

Inhaltsverzeichnis zum Vortrag

Baurecht für Architekten, eine Betrachtung der im Jahr 2016 veröffentlichten Rechtsprechung

I. Vertragsrecht/Preisrecht

1. Nachtrag wegen geänderter Leistung Mehrkosten sind aus der Urkalkulation fortzuschreiben
2. Kann man per AGB Preisanpassungen ausschließen?
3. Abrechnung eines Pauschalpreisvertrages bei Mehr- und Minderleistung
4. Wer hat die Kosten für die Erstellung eines Nachtragangebotes zu tragen?
5. Ist die so genannte Nettoklausel gültig?
6. Was ist bei Stundenlohnvereinbarung zu beachten?
7. Wer trägt das Risiko einer unklaren Leistungsbeschreibung?
8. Auftrag erteilt ein Ehegatte, Vertrag nur mit diesem?

II. Verzug

1. Wer muss den Verzug beweisen?
2. Stockende Bauarbeiten als Kündigungsgrund?
3. Kein verbindlicher Bauzeitenplan vereinbart, daher kein Verzug?
4. Abschlagsrechnung nicht fristgerecht bezahlt - Einstellung der Arbeiten?

III. Mängel und ihre Folgen

1. Sekundärhaftung, Fragen zur Verjährung
2. Wiederholungsfälle zum Mangelbegriff
3. Führt ein Verstoß gegen die Herstellervorschriften ohne Schadenseintritt zum Mangel?

IV. Abnahme und Mängel

1. Mängelrüge vor der Abnahme beim BGB Werkvertrag möglich?
2. Bedeutung von Herstellerempfehlungen und der Mangelbegriff
3. Verstoß gegen Hinweispflichten, ist das ein eigenständiger Mangel?
4. Wie weit reicht das Einverständnis des Handwerkers mit der Mangelbeseitigung durch eine Fremdfirma?
5. Unterlassene Fristsetzung zur Mangelbeseitigung, welche Folgen drohen?
6. Was geschieht wenn der Auftraggeber fristlos berechtigt kündigt, ist dann die Abnahme noch nötig?

V. Probleme beim Bauen im Bestand

1. Kann der Auftraggeber Neubaustandard erwarten?
2. Wie haften Architekt und Handwerker in dem Zusammenhang?

VI. Fälle zu Mangelbeseitigungskosten/Sonstiges

1. Wann liegt eigentlich Unverhältnismäßigkeit im Zuge der Mangelbeseitigungsarbeiten vor?
2. Was ist wenn die Funktionsfähigkeit nicht beeinträchtigt wird?
3. Mangelbeseitigung durch einen anderen Unternehmer auf der Basis von Stundenlohn was ist zu beachten?
4. Kostenrisiko im Zuge der Mangelbeseitigung
5. Wer trägt die Gutachterkosten im Zuge der Mangelbeseitigungsarbeiten, sind das Mangelbeseitigungskosten?
6. Welche Kosten umfasst generell der Schadensersatzanspruch wegen unterlassener Nachbesserung?
7. Vorgeschriebenes Material führt nicht zum geschuldeten Werkerfolg was nun?
8. Vertiefung zur Fragen um das Thema: Mängel vor der Abnahme beim BGB Werkvertrag

9. Was ist eigentlich eine ordentlich gesetzte Frist zur Mangelbeseitigung?
10. Lohnt sich das Sparen von Planungsleistungen?
11. Entwicklung der Rechtsprechung des BGH zur Frage der Haftung des Auftraggebers im Zuge der Weiterreichung der Objektpläne von einem Planer zum anderen
12. Voraussetzungen des Rücktritts vom Werkvertrag
13. Abnahme und Dokumentationspflichten der Handwerker
14. Abnahme mit Mängeln, ist das überhaupt eine Abnahme?
15. Abnahme trotz Mängel, führt das zum Verlust der Mangelansprüche?
16. Allgemeines zu den Prüfungs- und Hinweispflichten der am Bau Beteiligten
17. Werden Prüfungs- und Hinweispflichten des Handwerkers erweitert, wenn zugleich Planungsleistungen übernommen werden?
18. Grundsätzliches zum Widerrufsrecht bei Dienstleistungs- und Werkverträgen

Handout zur Veranstaltung

Baurecht für Architekten, eine Betrachtung der im Jahr 2016 veröffentlichten Rechtsprechung

(**Hinweis:** „AN“ bedeutet Auftragnehmer, „AG“ Auftraggeber,
„GU“ Generalunternehmer)

I. Vertragsrecht/Preisrecht

1. Nachtrag wegen geänderter Leistung: Mehrkosten sind aus der Urkalkulation fortzuschreiben.

Fall:

Der Auftragnehmer (AN) wurde auf der Grundlage der VOB/B mit Verputzarbeiten beauftragt.

Im LV ist vorgesehen, dass die gesamten Wandflächen einschließlich der Fensterlaibungen zu verputzen sind. Der AN hat hierfür einen Preis mit Euro 16,80 pro Quadratmeter angesetzt. Es kam zu Umplanungen. Der gesamte Flächenverputz entfiel, so dass nur noch die Laibungen zu verputzen waren. Das konnte aber nicht, wie ursprünglich geplant, maschinell erfolgen, sondern musste aufgrund örtlicher Umstände per Hand gemacht werden.

Der AN erstellte eine Zulage zum Laibungsputz und übersandte dem AG seine Ursprungskalkulation. Der AG kalkulierte Euro 2,71, der AN Euro 6,20 als Zulage.

Der Fall ging bis zum OLG Köln.

Der Anspruch richtete sich nach § 2 Abs. 5 VOB/B. Der AN muss seine Nachtragsrechnung basierend auf der Ursprungskalkulation vorstellen.

Im vorliegenden Fall war es so, dass der AN Materialkosten auf den Quadratmeter von Euro 6,57 und Lohnkosten von 10,22 Euro/41,4 Minute kalkulierte.

Daneben gab es weitere Kalkulationspunkte.

In der Fortschreibung der Kalkulation, so der Vortrag des AN, kalkulierte er neue Arbeitszeitwerte auf 47 Minuten und berücksichtigte nicht, dass mit der Flächenreduzierung reduzierter Materialbedarf einhergeht.

Das OLG kam zu dem Schluss, dass die Urkalkulationspreise aus diesen beiden Kostengruppen nicht fortgeschrieben wurden.

Damit scheidet die Klage.

Es gilt der Grundsatz: „Schlechter Preis bleibt schlechter Preis, und guter bleibt ein Solcher“.

Davon gibt es nur 4 Ausnahmen:

1. Im Einheitspreisvertrag muss sich der AN bei Mengenänderungen nicht an der Urkalkulation festhalten lassen, wenn die Mengenermittlung vom AG(!) unsorgfältig vorgenommen wurde, was der AN nicht erkennen konnte.
2. Es kommt zu einer Bauzeitverschiebung, und währenddessen sind unvorhergesehene Preissteigerungen eingetreten.
3. Die Summe sämtlicher auf der Basis des schlechten Preises ermittelten Nachträge übersteigt 30 % der Vertragsvergütung.
4. Der AN hat sich verkalkuliert, und der AG nutzt dies treuwidrig unter Verletzung seiner vorvertraglichen Rücksichtnahmeverpflichtungen aus.

2. Kann man per AGB Preisanpassungen ausschließen?

Die Klausel, die man häufig in Einheitspreisverträgen sieht:

„Massenänderungen, auch solche über 10 Prozent hinaus, bleiben vorbehalten, und berechtigen nicht zur Preiskorrektur.“

Diese Klausel verstößt gegen das Recht, wenn allgemeine Geschäftsbedingungen vorliegen.

Denn mit ihr wird nicht nur eine Preisanpassung zu Gunsten des Auftragnehmers nach § 2 Abs. 3 VOB/B ausgeschlossen, sondern darüber hinaus auch eine Preisanpassung nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage.

3. Abrechnung eines Pauschalpreisvertrages bei Mehr- und Minderleistungen

Fall:

Im streitigen Fall lag ein Detail-Pauschalpreisvertrag zu Grunde, mit dem sich der GU verpflichtet hatte zu einem Pauschalpreis ein ehemaliges Gutshaus umfangreich zu sanieren, und zu zwei Doppelhaushälften umzubauen.

Er verlangt eine höhere Vergütung wegen Mehrleistungen. Der Bauherr macht widerklagend Mängelbeseitigungskosten geltend, und rechnet auf.

Zunächst musste sich das Gericht damit beschäftigen, wie der Pauschalpreis sich bei Mehr- und Minderleistungen verändern kann.

Das OLG :

Haben wir einen detaillierten Pauschalpreisvertrag, so muss man sich im Einzelnen ansehen, dies genau, welche konkreten Leistungen in dem Detail-Pauschalpreisvertrag beschrieben sind.

