen stehe ihr die zusätzliche Vergütung zu. Dem folgt, anders als die Vorinstanzen, der BGH nicht.

Er weist die Klage ab und stellt sich auf den Standpunkt, dass die Wasserhaltung pauschal ausgeschrieben worden ist und die Klägerin die „Küstenprobleme“ hätte erkennen müssen. Es würde sich hier nicht um eine Anordnung des Auftraggebers gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B handeln, weil eine solche erst in Betracht kommt, wenn der vertraglich geschuldete Erfolg nicht ohne die Leistungsänderung zu erreichen ist. Es sei in diesem Fall zu beachten, so der BGH, dass die Klägerin den versprochenen Erfolg „Wasserhaltung“ ohne Planungsunterlagen für die Art der Ausführung pauschal versprochen hätte. Damit sei die Klägerin dem Risiko ausgesetzt gewesen, über die von ihr kalkulierte Ausführung hinaus erhebliche Mehrleistungen erbringen zu müssen, ohne dafür eine zusätzliche Vergütung beanspruchen zu können. Dieses Risiko, so der BGH, sei für sie um so höher gewesen als sie ihr Angebot auch ohne Vorliegen der Statik des

Spundwandkastens abgegeben hätte, somit keine Gewähr dafür haben konnte, dass die Statik für die von ihr geplanten Art der offenen Wasserhaltung geeignet war.

(Urteil des BGH vom 09.04.1992 VII ZR 129/91, Baurecht 1992, Seite 759)

Eine weitere Entscheidung des BGH zur Übernahme von Vertragsrisiken im Rahmen der Leistungsbeschreibung ist die Entscheidung

„Kammerschleuse“

(BGH Urteil vom 27.06.1996, Baurecht 1997 Seite 126).

Hier ging es um folgendes:

Die Klägerin sollte für die Beklagte, die Ansprüche auf zusätzliche Vergütung geltend macht, Sanierungsarbeiten an einer im Jahre 1925 errichteten Doppelschleuse mit zwei Kammern und einer 1973 versetzt errichteten Ersatzschleuse zu einem Pauschalpreis erbringen. Der Vertrag kam zustande aufgrund Ausschreibung nach VOB Teil A, wobei auch die VOB Teil B zu Grunde gelegt wurde. Im Streit ist die Vergütung für die Bewehrung einer Schleusenwand. Insoweit wird auf das Leistungsverzeichnis verwiesen, dass die Flächenbewehrung nach der Zwangsbeanspruchung zu bemessen sei, mindestens aber eine angegebene Stärke aufzuweisen habe. Die Bemessung der Zwangsbeanspruchung soll durch eine Statik geklärt werden, die die Klägerin als Vertragsleistung zu erbringen hat. Die Klägerin hat sich in diesem Verfahren darauf berufen, dass sie eine Kalkulation nicht endgültig hätte abgeben können, und zwar deswegen, weil die Statik ja von ihr erst nach Vertragsabschluss erstellt werden sollte. Sie meint deswegen, das Risiko von Mehrleistungen nicht übernommen zu haben, weil dies ja auch anhand der Vorgaben für den AG erkennbar gewesen sei.

Eine Mehrvergütung aus § 2 Nummer 5 VOB B lehnt der BGH ab, in dem er klarmacht, dass es den Vertragsparteien frei steht, Risiken der Bauausführung vertraglich zu übernehmen. Die Vertragsparteien können jegliches Wagnis vereinbaren (dazu später siehe Wasserhaltung 2). In diesem Fall wird der BGH noch deutlicher, in dem er folgendes ausführt:

„Ob und wie sich ein Vertragspartner der Risiken eines Vertragsschlusses vergewissert, ist ausschließlich seine Sache. Es gibt keinen Rechtsgrundsatz, nachdem riskante Leistungen nicht übernommen werden können.“(BGH Baurecht 1997 Seite 126 ff.) Das übernommene Risiko, ein unkalkulierbare und schwer kalkulierbare Leistung zu erbringen, führt im Falle des Risikoeintritts nicht zu einer Abänderung des vereinbarten Preises durch den Richter (Knifka-Köbele, 5 Teil Randnummer 76). Der Leitsatz der Entscheidung lautet: Ein sachkundiger Auftragnehmer kann sich nicht darauf berufen, er habe die mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung verbundene Risikoverlagerung nicht erkennen können oder nicht zu erkennen brauchen

Bei der Entscheidung „**Wasserhaltung 2**“ BauR 1994 S. 236 ging es ebenfalls um die zusätzlichen Kosten einer Wasserhaltung.

Hier war die Wasserhaltung im Leistungsverzeichnis ausgeschrieben als Wasserhaltung nach Wahl des Auftragnehmers, sodass die Ausschreibung alles abdeckte, was an Wasserhaltung geschuldet war.

Nach Auffassung der Klägerin waren die Grundwasserverhältnisse jedoch nicht eindeutig beschrieben. Wegen der Durchlässigkeit und zwar der besonderen Durchlässigkeit des Sandbodens und der nahen Weser sei die kalkulierte Absenkung mittels Filterlanzen nicht ausreichend gewesen, es hätten vielmehr aufwändigere Brunnen gebohrt werden müssen. Der BGH folgt in diesem Fall dieser Begründung und hebt die Vorentscheidung auf, weist allerdings an das OLG zurück. Grundsätzlich kann ein Auftragnehmer jedes Risiko übernehmen. Hier sei aber ein wichtiger Punkt nicht aufgeklärt, nämlich die vorherige Erkennbarkeit des Risikos. Nur dann, so der BGH, wenn die ausgeschriebene Leistung völlig ungewöhnlich ist und niemand die geänderte Leistung erwarten konnte, kann nach Auslegung ein zusätzlicher Vergütungsanspruch bestehen: Ist ein Risiko in der Leistungsbeschreibung erkennbar führt diese zum Ausschluss eines Mehrvergütungsanspruchs führt.

„Alles außer“

Eine weitere Entscheidung des BGH hat die Überschrift „Alles außer“, Urteil des BGH vom 26.09.1995 VII ZR 318/95, Baurecht 1997 Seite 123.

Hier verlangt die Klägerin wiederum von der Beklagten restlichen Werklohn. Sie hatte sich als Generalunternehmerin verpflichtet, ein Büro- und Geschäftshaus mit Garagen und Untergeschossen zum Pauschalpreis von rund 34.000.000,00 DM zu errichten. Nach dem Vertrag sollte die Klägerin grundsätzlich sämtliche Leistungen erbringen, die für die schlüsselfertige Herstellung des Büro- und Geschäftshauses nebst Garagen erforderlich sind einschließlich Architektenleistungen und sonstiger Einzelleistungen bis hin zu Anschlüssen für Labor- und Medizintechnik sowie unter Umständen Einbauschränken.

Die Beklagte selbst hatte nur einige besonders aufgezählte Beiträge (im Bereich der Planung) beizusteuern und im Übrigen war die Klägerin zur Leistungserbringung verpflichtet. Die von der Klägerin, nach Auffassung des BGH, übernommene Leistung umfasste deswegen auch die nirgends sonst in den Vertragsunterlagen genannte Erschließung. Ein zusätzlicher Werklohn wurde der Klägerin dieses Verfahrens deswegen abgesprochen.

Eine weitere Entscheidung des BGH datiert vom 23.01.1997 VII ZR 95/96, Baurecht 1997 Seite 464. Sie wird geführt unter dem Stichwort:

„Alle Öffnungen schließen“

Hier ging es um folgendes:

Auch im Rahmen dieses Verfahrens streiten die Parteien über Werklohnansprüche des Klägers nach dessen Schlussrechnung anlässlich des Bauvorhabens „Umbau und Ausbau des alten Karrengefängnisses zu einem Hotel“. Ursprünglich war hier ein Leistungsverzeichnis erstellt worden, in dem die vom Kläger zu erbringende Leistung detailliert beschrieben worden ist. Und dann hat der Kläger beim Vertrag nicht mehr

aufgepasst. Es kam nämlich dann später zu einem Pauschal festpreis für einen Vertrag über netto 330.000,00 DM, der gegenüber dem ursprünglichen Angebot eine Abweichung enthielt, die wie folgt lautete: Alle Öffnungen in dem Bauwerk schließen außer 3 Außentüren inklusive Endbehandlung und Verglasung mit ISO-Normal...“ .

Der Arbeitsumfang war bei Abschluss des Vertrages insoweit bekannt, als die Fenster nur in den vorhandenen, denkmalgeschützten Gebäudeteilen erneuert werden sollten. Für den Neubauteil lag lediglich ein Übersichtsplan vor, Ausführungszeichnungen gab es erst nach Baubeginn. Der Kläger möchte nunmehr vom Beklagten den Fenstereinbau im Neubau bezahlt bekommen, weil diese angeblich nicht Gegenstand des Vertrages gewesen seien. Dem widerspricht der BGH, in dem er sich auf den Standpunkt stellt, dass von einer Einzelbeschreibung weggegangen worden sei zu einer funktionalen Leistungsbeschreibung in der Weise, dass alle Öffnungen geschlossen werden müssten einschließlich Endbehandlung und Verglasung, was nicht nur beschreibungstechnische Bedeutung habe, sondern eine Verlagerung des Risikos der Vollständigkeit der Beschreibung auf den Auftragnehmer darstelle, weswegen er auch die Fenster im Neubau schulden würde. Dass es sich hier um ein schlecht kalkulierbares Risiko handelt sei, so der BGH, ohne Bedeutung.

4. Funktionaler Mangelbegriff

Mit der funktionalen Leistungsbeschreibung korrespondiert der funktionale Mangelbegriff. Ein Mangel der Funktionalität des Werkerfolges wird nicht nur beurteilt an Hand der Leistungsbeschreibung und/oder den anerkannten Regeln der Technik. Damit erschöpft sich nämlich nicht die Mangelhaftigkeit eines Werkes, weil der BGH und ihm folgend die übrige Rechtsprechung vom sogenannten funktionalen **Herstellungsbegriff** ausgeht. Die Funktionstauglichkeit des Werkes wird entnommen nicht nur aus dem Leistungsverzeichnis, der Leistungsbeschreibung und den Bauplänen, sondern dadurch bestimmt, welcher Verwendungszweck damit erreicht werden soll und damit welcher Leistungserfolg damit geschuldet ist.

Die Leistungsvereinbarung des Auftragnehmers wird überlagert von der Garantieverpflichtung des Werkunternehmers zur Herstellung des geschuldeten

Werkes, die dahin geht, ein nach den Vertragsumständen zweckentsprechendes, funktionstaugliches Werk zu erbringen. Ein Werk entspricht nicht der vereinbarten Beschaffenheit, wenn es nicht die vereinbarte Funktionstauglichkeit aufweist. Die Regelung diesbezüglich geht sehr weit, sie verpflichtet den Unternehmer insbesondere auch dazu, Vorleistungen anderer Unternehmer sorgfältig zu prüfen. Wörtlich führt der BGH dazu immer wieder aus: „Im Rahmen der getroffenen Vereinbarung schuldet der Auftragnehmer ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk. An dieser Erfolgshaftung ändert sich grundsätzlich nichts, wenn die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben, mit der die geschuldete Funktionstauglichkeit des Werkes nicht erreicht werden kann. Ist dieser Erfolg mit der vereinbarten Ausführungsart nicht zu erreichen, schuldet der Auftragnehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit.“ (BGH VII ZR 350-96 NJW 1998, S. 3707, 3708)

5. Beispiele

- Blockheizkraftwerk VII ZR 183/05

Dies sei an einem Beispiel verdeutlicht, das Gegenstand einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs gewesen ist vom 08.11.2007, VII ZR 183/05. Folgender Sachverhalt lag der Entscheidung zu Grunde:

Es ging hier um die Errichtung eines Blockheizkraftwerkes, mit dem ein Forsthaus, das nicht an das öffentliche Stromnetz angeschlossen war, mit Strom und Wärme versorgt werden und auch der Warmwasserbedarf abgedeckt werden sollte. Ein Unternehmen unterbreitete ein Angebot für ein Blockheizkraftwerk mit einer thermischen Leistung von 30 KW. Die Klägerin dieses Verfahrens, die restlichen Werklohn geltend machte, gab ein Angebot für die Errichtung einer Heizungsanlage ab, wobei die Klägerin den Wärmebedarf des Forsthauses mit 25 KW errechnete. Entgegen den Vorgaben der beiden Unternehmer wurde vom Bauherrn ein Blockheizkraftwerk in Auftrag gegeben mit einer Leistung von 12 KW.

Nach Errichtung von Blockheizkraftwerk und Heizanlage stellte sich heraus, dass das Forsthaus nicht warm wurde, weil die Leistungsfähigkeit des eingebauten

Blockheizkraftwerkes viel zu gering war. Mängel an der Leistung der Klägerin hinsichtlich der Errichtung der Heizungsanlage im übrigen sind nicht vorhanden. Gleichwohl nimmt der BGH hier eine mangelhafte Leistung des Heizungsbauers an.

Das begründet der BGH wie folgt: Der vertraglich geschuldete Erfolg 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. Ein Fehler wird auch dann angenommen, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck der Herstellung eines Werkes nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt. Hier hat der Unternehmer eine Heizung eingebaut, die ihre Funktion, nämlich „Erwärmen des Forsthauses“ nicht erfüllen kann. Wörtlich stellt der BGH fest: „Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart und ist dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart oder den anerkannten Regeln der Technik nicht zu erreichen, schuldet der Unternehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit.“ Er schuldet also eine Heizung, die das Forsthaus tatsächlich aufwärmt.

Dabei ist zu beachten, dass das Werk des Unternehmers, die Heizung als solche mangelfrei ist, aber gleichwohl das Forsthaus nicht warm wird. Wörtlich führt der BGH diesbezüglich weiter folgendes aus: „Ohne Bedeutung ist auch, dass die mangelnde Funktion der Heizungsanlage ausschließlich darauf zurückzuführen ist, dass das Blockheizkraftwerk keine ausreichende Wärme zur Verfügung stellt. Denn ein Werk ist auch dann mangelhaft, wenn es die vereinbarte Funktion nur deshalb nicht erfüllt, weil die vom Besteller zur Verfügung gestellten Leistungen anderer Unternehmer, von denen die Funktionsfähigkeit des Werkes abhängt, unzureichend sind.“

Wie wichtig die Funktionstauglichkeit des Werkes für den Mangelbegriff ist, soll noch an einem anderen Beispiel erläutert werden.

- **Ein Dach muss dicht sein VII ZR 403/98**

Ein Bauherr bestellt eine Lager- und Produktionshalle. Dabei wird vom Auftraggeber insbesondere für das Dach eine Billigversion gewählt, die vom Unternehmer ausgeführt und errichtet wird, jedoch dazu führt, dass Wasser durch das Dach in die Lager- und Produktionshalle insbesondere bei Sturm und Starkregen eindringt.

Gewährleistungsansprüche bestehen nach Auffassung des Landgerichts und des Oberlandesgerichts Düsseldorf nicht, weil das Dach entsprechend den vertraglichen Vorgaben und den dazu bestehenden anerkannten Regeln der Technik errichtet worden sei und deswegen ein Mangel nicht vorhanden sei, auch dann nicht, wenn bei Einhaltung der vertraglichen Vorgaben Wasser in die Lager- und Produktionshalle durch das Dach eindringen würde.

Dem ist der BGH entgegengetreten und hat ausgeführt, dass auch dann, wenn eine Billigversion vereinbart ist, der Auftraggeber auch nicht ausdrücklich Regendichtigkeit des Daches fordert, die Regendichtigkeit aus der Funktion des Daches folgt, vor Eindringen von Wasser zu schützen. Der Unternehmer schuldet deswegen auch dann ein regedichtetes Dach, wenn mit der vereinbarten Leistung Regendichtigkeit nicht hergestellt werden kann.

(BGH Urteil vom 11.11.1999 - VII ZR 403/98, BauR 2000, S. 411)

OLG München Urteil vom 05.06.2013 Beck Rs 2013, 09439 in dieser kürzlich veröffentlichten Entscheidung des OLG München ging es um folgenden Fall: Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer mit der Errichtung einer Ausstellungshalle. Die durchzuführenden Arbeiten werden detailliert geplant und beschrieben. Unter anderem soll der Hallenboden 15 cm stark sein. Die von Auftraggeber beabsichtigte Nutzung der Halle, die unter anderem das Befahren mit schweren Flurladern einschließt, war dem Auftragnehmer bei Vertragsabschluss nicht bekannt.

Schon vor der Abnahme zeigten sich Mängel, weil der Boden lediglich eine Stärke von 14,3 cm statt der vereinbarten 15 cm hatte. Darüber hinaus traten Risse und Unebenheiten auf. Ein Sachverständiger stellt fest, dass diese durch die schweren Flurlader verursacht werden. Ein Austausch der Bodenplatte kostet zwischen 80.000,00 €

bis 120.000,00 €. Diese verlangt der Auftraggeber vom Auftragnehmer, der lediglich eine Minderung wegen der geringeren Stärke anbietet. Das Oberlandesgericht München stellt fest, dass die Stärke von 15 cm der Bodenplatte eine vereinbarte Beschaffenheit des Werkes ist, für die Anwendung des § 633 Abs. 2 Satz 2 BGB, nämlich übliche Beschaffenheit ist kein Raum, weil eine konkrete Vereinbarung nicht getroffen wurde. Die Größe der Hallentore und der Art der Nutzung musste nicht geschlossen werden, dass hier schwere Fahrzeuge in der Halle fahren würden. Lediglich dann, wenn die Stärke des Hallenbodens nicht angegeben worden wäre, hätte der Auftragnehmer in diesem Fall Erkundigungen einziehen müssen um festzustellen, welche Verwendung der Hallenboden haben sollte. Deswegen hat das Oberlandesgericht dem Auftraggeber lediglich 725,00 € Minderwert zugesprochen.

Der funktionale Herstellungsbegriff wird in der Praxis häufig nicht hinreichend beachtet. Auftragnehmer berufen sich häufig darauf, dass sie die vertraglich vorgesehene Leistung vollständig erfüllt haben und der Funktionsmangel auf fehlerhaften Ausschreibungen, Planungsleistungen oder Vorunternehmerleistungen beruhen würde.

6. Garantiehafung

Für das Vorliegen eines Mangels ist das völlig unerheblich. Fehler an Vorunternehmerleistungen oder Planungsfehler oder nicht vollständige Ausschreibungen führen grundsätzlich zu einer Mängelhaftung des Auftragnehmers. Stichwort ist die „**verschuldensunabhängige Garantiehafung**“ des Unternehmers für die Funktionstauglichkeit seines Werkes.

a.) Bedenkenhinweispflicht

Von dieser Mängelhaftung kann der Auftragnehmer sich nur befreien, wenn er seiner **Bedenkenhinweispflicht** nachgekommen ist. Dabei ist die Mängelhaftung (Erfolgshaftung) des Unternehmers **verschuldensunabhängig**, die Erfüllung der Hinweis- und Prüfungspflicht ist lediglich Entlastungstatbestand im Rahmen der

verschuldensunabhängigen Mängelhaftung. Für den Unternehmer hat das erhebliche Konsequenzen.

Er ist nämlich bei Vorliegen eines Mangels darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass er seiner Hinweis- und Prüfungspflicht nachgekommen ist. Nur dann, wenn er das getan hat und dies **auch beweisen** kann, ist er nach der gesetzlichen Regelung entlastet. Er muss sich nach Möglichkeit schriftlich (in der VOB/B ohnehin) gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe und Bauteile oder gegen die Leistung anderer Unternehmer wenden und konkret Bedenken äußern.