Gibt es danach tatsächlich Zusatzleistungen, die sich im bisherigen LV so oder gar nicht wieder finden, wie im vorliegenden Fall, kann es Zuschläge geben.

Wie sind diese nun darzustellen?

Das OLG Düsseldorf weiter:

Dazu ist es erforderlich, die vom Pauschalpreis umfassten Leistungen genau darzulegen und vorzutragen, welche Preisteile auf diese Leistungen jeweils entfallen. Ferner muss vorgetragen werden, welche zusätzlichen Leistungen hinzugekommen sind, welche Gewerke an Stelle der eigentlich geschuldeten Leistungen getreten sind, und wie sich die daraus ergebenden Mehrkosten errechnen.

Im Grundsatz gelten also die Grundsätze, die die Rechtsprechung zur Abrechnung des gekündigten Pauschalpreisvertrages aufgestellt hat.

Das bereitet in der Praxis häufig erhebliche Schwierigkeiten. Auch hier ist oft der Architekt gefragt

Wie geht das?

Der vereinbarte Pauschalpreis ist dabei in die Vergütung für erbrachte Leistungen einerseits, und für (kündigungsbedingt) nicht mehr erbrachte Leistungen andererseits aufzuteilen.

Der Unternehmer hat hierzu die erbrachten Leistungen und deren Preisansatz ins Verhältnis zur vereinbarten Gesamtleistung und dem vereinbarten Pauschalpreis zu setzen.

Hierfür kann der Unternehmer, er muss dies in der Regel auch, nachträglich eine Kalkulation erstellen, wenn diese nicht schon vorliegt.

Es genügt regelmäßig, dass der Unternehmer die Leistungen in Einzelgewerke aufteilt, und jeweils teilpauschal bewertet.

Diese haben dann in der Summe den vereinbarten Pauschalpreis zu ergeben. Kommt der Unternehmer dem nicht nach, läuft er Gefahr für erbrachte Leistungen keine Vergütung zu erhalten.

Eine Ausnahme kommt allenfalls dann in Betracht, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung lediglich nur noch geringfügige Restarbeiten ausstehen. Der Unternehmer kann in einem solchen Fall statt der Aufteilung einen entsprechenden Abzug von der vereinbarten Gesamtsumme vornehmen, -den er auch schätzen kann-.

4. Wer hat die Kosten für die Erstellung eines Nachtragsangebotes zu tragen?

Im vorliegenden Fall hatte das OLG Brandenburg darüber zu entscheiden, ob der AN Euro 613 verlangen konnte für ein Leistungsverzeichnis was er erstellte, um sein Nachtragsangebot begründen zu können.

Der Bauherr hatte Anordnungen getätigt die zu erheblichen Mehrleistungen führten.

Der Bauherr verlangte vom AN Nachtragsangebote, um darüber befinden zu können, ob er die Nachträge auch tatsächlich durchführen lässt.

Damit sind auf der Seite des AN natürlich Kosten verbunden, die er im konkreten Fall ersetzt wissen wollte.

Grundsatz:

So genannte Vorarbeiten, die der AN für die Erlangung eines Nachtragsauftrages erbringt, oder generell um ein Auftrag zu erhalten, sind nicht vergütungspflichtig, es sei denn die Parteien hätten etwas anderes vereinbart.

Aber Achtung!!

Liegt einem Bauvertrag beispielsweise ein detailliertes, vom AG bzw. von seinem Architekten erstelltes LV vor, trägt der AG die Planungsverantwortung.

Ordnet nun der Bauherr (AG) nach Vertragsabschluss Änderungen des Bauentwurfes an, oder werden etwa aufgrund eines Planungsmangels die Ausführungen zusätzlicher Leistungen, die wiederum geplant werden müssen erforderlich, so ist es die Aufgabe des Bauherrn bzw. dessen Architekten die hierfür erforderlichen Planungsleistungen zu erbringen.

Es gilt der Grundsatz: Wer einmal plant, plant immer

In einem solchen Fall kann der AN darauf bestehen, dass der AG ihm für die Erstellung des Nachtragsangebotes notwendigen Leistungsverzeichnisse und Pläne kostenlos zur Verfügung stellt.

Diese LV muss natürlich dann der AN bepreisen, was nicht gesondert vergütet wird.

Wenn in einem solchen Fall allerdings der Auftraggeber den Auftragnehmer auffordert die Ausführungen der Nachtragsleistungen entsprechend mit einem LV darzustellen, oder Zeichnungen vorzulegen, also Unterlagen zu beschaffen, die der AN nach dem Vertrag nicht zu beschaffen hat, sind solche Leistungen beim VOB-Vertrag gemäß § 2 Abs. 9 VOB/B besonders zu vergüten.

Das sollte der AN vorsorglich zuvor gesondert schriftlich ankündigen.

5. Ist die so genannte Nettoklausel gültig?

Häufig liest man in Vertragsbedingungen:

„Die angegebenen Preise verstehen sich als Nettopreise, zuzüglich der derzeit gültigen gesetzlichen Mehrwertsteuer.“

Nach der Auffassung des LG Heidelberg verstößt diese Klausel im Verkehr mit Verbrauchern gegen § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB, und ist damit unwirksam.

Problem ist das Wort, „derzeit“.

Das LG Heidelberg führt aus, dass die angegriffene Klausel nicht hinreichend klar und deutlich ist. Sie verstößt gegen das Transparenzgebot. Unklar bleibt welcher zeitliche Bezugspunkt maßgeblich ist.

Ist es der Zeitpunkt der Annahme des Angebotes, oder der Rechnungsstellungszeitpunkt? Das bleibt unklar.

Frage: Was gilt denn dann?

Wenn der Auftragnehmer belegen kann, dass die Parteien auf jeden Fall den Preis hier als Nettopreis verstanden haben, hat er Glück und die Mehrwertsteuer kommt hinzu. Im anderen Fall wäre das Angebot brutto zu verstehen, und er würde -derzeit- ordentlich Geld verlieren.

6. Stundenlohnvereinbarung

Was ist hier zu beachten?

Vorsicht Falle!!

Der AN wird von dem AG auf Stundenlohnbasis beauftragt.

Die rechtzeitig eingereichten Stunden-Zettel wurden sogar abgezeichnet, sind aber eher nichtssagend. –„2 Mann viele schaffe“

Der AN klagt Werklohn ein, da die AG vortrug, die Stunden z. T. nicht bezahlen zu müssen, weil sie im Wesentlichen nicht nachvollziehbar sind. Im Übrigen seien sie baubetriebswirtschaftlich nicht notwendig -Thema Bummelbaustelle-

Das OLG :

Der AN muss nur beweisen -nach der neueren Rechtsprechung des BGH- was er an Stunden aufgewendet hat, um den vereinbarten werkvertraglichen Erfolg herbeizuführen.

Der AG, der die betriebswirtschaftliche Misswirtschaft rügt, muss hierzu konkret vortragen, wobei der AN eine sogenannte sekundäre Darlegungslast und Beweislast hat.

Der AN muss schon genauer darlegen was er getan hat, damit hierzu der AG vortragen kann, also darstellen kann, warum der oder jener Aufwand unwirtschaftlich war. Den AN trifft aber nur die sekundäre Beweislast. Er muss also zu Art und Inhalt der nach Zeitaufwand abgerechneten Leistungen jedenfalls so viel vortragen, dass dem AG eine sachgerechte Rechtswahrung ermöglicht ist. Thema Bautagebuch Grundleistung Lph. 8, e!! Doc. des Bauablaufes, z. B. Bautagebuch! - wird gerne missachtet.

Daher Tipp:

Wenn Sie schon Stundenlohnvereinbarungen treffen, oder besser gesagt den Bauherrn treffen lassen, dann sollte so vorgegangen werden, dass der genaue Inhalt der Stundenzettels vereinbart ist. Die ordnungsgemäße Ausfüllung und die Einreichung, fristgebunden, muss ausdrücklich, das ist mein Rat, als Fälligkeitsvereinbarung formuliert sein, d. h. der Werklohn wird nur fällig, wenn der Stundenlohnzettel gemäß den Vorgaben geführt, und zu einem gewissen Zeitpunkt z. B. 2 Werkstage nach der Arbeit vorgelegt wird.

Im Stundenlohnzettel muss im Detail aufgeführt werden welche Arbeiten wann durch wen, genau wo, mit welchem Material und Zeitaufwand im Einzelnen detailliert gemacht wurden.

„2 Mann viel Arbeit,“ reicht also nicht.

Die Qualifikation des Arbeiters ist wichtig für die Stundensätze.

Das Material und dessen Verarbeitung ist wichtig damit man sieht, wer hat was, insbesondere mit welchem Material wo, also genaue Beschreibung im Bauobjekt, mit dem entsprechenden Zeitaufwand versehen, gemacht.