Im Falle des undichten Daches hätte der Unternehmer deswegen den Auftraggeber darauf hinweisen müssen, dass bei Einhaltung seiner Leistungsverpflichtung die Gefahr besteht, dass das Dach undicht ist und somit die Funktionstauglichkeit nicht hat bzw. die Funktion als „Schutz vor eindringendem Wasser bei bestimmten Wetterlagen“ nicht erfüllen kann.

Beim Blockheizkraftwerk hätte der Unternehmer die Vorleistung des anderen Unternehmers prüfen müssen, er hätte sich insbesondere Unterlagen **vorlegen** lassen müssen, aus denen sich die Leistungsverpflichtung des Vorunternehmers ergibt, um sodann dem Auftraggeber gegenüber seiner Bedenken- und Hinweispflicht nachkommen zu können. Er musste ihm deutlich schreiben, dass seine Heizung nicht funktionieren kann, weil die hierfür erforderliche Ausgangsleistung nicht vorhanden ist. Dabei ist hervorzuheben, dass die Bedenken- und Hinweispflicht gegenüber dem **Auftraggeber** erfüllt werden muss und nicht etwa gegenüber Dritten z.B. gegenüber dem uneinsichtigen Architekten. Auch das wird in der Praxis häufig übersehen. In einer Entscheidung vom 30.06.2011 (VII ZR 109/10) zeigt der BGH Möglichkeiten der Entlastung für den Unternehmer auf. Dazu später.

b.) Sowiesokosten

Es kommt immer wieder vor, dass in den Leistungsbeschreibungen Leistungen vergessen werden, die zur Funktionstauglichkeit und Zweckentsprechung notwendig sind. Führt der Unternehmer diese Leistungen, die weggelassen sind, dann nicht aus, ist

das Werk mangelhaft, weil die Funktionstauglichkeit nicht gegeben ist. Auch hier ist der Unternehmer verpflichtet, auf Bedenken hinzuweisen, wenn die Unvollständigkeit erkennbar ist.

In diesen Fällen stellt sich allerdings immer das Problem der sogenannten Sowiesokosten, d.h. Mehrkosten beim Auftraggeber, die auch und gerade dann entstanden wären, wenn der Unternehmer rechtzeitig vor Erbringung seiner Leistung auf die erforderlichen Bedenken ordnungsgemäß hingewiesen hätte. An den Sowiesokosten muss sich der Auftraggeber in jedem Falle beteiligen, weil er bei rechtzeitiger Ankündigung und Erheben von Bedenken ohnehin eine zusätzliche Vergütung hätte zahlen müssen. (BGH-Urteil vom 16.07.1998, BGH NJW 1998, S. 3707, 3708). Der Auftraggeber soll aus einer ursprünglich vom Auftragnehmer nicht geschuldeten Leistung keine Vorteile haben. Haben die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart, dann umfasst, wenn die Kalkulation des Werklohns nicht nur auf den Vorstellungen des Auftragnehmers beruht, der vereinbarte Werklohn nur die vereinbarte Herstellungsart. Zusatzarbeiten, die für den geschuldeten Erfolg erforderlich sind, hat der Auftraggeber dann zusätzlich zu vergüten. Die dem Auftragnehmer bei mangelfreier Leistung für die erforderlichen Zusatzarbeiten zustehende Zusatzvergütungen können im Rahmen der Gewährleistung als Sowiesokosten berücksichtigt werden.“ (BGH a.a.O. S. 3708)

c.) fehlerhafte Leistungsbeschreibung

Auch die fehlerhafte Beschreibung der Leistung und die Ausführung nach der fehlerhaften Leistungsbeschreibung macht das Werk mangelhaft. Auch hier kann der Unternehmer der Mängelhaftung nur entgehen, wenn er seine Hinweispflicht erfüllt hat. Es kommen lediglich zum Schutze des Unternehmers Sowiesokosten und ein Mitverschulden z.B. des planenden Architekten in Betracht.

Ist die Leistung unklar beschrieben, so dass mehrere Ausführungsmöglichkeiten gegeben sind, darf der Unternehmer nicht eine Modalität wählen, die zu einer nach dem Gesamtbild des Vertrages mit dem Vertragszweck nicht vereinbarten Leistung führt, z.B. bei Abweichungen zwischen Leistungsverzeichnis und sonstigen Vertragsbedingungen.

Hierzu ein Beispiel:

- **Stichwort: Tennishalle**

Die Beklagte dieses Verfahrens beauftragte die Klägerin, die mit der Klage natürlich wiederum restlichen Werklohn geltend macht, mit der Erstellung einer Tennishalle. Im ursprünglichen Angebot, welches auch Gegenstand des Auftrages wurde, fand sich ein Hinweis, dass die Hallen den Vorschriften des Deutschen Tennisbundes entsprechen würden. Im Vertrag wurde dann eine Leistungsbeschreibung aufgenommen, in der die Größe der einzelnen Tennisplätze und Anlagen im einzelnen genau festgelegt wurde. Nach Errichtung der Tennishalle nach den im Vertrag vorgegebenen Platzgrößen hat sich dann herausgestellt, dass bei den Platzgrößen die Vorgaben des Deutschen Tennisbundes gerade nicht eingehalten worden sind. Dies führte zu einem Mangel, obwohl die Tennisplätze so errichtet worden waren, wie im Leistungsverzeichnis vorgesehen. Die Klägerin als Werkunternehmerin hatte nach Auffassung des BGH hierfür gerade zu stehen, denn die Beklagte konnte sich darauf verlassen, dass die Angaben, die die Klägerin bezüglich des Leistungsverzeichnisses machen würde, den Vorgaben des Deutschen Tennisbundes entsprechen würde. (BGH Urteil vom 20.06.1991, VII ZR 223/90; Baurecht 1991 Seite 605 f.). Die Beklagte konnte gegenüber dem Restwerklohn mit ihren Mängelansprüchen aufrechnen.

- **Stichwort: Bodenkontamination**

Wie streng der BGH die Funktionalität bei der Abweichung von Soll / Ist sieht, sei an einer weiteren neuen Entscheidung des BGH verdeutlicht. Es handelt sich um das Urteil vom 22.12.2011, VII ZR 67/11. Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer mit Tiefbauarbeiten. Unter anderem ist Boden unterhalb einer Ortsdurchfahrtstraße auszuheben und in das Eigentum des Auftragnehmers zu übernehmen. Hinweise über Kontaminationen des Bodens enthält die Ausschreibung nicht. Bei der Ausführung der Leistung stellt sich heraus, dass der Boden der Schadstoffklasse Lager Z 1.1 zuzuordnen ist, wodurch Zusatzkosten für die Entsorgung des Bodens entstehen. Der Auftragnehmer verlangt einen Nachtrag nach § 2 Abs. 5 VOB B, da die Entsorgung

kontaminierten Bodens nicht von seinem Leistungsumfang erfasst sei. Der Auftraggeber verweigert die Zahlung mit dem Argument, die Ausschreibung enthalte keine Einschränkung dahingehend, dass nur der Aushub nicht kontaminierten Bodens geschuldet sei. Der BGH stellt sich in diesem Zusammenhang den Standpunkt, dass die Ausschreibung so vorgenommen werden muss, wie § 7 der VOB A es vorgibt, d.h. es darf dem Bieter kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden. Ein Hinweis auf kontaminierten Boden war in diesem Fall nicht erforderlich, weil ein Sachverständigengutachten eingeholt worden ist und der Sachverständige sich auf den Standpunkt gestellt hatte, dass regelmäßig mit Schadstoffen belasteter Boden vorhanden ist unter der Asphaltdecke einer Ortsdurchfahrt. Deswegen hätte der Auftragnehmer mit belastetem Boden rechnen müssen.

Er kann keinen Nachtrag verlangen, sondern schuldet die Entsorgung des kontaminierten Bodens aufgrund der Leistungsbeschreibung. Hier wird erneut darauf verwiesen, wie wichtig es ist, dass der Auftragnehmer den Leistungsinhalt bereits im Vergabeverfahren aufklärt bzw. rügt, wenn die Leistungsbeschreibung nicht vollständig ist. Der BGH stellt allerdings klar, dass, wenn ein Bodengutachten vorhanden ist, sich die Verpflichtung des Auftragnehmers auf den Boden erstreckt, der sich aus dem Bodengutachten ergibt.

In diesem Zusammenhang ist auf eine weitere Entscheidung des BGH vom 21.03.2013 VII ZR 122/11 zu verweisen. Hier ging es um folgendes: der öffentliche Auftraggeber schreibt Tiefbauleistungen für eine Kreisstraße gemäß den Anforderungen der VOB Teil a aus. Hinweise auf Kontaminationen enthält die Ausschreibung, wie im vorherigen Fall nicht. Der Auftragnehmer kalkuliert deswegen mit schadstofffreiem Aushub. Danach stellt sich heraus, dass der Aushub mit Chloritgas belastet ist und der Auftragnehmer möchte die zusätzlichen Kosten bezahlt bekommen. Der Auftraggeber lehnt, insbesondere unter Hinweis auf die Entscheidung des BGH vom 22.12.2011 die Mehrkosten ab, weil üblicherweise hätte mit Chloritbelastung gerechnet werden müssen. Diese sei vorhersehbar gewesen, weil Straßen im Winter zumindest mit Salz gestreut werden. Diesem Argument folgt in diesem Fall der BGH nicht. Er stellt aber zunächst fest, dass dem Wortlaut einer öffentlichen Ausschreibung vergleichsweise große

Bedeutung zukommt. Maßgeblich ist das objektive Verständnis der potentiellen Bieter. Wenn gemäß den Vorgaben der VOB Teil a ausgeschrieben wird, darf der Auftragnehmer sich grundsätzlich darauf verlassen, dass die Leistung eindeutig und erschöpfend beschrieben wird und ihm kein ungewöhnliches Wagnis auferlegt wird. In der Entscheidung vom 22.12.2011 so der BGH sei ein ausdrücklicher Hinweis auf die Chontaminierung deswegen nicht notwendig gewesen, weil sich diesem aus den Umständen klar und eindeutig ergeben hätte. Jetzt stellt der BGH allerdings fest, dass bei der Ausschreibung die DIN-Norm VOB Teil c jeweils Abschnitt 0 zu beachten ist. Ein Bieter kann deswegen in einem Vergabeverfahren davon ausgehen, dass alle nicht genannten Erschwernisse die nach der einschlägigen DIN-Norm zu beschreiben gewesen wären auch nicht vorliegen. Treten dann Erschwernisse auf, die nicht angegeben waren, begründet dies einen Nachtrag.

IV. Die anerkannten Regeln der Technik

Der Unternehmer hat in jedem Falle, dass wurde mehrfach ausgeführt, die anerkannten Regeln der Technik einzuhalten.

Hierzu ein Beispiel (BGH VII ZR 134/12 07.03.2013)

Die Klägerin beauftragte den Beklagten mit dem Einbau einer Massivholztreppe. Nach Einbau stellten sich Mängel heraus. Der Beklagte hatte eine Wangenstärke 40mm gewählt und behauptet, die Standsicherheit sei gegeben. Nach den anerkannten Regeln der Technik (Regelwerk handwerklicher Holztreppe) muss die Wangenstärke jedoch mindestens 50 mm betragen. Sofern die Gleichwertigkeit nachgewiesen werde, könne die Stärke auch 45 mm betragen. Ein Mangel des Werkes, so der BGH, liegt auch dann vor, wenn eine allgemein anerkannte Regel der Technik vorsieht, dass eine bestimmte Ausführungsart nur dann zulässig ist, wenn die Standsicherheit im Einzelnen geprüft ist und der Standsicherheitsnachweis vorliegt. Zur geschuldeten Beschaffenheit gehört dann die Vorlage eines Nachweises. „ Es ist gerade typisch, dass allgemein anerkannte Regeln der Technik dazu dienen, mit der notwendigen Gewissheit sicherzustellen, dass bestimmte Eigenschaften erreicht werden“

Die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik bedeutet aber nicht, dass der Unternehmer nicht für Mängel einzustehen hat, wenn das Werk für den vorgesehenen Zweck nicht funktionstüchtig ist. (BGH Urteil vom 19.01.1995, VII ZR 131/93; Baurecht 1995 Seite 230 ff und „Ein Dach muss dicht sein“ s.o.)

Dazu eine Entscheidung des OLG Hamm vom 29.09.2012 I-17 U 170/11: Der Beklagte, der auf Vorschuss in Höhe der Kosten der Mängelbeseitigung in Anspruch genommen wird, hat im Haus des Klägers die Wasserinstallationsarbeiten vorgenommen und dabei Kunststoffrohre mit Messingverbundstücken verwendet. In der Folgezeit entstanden 4x Wasserschäden. Ursache dafür war ein unerwartet hoher Chloridanteil im Wasser. Der Beklagte hatte sich beim zuständigen Wasserwerk über den Chloridanteil erkundigt und dann Materialien von mittlerer Art und Güte verwendet. Das OLG folgt dem nicht und verurteilt den Handwerker, weil trotz Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik die Gebrauchstauglichkeit wegen der Undichtigkeit der Fittinge nicht gegeben sei. Wegen der Erfolgshaftung komme es auf Verschulden und fehlende Erkennbarkeit nicht an. Wenn der Unternehmer eine Prognose trifft und die ist falsch, dann muss er dafür einstehen.

1. Definition

Anerkannte Regeln der Technik sind diejenigen technischen Regeln für den Entwurf und die Ausführung baulicher Anlagen, die in der technischen Wissenschaft als theoretisch richtig erkannt sind und feststehen sowie insbesondere in dem Kreise der für die Anwendung der betreffenden Regeln maßgeblichen, nach dem neuesten Erkenntnisstand vorgebildeten Techniker durchweg bekannt und aufgrund fortdauernder praktischer Erfahrung als technisch geeignet, angemessen und notwendig anerkannt sind. Das heißt, anerkannte Regeln liegen vor, wenn sie sich in der Wissenschaft als richtig durchgesetzt und sich in der Baupraxis als richtig bewährt haben.

Diese Formulierung bedeutet nicht, dass ein technischer Fortschritt nicht relativ schnell eingeführt werden kann.

2. Beispiel

Hierzu ein Beispiel: Im Jahre 1998 hatte die Firma Fischer ein Flexalino System eingeführt.

Im Rahmen dieses Systems wurden Warm- und Kaltwasserleitungen mit einer bestimmten Steckverbindung geschlossen, hierdurch sollte das Verlegen von Kupferrohren und das Verlöten von Kupferrohren vermieden werden. Dieses System wurde dem Bauherrn im Jahre 1999 zum Einbau vorgeschlagen und vom Werkunternehmer eingebaut. Nach Bezug trat ein erheblicher Wasserschaden im Gebäude auf, in dessen Folge das Gebäude nahezu komplett leer gezogen und saniert werden musste. Ursache für den Schaden war, dass eine Steckverbindung durch den Mitarbeiter des Unternehmers nicht ordnungsgemäß verbunden und die vom Hersteller vorgegebene Kontrolle beim Einrasten der Steckverbindung nicht vorgenommen worden war. Eine weitere Ursachen an einer anderen Stelle war, dass eine weitere Steckverbindung ebenfalls nicht ordnungsgemäß gesteckt war, weil diese Verbindung einen Produktionsfehler aufwies, wobei der Mitarbeiter wieder das nicht ordnungsgemäße Zusammensetzen nach Herstellervorgaben hätte merken müssen. Sowohl Landgericht wie Oberlandesgericht haben trotz der Kürze der Zeit nicht beanstandet, dass das System Flexalino vom Unternehmer genutzt worden ist, weil es zwar sich in der Praxis noch nicht bewährt hatte, gleichwohl aber es sich als wissenschaftlich richtig durchgesetzt hatte und bis auf zwei Stellen Schäden nicht entstanden sind. Das bedeutet im Ergebnis, technische Neuerungen dürfen grundsätzlich eingeführt werden. Am Verfahren beteiligt waren nicht nur Bauherr und Auftragnehmer, sondern auch Produzent Firma Fischer und die Haftpflichtversicherung der Firma Fischer. Diese hat wesentliche Teile des Gesamtschadens von 1.400.000,-- DM übernommen. Allerdings halte ich die Entscheidung für problematisch hinsichtlich der Einführung des neuen Systems. Der Unternehmer durfte hier ohne Belehrung über die fehlende Praxisbewährung das System nicht einbauen.

3. Umfang

Was zu den anerkannten Regeln der Technik gehört, lässt sich, wenn Streitig, nur durch Sachverständigengutachten ermitteln, weil die anerkannten Regeln der Technik fließend sind. Als Beispiel sei hier der Schallschutz angeführt, deren Anforderung sich ständig geändert hat. Die DIN 4109 gibt ja nur einen Mindeststandard an Schallschutz vor, der nicht mit den anerkannten Regeln der Technik in Einklang stand. Umfasst werden mit dem Begriff „allgemein anerkannte Regeln der Technik“ alle überbetrieblichen technischen Normen, zu denen die DIN Normen, die einheitlichen technischen Baubestimmungen des Instituts für Bautechnik, die Richtlinien des VDI, die Flachdachrichtlinien etc. gehören sowie geschriebene und ungeschriebene Regeln. Ein Mangel an der Leistung des Unternehmers liegt in jedem Falle dann vor, wenn seine Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme von den anerkannten Regeln der Technik abweicht. D.H. eine Abweichung von den anerkannten Regeln der Technik stellt in jedem Falle einen Mangel dar, auch wenn sich der Mangel im Bau noch nicht gezeigt hat, sondern in der Zukunft erst kommen könnte.

Eine Veränderung der anerkannten Regeln und damit des Standes der Technik während der Bauzeit muss vom Unternehmer beachtet werden, d.h., wenn sich der Stand der Technik bzw. sich die anerkannten Regeln der Technik ändern und mehr vom Unternehmer verlangt wird, wird dieser **neue** Standard geschuldet, auch, wenn er nicht ausdrücklich vereinbart wurde.

Das gilt nicht, wenn es eine ausdrückliche anders lautende Vereinbarung gibt, die allerdings nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden kann. (OLG Nürnberg Urteil vom 23.09.2010 NJW RR 2011 Seite 100 ff.)

In dieser Entscheidung ging es um Abdichtungsarbeiten im Badezimmer. Für das Bad war dort unter anderem festgelegt, dass dessen Fußboden mit neuer Abdichtung gefliest wird und dessen Wände raumhoch gefliest werden. Der Unternehmer hat im Bad zur Abdichtung die elastische, flüssige Dichtfolie auf Dispersionsbasis "Superflex 1" einer bestimmten Firma einbringen lassen, welche am Boden eine Stärke von 0,4 mm hatte, an der Wand eine solche von 0,2 mm. Der Bauherr macht Mängelansprüche geltend, weil die nach den Herstellerrichtlinien und amtlichen Prüfzeugnissen erforderliche Mindeststärke von 0,5 mm nicht erreicht werden würde und außerdem eine Abdichtung nach dem Stand der Technik auch an den Wänden erforderlich und daher geschuldet

war, auch wenn die Abdichtung der Wände anders als für den Fußboden nicht ausdrücklich vereinbart war.

In diesem Verfahren ging es also um die Abdichtung der Wände und das Verhindern von eindringender Feuchtigkeit dort. Da eine ausdrückliche Vereinbarung für die Abdichtung der Wände nicht getroffen worden war, mussten die anerkannten Regeln der Technik als Mindeststandard vom Unternehmer beachtet werden (BGH Urteil vom 14.05.1998, BGHZ 139 Seite 16 ff.)

Es wurde sodann ein Sachverständigengutachten eingeholt im Rahmen des Verfahrens. Der Sachverständige erklärte, dass aus seiner Sicht nach wie vor hier eine Abdichtung des Bodens und der Wand im Wannenbereich erforderlich sei, um die Gebrauchstauglichkeit dauerhaft zu erhalten und das Risiko von Feuchtigkeitsschäden auszuschließen. Deswegen hat hier das Oberlandesgericht Nürnberg eine Abweichung von den anerkannten Regeln der Technik angenommen, obwohl nach Auffassung auch des gerichtlich bestellten Sachverständigen in Fachkreisen kontrovers diskutiert wird, ob bei nicht feuchtigkeitsempfindlichen Untergründen die Notwendigkeit einer Abdichtung besteht. Der Unternehmer hat sich dann darüber hinaus noch auf Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung berufen hinsichtlich eines weiteren Punktes, dessen Leistung ausdrücklich als geschuldet vereinbart war. Auch das wurde nicht akzeptiert. . Auch hier hat das Oberlandesgericht Nürnberg in der zitierten Entscheidung zu Recht festgestellt, dass die geschuldete Beschaffenheitsvereinbarung maßgeblich ist für den Leistungsumfang, andernfalls eine vertragliche Vereinbarung keinen Sinn machen würde, wenn man dem Unternehmer nicht abfordert, diese Leistung auch tatsächlich zu erbringen und sich dann auch nicht auf Unverhältnismäßigkeit berufen zu können, wenn die Mängelbeseitigung mit erheblichem Aufwand verbunden ist.

„Hat sich der Werkunternehmer verpflichtet, das Werk mit einem über den Stand der Technik hinausgehenden Standard herzustellen, so kann er die Nachbesserung nicht allein deswegen als unverhältnismäßig verweigern, weil nach allgemeinem Erfahrungswissen, auf welchem der Stand der Technik beruht, die Gefahr eines mangelbedingten Schadens am Bauwerk gering ist. Andernfalls wäre die Ausführung des vereinbarten höheren Standards regelmäßig nicht durchsetzbar, die Vereinbarung

würde leerlaufen.“ (OLG Nürnberg, a.a.O.) Erst wenn ein Schaden ausgeschlossen ist, kann etwas anderes gelten.

4. Herstellerrichtlinien

Im bereits zitierten Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11.11.1999, VII ZR 403/98 ging es, wie vorgetragen, um eine auch bei außergewöhnlichen Witterungsverhältnissen geschuldete funktionstaugliche Dacheindeckung für eine Produktions- und Lagerhalle. Wird das Ziel nicht erreicht, genügt es nicht, DIN Normen bzw. die anerkannten Regeln der Technik einzuhalten.

Neben den anerkannten Regeln der Technik stellt sich die Frage nach dem Stellenwert von Herstellerrichtlinien bzw. Herstellerangaben. Herstellerangaben sind weder DIN Normen noch sind sie zwingend den anerkannten Regeln der Technik gleichzusetzen. Gleichwohl haben Herstellerangaben eine erhebliche Bedeutung bei der Leistungserbringung durch den Unternehmer.

In der bereits zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11.11.1999, VII ZR 403/98 ging es ja um das undichte Dach, vom Bauherrn als Billigversion bestellt. Hier hatte der Hersteller des Systems in seiner Produktinformation eine Dachneigung von 10° empfohlen. Errichtet war das Dach mit einer Dachneigung von 7°, so dass der BGH sich auf den Standpunkt gestellt hat, dass der Hersteller in seiner Produktinformation die Grenze der Dachneigung aufweist, unter der es zum Wassereintritt kommen kann. Das Dach hätte deswegen mit mindestens 10° Dachneigung gebaut werden müssen.

Zur Frage der Herstellerrichtlinien hat das Thüringer Oberlandesgericht in einer Entscheidung, die seit dem 13.11.2008 aufgrund Nichtannahmebeschlusses des BGH (VII ZR 173/06) rechtskräftig geworden ist, folgendes entschieden in einem Fall, in dem es darum ging, dass eine vom Hersteller empfohlene Spachteldicke von mindestens 3 - 5 mm nicht erreicht worden war. Das OLG führt zunächst aus, dass eine vertragliche Zusicherung hinsichtlich der Schichtdicke nicht vorliegen würde. Zweck der Beschichtung sei es, eine ebene Fläche zu erreichen, die nach einem eingeholten Gutachten auch tatsächlich erreicht wird. Damit sind DIN-Normen und anerkannte

Regeln der Technik erfüllt. Allein die Abweichung von den Herstellerrichtlinien führe noch nicht zu einem Mangel, denn: "Die Herstellerrichtlinien, die auf Eignungsprüfungen des Herstellers beruhen, dürfen nicht mit anerkannten Regeln der Technik (die immer einzuhalten sind und deren Nichtbeachtung wegen des Risikopotenzials regelmäßig einen Mangel begründen) gleichgesetzt werden.

Trotzdem sind aber Herstellerrichtlinien grundsätzlich einzuhalten und bei Nichteinhaltung spricht wegen der damit einhergehenden Risikoungewissheit zunächst alles für einen Mangel des Werkes; diese Vermutung ist jedoch widerlegbar."

Da hier die Leistung im übrigen mangelfrei war und die notwendige Glätte des Putzes erreicht war, war nach Auffassung des gerichtlich bestellten Sachverständigen, dem das OLG gefolgt ist, die Vermutung widerlegt. Herstellerrichtlinien einhalten zu müssen und damit ein Mangel an der Leistung nicht vorhanden. Das gilt allerdings dann nicht, wenn bei Abweichung von den Herstellerrichtlinien sich das Risiko einer Schadensursache erhöht. In diesem Fall liegt ein Mangel vor. (OLG Thüringen Urteil vom 27.07.2006, Baurecht 2009, Seite 669)

Nach einer Entscheidung des OLG Köln vom 20.07.2005 11 U 96/04 stellt eine entgegen den Vorgaben des Herstellers vorgenommene Ausführung dann einen Mangel dar, wenn der Auftraggeber dadurch Gefahr läuft, die Herstellergarantie zu verlieren.

In einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Brandenburg (Urteil vom 15.06.2011 4 U 144/10 BauR 2011, S. 1705) ging es um folgendes:

Der Auftraggeber schließt mit dem Auftragnehmer einen Vertrag über die Herstellung einer Schwimmsteganlage. Anders als ursprünglich vorgesehen, vereinbaren die Parteien im Wege eines Nachtrags, dass der Gehbelag aus sogenannten Tech-Wood-Dielen hergestellt wird. Der Hersteller dieser Dielen sieht in seinen Herstellervorgaben vor, dass diese ausschließlich mit Montageclips befestigt werden dürfen. Im Gegensatz hierzu bringt der Auftragnehmer die Dielen mittels Verschraubungen an. Dadurch wird nach den Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen verhindert, dass sich die Dielen nach der Verlegung weiter ausbreiten, was wiederum die Gefahr eines Reißens der Bretter erhöht. Darüber hinaus führt das nicht verwenden der Montageclips, die zugleich als Abstandshalter fungieren, zu einem ungleichmäßigen Fugenbild. Das Oberlandesgericht gibt der Klage des Auftraggebers auf Zahlung eines

Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung statt und zwar deswegen, weil durch die Verschraubung, anders als bei der Verwendung des Montageclips ein selbstständiger Grund geschaffen wird, dass Risse der Tech-Wood-Dielen entstehen können.

Der BGH hat in einer neueren Entscheidung vom 23.07.2009 (VII ZR 164/08) ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ein Verstoß gegen die Herstellervorgaben dann nicht zu einem Mangel führen, wenn die Vorgaben über die anerkannten Regeln der Technik hinaus gehen, letztere aber nachweislich erfüllt sind und die Funktionstauglichkeit des Werkgegenstandes gegeben ist.

In dieser Entscheidung ging es um die Grundüberholung eines Zwölfzylindergasmotors an einem Blockheizkraftwerk, die der Unternehmer nicht gemäß den Vorgaben des Herstellers vorgenommen hatte. Er hatte nämlich drei Schrauben, die nach Herstellerangaben getauscht werden mussten, nicht ausgetauscht. Später kam es zu einem Schaden, dessen Ursachen in zwei der hochfesten Befestigungsschrauben lag. Der BGH hat den Werkunternehmer zum Schadensersatz verurteilt, weil er die Herstellerrichtlinien nicht beachtet hat, denn es habe sich hier um die Sicherheitstechnik gehandelt und deswegen seien die Herstellerrichtlinien zwingend einzuhalten. Diese Sicherheitsanforderung fußte nämlich auf der Einschätzung des Herstellers zur Gefährdung seines Produktes und der dadurch entstehenden Risiken für den Betrieb und die Verkehrssicherheit. Der die Generalüberholung vornehmende Unternehmer darf dann nicht eigenmächtig entscheiden, ob er diese Herstelleranforderungen, die über die üblichen oder den anerkannten Regeln der Technik entsprechenden Vorkehrungen hinausgehen, einhält oder nicht.

Das OLG Hamm hat sich in einem vor kurzem entschiedenen Fall auch mit der Nichteinhaltung der Herstellerrichtlinien auseinandergesetzt. Hier ging es darum, dass ein bestimmter Fugenmörtel eines Herstellers verwendet wurde. Bei Verarbeitung des Mörtels hielt der Unternehmer die Herstellerrichtlinien nicht ein, u.a. wurde der Mörtel nicht maschinell gemischt, so dass die Körnung nicht gleichmäßig verteilt war, und die Mörtelfugen wurden während des Abbindeprozesses nicht gegen Nässe geschützt, was zu Ausblühungen in der Fassade geführt hat. Das OLG braucht einen Satz, um das

festzustellen und den Unternehmer zur Mängelhaftung zu verurteilen, weil er durch Nichteinhaltung der Herstellerrichtlinien eine Ursache für die Mangelhaftigkeit der Leistung gesetzt hat. (OLG Hamm Urteil vom 16. März 2012 I-12 U 132/11)

V. Durchsetzung von Mängelrechten

1. Die Mängelanzeige

Ist nach Auffassung des Bestellers eine Leistung des Unternehmers mangelhaft, so muss er zunächst den Nacherfüllungsanspruch geltend machen gemäß § 635 BGB. Voraussetzung für das Nacherfüllungsverlangen ist das Vorliegen eines Mangels und natürlich, dass keine Ausschlussstatbestände vorliegen, wie beispielsweise Erfüllung der Bedenken- und Hinweispflicht oder aber Kenntnis vom Mangel bei Abnahme.

Will der Besteller aus dem Nacherfüllungsanspruch Rechtsfolgen herleiten, muss er den Mangel so genau bezeichnen, dass der Unternehmer erkennen kann, um was für einen Mangel es sich handelt und wo sich der Mangel befindet. Es genügt nicht, nur allgemein Mängel zu rügen. (Kniffka IBR Kommentar, aaO § 635 Rn. 14 mit weiteren Nachweisen) Zum Beispiel reicht es nicht, einen schlechten Anstrich an einem Gebäude zu rügen, ohne bekannt zu geben, an welchen Wänden sich der schlechte Anstrich nach Auffassung des Bestellers befindet. (OLG Köln Urteil vom 09.05.2003 19 U 170/96) Es genügt auch nicht, wenn ein Besteller die Erklärung abgibt, dass am Dach Mängel vorhanden sind. Es genügt auch nicht, die Erklärung abzugeben, die Abdichtung sei undicht oder die Pflasterung des Parkdecks sacke an einigen Stellen ab oder die Fugen seien nicht fachgerecht angebracht ohne eine genaue Lokalisation vorzunehmen, insbesondere wenn der Unternehmer die Mängel bestreitet. (Kniffka A. A. O. Rn. 14). Die Mängelanzeige sollte deswegen immer sorgfältig formuliert werden, um bestehende Ansprüche nicht zu verlieren.

Bei der Formulierung hinsichtlich der Mängelanzeige hilft dem Besteller die

2. Symptomtheorie des BGH

Diese ist von erheblicher Bedeutung, sowohl was den Inhalt der Mängelanzeige als auch was die Auswirkungen der Mängelanzeige angeht. Nach der Symptomtheorie des BGH reicht es aus, wenn der Besteller eine genaue Beschreibung der Mangelerscheinung vornimmt. Mit der Darstellung der Mangelerscheinung macht der Besteller den Mangel selbst zum Gegenstand seiner Rüge, wobei die Wirkungen der Mängelanzeige sich dann auf den Mangel selbst beziehen. Ausreichend ist z.B. die Erklärung: „Im Heizungskeller des Wohngebäudes X dringt an der westlichen Außenwand Wasser ein“ oder „die Heizung in dem und dem Raum oder in dem und dem Haus wird nicht warm“. Genaue technische Erläuterungen sind entbehrlich, auch Ursachen einer Mangelerscheinung brauchen nicht benannt zu werden. (BGH Urteil vom 08.05.2003 - VII ZR 407/01; Urteil vom 16.12.2004 - VII ZR 270/03; Urteil vom 07.07.2005 - VII ZR 59/04).

Macht der Besteller allerdings technische Angaben zu den von ihm vermuteten Mängelursachen, so ist dies für die Mängelbeseitigungsaufforderung als solche unschädlich und zwar auch dann, wenn die Vermutung falsch ist. Der Unternehmer darf sich nicht darauf beschränken, lediglich das zu untersuchen, was der Besteller gerügt hat. Vielmehr wird, wenn die Mangelerscheinung gerügt wird, der Mangel als solcher vollständig erfasst und zwar in allen Bereichen.

Dies sei an einem Beispiel verdeutlicht. Ein Bauträger errichtet Eigentumswohnungen. Innerhalb der Gewährleistungsfrist stellt sich heraus, dass bei Schlagregen an einer in einem Obergeschoss gelegenen Wohnung Wasser durch den Rollladenkasten eindringt. Diese Tatsache wird gegenüber dem Fensterbauer gerügt, der das über dem Wohnzimmer gelegene bodentiefe Fenster mit Balkonaustrittstür eingebaut hat. Der Fensterbauer bestreitet, die Ursache für diesen Mangel gesetzt zu haben und stellt sich auf den Standpunkt, dass die Isolierung des Balkones nicht fachgerecht vorgenommen worden sei. Es kommt zum Beweissicherungsverfahren. Im Laufe des Beweissicherungsverfahrens stellt sich heraus, dass die unter dem bodentiefen Fenster vom Fensterhersteller vorgenommene Abdichtung nicht fachgerecht war, so dass Schlagregen in das Fensterelement eingedrungen ist und so das Wasser in die darunter befindliche Wohnung laufen konnte. (Es musste mit Eimern aufgefangen werden). Der Mangel wird in der Weise beseitigt, dass der Fensterbauer die komplette

Balkonaustrittsanlage austauscht und ordnungsgemäß abdichtet. Wasser dringt jetzt nicht mehr in die Wohnung im Obergeschoss ein, auch nicht bei Schlagregen. Nach Ablauf der Gewährleistungsfrist von 5 Jahren stellt sich heraus, dass auch in anderen Wohnungen bei Schlagregen unter bestimmten Voraussetzungen Wasser in die darunter befindlichen Wohnungen eindringt. Der Bauträger nimmt den Fensterbauer erneut in Anspruch auf Mängelbeseitigung, dieser beruft sich auf die Einrede der Verjährung. Das funktioniert nicht, weil aufgrund der Symptomtheorie die Mangelercheinung als solche gerügt worden ist und zwar unabhängig davon, ob in anderen Wohnungen der gleiche Mangel vorhanden ist oder sich bereits gezeigt hat. Der Fehler lag hier in der nicht ordnungsgemäß vorgenommenen Abdichtung, deren Mangelercheinung der Bauträger gerügt hatte mit der Folge, dass dieser Mangel insgesamt gerügt war und der Fensterbauer verpflichtet ist, auch die übrigen schadhafte Isolierungen zu erneuern und die Fensterelemente auszutauschen. Aufgrund konsequenter Anwendung der Symptomtheorie des BGH überrascht dieses Ergebnis nicht.

3. Mitwirkungspflichten

Bei der Mängelbeseitigungsaufforderung muss man allerdings beachten, dass auch der Besteller zu bestimmten Mitwirkungen verpflichtet ist. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn Vorleistungen anderer Unternehmer zu einem Mangel geführt haben und der Unternehmer seine Hinweispflicht verletzt hat. In diesem Zusammenhang sei noch einmal auf die Entscheidung des BGH vom 08.11.2007 (VII ZR 183/05) verwiesen. Hier ging es ja um die Funktionstauglichkeit der Heizungsanlage wegen der nicht ausreichenden Kapazität des errichteten Blockheizkraftwerkes. Der Unternehmer kann einen Mangel ja nur beseitigen, wenn der Besteller mitwirkt, dann auch entsprechende Handlungen vorzunehmen, die dem Unternehmer eine Mängelbeseitigung ermöglichen. Dies gilt insbesondere auch bei den sogenannten Sowiesokosten oder Planungsfehlern. Sowiesokosten sind Kosten die dadurch entstehen, dass ein Mangel an einer Leistung vorhanden ist und zur Mängelbeseitigung Aufwendungen getätigt werden müssen, die der Besteller auch dann gehabt hätte, wenn der Unternehmer beispielsweise rechtzeitig die nicht ausreichende Leistungsbeschreibung gerügt hätte oder aus Planungsfehlern

heraus durch den Unternehmer zusätzliche Arbeiten erforderlich werden. Der Werkunternehmer soll eben nicht mit Kosten belastet werden, die der Auftraggeber bei Erfüllung der Hinweispflicht durch den Unternehmer auch gehabt hätte.

Hierzu ein Beispiel: Ein Generalunternehmer hat sich verpflichtet, ein Gebäude schlüsselfertig zu errichten. Nach Beendigung der Arbeiten stellt sich heraus, dass es zu Wassereintrüben im Keller kommt, da die gewählte Abdichtungsart keinen ausreichenden Schutz gegen das vorhandene drückende Schichtwasser bot, was vom Architekten falsch geplant worden war. Der Unternehmer wird auf Mängelbeseitigung in Anspruch genommen und beruft sich darauf, dass Mehrkosten in erheblichem Umfang entstanden wären, wenn von vornherein die andere Art der Abdichtung gewählt worden wäre. Er fordert vom Auftraggeber eine Kostenbeteiligung in Höhe der voraussichtlichen Mehrkosten, wobei die Beteiligung höher ist als der Restwerklohn. Dies wird vom Auftraggeber abgelehnt, der seinerseits einen anderen Unternehmer beauftragt und dann mit den durch die Mängelbeseitigung entstandenen Kosten gegenüber dem Werklohn aufrechnet. Der BGH führt in seiner grundlegenden Entscheidung vom 22.03.1984 (BGH Z 90, Seite 344 ff.) zunächst aus, dass der Auftragnehmer nicht mit den Kosten solcher Maßnahmen belastet werden darf, die er nach dem Vertrag gar nicht zu erbringen hatte und um die das Werk bei ordnungsgemäßer Ausführung von vornherein teurer gewesen wäre (so genannte Sowiesokosten). Deswegen muss sich der Auftraggeber an diesen Kosten mit dem entsprechenden Betrag beteiligen. Nach der Rechtsprechung des BGH ist er jedoch nicht verpflichtet, diesen Betrag vor Mängelbeseitigung an den Unternehmer auszukehren, sondern lediglich verpflichtet, auf Verlangen eine entsprechende Sicherheit z.B. in Form einer Bankbürgschaft zu stellen. Weil der Unternehmer hier mehr verlangt hat als er hätte verlangen dürfen, nämlich die Kostenbeteiligung als solche, war seine Weigerung, die Mängelbeseitigung vorzunehmen falsch mit der Folge, dass der Auftraggeber mit den Mängelbeseitigungskosten gegenrechnen konnte. Hätte der Unternehmer hier lediglich Sicherstellung z.B. durch Bürgschaft oder Hinterlegung gefordert, hätte er den restlichen Werklohn bekommen und der Auftraggeber hätte seine Mängelansprüche nicht durchsetzen können. Der Mängelbeseitigungsanspruch muss einredefrei, also fällig und

durchsetzbar sein. Dies wäre er bei richtiger Vorgehensweise des Unternehmers wegen der insoweit bestehenden Mitwirkungsverpflichtung des Auftraggebers nicht gewesen.