Nur so kommen Sie weiter.

7. Wer trägt das Risiko einer unklaren Leistungsbeschreibung?

Fall

Der AN sollte auf der Grundlage eines von ihm selbst erstellten Angebotes eine genehmigungsfähige Biogasanlage errichten, inklusive der hierfür erforderlichen Planungsleistungen.

Nach der Inbetriebnahme stellte sich heraus, dass im Dauerbetrieb der zulässige Grenzwert für Formaldehyd deutlich überschritten wurde.

Der AG rügte Mangelhaftigkeit, und macht erhebliche Schadensersatzansprüche geltend.

Im LV war geschrieben:

„ ... Gasmotor mit einer elektrischen Leistung von 536 KW im Dauerbetrieb“.

An anderer Stelle in der Baubeschreibung war formuliert unter Position 27:

„ ... Lieferung und Inbetriebnahme mit 500 KW... “.

Der AN führte aus, es ist ihm ein Schreibversehen unterlaufen. Er schulde eine Anlage nur mit 500 KW. 535 KW, die die Anlage nicht schaffte, wären aber erforderlich gewesen.

Das OLG München führte aus, dass derjenige, der ein Leistungsverzeichnis erstellt, einen Vertrauenstatbestand schafft. Er muss auf die Verständnismöglichkeiten des Erklärungsempfängers Rücksicht nehmen, und sich sorgfältig ausdrücken.

Allerdings muss auch bei Zweifeln der Leser des LV rückfragen. Darf der Erklärungsempfänger die Erklärung bei Anwendung dieser Auslegungssorgfalt in einem bestimmten Sinne verstehen, ist allein dieses Verständnis für die Bestimmung des Vertragsinhaltes maßgeblich.

Im vorliegenden Fall war es so, dass eigentlich unmissverständlich mit der Bezeichnung im Dauerbetrieb mit 536 KW dies der geschuldete Vertragsumfang sei. Unklarheiten gehen zulasten des AN, der das Leistungsverzeichnis schließlich erstellt hatte

(Eine solche Anlage, die bei dem vertraglich vereinbarten Dauerbetrieb den zulässigen Grenzwert auch noch deutlich übersteigt, ist natürlich mangelhaft.)

Achtung!

Ist die Leistungsbeschreibung unklar, kommt die Beschreibung der Leistung vom AG an einen Handwerker (AN), und hätte dieser (AN) Bedenken anmelden oder Hinweise geben müssen auf diese Unklarheit, dann darf der Auftragnehmer nicht mit der günstigsten Ausführungsvariante kalkulieren, und schon gar keine Mehrvergütung verlangen. Hierzu ist vieles umstritten. Das Thema Bausoll oder Nachtrag werde ich hier nicht darstellen können.

8. Auftrag erteilt ein Ehegatte – Vertrag nur mit Diesem?

Ist der andere Ehegatte dann automatisch mitverpflichtet?

Fall:

Die Eheleute A sind Miteigentümer eines alten Fachwerkhauses. Eine der beiden Ehepartner beauftragt einen Statiker mit Tragwerksplanungen. Hier kommt es zu Mängeln. Die Ehegatten nehmen den Statiker wegen Entwurfsfehlern auf Kostenvorschuss in Anspruch. Der Statiker führt aus, er sei nur von einem Ehegatten beauftragt worden. Der andere Ehegatte sei gar kein Vertragspartner geworden.

Schließt nur ein Ehegatte den Vertrag ab, stellt sich immer die Frage, ob auch der andere Ehegatte ebenfalls mitberechtigt und mit verpflichtet wurde. Wie immer hängt es nach der Rechtsprechung vom Einzelfall ab.

Diese Frage wird elementar, wenn es um die Kündigung, also um sog. Gestaltungsrechte geht. Der, der solche Rechte geltend macht, muss der Vertragspartner sein. Sind es

beide Ehegatten, muss die Kündigung von beiden kommen, ansonsten ist diese unwirksam!! (**Achtung:** Beim Widerruf gilt diese Folge –Unwirksamkeit– nicht. Nur der Ehegatte der, der widerruft, ist aus dem Vertrag. Der andere nicht automatisch!)

Hierbei gelten die gleichen Grundsätze wie bei rechtsgeschäftlicher Vertretung.

Bei kleineren handwerklichen Arbeiten, kann es sich um ein Geschäft zur Deckung des Lebensbedarfs handeln, und dann berechtigt der eine Ehegatte automatisch den anderen mit.

Bauverträge, insbesondere über die Errichtung eines Hauses oder Sanierungsarbeiten mit erheblichem Umfang sind anders zu beurteilen.

Die Mitverpflichtung eines anderen Ehegatten kann sich aber stillschweigend aus den Umständen des Einzelfalles ergeben.

Entscheidend ist, wie die Gegenpartei das Verhalten des oder der Ehegatten verstehen durfte. Treten beide beispielsweise bei Vertragsverhandlungen auf, beide sind zudem Miteigentümer, beide nehmen Einfluss auf den Bauablauf, der Schriftwechsel wird unter dem Namen beider Ehegatten geführt, sie verlangen Rechnungen an beide Ehegatten u. a., so spricht vieles dafür, dass auch der andere Ehegatte mitverpflichtet wurde.

II. Verzug

Hierzu beachten Sie bitte die Grundleistungen aus den Leistungsphasen 2 h, 5 d und 8 b in der Anlage 10.

Diese Grundleistungen ranken sich um das Thema Verzug.

1. Wer muss den Verzug beweisen?

Fall:

Der AG beauftragt den AN mit der schlüsselfertigen Errichtung einer Villa.

Als Fertigstellungstermin ist vereinbart:

8 Monaten nach Erteilung der Baugenehmigung. Die Baugenehmigung wird dem AN übergeben.

9 Monate nach erteilter Baugenehmigung sind immer noch erhebliche Restarbeiten offen. Der AG macht Schadensersatz wegen Verzugs geltend.

Der AN führt an, er sei schließlich auch mit Nachtragsleistungen beauftragt worden. Dies habe 30 Tage länger gedauert, daher kein Verzug. Ferner ist der Termin im Vertrag nicht bestimmt genug.

Der BGH urteilt. Der AN zahlt.

Diese Fertigstellungsfrist ist nach Ansicht des BGH hinreichend bestimmt. Sie ist nach dem Kalender berechenbar, so dass Verzug sogar ohne Mahnung eintritt. Da der Anknüpfungspunkt die Baugenehmigung als solche sei, komme es noch nicht einmal auf den streitigen Zeitpunkt der Übergabe der Baugenehmigung an. Der AN müsse daher sein, -so behauptetes- fehlendes Verschulden an der erfolgten Überschreitung der Fertigstellungsfrist nachweisen.

Da reicht es nicht aus bloß hindernde Umstände zu benennen, mögen diese auch in der Risikosphäre des Bauherrn liegen. Vielmehr muss der AN hier eine konkrete Bauablaufsbezogene Darstellung der jeweiligen Behinderungen und deren Folgen darstellen. Der AN habe daher darzulegen und Beweis anzutreten, wie lange im Übrigen die konkreten, derzeit nur behaupteten Behinderungen andauerten. Es ist eine sorgfältige Bauablaufdokumentation geschuldet, Fotos, Bautagebuch u. a..

2. Stockende Bauarbeiten als Kündigungsgrund?

Fall:

Der AG beauftragt den AN mit der Errichtung eines Hauses zu einem Pauschalpreis. Es kommt zu Verzögerungen durch wechselnde Bauleiter, wechselnde Nachunternehmer, und Einstellungen der Leistungen durch den AN. Es kam zu Aufforderungen des Bauherrn die Arbeiten endlich fertigzustellen.

Fristen wurden gesetzt. Es wurde nicht besser. Der Bauherr kündigte. Der AN meinte, die Kündigung sei eine freie Kündigung und verlangt Schadensersatz auch für die nicht erbrachten Teilleistungen (sog. entgangener Gewinn).

Das OLG München weist die Klage komplett ab.

Kommt das Bauvorhaben immer wieder ins Stocken, werden Arbeiten wiederholt eingestellt, ergibt dies erhebliche Zweifel an der Zuverlässigkeit der Baufirma. Es ist daher verständlich, dass der Bauherr nicht mehr darauf vertraut, dass die Baufirma zügig mit der gebotenen Eile und dem gebotene Engagement (mit Mann und Material) das Bauvorhaben zu Ende führen wird.

Es war ihm nicht zuzumuten weiter zuzuwarten. Nach § 314 BGB bestand ein wichtiger Grund zur Kündigung.

Damit scheiden weitere Vergütungsansprüche auf den entgangenen Gewinn -für die nicht durchgeführten Arbeiten- dem Grunde nach schon aus.

Wichtig ist hier nur ergänzend zu wissen, dass der AN nachweisen muss, dass kein Verzug vorliegt.