Diese Fälle, insbesondere Fälle von Sowiesokosten, sind außerordentlich häufig in Bauverfahren. Die Ursachen hierfür können außerordentlich unterschiedlich sein, häufig liegen die Ursachen in Planungsfehlern des Architekten, die sich der Bauherr zurechnen lassen muss. Da ein Unternehmer nicht planen muss, ist es erforderlich, dass der Bauherr bzw. Auftraggeber bei der Aufforderung zur Mängelbeseitigung beachtet, dass Sowiesokosten anfallen können oder von ihm weitere Leistungen erbracht werden müssen. Nur dann, wenn er zusammen mit der Mängelbeseitigung dem Auftragnehmer die **Mitwirkung insoweit anbietet**, wirkt seine Mängelbeseitigungsaufforderung andernfalls ist sie **wirkungslos**. Dies hat der BGH in der bereits zitierten Entscheidung vom 08.11.2007 ausdrücklich entschieden, indem er ausgeführt hat: "Dabei kann nicht allein darauf abgestellt werden, dass der Beklagte die Klägerin unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufgefordert hat. Denn eine solche Aufforderung ist wirkungslos, wenn der Beklagte diejenigen Mitwirkungshandlungen nicht vorgenommen oder jedenfalls angeboten hat, die einen funktionierenden Anschluss ermöglichen."

Wie das geschehen soll, hat das das Oberlandesgericht Celle in einem Urteil vom 18.06.2008 (Baurecht 2008 Seite 2046 ff.) entschieden. Hier waren vom Vorunternehmer bzw. vom Architekten Leerrohre geplant worden, deren Umfang sich im Nachhinein als zu klein herausgestellt hatte. Das hätte die Klägerin dieses Verfahrens, die wiederum restlichen Werklohn geltend macht, erkennen können und sie war verpflichtet, einen entsprechenden Hinweis zu erteilen. Da das Folgegewerk der Klägerin damit nicht funktionstauglich ist, ist der Mangel ihr anzulasten nach Auffassung des OLG Celle, im Prinzip nichts Neues. Allerdings muss, so das OLG, der Auftraggeber seine Mitwirkungspflicht erfüllen, dass bedeutet nach Auffassung des Oberlandesgerichts, dass die Beklagte als Auftraggeberin ihrerseits die Herstellung geeigneter Leerrohre veranlassen oder jedenfalls konkret anbieten muss, weil sie diese Kosten grundsätzlich selbst zu tragen hat. Eine Kostenbeteiligung des Unternehmers, der seine Hinweispflicht verletzt hat, kommt nur insoweit in Betracht, als es sich um die

Mehrkosten handelt, die auf dem unterlassenen rechtzeitigen Hinweis der Klägerin vor Ausführung ihrer Werkleistung beruhen. Die Aufforderung zur Mängelbeseitigung war deswegen hier wirkungslos. Zwar sei von der Beklagten pauschal für die Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten angeboten worden, die notwendigen eigenen Mitwirkungshandlungen vorzunehmen und die Kosten zu bezahlen, die bei pflichtgemäßer Bedenkenanmeldung schon in der Rohbauphase ohne hin zusätzlich angefallen wären. Das Angebot reicht aber nach Auffassung des OLG Celle nicht aus, weil nur die Maßnahmen beauftragt und bezahlt werden sollten, die bei einer Bedenkenanmeldung der Klägerin in der Bauphase bereits in jenem Zeitraum zusätzlich als sogenannte Sowiesokosten angefallen wären. Solange ein Auftragnehmer mängelbereit ist, muss deswegen ein tatsächliches Angebot erfolgen. Im Ergebnis bedeutet das, dass wenn die Mängelbeseitigungsaufforderung an dieser Stelle nicht ordnungsgemäß ist, und der Unternehmer die gesetzte Frist verstreichen lässt, er trotz Fristablauf nicht mehr verpflichtet ist, sich an den Mängelbeseitigungskosten zu beteiligen. Der Auftraggeber, der die Mängelbeseitigung im Vertrauen auf die Richtigkeit seiner Aufforderung vornimmt, verliert seine Mängelrechte. Dies ist eine vor allen Dingen für Architekten, die die Bauleitung machen und Mängelbeseitigung überwachen, eine Regressfalle, wenn sie dies bei entsprechenden Aufforderungen nicht beachten.

4. Recht zur Nachbesserung

Im Rahmen des Werkvertrages steht dem Unternehmer, wenn eine mangelhafte Leistung vorliegt, in jedem Falle ein Nachbesserungsrecht zu. Dabei hat der Unternehmer die Wahl, wie er die Nacherfüllung durchzuführen gedenkt (Anders beim Werklieferungsvertrag). Zwar erstreckt sich das Wahlrecht sowohl auf die Wahl, ob er neu herstellt oder nachbessert wie auch auf die Wahl des wirksamsten Mittels für die Nachbesserung. (OLG Brandenburg Urteil vom 02.08.2006, Baurecht 2008, Seite 93 ff.) Bei der Auswahl des Nachbesserungsrechtes, was entgegen der Neuherstellung im Werkvertragsrecht die Regel ist, muss er das wirksamste Mittel wählen, also das Mittel, was zum Eintritt des geschuldeten Erfolges führt. (OLG Brandenburg aaO)

Dies ist auch mehrfach entschieden worden, auch durch den Bundesgerichtshof. So muss z.B. ein Besteller es nicht hinnehmen, dass Schallschutzanforderungen an Geschossdecken auf der sichtbaren Unterseite mit einer zusätzlichen Dämmschicht versehen werden, die dazu führt, dass die Raumhöhe verringert wird oder dass optische Vorteile, die vereinbart sind, wegfallen. (BGH Urteil vom 27.03.2003 - VII ZR 443/01; Kniffka § 635 Rn. 24) Er ist auch nicht verpflichtet, eine vertraglich abweichende Leistung entgegenzunehmen als Nachbesserung und dann sich z.B. eine fehlende vereinbarte Optik durch einen Minderwert ausgleichen zu lassen.

5. Streit über geeignete Nachbesserung

In vielen Fällen herrscht Streit darüber, welche der vom Unternehmer vorgeschlagenen Mängelbeseitigung geeignet ist für die Nachbesserung. In diesem Fall tragen beide Parteien das Risiko, dass ihnen Ansprüche verloren gehen. Lehnt der Besteller eine vom Unternehmer angebotene geeignete Nachbesserung ab, kann er seine Gewährleistungsansprüche nicht mehr durchsetzen. Allerdings darf der Besteller ein Angebot des Unternehmers, was ungeeignet ist, zurückweisen. Er gerät dann auch nicht in Annahmeverzug. (BGH-Urteil vom 29.06.2006 - VII ZR 274/04)

6. Wirkungen des Verzuges

Will der Besteller Ansprüche auf Mängelbeseitigung selbst vornehmen, ist er gezwungen, eine Frist zur Mängelbeseitigung zu setzen. Diese Frist muss angemessen sein. Setzt der Besteller eine Frist, die nicht angemessen ist, wird eine angemessene Frist in Lauf gesetzt. (OLG Brandenburg, a. a. O.)

Dabei ist, wie oben ausgeführt, zu unterscheiden zwischen der VOB und dem BGB und dem Fall vor und nach Abnahme. Ist die VOB vereinbart, muss, wenn vor Abnahme ein Mängelbeseitigungsanspruch geltend gemacht werden soll, der Auftrag entzogen werden mit dem dreimaligen Schreiben, nach Abnahme genügt, wie im BGB auch, eine einfach gesetzte Frist. Aus Beweisgründen sollte diese Frist immer schriftlich gesetzt werden und zwar so, dass der Zugang des Schreibens ebenfalls nachweisbar ist. Mit

Ablauf der Frist bekommt nämlich der Auftraggeber das Recht, nunmehr selbst Mängelbeseitigungsmaßnahmen zu treffen.

Hierzu ein kurzes Beispiel: Der Auftraggeber fordert den Unternehmer auf, der als Generalunternehmer ein Bauwerk errichtet hat, unter Vorlage eines Privatgutachtens Mängel zu beseitigen und setzt hierfür eine Frist. Die Frist läuft ab, nach Fristablauf bietet der Unternehmer Mängelbeseitigung an und will mit den Mängelbeseitigungsarbeiten beginnen. Der Auftraggeber verweist ihn von der Baustelle und fordert stattdessen den Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten in Höhe von mehreren 100.000,00 €. Zu Recht, so der BGH in seiner Entscheidung vom 27.02.2003 (VII ZR 338/01). Nach dem fruchtlosen Ablauf der dem Auftragnehmer zur Nachbesserung oder Nacherfüllung gesetzten Frist ist der Auftraggeber nämlich nicht mehr verpflichtet, das Angebot des Auftragnehmers zur Mängelbeseitigung anzunehmen. Er wird jetzt Herr des Mängelbeseitigungsverfahrens.

Es bedarf deswegen hier nicht mehr, wie früher, einer Fristsetzung und der Setzung einer Nachfrist mit Androhung der Konsequenzen im Falle der Nichteinhaltung der Nachfrist, es genügt vielmehr eine qualifizierte Fristsetzung, in der die Mangelerscheinung unter Beachtung der Symptomtheorie des BGH benannt wird. Auch diese Rechtsfolge, dass der Unternehmer sein Recht zur Mängelbeseitigung verliert, wird oft übersehen bzw. nicht ernst genommen, weil häufig darauf vertraut wird, dass noch eine Nachfrist gesetzt wird oder nach Fristablauf Mängel noch beseitigt werden dürfen. Es reicht nicht aus, die Mängelbeseitigung schriftlich anzubieten, Es muss tatsächlich mit der Mängelbeseitigung begonnen werden. Das unter bestimmten Voraussetzungen nicht einmal eine Fristsetzung erforderlich ist, z.B. dann, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung endgültig ablehnt, will ich hier nicht vertiefen.

7.) Umfang des Ersatzanspruchs

Der Umfang des Aufwendungsersatzanspruches ist erheblich. Er umfasst alle Kosten einschließlich Nebenarbeiten. Der Bundesgerichtshof hat in einem Fall, in dem der Unternehmer Isolierungsarbeiten nachzubessern hatte, auch die Aufwendungen für die

hierzu erforderlichen Nebenarbeiten zu ersetzen, insbesondere für den Ausbau der Kellertüren, der Ölheizung, der Öltanks, der Kellertreppen, abmontieren und wieder anbringen der Elektroanschlüsse sowie anpassen und Wiedereinbau der Kellertüren. (BGH Urteil vom 22.03.1979 VII ZR 142/78, Baurecht 1979 Seite 333 ff.) In einer weiteren Entscheidung hat der BGH beispielsweise als erstattungsfähig angesehen bei Rissen in den Fußbodenfliesen folgende Positionen: Entfernen des Fliesenbelages, auswechseln des Estrichs und Verlegen neuer Fliesen, Malerarbeiten im gesamten Haus, die infolge der Arbeiten hinsichtlich der Entfernung des Fliesenbelages notwendig werden, abnehmen und wieder anbringen der gesamten Dekoration Gardinen, Bilder, Demontage und Montage von Deckenleuchten, Elektroherd, Spiegelschrank und Wandleuchten, Umlagerung von Mobiliar und wieder einrichten, Kosten für die Unterbringung der Bewohner in einem Hotelzimmer für 3 Wochen und Ab- und Aufbau der Küche nebst Einlagerung. (BGH Urteil vom 10.04.2003 VII ZR 251/02). Zu den erstattungsfähigen Kosten gehört sogar eine fehlgeschlagene Nachbesserung, wenn der Auftraggeber sich hier eines sachkundigen Dritten z.B. eines vereidigten Sachverständigen bei der Durchführung der Mängelbeseitigung bedient und sie deswegen für erforderlich halten darf. Das Risiko, dass hier eine Fehleinschätzung vorgenommen wird, trägt der Unternehmer (BGH Urteil vom 27.03.2003 - VII ZR 443/01). Der BGH steht auf dem Standpunkt, dass der Unternehmer, der eine mangelfreie Leistung erbringen soll, es ja selbst in der Hand hat, eine derartige Leistung zu erbringen und deswegen das Folgerisiko übernehmen muss.

8. Gefälligkeitsverhältnis

Mängelansprüche können auch bestehen, bei lediglich Gefälligkeitshalber erbrachten Leistungen, so eine Entscheidung des OLG Koblenz vom 22.05.2013 Beck Rs 2013 Nummer 10199. Hier ging es um folgenden Fall:

Der Bauherr und der Auftragnehmer ein Dachdecker sind befreundet bzw. waren befreundet. Es bestehen trotzdem werkvertragliche Beziehungen, weil der Dachdecker beauftragt ist, das Wohnhaus des Bauherren neu einzudecken. Bei dieser Gelegenheit zeigt ihm der Bauherr eine undichte Stelle am Balkon. Der Dachdecker schickt einen Gesellen, der die Undichtigkeit behebt. Darüber gibt es weder eine konkrete vertragliche

Vereinbarung, noch hat der Dachdecker eine Rechnung gestellt oder sonst Zahlung erhalten also keine Schwarzarbeit. Später kommt es zum Zerwürfnis der Parteien, der Bauherr rügt nunmehr die fehlerhafte Abdichtung des Balkons und setzt dem Unternehmer eine Frist zur Nachbesserung. Auftragnehmer wendet gegen die Fristsetzung ein, er sei nicht zur Mängelhaftung verpflichtet, weil er die Arbeiten lediglich gefälligkeitshalber hätte vornehmen lassen. Dieser Einwand wird vom Oberlandesgericht nicht akzeptiert. Der Dachdecker kann sich den Mängelrechten nicht mit dem Hinweis entziehen, es habe sich um ein Gefälligkeitsverhältnis gehandelt. Richtig ist zwar, dass im Gefälligkeitsverhältnis kein Rechtsbindungswille vorliegen muss, es muss aber im Einzelfall eine Gesamtwürdigung unter Beachtung der wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Angelegenheit vorgenommen werden. Eine vertragliche Bindung hinsichtlich vorhandener Mängelrechte liegen insbesondere dann vor, wenn für den Begünstigten erhebliche Werte auf dem Spiel stünden. Der Dachdecker habe als Inhaber eines Unternehmens gehandelt und deswegen den Gesellen geschickt und nicht etwa als Freund. Im Übrigen sei zu beachten, dass diesem ja ein Auftrag hinsichtlich der Dachdeckerarbeiten erteilt worden sei.

VI. Haftungsfragen

1. Haftung für Fehler Dritter

Dritter ist hier jeder, der am jeweiligen Vertragsverhältnis unmittelbar nicht beteiligt ist.

Ein Problem der Haftung für Dritte haben wir oben bereits erörtert.

Hier ging es darum, dass der Auftraggeber Mängelbeseitigungsmaßnahmen vorgenommen hat und sich hier rechtzeitig eines Fachmanns bedient hat vor Durchführung der Mängelbeseitigungsmaßnahme. Die vom Sachverständigen vorgeschlagene Maßnahme hat sich als nicht erfolgreich herausgestellt. Gleichwohl gehört dieser Aufwand zum erstattungsfähigen Aufwand beim Auftragnehmer, weil dem Auftraggeber insoweit ein Verschulden nicht zur Last fällt und er sich auf den Vorschlag des Sachverständigen verlassen durfte. Das Risiko insoweit trägt der Auftragnehmer, insoweit verweisen wir auf die obigen Ausführungen.

Die Haftung tritt jedoch nicht ein, wenn der Bauherr sich eines Dritten nicht bedient und das Fehlschlagen der Mängelbeseitigung darauf zurückzuführen ist, dass der Bauherr sich keinen fachmännischen Rat eingeholt hat. (BGH Urteil vom 29.09.1988, Baurecht 1989 Seite 97)

Diskutiert wird die Haftung für das Verschulden Dritter im Verhältnis der am Bau Beteiligten untereinander, d.h. Architekt, Planer, Statiker, Bauleiter, Fachingenieure, Werkunternehmer, Subunternehmer. Diese können alle aufgrund von Fehlern zu einem Baumangel beigetragen haben. Baumängel können nicht nur durch eine falsche Ausführung entstehen, sondern auch durch eine falsche Bauleitung, falsche Planung oder falsche Berechnung. Derjenige am Bau Beteiligte, der den Fehler durch seine Tätigkeit auch nur mit verursacht hat, haftet gegenüber dem Bauherrn sowieso. Es haften aber auch diejenigen, die den Fehler des Planers oder Bauunternehmers erkannt und nicht reagiert haben oder aber die jeweiligen Fehler hätten erkennen müssen. Haftung für das Verschulden Dritter besteht demzufolge dann, wenn Tätigkeit mehrerer am Bau Beteiligter zu einem Mangel führt, der nicht vorhanden gewesen wäre, wenn nur einer aus der Kette richtig gehandelt hätte.

Wie wirkt es sich auf die Haftung des einzelnen am Bau Beteiligten aus, wenn Planer und Sonderfachleute, Bauleiter des Bestellers, Baustofflieferanten, Vorunternehmer, Nachfolgeunternehmer Fehler machen. Entscheidend für den Umfang der Haftung ist die Zurechenbarkeit des Verschuldens des am Bau Beteiligten gegenüber dem Bauherrn, d.h. der Bauherr muss sich das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen unmittelbar zurechnen lassen.

2. Planer und Sonderfachleute

Erfüllungsgehilfe ist, wer nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Falles mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird. (Grüneberg Palandt, § 278 BGB Rn. 7) In diesem Fall muss sich der Schuldner ein Verschulden seines Erfüllungsgehilfen wie eigenes zurechnen lassen, § 278 BGB.

Ich will dies an einem Beispiel verdeutlichen. Nach ständiger Rechtsprechung gehört es zu den Aufgaben des Bauherrn gegenüber dem Bauunternehmer, "diesem einwandfreie Pläne und Unterlagen zur Verfügung zu stellen sowie die Entscheidungen zu treffen, die für die reibungslose Ausführung des Baues unentbehrlich sind, wozu auch die Abstimmung der Leistung der Einzelunternehmer während der Bauausführung (Koordinierungspflicht) gehört"! (BGH Baurecht 2009 Seite 515, Werner-Pastor, Rn. 2936; zuletzt OLG Hamm, Urteil vom 12.04.2013 12 U 75/12 Beck RS 2013, 09437) Verletzt der Bauherr diese Verpflichtung, in dem er dem handelnden Unternehmer eine Planung vorlegt, deren Ausführung zu einem Baumangel führt, dann kann sich der Unternehmer bei einem Regressanspruch gegen ihn selbst unmittelbar auf das Verschulden des Architekten berufen. Derartige Fälle sind denkbar, wenn z.B. trotz Abdichtung Wasser in den Baukörper eindringt einerseits, andererseits der Architekt eine Abdichtung geplant hat gegen nicht drückendes Wasser, obwohl drückendes Wasser vorhanden ist. Wenn der Unternehmer das erkennt beispielsweise am Zustand der Baugrube, dann muss er gegenüber dem Bauherrn reagieren und Bedenken erheben.

So z.B. in folgendem Fall: Ein Architekt hatte für ein Bauherren ein Fertighaus mit teilweiser Unterkellerung geplant. Der Bauherr schloss mit einem Unternehmer einen Werkvertrag über die Errichtung eines Standardkellers unter Vereinbarung der VOB/B. Dabei war unter Allgemeines festgehalten: Grundwasserstand mindestens 100 cm unter Kellersohle und kein Schichtenwasser oder drückendes Wasser über Baugrubensohle. Spätestens bei Errichtung der Kellerwände stand in der Grube Wasser, das abgepumpt werden musste. Der Unternehmer legte ohne Rücksprache mit dem Architekten einen Pumpensumpf an und verständigte den Architekten nicht von dem aufgetretenen

Wasser. Später entstanden dann Feuchtigkeitsschäden im Keller, der Bauherr nimmt den Unternehmer in Anspruch. Dieser rügt die Planung des Architekten und die Angabe im Leistungsverzeichnis, wonach von einem Grundwasserstand 100 cm unter Kellersohle ausgegangen werden konnte. Das konnte den Bauunternehmer nicht entlasten, allerdings hat das Oberlandesgericht in seinem Urteil das Verschulden des Planers mit 1/4 und das des Bauunternehmers mit 3/4 bewertet. (OLG Karlsruhe, Baurecht 2003 Seite 917). Den Bauunternehmer entlastet das Verschulden des Architekten nur zu 1/4tel. Er haftet hier somit mit einem Quotenanteil von 3/4 für das Verschulden des Architekten und im Übrigen für eigenes Verschulden, weil die Garantiehaftung des Unternehmers von ausschlaggebender Bedeutung ist.

Was wäre im umgekehrten Fall, nämlich dann, wenn der Bauherr den Architekten direkt in Anspruch genommen hätte und zwar unmittelbar ohne den Unternehmer. In diesem Fall haftet der Architekt voll und zwar zu 100 % gegenüber dem Bauherrn, weil der Unternehmer nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherrn ist (Werner-Pastor, Rn. 2487). Es gibt deswegen keine Zurechnung des Verschuldens des Werkunternehmers an den Bauherrn zur Entlastung des Architekten. Der Architekt muss deswegen für den Fehler des Bauunternehmers voll einstehen gegenüber dem Bauherrn, hat aber die Möglichkeit, den Unternehmer im Wege des Gesamtschuldnerausgleiches auf Rückgriff in Höhe seiner Haftungsquote in Anspruch zu nehmen, muss aber dann das Insolvenzrisiko des Bauunternehmers tragen. (Werner-Pastor, Rn. 2487)

Die Rechtsprechung hat eine Fülle von Quotenentscheidungen hinsichtlich der unterschiedlichen Haftung des ausführenden Bauunternehmers bzw. planenden Architekten getroffen.

Der Architekt plant eine wasserdichte weiße Wanne. Er hat dann die Kelleröffnungen so anzuordnen, dass diese nach der DIN 18195 mindestens 30 cm über dem höchsten zu erwartenden Grundwasserstand liegen. Dazu muss er diesen Grundwasserstand ermitteln oder die Einhaltung eines Bodengutachtens veranlassen. Das geschieht nicht, so dass die Lage der eingezeichneten Kellerfenster falsch ist. Der Bauunternehmer, der die Rohbauarbeiten ausführt, legt die Kellerfenster entgegen der bereits mangelhaften Planung noch weitere 17 cm Tiefe. Für diesen Mangel haften Architekt und Bauunternehmer jeweils zu 50 % (OLG Koblenz Urteil vom 10.11.2000, Baurecht 2001

Seite 828) Auch hier gilt wieder: der Architekt haftet gegenüber dem Bauherrn voll für das Verschulden des Bauunternehmers, der Bauunternehmer dagegen haftet gegenüber dem Bauherrn nur zur Hälfte, weil der Bauherr sich das Verschulden des Architekten zurechnen lassen muss.

Noch eine weitere Entscheidung eines Oberlandesgerichts. Ein Architekt begeht einen offensichtlichen Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik, indem er als bauleitender Architekt die Verlegung der Fliesen zu einem Zeitpunkt anordnet, als der Estrich noch nicht genügend trocken sein konnte. Der Fliesenleger lässt sich auf die Anordnung ein und verlegt die Fliesen, was später zu einer Rissen in den Fliesen führt. Das Oberlandesgericht Celle wertet das Verschulden des Architekten in diesem Fall als so erheblich, dass er allein haftet und den Fliesenleger nicht auf Ausgleich in Anspruch nehmen kann, obwohl dieser genauso wie er in Kenntnis des Verstoßes gegen die anerkannten Regeln der Technik die Ursache für den Mangel gesetzt hat. (OLG Celle Urteil vom 14.10.2004, Baurecht 2006 Seite 137). Aus dieser Entscheidung ist erkennbar, wie einzelfallbezogen die Haftungsquoten jeweils sind bzw. der Umfang der Haftung für das Verschulden des Dritten. Ich halte die Entscheidung für falsch, weil der Unternehmer in diesem Fall sich hätte weigern müssen, die Arbeit durchzuführen. Die Grundsätze, wie oben geschildert, gelten auch für Sonderfachleute, die bei der Planung Fehler machen.

Anders wiederum war es in der Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm vom 12.04.2013 12 U 75/12 (Beck RS 2013, 09437). Hier ging es um folgendes: Die Klägerin hat die Beklagte damit beauftragt, eine Halle zu errichten und zwar in Stahlbauweise zur Lagerung und Verlagerung von Rohren. Mit der Ausführung der Stahlarbeiten, sowie mit den Fassaden und Dacharbeiten wurde die Beklagte beauftragt. Für den Auftrag maßgeblich waren die Pläne des Architekten und die Statik mit den darin enthaltenen Vorgaben. Die Werkstattpläne bzw. Montagezeichnungen sollte die Beklagte vornehmen. Dies hat dann ein Zeichner der Beklagten auch getan, ist jedoch abgewichen von der in den Plänen vorgesehenen Verbindungs konstruktion und Anschlussdetails geändert. Diese Veränderung wurde dann ausgeführt, führte dann allerdings dazu, dass die Halle eingestürzt ist bei Schnelllast. Die Beklagte, die von der Klägerin auf Schadensersatz den Anspruch genommen wird, beruft sich auf ein

Mitverschulden des Architekten, weil die zur Verfügungstellung von Plänen und zwar von ordnungsgemäßen Plänen zu den Aufgaben des Architekten gehört. Dem ist das Oberlandesgericht Hamm entgegen getreten und hat festgestellt, dass Mitverschuldenseinwand dann nicht erhoben werden kann, wenn der Architekt die von der Architekten und Tragswerkplanung abweichende Ausführung eines Anschlussdetails durch einen Techniker des Auftragnehmers im Werkstattplan nicht überprüft und nicht beanstandet.

3. Bauleiter

Ausgangspunkt für die Tätigkeit des Unternehmers ist die Bestimmung des § 4 Ziffer 2 Nr. 1 der VOB/B. Danach hat der Auftragnehmer die Leistung unter eigener Verantwortung nach dem Vertrag auszuführen. Es ist seine Sache, die Ausführung seiner vertraglichen Leistung zu leiten und für Ordnung auf seiner Arbeitsstelle zu sorgen. Der Architekt erfüllt nämlich mit der Ausübung der Bauaufsicht nicht eine dem Bauunternehmer gegenüber bestehende Pflicht, der Unternehmer kann vom Bauherrn nicht verlangen, dass dieser ihn bei den Bauarbeiten überwacht oder überwachen lässt. Das ist der Hintergrund, weswegen der bauleitende Architekt nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherrn im Verhältnis zum Werkunternehmer ist. (Ständige Rechtsprechung zuletzt BGH Urteil vom 27.11.2008 Baurecht 2009 Seite 515). In diesem Fall kommt für keinen der vom Bauherrn einzeln in Anspruch genommenen Beteiligten eine Quotenhaftung in Betracht. Nimmt der Bauherr den bauleitenden Architekten oder den Bauleiter allein in Anspruch, haftet dieser auch allein. Nimmt er den Bauunternehmer in Anspruch, haftet dieser ebenfalls allein, beide sind im nachhinein darauf angewiesen, den anderen Beteiligten im Wege des Gesamtschuldnerausgleiches quotal in Anspruch zu nehmen.

4. Baustofflieferant

Hierzu folgender Fall, der vom 10. Zivilsenats im Dezember 2001 entschieden wurde. (Urteil vom 12.12.2001 V ZR 192/2000).

Die Beklagte beauftragte die Klägerin mit der Ausführung von Arbeiten an einer Heizungsanlage. Bei den Arbeiten tauschten Mitarbeiter der Klägerin in der Übergabestation Hähne aus und dichteten diese neu ein, wobei sie Dichtungen einbauten, die asbestfreies Material enthielten, das von der Streithelferin entwickelt und produziert worden war. In dem von den Arbeiten betroffenen Bereich der Heizungsanlage fließt heißes Druckwasser mit einer Temperatur von ca. 160-180 °C. Die von der Beklagten der Klägerin in Auftrag gegebenen Arbeiten wurden abgenommen. Später bemerkte ein Bauleiter der Klägerin, dass ein Hahn des Heizwasserrohrleitungssystems in der Übergabestation tropfte und stellte später noch einmal fest, dass der Hahn immer noch tropfte. Maßnahmen wurden nicht getroffen, so dass es im Anschluss zu erheblichen Schäden kam. Die Klägerin, die restlichen Werklohn geltend machte, hatte für die Abdichtung einen nicht metallarmierten Dichtungswerkstoff verwendet, der von der Streithelferin im Verfahren produziert worden war. Später hat sich herausgestellt, dass der ausgewählte Dichtungswerkstoff ungeeignet war, weil er nicht metallarmiert war, was so zum Schaden geführt hat.

Der BGH führt zunächst aus, dass der Klägerin kein Verschuldensvorwurf gemacht werden kann deswegen, weil sie dieses nicht metallarmierte Material verwendet hat. Er hat ein Gutachten eingeholt, aus dem sich ergeben hat, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt des Einbaus bzw. der Abnahme weder der Hersteller noch der das Material verarbeitende Unternehmen Anlass gehabt hätte, an der Tauglichkeit des gewählten Dichtungsmaterials für den Zweck der Verwendung in Heißwasser bzw. Heißdampfsystemen zu zweifeln. Er führt dann weiter aus, dass sich die Klägerin als Material verarbeitendes Unternehmen, nicht ein etwaiges Verschulden der Produzentin würde zurechnen lassen müssen, weil die Produzentin, also der Baustofflieferant bzw. Hersteller, nicht Erfüllungsgehilfe des Unternehmers und damit auch nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherrn ist, auch dann nicht, wenn dieser das Material selbst zur Baustelle schaffen lässt. Der BGH führt dann weiter aus, dass es der Klägerin auch nicht oblegen hätte, die Beklagte über die Verwendung des neuartigen noch nicht erprobten Dichtungsmaterials und die damit verbundenen möglichen Risiken aufzuklären. Eine derartige Aufklärungspflicht, so der BGH, setzt voraus, dass beim Werkunternehmer bei hinreichend sorgfältiger Prüfung überhaupt Anlass zu Bedenken

gegen die Eignung des von ihm verwendeten Materials bestanden hat. Solche sind nicht ersichtlich, weil sich durch das eingeholte Sachverständigengutachten ergeben hat, dass die Klägerin nicht davon ausgehen konnte, dass das verwendete Material würde ausbrechen können und dass die entsprechenden Informationen sich die Klägerin auch nicht habe beschaffen können. Sie sei auch nicht verpflichtet gewesen, vor Einbau entsprechende Dichtungsproben vorzunehmen.

Allerdings rechnet der Bundesgerichtshof der Klägerin dann haftungsrechtlich das Verschulden des Bauleiters zu, der aufgrund des tropfenden Hahns nicht reagiert hat, obwohl er Anlass dazu gehabt hätte.

5. Vorunternehmer

Das ein Werk mangelhaft ist, weil es auf einer fehlerhaften Vorleistung eines Vorunternehmers aufbaut, hat der BGH in beeindruckender Weise in den bereits zitierten Entscheidung vom 08.11.2007 VII ZR 183/05 dargestellt. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Nimmt der Bauherr jetzt den Nachunternehmer in Anspruch, der seine Prüfungs- und Hinweispflicht verletzt hat und sich deswegen nicht entlasten kann, dann kann sich der Nachunternehmer nicht darauf berufen, dass der Vorunternehmer eine Schlechtleistung erbracht hat. Die Schlechtleistung des Vorunternehmers entlastet den Nachunternehmer nicht, so dass er voll für den Schaden einzustehen hat, soweit nicht so genannte Soviesokosten entstehen. (BGH Urteil vom 29.11.1971 VII ZR 101/70, Betrieb 1972 Seite 184/185).

Auf eine weitere Entscheidung des BGH vom 30.06.2011 (VII ZR 109/10) möchte ich noch eingehen und die Haftung für den Vorunternehmer wie folgt ergänzen: Der Auftraggeber beauftragt zunächst ein Tiefbauunternehmen mit der Neuorganisation der Entwässerungsanlage für ein insgesamt 8 Wohneinheiten umfassendes Gebäude. Gegenstand dieses Auftrages ist die Trennung der Abwasserleitungen. Über dies wird weiter ein Installateur mit der Verbindung der vom Tiefbauunternehmen verlegten Grundleitungen mit den Hausanschlüssen beauftragt. Aufgrund eines Fehlers des Tiefbauunternehmers, der vom Installateur mangels entsprechender Prüfung nicht erkannt worden ist, kommt es zu einem Wassereinbruch. Der Auftraggeber nimmt

sowohl das Tiefbauunternehmen als auch den Installateur auf Schadensersatz in Anspruch, zu Recht, wie der BGH sagt. Er stellt sich erneut auf den Standpunkt, dass jeder Werkunternehmer grundsätzlich verpflichtet ist zu prüfen, ob Vorarbeiten von weiteren Unternehmern eine geeignete Grundlage für sein eigenes Werk bieten. Dies war dem Installateur hier ohne weiteres möglich. Gleichwohl zeigt der BGH einen denkbaren Weg zur Vermeidung einer Haftung für Fehler Dritter auf. Stellt sich heraus, dass für die Herstellung eines mangelfreien Werkes bislang nicht beauftragte Prüfungsleistungen notwendig sind, muss der Unternehmer den Auftraggeber hierauf ausdrücklich hinweisen. Weigert sich dieser, die nachträglich angebotenen Leistungen zu beauftragen, ist der Unternehmer von der Haftung für die fehlerhafte Leistung des Vorunternehmers befreit. Wenn also hier vor Ort normale und zumutbare Prüfungsleistungen nicht erbracht werden können, sondern über den normalen Umfang weitere Prüfungsleistungen erforderlich sind, kann sich der Auftragnehmer durch das entsprechende Angebot entlasten.

6. Nachfolgeunternehmer

Ein Bauunternehmer oder Werkunternehmer hat auch keinen Anlass anzunehmen, dass ein Werkunternehmer, der nach ihm arbeitet seine Bauleistung nicht gemäß den anerkannten Regeln der Technik mangelfrei erbringt. (BGH Urteil vom 01.07.1971, VII ZR 224/69, Betrieb 1971 Seite 1764).

Das OLG Oldenburg hat den Vorunternehmer jedoch für mangelhafte Leistungen des Nachunternehmers haften lassen, weil der Vorunternehmer erkennen konnte, dass der Nachfolgeunternehmer ein Material verwendet, was mit dem von ihm verwendeten Material nicht kompatibel ist. Die vom Auftragnehmer verwendete Spachtelmasse für die Egalisierung des Bodens als solche war in Ordnung, vertrug sich jedoch nicht mit dem Verlegemörtel der anschließenden Granitplatten, weil der Verlegemörtel und die Ausgleichsspachtelmasse nicht nebeneinander verwendet werden durften und er die Folgearbeiten kannte. (OLG Oldenburg Urteil vom 27.04.2006, VIII U 243/05, Baurecht 2007, Seite 717).

7. Prüfungs- und Hinweispflicht

Die Erfüllung der Prüfungs- und Hinweispflicht ist der Angelpunkt der Entlastung für die Haftung Dritter. In der VOB/B ist die Prüfungs- und Anzeigepflicht geregelt in § 4 Abs. 3, eine entsprechende Regelung gibt es im BGB nicht. Nach der Rechtsprechung und überwiegenden Auffassung in der Literatur ist die Erfüllung der Prüfungs- und Hinweispflicht Hauptpflicht im Rahmen eines Vertrages, die Nichterfüllung dieser Verpflichtung löst automatisch Ansprüche aus den § 634 ff. BGB aus. (OLG Karlsruhe, Baurecht 2003 Seite 1593,1594) Sie ist in der Praxis außerordentlich wichtig, und führt zu einer Fülle von gerichtlichen Entscheidungen, weil der Umfang der Prüfungs- und Hinweispflicht von den Werkunternehmern häufig verkannt wird.

Die Prüfungspflicht soll gerade sicherstellen, dass die Anordnung des Bestellers und die Vorleistungen eines Unternehmers geeignet sind, ein mangelfreies Werk entstehen zu lassen. (Kniffka, § 634 Rn. 36) In der Regel arbeitet jeder Werkunternehmer aufgrund von Vorleistungen, seien es Planungen, Leistungsverzeichnisse oder Vorleistungen anderer Unternehmer. In diesem Fall muss der Unternehmer immer prüfen, ob das, was ihm vorgelegt oder vorher errichtet worden ist, geeignet ist, um im Falle seiner korrekten Weiterarbeit zu einer mängelfreien Leistung und damit zu einem mängelfreien Bau zu führen. Dabei ist er verpflichtet, ggf. Erkundigungen einzuziehen, wie die Leistung der Vorunternehmer aussieht, siehe die Entscheidung des BGH zum Blockheizkraftwerk. Der Umfang der Prüfungspflicht hängt von den Umständen im Einzelfall ab, es kommt auf das vom Unternehmer **zu erwartende** Fachwissen, nicht auf das Fachwissen an, was er tatsächlich hat, sondern auf das Fachwissen was üblicherweise ein Unternehmer oder Handwerker im Rahmen seiner Tätigkeit haben muss. Bei seiner eigenen Tätigkeit werden selbstverständlich alle erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten vorausgesetzt, dass er die eigene Leistung vollständig erbringen kann. (Kniffka Baurecht § 634 Rn. 37 mit weiteren Nachweisen).