3. Kein verbindlicher Bauzeitenplan vereinbart - daher kein Verzug?

Gibt es deshalb keine Ansprüche wegen einem gestörten Bauablauf?

Fall:

Es wird die Errichtung von Lärmschutzwänden ausgeschrieben an einer Bundesautobahn. Aufgrund von Verzögerungen beim Streckenbau war als Baubeginn frühestens Januar 2011 vereinbart. Der genaue Zeitpunkt sollte noch gesondert vereinbart werden. Der AN übergibt dem AG einen von ihm selbst erstellten Bauzeitenplan, der nicht verbindlich vereinbart wird. Es kommt zu weiteren erheblichen Verzögerungen.

Der AN begehrt für die Stillstandzeiten Geld.

Das OLG Braunschweig stellt zunächst fest, dass keine feste Bauzeit vereinbart war, und dass kein verbindlicher Bauzeitenplan vorliegt.

Daher, so das OLG, gibt es keinen Anspruch.

Diese Entscheidung ist meines Erachtens falsch. Die zeitliche Planung der Maßnahme ist Aufgabe des AG. Er hat auch gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B für die Koordination aller laufenden Bauarbeiten zu sorgen. Er disponiert. Der AN war zu Recht in seinen Arbeitsleistungen behindert. Ihm steht dem Grunde nach ein Anspruch wegen der Bauzeitverlängerung zu, den er allerdings im Detail darstellen muss. Daran scheitert es in der Regel.

4.**Fall:**

Vereinbart: Baubeginn in ca. 4 Wochen

Nach dem OLG Koblenz ist kein verbindlicher Vertragstermin vereinbart.

5. Fall Abschlagsrechnung nicht fristgerecht gezahlt - Arbeitserstellung möglich?

Darf der AN die Arbeit einstellen?

Fall:

Der AG kürzt Massen in den Abschlagsrechnungen. Der AN verlangt Nachzahlung und droht an die Arbeiten andernfalls einzustellen. Zuvor bat er um Gespräche um eine Lösung zu finden. Diese wurden zuletzt durch den AG ausgeschlagen. Es wird nicht bezahlt, der AN stellt die Arbeiten ein.

OLG Köln

Der AN war zur Arbeitseinstellung nach § 16 Abs. 5 Nr. 4 VOB/B berechtigt. Er hatte seine strittigen Leistungen bereits erbracht, und war zu Einigungsgesprächen bereit.

Er ist seiner Kooperationspflicht hinreichend nachgekommen, und war daher nach Treu und Glauben zur Leistungserstellung berechtigt.

Achtung Vorsicht Falle!

Die Kürzung von Abschlagsrechnungen, Nachträgen und ihre Berechtigung, allgemein Streit an der Baustelle, fordern immer eine ernsthafte Kooperationsbereitschaft beider. Stellt sich nachträglich heraus, dass z. B. die Kürzungen zu Unrecht erfolgten, wird es teuer.

Das Risiko lässt sich nicht eingrenzen. Oftmals werden solche Fälle erst in 2. Instanz nach Jahren entschieden.

III. Mängel und die Folgen**1.**

Hierzu verweise ich auf Anlage 10 zu § 34, Absatz 4, § 35, Absatz 7 HOAI, dort auf die Leistungspflicht 8 a, Grundleistungen. Dort steht, dass zur Objektüberwachung, die Überwachung der Ausführung des Objektes auf Übereinstimmung mit der öffentlich-rechtlichen Genehmigung, oder Zustimmung, den Verträgen mit ausführenden Unternehmen den Ausführungsunterlagen, den einschlägigen Vorschriften, sowie den allgemein anerkannten Regeln der Technik gehört.

Vorab: Ein Fall zur Verjährung / sog. Sekundärhaftung**Fall:**

Der Auftraggeber beauftragt 1999 den Architekten mit der Vollarchitektur. Der Baugutachter empfahl eine spezielle Gründung, die schließlich auch geplant und durchgeführt wurde. Die Leistungen der ausführenden Unternehmer waren im Jahr 1995 abgeschlossen. Im Jahr 2004 zeigten sich erhebliche Mängel. Es wird aufgrund des Anratens des Architekten ein erneutes Baugrundgutachten eingeholt, das im Jahr 2004 Sanierungsmaßnahmen unterbreitete. Im Jahr 2009 leitete der Auftraggeber ein selbstständiges Beweissicherungsverfahren ein, da die Mängel immer noch vorhanden waren. Die Parteien stritten um die Verjährung der Ansprüche gegen den Architekten. Der Auftraggeber behauptete, der Architekt könnte sich nicht auf die Einrede der Verjährung berufen, da dieser seine ihm obliegende Planungs- / Aufklärungs- / Untersuchungspflichten verstoßen habe.

Grundsatz hierzu:

Ein Architekt verletzt seine Aufklärungspflicht dann, wenn er den AG nicht rechtzeitig vor Eintritt der Verjährung über die möglichen Mängel seines Gewerkes aufklärt. Das gilt auch dann, wenn der AG über äußerst langjährige Bauerfahrungen verfügen mag, und vielleicht sogar noch zudem ein Baubetreuer mit der Wahrnehmung seiner Interessen parallel dazu beauftragte.

Wie wurde hier entschieden?

Das OLG Hamm führt aus, insoweit folgt das Gericht dem BGH, dass auch für die sogenannte Aufklärungspflicht über eigen verursachte Mängel, die Sekundärhaftung des Architekten eine dreijährige Verjährungspflicht zu beachten ist, wobei der Geschädigte, alle Einzelumstände kennen muss, die für die Beurteilung einer möglicherweise Haf-

tung notwendig sind, und er hinreichend sichere Erkenntnisse und Beweismittel an der Hand hat, um den Rechtsstreit im Wesentlichen risikolos führen zu können.

Das begann hier am 31.12.2004, als damals im Jahr 2004 ein erneutes Baugutachten eingeholt wurde.

Sonach beendet die Verjährung die Sekundärhaftung am 31.12.2007. Die Sekundärhaftung des Architekten ist demnach verjährt, so dass er sich auf die Verjährung der primären Gewährleistungsansprüche, also drei Jahren nach Abschluss seines ursprünglichen Vertrages, berufen kann. Das war hier im vorliegenden Fall im Jahr 1999. Drei Jahre draufgerechnet ergibt 2002 –also verjährt.

2. Zurück zum Werksvertragsrecht:

Zum Mangelbegriff, kurze Wiederholung:

Das Dach muss dicht sein, eine Kellerabdichtung muss den Keller abdichten, egal was im Vertrag steht.

Fall:

Eine Gartenbaufirma wird beauftragt, die Kelleraußenwände abzudichten. Im Vertrag ist im Detail ausführlich beschrieben, wie die Abdichtung im Einzelnen, und mit welchem Material, zu erfolgen hat. Die Abdichtung schlägt fehl. Festgestellt werden Planungs- und grobe Ausführungsfehler. Der Unternehmer trägt vor, dass er sich doch genau an das Leistungsverzeichnis gehalten habe. Das stammt schließlich von einem Architekten. Er sei auch nur Gartenbauunternehmer. Er habe gar nicht die notwendige fachliche Kompetenz für solche komplexen Abdichtungsmaßnahmen. Der Architekt habe ihn schließlich auch überwacht, u.a.

a) Zur Verdeutlichung noch einmal, die Entscheidungssätze des Gerichts, die sehr schön die Rechtsprechung wiedergeben.

a.a)

Zur vereinbarten Beschaffenheit im Sinne des § 633, Absatz 2, Satz 1 BGB gehören alle Eigenschaften des Werkes, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen. Der vertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich nicht alleine nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung, oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche Funktion das Gewerk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll, § 631 Abs. 2 BGB.

a.b)

Ist eine funktionierende Kellerabdichtung geschuldet, ist das Werk nur dann mangelfrei, wenn es ausreichend vor eindringendem Wasser schützt. Das Bauwerk und dessen Teile müssen so abgedichtet sein, dass keine Feuchtigkeit eindringen kann.

a.c)

Kann die Funktionstauglichkeit der beauftragten Leistung in der vereinbarten Leistungsart oder mit den vereinbarten Materialien nicht erreicht werden, wird im Grundsatz hiervon die Mangelhaftigkeit des Gewerkes nicht berührt; der Unternehmer schuldet weiter die vereinbarte Funktionalität.

Grundsatz:

Der Handwerker schuldet nicht etwa eine sklavische Abarbeitung des Leistungsverzeichnisses. Er muss mit seinen Leistungen den vom Auftraggeber erkennbaren Erfolg erreichen (§ 631 II 2 BGB). Ist dieser Erfolg mit den vertraglich vereinbarten Leistungen nicht zu erreichen, dann muss er ein mehr an Leistung bringen. Dann steht ihm sogar auch ein Mehr an Werklohn zu, es sei denn, es wurde funktional beschrieben. Seine Unwissenheit, eine fehlerhafte, oder lückenhafte Leistungsbeschreibung, Einsparung beim Material, die Nichtbeachtung der technischen Vorschriften um Geld zu sparen, entlastet ihn in keiner Phase.