Spezialkenntnisse der jeweiligen Fachplaner muss der lediglich ausführende Unternehmer in der Regel nicht haben, so haftet der Unternehmer nicht. (OLG Hamm Urteil vom 16.05.1994 Baurecht 1094 Seite 632) Die Vorleistung prüfen insbesondere,

wenn es sich um Planungen handelt, muss der Unternehmer auch dann, wenn die Planung eines Fachplaners vorliegt. (OLG München Urteil vom 19.06.2002 27 U 951/01)

Die Prüfungspflicht des Unternehmers entfällt vollständig nur dann, wenn der Unternehmer darauf vertrauen darf, dass die Fachkenntnis des anweisenden oder Vorunternehmers unzweifelhaft feststeht. (BGH Urteil vom 30.06.1977 VII ZR 325/77)
Solche Fälle können vorliegen, wenn der Unternehmer nicht mehr in der Lage ist, eine fachspezifische Planung zu überprüfen aus eigener von ihm zu erwartender Kenntnis. Anders kann dies allerdings wieder sein, wenn er sich als Spezialunternehmer geriert. Dann sind weitaus höhere Anforderungen an seine Prüfungspflicht zu stellen. (BGH Urteil vom 23.10.1986 VII ZR 267/85, NJW 1987 Seite 664)

8. Einzelfälle

In der Entscheidung des BGH vom 19.01.1989 VII ZR 87/88 Baurecht 1989 Seite 467 ging es darum, dass eine Betonschutzplatte errichtet werden sollte auf der Decke eines Parkhauses. Der Unternehmer, der die Betonschutzplatte hergestellt hat, wird auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Ursprünglich hatte der Architekt die Betonschutzdecke mit über 10 cm geplant, diese Planung aber immer wieder geändert und die Stärke auf 7 cm verringert, weil aus statischen Gründen die Decke des Parkhauses Fahrzeuge und eine Betonschutzdecke mehr als 7 cm oder mehr nicht halten würde. Die Klägerin dieses Verfahrens nimmt den Beklagten auf Entfernung der Betonschutzplatte in Anspruch und natürlich Rückzahlung des Werklohnes. Kernfrage für den Prozess war die, ob die Beklagte hätte Bedenken anmelden müssen bei der Erstellung der Betonschutzplatte. Dabei erklärt der BGH, dass es der Beklagten nicht zumutbar gewesen ist, die Statik des Bauwerks zu überprüfen, sondern sie musste prüfen, ob bei einer Stärke von 7 cm, die er gemäß den Vorgaben des Architekten gebaut hatte, überhaupt mit Aussicht auf den geschuldeten Erfolg eine entsprechende Bodenplatte zu erstellen war. Dies hat ein Sachverständiger im Gutachten verneint und erklärt, dass für eine derartige Betonschutzplatte die Stärke mindestens 13 cm hätte sein müssen, in einer bestimmten Betongüte hergestellt und darüber hinaus mit

Bewehrung in bestimmten Umfang und Raumbaugenabständen hätte errichtet werden müssen. Damit entsprach die Leistung der Beklagten nicht den für sie erkennbaren anerkannten Regeln der Technik mit der Folge, dass sie zur Entfernung der von ihr eingebrachten Bodenplatte und Rückzahlung des gezahlten Werklohns verurteilt wurde.

Ein Bauleiter befreit den Unternehmer von der Leistung einer waagerechten Abdichtung des Kellerbodens, die ursprünglich im Leistungsumfang vorhanden war. Der BGH lässt Schadensersatzansprüche des Bauherren zu, weil der Unternehmer den Bauherren unmittelbar auf die Leistungsänderung hätte hinweisen müssen und die damit verbundene Mangelhaftigkeit des Gewerkes, wenn der Bauleiter sich den Bedenken verschließt. (BGH Urteil vom 18.01.2001 VII ZR 457/98).

Der Werkunternehmer darf aber darauf vertrauen, dass die bereitgestellten Materialien in Ordnung sind und muss lediglich eine Sichtprüfung vornehmen, hier für Pflastersteine, deren Oberfläche sich später verändert hat. Ein Sachverständiger hat in diesem Verfahren festgestellt, dass vor Ort eine Überprüfung nicht hätte stattfinden können, sondern erst eine Überprüfung in einem Labor Klarheit geschafft hätte. Dazu war der Unternehmer nicht verpflichtet. (OLG Brandenburg, Urteil vom 05.07.2000 - 7 U 276/99, Baurecht 2001 Seite 102 ff.)

In einer weiteren Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm 34 U 37/02 geht es darum, dass ein Warmwasserbehälter gedämmt werden sollte.

Der Warmwasserbehälter konnte aufgrund der zwingenden, nicht änderbaren baulichen Vorgaben nur noch innen und nicht mehr außen gedämmt werden, so dass das Oberlandesgericht eine Bedenken und Hinweispflicht gegenüber dem Auftraggeber verneint hat. (OLG Hamm Baurecht 2003 Seite 1052).

Ein Unternehmer hatte den Auftrag, eine Betonbodenplatte zu errichten und dabei in den Leistungsbeschreibungen ausgeführt, dass er während der Ausführung für Temperaturunterschiede nicht haften würde. Er hat dann erfahren, dass der Baulängere Zeit nicht weiter fortgesetzt wird und die Bodenplatte längere Zeit Witterungseinflüssen

ausgesetzt ist. Ein Hinweis darauf, dass hier Risiken entstehen bei Temperaturwechsel kam nicht, so dass wegen Nichterfüllung der Hinweispflichten der Unternehmer in die Gewährleistung genommen wurde. (OLG Düsseldorf Urteil vom 24.03.2006, Baurecht 2006 Seite 2109 ff.).

In einer weiteren Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle wird einem Unternehmer eine Mehrvergütung versagt, weil er einen Widerspruch zwischen der textlichen Bewertung und den Diagrammermittlungen im Rahmen eines Bodengutachtens hätte erkennen können. (OLG Celle Baurecht 2004, Seite 1301), Verletzung der Prüfungs- und Hinweispflicht-

Diese Entscheidungen können beliebig in Einzelfällen fortgesetzt werden, ich gehe davon aus, dass ich verdeutlichen konnte, wie weit die Prüfungspflicht geht, der die Hinweispflicht natürlich folgt.

9. Beweisbarkeit

Das Ergebnis der Prüfung muss immer sein, dass der Unternehmer dann beweisbar seine Hinweispflicht erfüllt. Deswegen sollte in jedem Falle die Schriftform gewahrt werden. Darüber hinaus ist es wichtig, dass die Bedenkenhinweise zur richtigen Zeit erfolgen, es muss so rechtzeitig hingewiesen werden, dass der Besteller noch reagieren kann. In dem Augenblick nämlich, in dem der Unternehmer den Fehler in der Planung, in der Leistungsbeschreibung oder in der Leistung des Vorunternehmers erkennen kann, muss er die Hinweispflicht erfüllen. Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, wann er tatsächlich erkannt hat, sondern es kommt auf den Zeitpunkt an, zu dem er den Fehler hätte erkennen können. Er ist dann unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern verpflichtet, auf seine Bedenken hinzuweisen.

Nach dem Inhalt der VOB § 4 Abs. 3 muss der Bedenkenhinweis schriftlich erfolgen, weil der Warnung des Unternehmers besonderer Nachdruck verliehen werden soll. (BGH Urteil vom 24.09.1962 VII ZR 52/61) Die Einhaltung der Schriftform ist jedenfalls im VOB-Vertrag Wirksamkeitserfordernis, allerdings können auch mündlich erhobene

Bedenken den Auftragnehmer entlasten. (BGH Urteil vom 10.11.1977 - VII ZR 252/75, NJW 1978, Seite 995 ff.) Allerdings wird es für ihn schwierig sein, die Erfüllung der Hinweispflicht dann beweisen zu können.

Häufig ist nämlich in diesen Fällen nicht klar, welchen Inhalt die Erklärung des Unternehmers gegenüber dem Auftraggeber gehabt hat und ob die Mitteilung wirklich so klar und verständlich gewesen ist, dass der Auftraggeber klar ersieht, worum es sich handelt und er demgemäß in eine ordnungsgemäße Prüfung eintreten ist bzw. diese veranlassen kann. Hierzu gehört auch die Angabe der Tatsachen, worauf die Bedenken beruhen, damit sich Auftraggeber oder Vertreter ein hinreichendes Bild von der Sachlage machen kann. Insbesondere muss darauf geachtet werden, dass tatsächlich der Mitteilungsempfänger in der Lage war, den Inhalt der Bedenken zu verstehen.

Reagiert der Empfänger der Mitteilung nicht, insbesondere der Bauherr nicht, kann sich der Unternehmer nicht darauf beschränken, sich aufgrund des vollzogenen Hinweises auszuruhen, sondern er muss nachfragen und überprüfen, ob der Empfänger der Mitteilung auch tatsächlich den Inhalt der Mitteilung richtig verstanden und dann auch angemessen reagiert hat. Empfänger der Mitteilung ist grundsätzlich der Auftraggeber, es kann aber auch der insoweit beauftragte bauleitende Architekt sein. Das Problem ist hier nur, dass dann, wenn der bauleitende Architekt nicht reagiert, die Mitteilung nicht weitergibt oder die Bedenken zurückweist, der Auftragnehmer verpflichtet ist, den Auftraggeber unmittelbar zu informieren. (BGH VII ZR 458/98). Beweispflichtig für die Erfüllung der Hinweispflicht ist der Unternehmer.

Der Unternehmer ist beweispflichtig für die Behauptung, er habe einen Mangel nicht entdeckt und auch nicht entdecken können, er habe den Mangel entdeckt und darauf hingewiesen und für die Behauptung, er habe den Besteller auf die Bedenken tatsächlich hingewiesen, dieser habe aber darauf bestanden, dass entgegen der von ihm erhobenen Bedenken weitergebaut werden würde. (BGH VII ZR 183/05 und Urteil vom 10.11.1977 VII ZR 272/75).

VIII. Die Sicherung von Bauforderungen

Die Sicherung von Bauforderung spielt in der Praxis eine erhebliche Rolle, weswegen der Gesetzgeber unter anderem mit Einführung und Änderung des § 648a BGB, aber auch mit Einführung des § 632 a BGB im Rahmen des am 01.01.2009 in Kraft getretenen Forderungssicherungsgesetzes zusätzlich Regelungen getroffen hat, um einerseits den Bauunternehmer zu sichern, andererseits eine Beschleunigung der Zahlung zu erreichen. Die Beschleunigung der Zahlung entspricht auch einer Vorgabe der Europäischen Union, weswegen ja die VOB/B 2012 hinsichtlich der Zahlungsfälligkeiten bzw. des Prüfungszeitraumes der Schlussrechnung abgeändert wurde. Der Zeitraum der Prüfung beträgt jetzt nur noch 30 Tage und nicht mehr wie früher 2 Monate. 60 Tage kann eine Schlussrechnung nur in großen Ausnahmen überprüft werden, die vorher vertraglich geregelt werden müssen.

Im folgenden Vortrag möchte ich eingehen auf den § 648 a BGB, die Bestellung einer Sicherungshypothek gem. § 648 BGB, auf die Voraussetzungen von Abschlagszahlungen nach BGB gem. § 632 a BGB, auf die Auswirkung des Gesetzes zur Sicherung von Bauforderungen neu gefasst durch das FoSigG und einer neuen Entscheidung des OLG Jena sowie letztlich auf die Insolvenzverschleppungshaftung von GmbH-Geschäftsführern.

1.) Sicherheitsleistung, § 648a BGB

Beginnen wir zunächst mit der Vorschrift des § 648 a BGB. Danach kann der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon Sicherheit für seine Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen verlangen.

a.) Art der Sicherheit

Die Art der zu stellenden Sicherheit ist im Gesetz ausdrücklich geregelt. Gestellt werden muss eine Garantie oder ein Zahlungsverprechen eines Kreditinstitutes oder eines Kreditversicherers im Geltungsbereich des BGB. Die Gesetzänderung ab 01.01.2009 hat zu einer deutlichen Verbesserung zur Stellung des Unternehmers geführt, weil ihm ein Anspruch auf Sicherheitsleistung zusteht, den er im Wege der Klage durchsetzen kann. Nach altem Recht war das nicht der Fall, hier endete der Auftrag automatisch, wenn der Besteller die vom Unternehmer gesetzte Nachfrist versäumt hat. Das Versprechen muss so sein, dass der Unternehmer vom Kreditinstitut oder vom Kreditversicherer unmittelbar Zahlung seiner erbrachten Leistung verlangen kann. (BGH Urteil v. 09.11.2000 VII ZR 82/99) Das Kreditinstitut hat nach dem Gesetz lediglich die Möglichkeit, dem Unternehmer gegenüber zu erklären, dass für künftige nach Zugang der Erklärung noch nicht erbrachte Leistungen die Garantiepflcht entfällt. Dann kann der Unternehmer seine Arbeiten zurückhalten.

b.) Wer ist Berechtigter und kann die Sicherheit verlangen:

Jeder der Unternehmer ist und an einem Bauwerk tätig ist. Das gilt zunächst sowohl für unmittelbar vom Bauherren und Grundstückeigentümer beauftragte Unternehmer. § 648a BGB gilt aber auch für Subunternehmer und selbstverständlich auch für Architekten, Tragwerksplaner und Sonderfachleute, die aufgrund eines Werkvertrages für den jeweiligen Besteller, zum Beispiel Generalunternehmer oder auch als Subunternehmer oder sogar als Subsubunternehmer tätig werden.

Auch bei lediglich planerischen Leistungen, die sich noch nicht im Bauwerk verwirklicht haben, also vor Baubeginn erbracht wurden, bejaht beispielsweise das OLG Düsseldorf Baurecht 2005 Seite 585 und der überwiegende Teil der Literatur einen Anspruch auf Sicherheitsleistung (Pastor in Werner-Pastor Rdn. 323). Dies dürfte auch richtig sein, weil es nicht darauf ankommt, im Rahmen des § 648 a BGB ob sich das Bauvorhaben bereits konkretisiert hat. Es bedarf lediglich eines Werkvertrages und der entsprechenden Honorarvereinbarung.

c.) Anspruchsgegner

Anspruchsgegner ist der Besteller, also derjenige der den Auftrag zur Bauleistung erteilt hat. Beispielsweise ist Besteller beim Subunternehmer der Haupt- oder Generalunternehmer oder Generalunternehmer ohne Rücksicht auf das Eigentum am Baugrundstück, diese Kette kann sich ohne weiteres weiter nach unten verlängern (Sub-Subunternehmer).

Es gibt Ausnahmen, wann eine Sicherheitsleistung nicht verlangt werden kann. Dies gilt für öffentlich rechtliche Besteller, also ausschließlich öffentlich rechtliche Sondervermögen. Dazu gehören nicht beispielsweise Privatunternehmen, die der öffentlichen Hand gehören. Hier kann selbstverständlich Sicherheit verlangt werden. Weitere Ausnahme ist der Besteller eines Einfamilienhauses mit und ohne Einliegerwohnung. Diesbezüglich kann eine Sicherheit dann nicht verlangt werden.

d.) Wann entsteht der Anspruch und in welcher Höhe:

Der Anspruch entsteht mit Vertragsabschluss in voller Höhe des Vergütungsanspruchs, der nach dem Vertrag geschuldet wird unabhängig davon, ob der Unternehmer überhaupt eine Leistung erbracht hat. Gesichert werden sollen seine Vorleistungen. Der Unternehmer kann deswegen den berechtigten, aber nicht erfüllten Vergütungsanspruch in jeder Situation des Bauvorhabens zur Grundlage eines Sicherungsverlangens machen. Dies gilt vor und nach Abnahme und auch nach Kündigung durch den Besteller, der Anspruch auf Sicherheitsleistung besteht auch dann, wenn die Schlussrechnung gestellt worden ist. Er besteht auch, wenn der Unternehmer insolvent

geworden ist (OLG Celle Urteil vom 25.04.2012 7 U 234/11). Es sind damit absicherbar alle Ansprüche aus gekündigtem Werkvertrag, aus Zusatzleistungen, wie beispielsweise Ansprüche aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B, Ansprüche aus nichtgesicherten Nachtragsforderungen, Schadensersatzansprüche statt der Leistung. Es geht immer um den vollen vertraglichen Vergütungsanspruch einschließlich zusätzlicher oder geänderter Leistungen. (Pastor a.a.O. Rdn. 328 m.w.N.)

Für den Fall, dass der Unternehmer Mängel verursacht hat, bedeutet das nicht, dass sich der Anspruch auf Sicherheitsleistung bzw. das Sicherungsverlangen der Höhe nach mindert, solange der Unternehmer rechtlich und tatsächlich in der Lage ist, die vorhandenen Mängel zu beseitigen und hierzu auch bereit ist. (BGH 09.11.2000 VII ZR 82/99)

Streitige Ansprüche zwischen den Beteiligten berühren das Sicherheitsinteresse des Werkunternehmers nicht, die entsprechende Sicherheit ist zu stellen. Nur unstrittige Gegenansprüche beispielsweise auf Schadensersatz können den Vergütungsanspruch und damit das Sicherungsverlangen mindern. (Pastor a.a.O. Rdn 330)

Die Sicherheit kann auch verlangt werden für nichtbefriedigte Ansprüche nach Abnahme der Werkleistung, ausdrücklich nunmehr in § 648 a BGB geregelt und war vorher schon geregelt durch entsprechende Entscheidung des BGH. BGH Urteil vom 09.12.2004 VII ZR 199/03). Nur dann, wenn der Unternehmer nicht bereit oder nicht mehr in der Lage ist, die von ihm geschuldete Leistung zu erbringen, darf er keine Sicherheit mehr verlangen.(BGH Urteil vom 27.09.2007 VII ZR 80/05; Pastor a.a.O. Rdn. 331) Hieran sind strenge Anforderungen zu stellen, die Insolvenzeröffnung allein reicht dazu nicht aus. OLG Düsseldorf, BauR 2005, 573 22 U 108/03)

Auch dann, wenn der Unternehmer eine überhöhte Sicherheit fordert, führt das nicht dazu, dass das Sicherungsverlangen insgesamt unberechtigt ist (BGH Urteil vom 09.11.2000 VII ZR 82/99). Der Besteller kann deswegen auf eine Zuvielforderung nicht dadurch reagieren, dass er gar nichts macht, sondern er muss dem Besteller dann die richtige bzw. die Bestellung der richtigen Sicherheit anbieten (BGH Urteil vom 09.11.2000 VII ZR 82/99). Der Besteller muss deswegen Sicherheit in der Höhe leisten,

wie sie vom ihm gemäß einem nachvollziehbar begründeten Sicherungsverlangen geschuldet ist.

In der Praxis müssen beide Parteien jedoch davor gewarnt werden, eine Kündigung des Werkvertrages auszusprechen, wenn aus ihrer Sicht eine zu hohe Sicherheit gefordert bzw. eine zu niedrige angeboten wird. Beide laufen dann Gefahr, eine unberechtigte Kündigung auszusprechen mit der Folge, dass der Unternehmer seinen Vergütungsanspruch verliert oder der Besteller den Mehraufwand nach Kündigung nicht durchsetzen kann und darüberhinaus den Unternehmer vergüten muss. Beide haben dann erhebliche Verluste zu tragen, je nachdem wie ein Rechtsstreit dann ausgeht. (Schmitz in Kniffka, Bauvertragsrecht, § 648a Rdn. 64)

e.) Fristsetzung

Gem. § 648 a Abs. 5 BGB kann der Unternehmer dem Besteller eine Frist setzen zur Erbringung der Sicherheit. Nach Fristablauf ist der Unternehmer berechtigt, weitere Leistung, zum Beispiel Mängelbeseitigungsmaßnahmen, zu verweigern oder den Vertrag zu kündigen. Anders als in der bisherigen Rechtslage, bei der der Vertrag automatisch auslief, kann der Besteller, wenn er berechtigt kündigt, nunmehr die nach dem abgeschlossenen Vertrag insgesamt geschuldeten Vergütungen abzüglich ersparter Eigenaufwendungen verlangen.