In einem weiteren Fall hat das OLG Koblenz noch einmal herausgearbeitet, dass schon das Risiko, das mit einiger Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass in Zukunft weitere Schäden auftreten können, also eine Ungewissheit über die Risiken des Gebrauchs bestehen, für die Bejahung eines Mangels ausreicht.

b) Wie ist das beim Verstoß gegen sogenannte DIN-Vorschriften? Führt auch ein Verstoß gegen DIN-Vorschriften ohne Schadenseintritt, zum Mangel?**Fall:**

Der AN errichtet im Auftrag des AG einen Rohbau. Es kommt zu gravierenden Mängeln, die die Standsicherheit beeinträchtigen. Der Gutachter im Gerichtsverfahren ist der Auffassung, dass die Standsicherheit mit Nachbesserungen hergestellt werden kann. Allerdings verbleibt ein Teil der Mängel, die nicht beseitigt werden können, hier ein unzureichendes Bindemaß des Kellermauerwerkes und die Herstellung der tragenden Wände, aus bauaufsichtlich nicht zugelassenen Luftkanalsteinen. Allerdings meint der Gutachter mit einem gewissen Preisnachlass kann man damit leben.

Dem folgte das Landgericht, das OLG Köln hob das Urteil zu Recht auf, denn der Bauunternehmer schuldet nicht die Herstellung eines standsicheren, sondern eines in jeder Hinsicht mangelfreien Rohbauvorhabens. Mit einem mangelhaften Bauwerk oder Mangelbeseitigung zweiter Wahl muss sich der Auftraggeber nicht begnügen.

Festzuhalten ist, dass ein Baumangel auch vorliegen kann, wenn noch gar kein Schaden eingetreten ist. Entscheidend ist, ob die Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit abweicht. Wenn das feststeht, haben wir einen Mangel. Danach ist zu prüfen, ob der betreffende Mangel einen merkantilen Minderwert hat, insbesondere ob Mangelbeseitigungsmaßnahmen unverhältnismäßig sind, was sich nicht allein etwa nach den Mangelbeseitigungskosten richtet.

c) Die Leistung ist mangelhaft. Auf welchen Zeitpunkt kommt es an?

Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Abnahme.

d) Was ist eigentlich, wenn vor der Abnahme beim sog. BGB-Werkvertrag erkennbar Mängel auftreten?

Vorsicht Falle!!

An dieser Stelle stand noch im ersten Entwurf, der Bundesgerichtshof hat dazu noch keine abschließende Stellungnahme abgegeben. Nun liegt sie endlich vor.

Mit zwei Urteilen vom 19.01.2017 hat der 7. Zivilsenat entschieden, dass die werkvertraglichen Mangelrechte dem Arbeitgeber erst nach der Abnahme zustehen. Das gilt beim BGB-Werkvertrag. Ausnahmsweise, so der BGH, bestehen Mangelrechte ohne Abnahme dann, wenn das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist, etwa wenn der Auftraggeber unter keinen Umständen mehr mit dem Auftragnehmer zusammenarbeiten will. Das ist dann der Fall, wenn der Auftragnehmer beispielsweise das Werk als fertig gestellt zur Abnahme anbietet und der Auftraggeber Schadensersatz, statt der Leistung verlangt, oder nur noch eine Herabsetzung des Werklohns, also die Minderung erreichen will. In dem Fall, geht es nicht mehr um den Anspruch auf die Leistung, und damit um die Erfüllung des Vertrages.

Der BGH stellt fest, dass alleine die Geltendmachung eines Kostenvorschusses für die Mangelbeseitigung noch nicht genügt, um von einem Abrechnungsverhältnis auszugehen. Denn der Auftraggeber ist berechtigt, auch nach einem Kostenvorschussverlangen den Nacherfüllungsanspruch geltend zu machen. Anders wäre es nur dann, wenn der Auftraggeber wirklich, oder durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck bringt, dass er unter keinen Umständen mehr mit dem Auftragnehmer zusammenarbeiten will, z. B. er kündigt diesen, beauftragt einen anderen Handwerker, der die Arbeiten weiterführt, fortsetzt, ersetzt, verweist den Auftragnehmer von der Baustelle, spricht ein Baustellenverbot aus, oder der Handwerker erklärt, die Baustelle nicht mehr betreten zu wollen, verweigert also endgültig, ernsthaft und abschließend jede Nacherfüllung, die der Auftraggeber von ihm verlangt.

Vor der Abnahme kann der Auftragnehmer Schadensersatz neben oder statt der Leistung verlangen. Er kann den Verzögerungsschaden geltend machen, also bei Verzug; er kann den Rücktritt erklären bei einem erheblichen Mangel, oder er spricht die Kündigung aus wichtigem Grund, oder er kündigt eben im Wege der freien Kündigung. Das kann der Auftraggeber jederzeit. Die Schadensersatzansprüche sind anders als die Mängelrechte verschuldensabhängig. Eine dem Schadensersatzanspruch begründende schuldhaftige Pflichtverletzung des Auftragnehmers liegt immer dann vor, wenn der Auftragnehmer eine Frist verstreichen lässt zur fachgerechten und sachgerechten Leistung. Dann kann der Auftraggeber kündigen.

Der Bundesgerichtshof begründet seine Auffassung mit dem Gesetzeswortlaut, denn ob ein Werk mangelhaft ist oder nicht, das beurteilt sich im Zeitpunkt der Abnahme. Es ist allein Sache des Auftragnehmers den Weg zu wählen, der zu einer mangelfreien Leistung führt. Dazu ist er nach dem funktionalen Mangelbegriff auch verpflichtet.

e) Bedeutung von Herstellempfehlungen und der Mangelbegriff; ein immer wieder auftauchendes Problem.

Dazu ein Fall:

Ein Gastwirt beauftragte einen Installateur u. a. mit einer Fäkalienhebeanlage im Keller. Die Arbeiten wurden ausgeführt und abgenommen. Zwei Jahre nach der Abnahme kam es aus dem Keller zu einer Überflutung mit Fäkalien, mit massivem Schaden.

Der AG machte geltend, dass der Mangel, und damit auch der Schaden, darauf zurückzuführen sei, dass der AN die Herstellvorgaben der Fäkalienhebeanlage nicht eingehalten habe. Die dort empfohlene Anschlusshöhe habe er nicht eingehalten. Der AG führt aus, dass aufgrund der tatsächlichen Vorgaben alternativlos die Hebeanlage nicht anders hätte eingebaut werden können. Im Übrigen habe die tatsächliche Anschlusshöhe, die der Hersteller empfohlen hat, nicht kausal zu dem Schaden herbeigetragen. Das wurde vom Gutachter auch so bejaht. Der Gutachter war sich aber nicht sicher, ob die tatsächliche Anschlusshöhe in irgendeiner Form irgendwelche Auswirkungen hatte auf ein erhöhtes Verstopfungsrisiko u.a.

Damit scheitere der Beweis des AG. Ein Sachmangel ist insoweit nur dann bei einem Verstoß gegen die Herstellervorgaben zu bejahen, wenn die Abweichung von den Vorgaben, zumindest das Risiko erhöht, dass der geschuldete Erfolg nicht erreicht wird. Weiter liegt ein Mangel dann vor, wenn der AG durch die Nichtbeachtung der Herstellervorgaben Gefahr läuft, die Herstellergarantie zu verlieren. Im Übrigen kann sich im Wege der Auslegung ergeben, dass die Einhaltung der Herstellervorschriften ein Teil der vereinbarten Sollbeschaffenheit ist. Dann wäre bereits eine Abweichung ein Mangel.

Im Übrigen ist es so, dass Herstellervorschriften nicht zwingend den anerkannten Regeln der Technik gleichzusetzen sind. Sie können durchaus dahinter zurückbleiben. Man darf sich nicht auf die Herstellerangaben verlassen, wenn das Gewerk auch bei Beachtung dieser Vorgaben nicht funktionsgerecht nutzbar ist.

Eine Werkleistung wird mangelfrei sein, wenn sie funktionsfähig ist, aber gegen die Herstellerangaben verstößt. Gleiches gilt auch bei einem Verstoß gegen entsprechende DIN-Vorschriften, selbst wenn diese den allgemein anerkannten Stand der Technik darstellen. Hier sind die Beweishürden sicherlich hoch im letzten Fall, aber ausgeschlossen ist das nicht.

Es ist immer zu prüfen, ob das Werk den vereinbarten Beschaffenheitsvorgaben entspricht und/oder die allgemein anerkannten Regeln der Technik erfüllt sind. Was vertraglich vereinbart ist, bestimmt den Fall, und auch die Beantwortung der Frage, ob ein Mangel vorliegt oder eben nicht. Wird gegen vertragliche Vorgaben verstoßen, liegt immer einen Mangel vor. Dabei kommt es auf eine Gebrauchsbeeinträchtigung oder dergleichen, überhaupt nicht an.

Liegt ein Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik vor, könnte es durchaus denkbar sein, dass der AN nachweisen kann, das trotzdem kein Mangel vorliegt, da das Gewerk funktionstauglich ist. Schwierig wird es mit der Abweichung von Herstellerrichtlinien, wenn diese zum vertraglichen Leistungswerk gehören, dann liegt per se ein Mangel vor. Dann kommt es auf die Risikoerhöhung nicht an. Wenn im Übrigen der Auftraggeber nachweisen kann, dass er ein besonderes Interesse hat an der Einhaltung der Herstellerangaben, kann man von einer konkludenten Einbeziehungsvereinbarung ausgehen.

f) Was ist die Folge bei einem Verstoß gegen die Hinweispflichten des Unternehmers. Stellt das auch einen Mangel dar?

Es gibt einen weit verbreiteten Irrtum, dass ein Verstoß gegen die Bedenkenanmeldungs- und Hinweispflicht des Handwerkers per se eine Haftung des AN begründet.

Bei den Bedenkenanmeldungen und der Hinweispflicht, geht es darum, dass der AN bei Prüfung des Leistungsverzeichnisses oder den Anweisungen hätte erkennen müssen, dass der vertragliche geschuldete Erfolg so nicht herbeigeführt werden kann. Dann muss er den AG! darauf hinweisen, oder er muss das Vorgewerk prüfen, auf dem seine Werkleistung aufbaut. Unterlässt er das, und es kommt dann zum Mangel, dann wird geprüft, ob bei Erfüllung der Bedenken- und Hinweispflicht eine Haftung entfallen kann. Die Erfüllung der Bedenken- und Hinweispflicht ist also ein Haftungsbefreiungstatbestand.

Vorsicht Falle!

g) Wie weit reicht eigentlich das Einverständnis des Handwerkers mit der Mängelbeseitigung durch eine Fremdfirma? Ein Klassiker

Ein Bauträger stellt fest, dass der Trockenbauer Mängel verursacht hatte. Ein Blower-Door-Test ergab Luftundichtigkeiten im Drempelbereich im I. OG. Der Trockenbauer, der mit anderen handwerklichen Arbeiten an anderen Bauorten schon beschäftigt war, war damit einverstanden, dass eine Drittfirma unter Verrechnung seiner damals noch offenen Restwerklohnforderung den Mangel beseitigen soll. Im Rahmen eines durchgeführten Beweissicherungsverfahrens stellte der Gutachter aber noch weitere Mängel fest, so Schimmelpilzbildung auf Gipskartonplatten von der Dachinnenseite her u.a. Die Kosten vergrößerten sich. Es blieb also nicht nur bei den damals festgestellten Mängeln.

Später verklagte der Bauträger den Trockenbauer auf Mängelbeseitigungskosten, auch über den Aufwand, den er seinerzeit nicht gerügt hatte.

Das ging schief. Auch dass der Bauträger damals dem Trockenbauer das Gutachten mit den unbestreitbar weiter festgestellten Mängeln zusandte, reicht nicht aus, für ein Nacherfüllungsverlangen nebst Fristsetzung. Damals hatte nämlich der Trockenbauer auf sein Nacherfüllungsrecht allein bezüglich der Luftundichtigkeit im Drempelbereich verzichtet. Das bedeutet, kein Freifahrtschein und Verzichtserklärung für alles Weitere, was sich danach abspielt, oder nicht abspielt.

In diesem Zusammenhang wichtig und noch einmal hervorzuheben ist, festgestellter Mangel, Fristsetzung zur Mangelbeseitigung und nach Ablauf der Frist kann man in die Mangelbeseitigung eintreten (Beim VOB-B Vertrag kommt noch die Nachfristsetzung und Kündigungsandrohung, und die Kündigung nach Fristablauf hinzu!!)

b) Was ist wenn keine Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt wird?

Einfache Antwort: Kein Anspruch auf Kostenerstattung.

Im Gesetz steht, dass der Handwerker ein Nacherfüllungsrecht hat. Das gilt, gleich wie schwerwiegend der Mangel ist. Wird dem Handwerker keine Möglichkeit gegeben, in die Nachbesserung zu gehen, scheidet jeglicher Anspruch auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten definitiv aus. Das ist nur dann nicht der Fall, wenn der Handwerker abschließend definitiv und endgültig die Mangelbeseitigung verweigert. Das muss man erst einmal beweisen können!

Exkurs hierzu:

Fehlt das auch, wenn beispielsweise der Auftraggeber völlig berechtigt, aus fristlosem Grund den Werkvertrag aufkündigt?

Ja, das gilt auch dann.

Das gilt nur dann nicht, wenn die Nacherfüllung nach § 636 Absatz 2, Alternative 2 BGB unzumutbar ist. Das setzt aber ganz massive Gründe voraus, die auch nachgewiesen werden müssen.

IV. Probleme beim Bauen im Bestand

Fall:

1.

Der Unternehmer U bietet dem AG wie angefragt die Installation einer Photovoltaikanlage an, einschließlich der Sanierung der betreffenden Dachfläche. Nach der Abnahme kommt es wegen verschiedener Mängel zum Streit. Der Gutachter stellt fest, dass die alten Dachsparren, auf denen der Unternehmer die Photovoltaikpanelle befestigte, Unebenheiten aufweist. Dadurch bestand die Gefahr, dass das Dach auf Dauer undicht wird. Der AN führt an, dass der AG den Leistungsumfang aus Kostengründen auf die Montage der Photovoltaikpanelle begrenzt habe. Alles andere war ihm doch viel zu teuer. Die Dachsparren sollten doch gerade aus Kostengründen nicht erneuert werden müssen, was im Verfahren der AG bestritten hatte.

Aufzuklären war der Einwand (Verzicht aus Kostengründen) später im Verfahren nicht mehr. Klar war nur, dass, die Sanierung der Dachfläche vereinbart war.

Was ist geschuldet?

Hier war ohne jeden Vorbehalt die Sanierung der Dachfläche durch den AN angeboten worden. Wer die Sanierung eines Bauteiles anbietet, muss alle Leistungen ausführen, die zu einer sachgerechten Sanierung erforderlich sind. Dummerweise hatte er neben einer Pauschalisierung, auch noch seine Leistung funktional beschrieben.

Wenn es so gewesen wäre, dass mit der abgespeckten Leistung der funktionale Erfolg, also hier, eine korrekte, allumfassende Sanierung des Daches nicht zu erreichen war, zuvor der Handwerker auf die damit verbundenen technischen Risiken hätte hinweisen müssen, dies in der erforderlichen Tiefe. Nach der strengen Auffassung des 7. Senats des BGH, das ist der Baurechtssenat, bestehen hohe Hürden an einer korrekten Aufklärung.

Der Hinweis, ich bin meinen Bedenken- und Hinweispflichten nachgekommen, scheidet in der Regel.

Fall:

2. Kann der Auftraggeber Neubaustandard erwarten?

Der AG beauftragt den Architekten mit der Planung und Aufstockung des Gebäudes um ein Staffelgeschoss zum Zwecke der Vermietung. Im Zuge der Baumaßnahme wurde festgestellt, dass zwischen der Decke des Altbaus und dem Fußboden der Aufstockung sich kein ausreichender Trittschallschutz befindet. Zudem überschritten auch noch die Höhenunterschiede zwischen den Stufen, der zum Erweiterungsbau führenden Treppe den Toleranzrahmen der einschlägigen DIN. Der Gutachter kommt im Prozess zum Schluss, dass nur mittlere Schallschutzwerte nach der DIN 4109 erreicht werden konnten. Durch fachgerechten Umfang der Sanierung hätte die VDI 4100 eingehalten werden müssen (Klar: erheblicher Mehraufwand wäre nötig gewesen!).

Problem: Haften der Architekt und der Handwerker?

Ja, bei einem Umbau, wenn damit erhebliche Eingriffe in die Bausubstanz einhergehen, ist schon in der Planung darauf zu achten, dass die aktuellen Schallschutzwerte zugrunde zu legen sind. Das ist bei der 4109 nicht der Fall, Beiblatt 2 ja, bei VDI 4100 ja, je nach Ausgestaltung des Objektes, evtl. sogar noch ein deutlich höherer Schallschutz.

Das muss schon ganz zu Anfang der Architekt klären, und den Bauherren darauf hinweisen, denn damit gehen in der Regel erhebliche Mehrkosten einher.