Fällig wird der Werklohn für erbrachte Leistungen jedoch erst nach Abnahme, der Unternehmer muss deswegen auf Abnahme seiner Leistung hinwirken oder nachweisen, dass seine Leistung abnahmefähig ist. (Schmitz a.a.O Rdn. 133)

Der Unternehmer ist jedoch verpflichtet, während des Laufes der Frist, weiter zu arbeiten und ist nicht berechtigt, bereits vor Fristablauf seine Leistung einzustellen. Unabhängig von dem Recht, die Leistung einzustellen, bleibt der Unternehmer verpflichtet, den Besteller nicht zu schädigen, d. h. er muss ggf. ihn warnen vor künftigen Schäden, die durch die Arbeitseinstellung entstehen und ggf. muss er selbst Schutzmaßnahmen vornehmen. (OLG Koblenz Urteil vom 27.11.2003 5 U 1880/01 NJW RR 2004, S. 667; Schmitz a.a.O. § 648a Rdn. 107ff)).

f.) Pattsituation

Häufig entsteht der Streit um die Bestellung der Sicherheit gem. § 648 a BGB bei einem Streit um Mängelbeseitigungsansprüche, es gibt dann einen sogenannten praktischen Wettlauf um Fristen mit der Folge einer Pattsituation. (Pastor, a.a.O. Rdn. 332 ff; Schmitz a.a.O. Rdn. 111)

Eine berechtigte Leistungsverweigerung des Unternehmers hat nämlich zur Folge, dass der Besteller keine Leistung verlangen kann, d. h. auch keine Mängelbeseitigung. Der Unternehmer kann vielmehr den Vertrag kündigen und behält seinen Anspruch auf Vergütung, jedoch kann er keine Vergütung verlangen für mit Mängeln behaftete Leistungen. Hat aber der Besteller dem Unternehmer bereits eine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt so ist diese abgelaufen bevor der Unternehmer wie § 648 a BGB die Sicherheit gefordert hat, hat der Besteller die Wahl, ob er noch weiter die Nacherfüllung verlangt oder Ansprüche auf Vorschuss, Schadensersatz oder Minderung geltend macht und diese selbstverständlich zur Aufrechnung stellt. Eine Pattsituation zwischen den Beteiligten kann entstehen, wenn der Besteller die Sicherheit nicht stellt und der Unternehmer den Werkvertrag nicht kündigt. (Schmitz a.a.O. Rdn. 111) Der Besteller hat ja häufig ein Interesse daran, dass die Arbeiten fortgesetzt werden bzw. die Mängel beseitigt werden. In diesem Fall bleibt dem Besteller nur die Möglichkeit, weil er den Unternehmer nicht zur Kündigung zwingen kann, seinerseits vom Recht der Kündigung nach § 649 Gebrauch zu machen mit der Folge, dass der Unternehmer sein Werklohnanspruch behält, aber natürlich gekürzt um die Kosten der Mängelbeseitigung. Unternehmer kann seinerseits die Pattsituation beenden indem er von seinem Kündigungsrecht aus § 648a BGB Gebrauch macht. Er muss dann aber eine Nachfrist zur Gestellung einer Sicherheit setzen. Er behält dann ebenfalls den Anspruch auf Leistungsvergütung, abzüglich der Mängelbeseitigungskosten, weil er dann keine weitere Mängelbeseitigungsleistungen mehr erbringen muss, wenn eine Mängelbeseitigung noch möglich ist oder abzüglich Minderwert wenn Mängelbeseitigung unverhältnismäßig ist. (Pastor a.a.O. Rdn. 334f.; Schmitz a.a.O. Rdn. 112; BGH Urteil 09.12.2004 VII ZR 199/03; BGH Urteil v. 12.10.2006 VII ZR 307/04)

Das Verlangen nach Sicherheit ist im Übrigen formfrei, es muss keine Androhung der Kündigung erfolgen, wenn der Unternehmer eine angemessene Frist zur Bestellung der Sicherheit geleistet hat und die Frist abgelaufen ist. Der Unternehmer muss allerdings die Vorgaben des § 648a BGB einhalten, er darf z.B. keine Bankbürgschaft verlangen (Schmitz a.a.O. Rdn. 102).

g.) Verhältnis zu § 648 BGB

Das Gesetz regelt in § 648a Abs. 4 ausdrücklich, dass eine Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek nicht verlangt werden kann, in dem Umfang, in dem eine Sicherheit nach § 648a BGB gestellt worden ist. Der umgekehrte Fall ist gesetzlich nicht geregelt. Nach allgemeiner Auffassung ist bei einer Absicherung durch Sicherungshypothek ein Anspruch auf Gewährung der Sicherheit gem. § 648a BGB nur insoweit ausgeschlossen, als die Sicherheiten gleichwertig oder annähernd gleichwertig sind. (Pastor a.a.O. Rdn. 317; Schmitz a.a.O. Rdn. 81; OLG Dresden BauR. 2008, S. 1161 6 U 1213/06).

h.) Kosten der Sicherheit

§ 648a Abs. 3 BGB verpflichtet den Unternehmer, dem Besteller die Kosten der Sicherheit bis zur Höhe von 2% des gesicherten Betrages zu erstatten. Der Anspruch ist fällig nur in Höhe der nachweislich tatsächlich dem Besteller entstandenen Kosten und zahlbar nachdem sie angefallen sind. Sie können gegen Abschlagszahlungen aufgerechnet werden. (Schmitz a.a.O. Rdn. 95)

2.) Sicherungshypothek § 648 BGB

Die Sicherungshypothek des Bauunternehmers gem. § 648 BGB hat nicht die Schlagkraft wie das Verlangen nach einer Sicherheitsleistung gem. § 648a BGB. Allerdings ist die Sicherungshypothek auch heute noch, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist, ein geeignetes Druckmittel, um den ggf. schleppenden Zahlungsweisen des Bestellers beizukommen (Pastor, a.a.O. Rdn. 183). Die Sicherungshypothek hat nämlich häufig die wirtschaftliche Wirkung einer Grundbuchsperre mit der Folge, dass Belastungen, Veräußerungen und Nachfinanzierungen nur noch mit Zustimmung des gesicherten Unternehmers vorgenommen werden können. Es gibt keine

Parallelvorschrift zu § 648a Abs. 7 BGB mit der Folge, dass individualvertraglich der Anspruch ausgeschlossen werden kann.

a.) Wer ist Anspruchsberechtigt?

Anspruchsberechtigt ist zunächst der Bauunternehmer, der eine werkvertragliche Leistung aufgrund eines Werkvertrages für den Grundstückseigentümer erbracht hat. Hintergrund für die Einräumung der Sicherungshypothek ist die Tatsache, dass der Bauunternehmer, der eine Wertverbesserung auf dem Grundstück geschaffen hat, in Höhe dieser geschaffenen Wertverbesserung sich auf den Grundstück besichern kann und besichern soll. Sicherungsgegenstand ist der geschaffene Mehrwert auf dem Grundstück des Bestellers durch den Unternehmer. Mit dem Bau muss deswegen immer begonnen worden sein, bevor der Anspruch besteht. (OLG Hamburg, BauR 2009, S. 1452; Pastor, a.a.O. Rdn 237) Immer muss es sich um Arbeiten handeln, die an einem Bauwerk, nicht an einem Grundstück, vorgenommen werden. Freianlagen werden über § 648a BGB gesichert. Bauwerk ist eine unbewegliche, durch Verbindung von Arbeit und Material mit dem Erdboden verbundene Sache. (Pastor a.a.O. Rdn. 203 m.w.N.) Zu derartigen Arbeiten gehören z.B. auch Baureinigungsarbeiten, weil die Befreiung des Bauvorhabens von Bauschutt und anderen Rückständen auf die Herstellung des Bauwerks gerichtet (OLG Celle BauR 1976 S. 365).

Gesichert wird auch nach Baubeginn:

Der Werklohnanspruch des lediglich planenden Architekten OLG Koblenz NZBau 2006, S. 188

Der Anspruch des Tragwerksplaners (Pastor, a.a.O. Rdn. 217)

Der Anspruch des Grundstücksvermessers bei Vermessung zum Zwecke der Bebauung (BGH BauR. 1972, S. 255)

Lieferanten von Baumaterialien scheiden als Bauunternehmer aus.

b.) Grundstück des Bestellers

Ein Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek besteht jedoch nur am Grundstück des Bestellers, d. h. Besteller und Eigentümer müssen identisch sein. Das

bedeutet, dass der Subunternehmer des Generalunternehmers beispielsweise eine Sicherungshypothek nicht eintragen lassen kann, weil der Generalunternehmer eben nicht Grundstückeigentümer ist. Nur in Ausnahmefällen kann davon abgewichen werden, wenn z.B. der Besteller eine GmbH ist, aber Grundstückseigentümer der alleinige Gesellschafter der GmbH, dem die Vorteile aus der Bauleistung zu Gute kommen. (BGH NJW 1988, S. 255)

c.) Mängel und Sicherungshypothek

Ein Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek besteht nur in Höhe der mangelfrei erbrachten Leistung, weil nur insoweit ein absicherungsfähiger Wertzuwachs feststellbar ist. (Pastor, a.a.O. Rdn. 234 m.w.N.) Der Bauherr hat ein schutzwürdiges Interesse daran, dass sein Grundstück nicht mit Sicherungshypotheken belastet wird, mit denen kein entsprechender Wertzuwachs des Grundstücks verbunden ist. (BGH, BauR. 1977, S. 208) Es gibt deswegen auch keinen Anspruch auf Eintragung „Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung“, weil aus grundbuchlicher Sicht nicht praktikabel. (BGH a.a.O.)

d.) Einstweilige Verfügung

Der Anspruch auf Eintragung der Sicherungshypothek ist durch Vormerkung sicherbar. Diese Vormerkung wird nach Erlass einer einstweiligen Verfügung im Grundbuch des Bestellers eingetragen in Höhe der mangelfreien Werkleistungen, die der Unternehmer jeweils erbracht hat.

Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung sollte bald möglichst gestellt werden. Hintergrund ist die Eilbedürftigkeit, die das Gesetz für den Erlass seiner einstweiligen Verfügung vorgibt. Das Oberlandesgericht Koblenz hatte in einem Urteil vom 13.05.2013 hierüber zu befinden. (12 U 1297/12, Beck Rs, 2013 08920) Hier ging es um folgendes:

Der Auftraggeber und der Auftragnehmer schließen einen Vertrag über die Erweiterung einer Solaranlage sowie Sanitärarbeiten. Auftragnehmer rechnet mit Schlussrechnung vom 11.11.2008 die von ihm erbrachten Leistungen ab. Eine Zahlung durch den Auftraggeber erfolgt nicht. Nach Erhebung der Zahlungsklage beantragt er am

23.07.2012 als mehr als 3 ½ Jahre nach der Übermittlung der Schlussrechnung den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Das Oberlandesgericht weist den Antrag zurück. Grundsätzlich sagt das Oberlandesgericht zwar, dass der Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung sei, weil es sich um Vergütungsansprüche für Arbeiten an einem Bauvorhaben handelt. Für den Erlass der einstweiligen Verfügung bedarf es jedoch der konkreten Dringlichkeit im Einzelfall. Diese Vermutung kann widerlegt sein, wenn 3 ½ Jahre nach Schlussrechnung der Antrag gestellt wird. Bis zu welchem Zeitpunkt der Antrag gestellt werden muss, sagt das Oberlandesgericht nicht, weil es eine Fülle von Gründen geben kann, diesen Antrag zunächst nicht zu stellen und ihn dann doch aufzunehmen. Vor diesem Hintergrund kann nur empfohlen werden, den Antrag wenn überhaupt möglichst zeitnah nach Stellung der Schlussrechnung zu stellen, wenn Zahlungen oder Sicherstellungen durch den Auftraggeber nicht erfolgen.

Die entsprechende einstweilige Verfügung ergeht in der Regel innerhalb kurzer Zeit und in der Regel auch ohne mündliche Verhandlung, wenn die Ansprüche hinreichend glaubhaft gemacht worden sind. Hiervon erhält der Besteller erst Kenntnis, wenn die Vormerkung im Grundbuch eingetragen worden ist. Hiergegen richtet sich dann in der Regel der Widerspruch des Bauherren, der durch Vorlage von Privatgutachten oder in anderer Weise das Vorliegen von Mängeln glaubhaft macht, um die Vormerkung ganz oder teilweise aus dem Grundbuch wieder zu entfernen. (Pastor a.a.O. Rdn. 272ff). Dabei hilft ihm jedenfalls vor Abnahme die Beweislastverteilung, denn vor Abnahme muss der Unternehmer die Mängelfreiheit seiner Leistung beweisen. Eine detaillierte Mängelaufstellung des bauleitenden Architekten und eine entsprechende Zeugenaussage in der mündlichen Verhandlung wird der Unternehmer kaum etwas entgegenzusetzen haben.

e.) Schutzschrift

Gerade weil die Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek bzw. die entsprechende Vormerkung zur Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek wirtschaftlich die Wirkung einer Grundbuchsperrung hat, hat sich das Rechtsinstitut der Schutzschrift entwickelt, die der Auftraggeber bei Gericht einreichen kann, damit das

Gericht die Argumente des Auftraggebers bei Eingang der einstweiligen Verfügung bereits berücksichtigt bzw. berücksichtigen kann. Die Einreichung einer Schutzschrift ist insbesondere dann sinnvoll, wenn Unklarheiten hinsichtlich des Leistungsumfangs bestehen und der Auftraggeber der Auffassung ist, dass Mängel an der Leistung des Auftragnehmers vorhanden sind, weil ja Mängel nicht zu einem Wertzuwachs führen und damit kein Anspruch auf Einräumung einer Sicherheit besteht. Sinnvoll ist es, in der Schutzschrift bereits die detaillierte Mängelaufstellung mit Bewertung durch den Architekten einzureichen.

Vollzogen werden muss die einstweilige Verfügung durch eine Klage auf Eintragung einer Sicherungshypothek. Die Zahlungsklage, also die Werklohnklage allein, würde hierzu nicht ausreichen.

3.) Bauforderungssicherungsgesetz

a.) Einleitung

Das Bauforderungssicherungsgesetz hat das alte Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen vom 01.06.1909 ersetzt und erheblich geändert. Die bisherigen §§ 2,3 und 6 wurden aufgehoben, womit unter anderem die Pflicht zur Führung eines Bautagebuchs entfiel. Das Bauforderungssicherungsgesetz ist für den Werkunternehmer eine realistische Chance, fehlende Werklohnansprüche durchzusetzen durch die persönliche Haftung der Geschäftsführer bzw. Vorstände eines Unternehmens, was anhand einer neueren Entscheidung des OLG Jena bestätigt wird. Die Änderung des Bauforderungssicherungsgesetzes hat deswegen bereits zu Kritik geführt, weil Generalunternehmer mit erheblichen Problemen für ihr Liquidationsmanagement konfrontiert werden.

b.) Baugeld

Die wichtigste Vorschrift ist § 1 des Bauforderungssicherungsgesetzes, wonach Baugeld zur Befriedigung solcher Personen, die an der Herstellung oder dem Umbau des Baues aufgrund eines Werk- Dienst oder Kaufvertrages beteiligt sind, zu verwenden ist. Eine anderweitige Verwendung von Baugeld ist nur zulässig, wenn z. B. aus Eigenmitteln der Empfänger von Baugeld die entsprechenden Mittel verwendet hat für den geschützten

Personenkreis, d. h. für diejenigen, die an dem konkreten Bauvorhaben tätig geworden sind. (Pastor, a.a.O. Rdn. 2376) Die Verpflichtung gilt auch für Baubetreuer, die über Baugeld verfügen.

Die Definition des Baugeldes hat sich ebenfalls in dem neuen Bauforderungssicherungsgesetz geändert. Baugeld sind Geldbeträge, die zum Zwecke der Bestreitung der Kosten eines Baues oder Umbaus in der Weise gewährt werden, dass zur Sicherung der Ansprüche des Geldgebers eine Hypothek oder Grundschuld an dem zu bebauenden Grundstück dient oder die Übertragung eines Eigentums an dem Grundstück erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues erfolgen soll oder solche Gelder, die der Empfänger von einem Dritten für eine im Zusammenhang mit der Herstellung des Baues oder Umbaus stehende Leistung erhalten hat, wenn an dieser Leistung andere Unternehmer aufgrund eines Werk- Dienst oder Kaufvertrages beteiligt waren. Empfänger von Baugeld können deswegen Generalunternehmer, Bauträger, Generalübernehmer und auch Fertighaushersteller sein, weil hier Gelder gewährt werden für das Herstellen eines Baues. (Pastor, a.a.O. Rdn. 2379) Die zweckwidrige Verwendung von Baugeld ist darüber hinaus strafrechtlich sanktioniert im Bauforderungssicherungsgesetz, sodass § 1 Bauforderungssicherungsgesetz Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist mit der Folge, dass der Vorstand einer Aktiengesellschaft oder der oder die Geschäftsführer einer GmbH gegen Verpflichtung verstoßen können und deswegen persönlich für den Ausfall von Forderungen in Anspruch genommen werden können.

c.) Haftungsumfang

Wie weit die Inanspruchnahme geht zeigt eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Jena vom 18.04.2012 (7 U 762/11). Die Leitsätze des Oberlandesgerichts sind sehr deutlich und zwingen die Baugeldempfänger zu einem sorgfältigen Umgang mit dem Baugeld. Nach der Entscheidung des Oberlandesgerichts Jena ist der Baugeldempfänger zu folgendem verpflichtet:

- Er muss die bestimmungsmäßige Verwendung bis auf jeden Cent anhand geeigneter Belege nachweisen. Es reicht nicht, auf ein Anlagenkonvolut zu verweisen, z. B. auf Kontoauszüge und vorgelegte und bezahlte Rechnungen.
- Der Baugeldempfänger muss bis auf jeden einzelnen Cent anhand geeigneter Belege nachweisen, dass er das Baugeld zweckentsprechend verwendet hat. Hierzu gehört der Nachweis, dass die angeführten Zahlungen an Dritte Unternehmer das fragliche Bauvorhaben betreffen.
- Der mit seiner Werklohnforderung ausgefallene Bauunternehmer darf sich darauf beschränken zu bestreiten, dass das Baugeld ordnungsgemäß verwendet worden ist. Im entschiedenen Fall wurde der Geschäftsführer der verklagten GmbH zur Zahlung des Werklohnes, der der Klägerin nicht gezahlt worden war, verurteilt. Zwar ist ein Verstoß gegen das Bauforderungssicherungsgesetz nur vorsätzlich möglich, es genügt aber hier der bedingte Vorsatz. Dazu genügt es wiederum, dass das Vorstandsmitglied oder Geschäftsführer weiß, dass die Gesellschaft Baugeld empfängt und damit auch weiß, dass die empfangenen Gelder für ein bestimmtes Bauvorhaben zu verwenden sind.

4.) Insolvenzverschleppungshaftung des GmbH-Geschäftsführers

a.) Einleitung

Wenn es dem Auftraggeber oder dem Generalunternehmer gelingt nachzuweisen, dass er das Baugeld gemäß den Vorgaben des Gesetzes verwendet hat, schließt dass eine persönliche Haftung der Geschäftsführer oder des Vorstandes nicht aus.

Ausgangspunkt für die Insolvenzverschleppungshaftung ist die § 15a Abs. 1 INSO, wonach bei Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung innerhalb der Frist

von 3 Wochen Insolvenz angemeldet werden muss durch die Geschäftsführer der GmbH bzw. Vorstände der AG.

b.) Informationspflicht

Der BGH hat in zwei Entscheidungen aus dem Jahre 2012 nämlich einmal am 27.03.2012 und einmal am 14.05.2012 sich zu den die hiermit im Zusammenhang stehenden Problemen geäußert. In der Entscheidung vom 27.03.2012 (II ZR 171/10) hat der BGH erneut betont, dass der Geschäftsführer einer GmbH bzw. der Vorstand einer AG sich ständig über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft informieren muss, insbesondere über die Prüfung der Insolvenzreife. In dem Augenblick, indem ein Geschäftsführer oder Vorstand erkennt oder erkennen kann, dass die Gesellschaft zu einem bestimmten Stichtag nicht in der Lage ist, ihre fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten vollständig zu bedienen, muss er die Zahlungsfähigkeit der GmbH an Hand einer Liquiditätsbilanz überprüfen (BGH a.a.O. Rdn. 15).