3. Hierzu ein weiterer Fall:

Es ging in diesem Fall wieder um die Aufstockung und energetische Sanierung eines Bauvorhabens.

Im Zuge der Öffnung der Bodenplatte musste festgestellt werden, dass die Fundamentierung nicht entsprechend der Bestandstatik seinerzeit ausgeführt wurde. Ertüchtigungsmaßnahmen schlug der Architekt vor.

Trotzdem machte der Bauherr dem Architekten Vorwürfe.

Das OLG Köln stellte zu Recht fest, dass das Planen und Bauen im Bestand oftmals besondere Risiken für den Erfolg des Umbaus mit sich bringt.

Insoweit ist der Architekt schon verpflichtet zu prüfen, ob der Erfolg auch wirtschaftlich hergestellt werden kann. Den Umfang der erforderlichen Maßnahmen muss er einschätzen. Er hat eine intensive Bauwerkserkundungspflicht. Er hat zu prüfen, ob die vorhandenen Bauunterlagen und der Zustand des Gebäudes eine sichere Grundlage für das geplante Bauvorhaben ist. Ein Schadensersatzanspruch wegen einer Beratungspflichtverletzung scheidet aber aus, wenn eben nicht feststeht, dass der AG bei ordnungsgemäßer Beratung durch den Architekten vom ursprünglichen Umbauvorhaben Abstand genommen hätte.

V. Fälle zur Mangelbeseitigungskosten:

1. Wann liegt eigentlich Unverhältnismäßigkeit im Zuge der Mangelbeseitigungskosten vor, d. h., wann kann der AG die Mangelbeseitigung wegen Unverhältnismäßigkeit verweigern?

Gleich vorab:

Allein die Betrachtung des Aufwandes für die Mangelbeseitigung, das mag auch sehr teuer sein, führt nicht alleine aus sich selbst heraus, erfolgreich zum Einwand, dass die Mangelbeseitigung nicht geschuldet ist. Es mag erheblicher Mehraufwand mit der Mangelbeseitigung einhergehen. Das bedeutet für sich alleine noch nicht, dass die Mangelbeseitigungspflicht damit entfällt.

Ob die Unverhältnismäßigkeit zu bejahen ist, ist eine Frage des Einzelfalles. Der kaufrechtliche Ansatz, dass die Mangelbeseitigungskosten den Verkehrswert um 200 % übersteigen, ist auf das Werksvertragsrecht nicht übertragbar.

Weicht der Unternehmer von einer ausdrücklich vereinbarten Beschaffenheit ab, ist ihm in der Regel die Berufung auf die Unverhältnismäßigkeit zu versagen. Grundsätzlich gilt, dass der AG einen Anspruch hat, auf Herstellung des vereinbarten Werkes. Auf zweitklassige Reparatur, auch finanziellen Ausgleich muss er sich nicht einlassen. Wenn der AN grob fahrlässig den Mangel herbeigeführt hat, ist ihm eine Enthftung mit dem Argument Unverhältnismäßigkeit versagt. Das wurde zum Beispiel bejaht, wenn vertragswidriges Material verwendet wurde. Dann haftet der AN ohne Ende.

2. Was ist, wenn die Funktionsfähigkeit nicht beeinträchtigt wird?

Weiterer Fall:

Der AG beauftragt den AN mit dem Austausch von Wasserleitungen. Der AN verwendet Rohre im Durchmesser von ½ Zoll anstatt von ¾ Zoll, was den allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht entsprach. Der Durchmesser war vertraglich nicht vorgegeben.

Der Gutachter stellte aber die uneingeschränkte Funktionalität in vorliegendem Fall fest, und er verneinte auch das Risiko, oder auch nur die Gefahr eines Schadenseintritts.

Da die Funktionalität, so das OLG Düsseldorf bei den verlegten Rohren uneingeschränkt gegeben sei, und das Interesse des AG an der Mangelbeseitigung relativ geringwertig ist, wurde der Mangelbeseitigungsanspruch verneint. Wenn aber dennoch ein merkantiler Minderwert verbleiben sollte, müsste er nach der Auffassung des OLG Oldenburg ersetzt werden.

3. Mangelbeseitigung durch einen anderen Unternehmer auf der Basis Stundenlohn. Was muss der AG denn beweisen, im Zuge der Mangelbeseitigungsmaßnahmen?

Ebenfalls ein Klassiker mit Fehlern und Haftungsfolgen für den Architekten

Fall:

Der AN führt auftragsgemäß Malerarbeiten durch. Der AG verweigert die Abnahme unter Bezug auf Mängel. Der AG wurde zur Mangelbeseitigung aufgefordert und Frist gesetzt. Der AN lies alle Fristen verstreichen, und bestreitet, dass Mängel vorliegen. Er klagt seinen Werklohn ein. Der AG lässt die tatsächlich bestehenden Mängel durch ein anderes Fachunternehmen im Stundenlohn fachgerecht beseitigen, und rechnet auf.

Wie geht der Prozess aus?

Hier hatte der AN das Problem, dass die Stundenlohnaufzeichnungen sehr lückenhaft waren. Hierzu ein ganz wichtiger Hinweis:

Es reicht nicht aus für den AG, dass er nur nachweist, dass ein Mangel vorliegt. Wenn er in die Ersatzvornahme geht, muss er auch die Mangelbeseitigungskosten nachweisen, und da reicht es nicht aus, einfach eine Rechnung vorzulegen.

Der BGH sagt, dass die einzelnen notwendigen Arbeiten dezidiert dargestellt werden müssen. Es gibt keinen allgemeinen Grundsatz der besagt, dass die in der Rechnung aufgeführten Arbeiten des Handwerkers, auch tatsächlich notwendigerweise die Mangelbeseitigungsarbeiten umfassten.

Wenn ihm der Nachweis dann, gerade bei Stundenlohnabrechnungen, nicht gelingt, geht der Schuss nach hinten los.

An die Darlegung sind zwar keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Er muss aber so viel vortragen, dass der AN eigenständig prüfen kann, ob die vom Dritunternehmer ausgeführten Arbeiten sämtlich der Mangelbeseitigungsarbeiten notwendigerweise dienen, oder ob nicht gar im Zuge der Mangelbeseitigung der eine oder andere Punkt noch mit beseitigt wurde, der mit dem Mangel aber nichts zu tun hatte.

4. Kostenrisiko im Zuge der Mangelbeseitigung

Grundsatz:

Den AN, der sich auf solch eine Sache einlässt, also Mängel nicht beseitigt, trifft das Kosten- und das Prognoserisiko, d.h., wenn die Mangelbeseitigungsarbeiten beispielsweise schief laufen, oder vielleicht sogar völlig unnötig sind, dann trägt er das Risiko und muss das bezahlen. **Zur Erinnerung:** Insoweit ist eine möglichst lückenlose Dokumentation der Mangelbeseitigungsarbeiten durch einen eigenen Bauleiter anzuraten.

5. Wer trägt die Kosten für den Gutachter über Ursachen und Ausmaß der eingetretenen, noch zu erwartenden Mangelfolgeschäden und Mangelbeseitigungskosten?

Kann man solche Kosten vom AN verlangen, der die Mängel verursacht hat?

Fall:

Ein Fliesenleger dichtet im Auftrag des AG den Balkon ab. Nach den Abdichtungsmaßnahmen zeigten sich dennoch Feuchteintritte in den Wohnräumen. Der AG holt ein Privatgutachten ein. Es wurden erneut Abdichtungsmängel festgestellt, der AG forderte den AN auf, die Abdichtungsmängel zu beseitigen. Der AN lehnte alle Mangelbeseitigungsaufforderungen ab.

Der AG erhob Klage.

Das OLG Düsseldorf gibt dem AG Recht, der im Zuge des Schadensersatzprozesses auch die Kosten für das Privatgutachten einforderte. Die Kosten für Gutachten über Ursache und Ausmaß der Mangelschäden und Mangelfolgeschäden sind grundsätzlich vom Bauunternehmer zu erstatten, wenn er für den eigentlichen Mangelschaden einzustehen hat. Insoweit dient das Privatgutachten der Prozessvorbereitung, oder der Unterstützung der Partei im Prozess. Insoweit handelt es sich um Kosten des Rechtsstreits, die dann später im Kostenfestsetzungsverfahren abzurechnen sind. Daher kann man sie noch nicht gleich mit der Schadensersatzklage verbinden. Das macht man dann später im Kostenfestsetzungsverfahren geltend. Grundsätzlich gilt aber, diese Kosten sind zu erstatten, und darauf kommt es an.

Die Beauftragung muss aber im Einzelfall erforderlich sein, und das ist dann der Fall, wenn sich der Auftraggeber über den eingetretenen Mangel ein zuverlässiges Bild schaffen möchte. Das gibt auch dann, wenn er nebenher einen Architekten beschäftigt. Dem Argument, dass der Auftraggeber doch ein selbständiges Beweisverfahren hätte einleiten können, folgt das OLG Düsseldorf nicht, denn solche Verfahren dauern in der Regel erheblich längere Zeit, und das ist dem Auftraggeber auch in der Regel nicht zumutbar.