Er handelt fahrlässig, wenn er sich nicht rechtzeitig die erforderlichen Informationen und die Kenntnisse verschafft, die er für die Prüfung benötigt und muss, wenn er nicht über ausreichende Kenntnisse verfügt, fachkundigen Rat einholen. Er muss weiter dafür sorgen, dass der fachkundige Rat möglichst schnell erteilt wird und dann den fachkundigen Rat einer Plausibilitätskontrolle unterziehen. Verletzt er diese Verpflichtung und stellt nicht rechtzeitig innerhalb der 3 Wochenfrist den Insolvenzantrag haftet er persönlich für die Schäden, die einem Dritten aus der nicht rechtzeitigen Insolvenzantragstellung entstehen.

c.) Zahlungsunfähigkeit

Dabei ist Zahlungsunfähigkeit gegeben, wenn die Gesellschaft nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen und sich die für die Erfüllung der fälligen Verbindlichkeiten erforderlichen Gelder nicht innerhalb der Frist von 3 Wochen beschaffen kann. Dabei genügt es, dass die Liquiditätslücke innerhalb der 3 Wochenfrist 10 % oder mehr beträgt. Dann ist Zahlungsunfähigkeit in der Regel gegeben und das löst die Insolvenzantragsverpflichtung aus. Für den Geschäftsführer oder Vorstand ist die Situation deswegen immer kritisch, weil die Erkennbarkeit der Insolvenzreife vermutet wird und der Geschäftsführer sich deswegen entlasten muss, was nur sehr

schwierig gelingt. Der Zustand der Gesellschaft lässt sich für einen Gläubiger durch Einsicht in das Gutachten des Insolvenzverwalters feststellen oder durch Einsicht in die staatsanwaltliche Ermittlungsakte als Geschädigter.

d.) Haftungsumfang

In der weiteren Entscheidung vom 14.05.2012 (II ZR 130/10) hat sich der BGH mit dem Umfang des Schadens beschäftigt, den der Geschäftsführer zu ersetzen hat. Der Schaden besteht hier darin, dass der geschädigte Unternehmer auf die Tatsache vertraut hat, dass der Auftraggeber nicht insolvenzreif ist. Der Geschädigte habe Anspruch auf Ausgleich des Schadens, der dadurch entstanden ist, dass er in eine Rechtsbeziehung zu einer zahlungsunfähigen oder überschuldeten Gesellschaft getreten sind (BGH a.a.O. Rdn. 13). Hintergrund dafür ist die Tatsache, dass das Verbot der Insolvenzverschleppung dazu dient, konkursreife Gesellschaft vom Geschäftsverkehr fernzuhalten, damit durch das Auftreten derartiger Gebilde nicht Gläubiger geschädigt oder gefährdet werden. (BGH a.a.O.) Der Schaden besteht deswegen darin, dass Geld oder Sachmittel einer Gesellschaft zur Verfügung gestellt werden, und zwar im Vertrauen auf die Solvenz eines Unternehmens, ohne einen entsprechenden werthaltigen Gegenanspruch oder eine entsprechende Gegenleistung zu erlangen. Auszugleichen ist deswegen das negative Interesse in Form von Waren- und Lohnkosten, die dem insolventen Unternehmen zugewandt worden sind. Anspruch auf Ausgleich des entgangenen Gewinns besteht nicht, sondern lediglich ein Aufwendungsersatzanspruch. Alternativ beispielsweise für Auftraggeber, die einer insolvenzreifen Gesellschaft einen Auftrag erteilen und dann Werklohn leisten ohne dafür eine entsprechende Gegenleistung zu bekommen, können den Werklohn zurück verlangen (BGH a.a.O. Rdn. 23). Der Schadensersatzanspruch bezieht sich auch auf Mängelansprüche und damit Schadensersatzansprüche die durch eine Schlechtleistung der insolventen Gesellschaft verursacht worden sind.

IX. Produkthaftung

1. Produkthaftungsgesetz

Nach § 1 des Produkthaftungsgesetzes ist der Hersteller eines Produktes verpflichtet, dem Geschädigten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen, wenn durch den Fehler eines Produktes jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt wird.

Hinsichtlich des Sachschadens macht das Gesetz allerdings eine sehr starke Einschränkung und Ausnahme, nämlich im Falle einer Sachbeschädigung gilt dies nur, wenn eine andere Sache als das fehlerhafte Produkt beschädigt wird und diese andere Sache ihrer Art nach gewöhnlich für den privaten Ge- und Verbrauch bestimmt und hierzu von dem Geschädigten hauptsächlich verwendet worden ist.

Danach scheidet das Produkthaftungsgesetz für unsere Überlegungen im wesentlichen aus, denn Ansprüche aus dem Produkthaftungsgesetz wegen Sachschäden - dass es zu Verletzungen der Gesundheit oder zu Todesfällen kommt im Baubereich schließe ich im Moment aus - können nur bei solchen Gebäuden geltend gemacht werden, die überwiegend privat genutzt werden z.B. eine Eigentumswohnungsanlage. (OLG Stuttgart Urteil vom 24.09.2009 ZMR 2010 Seite 307 ff.)

Hierzu ein Beispiel: Ein privater Bauherr beauftragt mich mit der Geltendmachung von Vorschussansprüchen gegenüber einem Werkunternehmer wegen Mängeln an einer Klinkerfassade. Hier sind Ausblühungen vorhanden. Der Werkunternehmer bietet dem Bauherrn einen bestimmten Fugenmörtel an, der von der Firma Sakret hergestellt wird. Dieser Fugenmörtel ist dem Bauherrn zu teuer, so dass er den gleichen vom Werkunternehmer angebotenen Fugenmörtel selbst bestellt und beistellt. Der Werkunternehmer beruft sich nun darauf, dass dieser Fugenmörtel, den der Bauherr beigestellt hat, die Ursache für die Ausblühungen ist. Im Rahmen eines von meinem Vorgänger eingeleiteten Beweissicherungsverfahrens hat der Sachverständige nach Untersuchung festgestellt, dass der von der Firma Sakret gelieferte Fugenmörtel völlig ungeeignet ist für die Verfübung von Klinkern. Damit wäre vom Grundsatz her ein Schadensersatzanspruch gegeben, denn es handelte sich um ein fehlerhaftes Produkt, was an einer anderen Stelle, nämlich an der Fassade, einen Schaden verursacht haben

sollte. Deswegen habe ich im Laufe des Verfahrens der Firma Sakret den Streit verkündet. Der selbe Gutachter, der im Beweissicherungsverfahren tätig war, wurde dann erneut mit der Begutachtung beauftragt, weil der Werkunternehmer natürlich behauptet hatte, dass dieser Fugenmörtel Ursache für das Ausblühen der Klinkerfassade sei. Im Rahmen des nächsten Gutachtens hat sich dann herausgestellt, dass der Fugenmörtel als solches geeignet ist, wenn er vor Ort ordnungsgemäß maschinell gemischt wird und zudem nach Vorgaben des Herstellers angegebenen Richtlinien, abgedruckt auf der Verpackung, verarbeitet wird. Die Firma Sakret war dem Rechtsstreit auf Seiten des Bauherren beigetreten und hat ihn unterstützt. Wenn sich tatsächlich herausgestellt hätte, dass der von der Firma Sakret gelieferte Fugenmörtel für die Verwendung, die auch auf dem Fugensack gestanden hat, ungeeignet gewesen wäre und damit Ursache war für die Ausblühungen, hätte die Haftung der Firma Sakret bestanden, weswegen diese ja auch beigetreten war.

Wegen der eingeschränkten Produkthaftung für Sachschäden ausschließlich im privaten Bereich gehe ich davon aus, dass für diesen Komplex verlassen können. Ich gehe weiter davon aus, dass wir uns mehr mit der Haftung des Baustofflieferanten beschäftigen.

2. Baustofflieferant

Der Baustofflieferant ist reiner Verkäufer, zwischen Unternehmer und Baustofflieferanten bzw. Bauherr und Baustofflieferanten ist grundsätzlich Kaufrecht anwendbar. Es werden zwischen dem Baustofflieferanten und dem Unternehmer oder Bauherrn lediglich Kaufverträge und nicht einmal Werklieferungsverträge abgeschlossen, weil ja lediglich der vor Ort anzuliefernde Gegenstand und nicht die Verarbeitung Gegenstand des Vertrages ist.

Genau wie im Werkvertragsrecht hat sich die Haftung des Verkäufers und damit auch des Baustofflieferanten deutlich geändert. Die Sachmängelbegriffe des § 434 BGB zum Kauf und der Sachmängelbegriff des § 633 BGB haben sich sehr stark angeglichen. Ausgangspunkt diesbezüglich ist wieder § 434 Abs. 1 BGB, wonach die Sache frei ist

von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat und wenn nicht die vereinbarte Beschaffenheit die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eingehalten wird oder wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Es folgt dann in § 434 Abs. 3 allerdings eine deutliche Erweiterung. Ein Sachmangel liegt nämlich dann auch vor, wenn eine Eigenschaft nicht vorhanden ist, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder seines Gehilfen insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann, es sei denn, dass der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste, dass sie berichtigt war oder die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte. Darüber hinaus ist ein Sachmangel gegeben, wenn die vereinbarte Montage unsachgemäß durchgeführt worden ist oder eine Montageanleitung mangelhaft ist und durch die mangelhafte Montageanleitung ein Mangel produziert wird. Darüber hinaus verlängern sich die ursprünglich nach dem Kaufrecht vorhandenen Gewährleistungsfristen deutlich insbesondere dann, wenn eine Sache geliefert wird, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat. Dann gilt die 5-Jahresfrist. Das bedeutet das alles das was vom Hersteller oder Baustofflieferanten erklärt wird, auf Prospekte gedruckt wird oder auf Verpackungen gedruckt wird, zur Haftung des Baustofflieferanten führt oder führen kann. Das Gleiche gilt für Begleitzettel insbesondere dann, wenn auch hier noch auf DIN-Normen hingewiesen wird, die in jedem Falle eingehalten werden müssen. (Kniffka Baurecht § 651 Rn. 46 ff.)

Im Folgenden gehe ich selbstverständlich davon aus, dass der Unternehmer, der beim Baustofflieferanten bestellt und Waren geliefert bekommen hat, seiner Untersuchungsverpflichtung gemäß HGB nachkommt und nicht Gegenstände einbaut die für ihn erkennbar mit Mängeln behaftet sind und die entsprechende Rüge nicht erhebt. Auf die obigen Ausführungen insoweit wird verwiesen.

Die Mängelrechte des Käufers ergeben sich aus den § 437 ff. BGB. Danach kann der Käufer, wenn die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, also eine

mangelhafte Sache geliefert wurde, Nacherfüllung verlangen, vom Vertrag zurücktreten oder den Kaufpreis mindern und Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind.

3. Zum Nacherfüllungsanspruch

Anders als im Werkvertragsrecht hat im Kaufrecht der Käufer das Recht zu entscheiden, ob er die Beseitigung des Mangels oder Nacherfüllung verlangt. Bei Baustoffen wird zu unterscheiden sein, ob der Baustoff bereits eingebaut worden ist oder nicht. Der mit Mängeln behaftete nicht eingebaute Baustoff bzw. das nicht eingebaute Baumaterial wird in der Regel zurückgegeben und muss neu geliefert werden. Beim bereits eingebauten Material kann der Werkunternehmer selbstverständlich Neulieferung verlangen, insbesondere dann, wenn der Erwerber von ihm die Neuherstellung verlangt und auch verlangen kann. Der Unternehmer, der seinerseits gegenüber dem Erwerber ja ein Nachbesserungsrecht hat, wird das Nachbesserungsrecht in der Weise ausüben, dass er den hinter ihm stehenden Unternehmer zur Mängelbeseitigung auffordert.

Lieferung einer mangelfreien Sache bedeutet allerdings nur, dass der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen tragen muss wenn sie sich auf Transportwege, Arbeits- und Materialkosten erstrecken. Der BGH hat in der so genannten Parkettstäbeentscheidung, (BGH Beschluss vom 14.01.2009 - VIII ZR 70/08) sich ausdrücklich auf den Standpunkt gestellt, dass nur insoweit Rechte gegenüber dem Veräußerer geltend gemacht werden dürfen und nicht etwa der Verkäufer verpflichtet ist, auch die Kosten zu übernehmen, die für die Entfernung der mangelhaften Sache aus dem Bau und den Neueinbau einer mangelfreien Sache entstehen.

Bekanntermaßen haftet hierfür ja der Werkunternehmer, der ja diese kompletten Kosten übernehmen muss. Insoweit verweise ich auf die obigen Ausführungen.

Der BGH hat, weil er einen Verstoß gegen die Artikel 3 Abs. 2 und 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 99/44/EG nicht entscheiden wollte, dem EuGH in einer späteren Entscheidung im Verfahren VIII ZR 70/08 die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob das in § 439 Abs. 3 S. 2 BGB vorgesehene Recht des Verkäufers

richtlinienkonform ist, wonach er eben nur die Transportkosten und das neue Material zu tragen hat.

Der EuGH hat im Verbrauchsgüterkauf in seiner bahnbrechenden Entscheidung vom 16.06.2011 (EuGH NJW 2011 Seite 2269 ff.) sich auf einen anderen Standpunkt gestellt und die Verbrauchsgüterrichtlinie vollständig angewandt. Folgender Sachverhalt lag der Entscheidung zu Grunde:

Der Kläger kaufte bei dem beklagten Baustoffhandel polierte Bodenfliesen eines italienischen Herstellers zum Preis von brutto 1.382,27 € und ließ diese Fliesen in seinem Haus verlegen. Es handelte sich um einen nicht zu beseitigenden Produktfehler. Abhilfe konnte nur durch kompletten Ausbau der Fliesen mit dadurch bedingten Kosten in Höhe von ca. 6.000,00 € geschafft werden. Das OLG hat dem Käufer sowohl die Kosten der Neulieferung zugesprochen wie auch einen Teil der Kosten für Aus- und Einbau. Der BGH hat sodann diese Entscheidung des OLG zur Revision angenommen und im Wege des Beschlusses dem EuGH vorgelegt, der sich dann auf den Standpunkt gestellt hat, dass eine richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 2 BGB nur in der Weise erfolgen könne, dass der Verbraucher wegen der mangelhaften Lieferung nicht mit zusätzlichen Kosten belastet werden kann, die er bei ordnungsgemäßer Erfüllung hätte nicht tragen müssen. Deswegen muss der Baustofflieferant auch die gesamten Kosten übernehmen, die ein Werkunternehmer hätte übernehmen müssen, d.h. komplette Kosten für Neulieferung, Transport Ein- und Ausbau. Im gewerblichen Bereich gilt diese Entscheidung nicht, hier bleibt es, da es sich nicht um ein Verbrauchsgüterkauf handelt bei der gesetzlichen Regelung.

Eine Haftung für diese Kosten kommen beim Baustofflieferanten nur unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes in Betracht.

Das Gesetz gibt dem Käufer und damit dem Werkunternehmer das Recht zurückzutreten. Vom Rücktrittsrecht dürfte im Baubereich praktisch nicht Gebrauch gemacht werden, weil durch den Einbau die Sache so verändert ist, dass eine Rückgabe nicht in Betracht kommt. Es bleibt dann lediglich die Minderung übrig, deren

Höhe sich allerdings am Kaufpreis orientiert gemäß § 441 Abs. 3. Der Kaufpreis ist nämlich in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreien Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Wenn aufgrund des Mangels eine Sache für den Einbau völlig unbrauchbar ist, kann die Minderung auf Null gehen, d.h., der Unternehmer schuldet den Kaufpreis nicht. In diesem Zusammenhang sei ein kurzer weiterer Hinweis erlaubt. Bei der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes ging es um eine Lieferung, die aus Italien erfolgt war. Wenn Unternehmer aus einem europäischen Staat Ware bestellen, und keine andere Vereinbarung treffen, gilt das so genannte CISG, das UN-Kaufrecht als zwischenstaatliches Recht. Das UN-Kaufrecht fordert genau wie das Handelsgesetzbuch in den § 377 ff. in den Art. 38 ff. eine sofortige Untersuchungs- und Rügepflicht bei Untersuchung feststellbarer Mängel. Wird die Untersuchung nicht vorgenommen oder die Rüge nicht ausgeübt, erlöschen die entsprechenden Rechte.

4. Schadensersatz

Der Baustofflieferant ist zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft seine Lieferpflichten verletzt. (OLG Köln, Urteil vom 21.12.2005 Baurecht 2006 Seite 579) In diesem Fall haftet der Unternehmer auch für alle Folgeschäden, also auch für die Kosten des Ein- und Ausbaus. Das Problem ist nur, Fälle zu finden, in denen dem Werkstofflieferanten oder dem Baustoffhändler ein schuldhaftes Verhalten zugerechnet werden kann. Ein schuldhaftes Verhalten zugerechnet werden kann z.B. wenn er selbst Waren seines Herstellers empfängt und diese nicht untersucht oder wenn er sie untersucht und Mängel, die man bei einer Untersuchung hätte feststellen können nicht feststellt und trotzdem ausliefert. Dies wäre eine schuldhafte Pflichtverletzung, die den Baustofflieferanten zum Schadensersatz verpflichten würde. Bei Begründung des Schadensersatzanspruches trifft den Unternehmer die Beweislast und die Darlegungslast dafür, dass bei Übergabe ein Mangel vorhanden war, der Unternehmer muss sich gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vom Vorwurf des Verschuldens entlasten.

5. Zur Verjährung der Ansprüche

Für die kaufrechtliche Verjährung gilt § 438 BGB. Die 30-jährige Verjährung für dingliche Rechte ist hier nicht erheblich.

Bei Arglist gilt gem. § 438 Abs. 3 die Frist von 3 Jahren ab Kenntnis (Regelverjährung), im Übrigen 10 Jahre. Für alle anderen Fälle gilt die Regelfrist von 2 Jahren, für Bauwerke allerdings gilt die Fünf-Jahresfrist und bei Stoffen, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise in einem Bauwerk verwendet werden und den Mangel verursacht haben

Anders als im Werkvertragsrecht beginnt die Verjährung nicht mit Abnahme, sondern bereits mit Ablieferung, § 434 Abs. 3 BGB. Das bedeutet, dass die 5-Jahresfrist für die Lieferung durch den Baustofflieferanten wesentlich früher abläuft, als die 5-Jahresfrist des Werkunternehmers, die erst mit der späteren Abnahme nach Errichtung des Baues bzw. Fertigstellung seiner Arbeiten beginnt. Dieses Risiko des Werkunternehmers, Mängelrechte wegen Verjährung gegenüber seinem Lieferanten nicht mehr durchsetzen zu können bei fortbestehender umfangreicherer eigener Haftung wird vom Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen. Diese Folge kann der Unternehmer nur dadurch umgehen, dass er mit dem Lieferanten eine längere Gewährleistungsfrist vereinbart, die berücksichtigt, dass möglicherweise der Einbau der Materialien später vorgenommen wird und zwar deutlich später als der Zeitpunkt der Ablieferung der Kaufsache.

Verwendete Literatur:

Kniffka, Bauvertragsrecht, Kommentar zu §§ 531 – 651 BGB, München 2012

Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. München, 2008

Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Aufl. Köln 2011

Ingenstau/Korbion, VOB Kommentar, 18. Aufl. Köln 2010