6. Allgemein:

Welche Kosten umfasst der Schadensersatz wegen unterlassener Nachbesserung?

Fall:

Wieder ging es einmal um die Kellerabdichtung, die gescheitert ist. Das eindringende Wasser beschädigte auch andere Gebäudeteile, Möbel und dergleichen.

Im Grundsatz gilt, so auch vom OLG Düsseldorf erneut bestätigt, dass sämtliche Aufwendungen umfasst sind von den Mangelbeseitigungskosten, die für eine fachgerechte, Mangelbeseitigung erforderlich sind. Die für eine ordentliche Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten, darf der Besteller auch verlangen, wenn er den Mangel tatsächlich gar nicht beseitigen lässt. Das gilt nur dann nicht, wenn er ausdrücklich Kostenvorschuss verlangt. Über den Kostenvorschuss muss er abrechnen!

Die Umsatzsteuer bekommt der Besteller allerdings nur, wenn er die Mängel auch tatsächlich beseitigen lässt, und nicht etwa zum Vorsteuerabzug befugt ist. Alternativ kann der Besteller auch den mangelbedingten Minderwert des Gewerkes verlangen, aber der richtet sich auch wieder nach den Kosten der Mangelbeseitigung.

Grundsatz:

Die Minderungshöhe richtet sich nach den Nettobeseitigungskosten. Zu den Mangelbeseitigungskosten gehören aber auch die Nebenkosten, wie z.B. die Baustelleneinrichtung, Planung und Bauüberwachung, Mangelbeseitigungsüberwachungsmaßnahmen. Solche Nebenkosten gibt es aber nur dann in der Erstattung, wenn der Mangel auch tatsächlich beseitigt wird, nicht etwa Fall der Minderung. Im Fall der Minderung kommt es nur auf die technischen Mangelbeseitigungskosten an, die dem die Gebäude unmittelbar anhaften. (**Achtung:** Hierzu ist einiges im Detail umstritten.)

Das letzte Wort ist aber hier noch nicht gesprochen. Das OLG Schleswig hat zu einigen Detailfragen die Revision zum BGH zugelassen. Ich hoffe der BGH nimmt den Fall an. Das gilt insbesondere welche der Nebenkosten, bei der Minderung des Werklohnes heranzuziehen sind. Hier gibt es unterschiedliche Rechtsauffassungen.

VI. Allgemeines

1. Was ist, wenn über das verwendete vorgeschriebene Material der AN keine Erfahrung hatte, und der fungierende Erfolg mit diesem Material nicht herbeigefügt werden konnte?

Fall:

Im Leistungsverzeichnis war das Beschichtungsmaterial, was auf eine Betonfläche aufzubringen war, im Detail vorgeschrieben.

Tatsächlich löste sich das Beschichtungsmaterial zum Teil ab und konnte damit den Beton nicht mehr schützen. Der AN meinte, dass ein Systemfehler vorliegt, und es grund-

sätzlich nicht als Dichtmaterial geeignet sei. Das Material könnte nicht unter Baustellenbedingungen schadensfrei verarbeitet werden.

Der Gutachter stellte fest, dass das Material sich nicht bei allen Bauwerken löst, allerdings die Schadensquote erheblich sei, was auch aus Pressemitteilungen ersichtlich war.

Bedingt durch die besonderen Baustellenbedingungen, lag die Wahrscheinlichkeit sogar noch höher, dass sich das Material ablösen wird, was sich aus den Herstellerangaben zur Bearbeitung auch bei genauer Prüfung hätte erkannt werden müssen.

Das KG stellte fest, dass die Beschichtung ihre Schutzfunktion nicht erfüllt. Hätte, wie gutachterlich festgestellt, der AN die Herstellerangaben zur Verarbeitung unter Berücksichtigung der Baustellenbedingungen geprüft, hätte er den Hinweis erteilen müssen, dass im konkreten Fall das Material Probleme machen wird, und die Verarbeitung dieses Produktes einen funktionsgerechten Erfolg nicht zulasse.

Wenn ausreichend Erfahrung mit dem Material, wie hier, gefehlt hätten, hätte er im Übrigen auch darauf hinweisen müssen, das nur am Rande.

Mangelverantwortlichkeit ist Verschuldensunabhängig. Die Hinweispflicht, die verletzt wurde, ist wie wir wissen, nicht selbst ein Mangel, sondern beantwortet nur die Frage, wenn ein Mangel vorliegt, ob bei Beachtung der Hinweis- und Aufklärungspflicht sich der AN exkulpieren, also entschuldigen kann. Der AN muss in der Regel keine Laboruntersuchung zur Prüfung anstellen, jedoch im Rahmen seines Fachwissens, das Produkt auf seine Eignung prüfen, und wenn er darüber keine Erfahrung hat, muss er darauf hinweisen.

Das gilt insbesondere dann, wenn das Produkt relativ neu auf dem Markt ist und insbesondere dann, wenn sie aus der Presse, wie hier, eine Schadensquote ergibt, die bei 20 – 25 %, also in einem erheblichen Rahmen liegt.

2. Noch einmal; Vor der Abnahme beim BGH-Werkvertrag ist das Recht Mangelbeseitigung zu verlangen, nicht möglich.

Ergänzend ist hier an der Stelle noch einmal festzuhalten, dass Sie ein richtiges taktisches Vorgehen wählen müssen.

Entscheidend ist, dass Sie den Handwerker in Leistungsverzug setzen.

Bei einer Kündigung aus wichtigem Grunde haben wir die Möglichkeit in ein so genanntes Abwicklungsverhältnis zu gehen, oder es wird der Schadensersatzanspruch gewählt. Das ist aber im jeweiligen Einzelfall sehr genau zu untersuchen.

Kündigt man zu schnell, unbedacht oder stellt sich der s. g. wichtige Kündigungsgrund als solcher nicht heraus, beweiselastet ist der Auftraggeber, nicht für den Verzug, aber für das schuldhaft Verletzen der Vertragspflichten durch den Auftragnehmer, zeigt dieser insbesondere Behinderungen an, die sich später nicht ausräumen lassen, dann haben wir es mit einer freien Kündigung zu tun, und der Auftragnehmer kann dann sehr intensiv darüber nachdenken, den entgangenen Gewinn geltend zu machen, nicht

nur etwa die 5 % die ihm das Gesetz gibt, sondern vielleicht sogar deutlich darüber hinaus. Das kann also richtig teuer werden. Da ist guter Rat angesagt.

Vorsicht also bei zu schnellen Kündigungen, um den unliebsamen Handwerker abzuschließen, denn so der BGH, es gibt keine Mängelrechte vor der Abnahme im BGB-Bauvertrag, sondern nur die Schadensersatzansprüche, der Verzugsschaden und die Kündigung, bzw. der Rücktritt

3. Fall:

Im vorliegenden Fall, ebenfalls ein Klassiker, lag der Sachverhalt zugrunde, dass die Werkleistung soweit abgeschlossen war. Es wurden Mängel gerügt. Zur Abnahme kam es nicht, zumindest war eine solche nicht feststellbar. Der AG setzte Fristen zur Mangelbeseitigung. Diese Fristen verstrichen fruchtlos. Das Gericht führt aus, dass sobald sich der Vertrag im Abrechnungsstadium befindet, also nur noch Wertminderung oder Schadensersatz verlangt wird, keine Abnahme geschuldet ist. In dem Fall ist der Vertrag schlichtweg nur noch abzurechnen. Das gilt auch für die Geltendmachung des Kostenvorschusses. Der Kostenvorschuss dient der Selbstvornahme nach § 637 BGB und ist damit auf einer Geldzahlung gerichteter Anspruch. Wenn man hier sicher verfahren möchte, wäre wohl darüber nachzudenken, nach Ablauf der Frist zur Mangelbeseitigung den Vertrag aufzukündigen. Aber auch das birgt letztlich Risiken, denn die Abnahme haben wir noch nicht. Aber irgendwie muss die Sache ja weitergehen, denn stellen wir uns vor, der AG fordert zur Mangelbeseitigung auf, es kommt nicht zur Abnahme, der AN macht nichts mehr, dann muss der AG doch nicht ewig mit diesem Mangel leben. Das müsste auch das Ergebnis sein. Zumindest Schadensersatz müsste geltend gemacht werden können.

Hier hat man auch die Entscheidung des OLG Hamm als neuere Entscheidung auf seiner Seite. Hier war es sogar so, dass der Unternehmer mehrfach erfolglos Nacharbeiten vorgenommen hatte. Er lehnte dann schließlich jede weitere Mangelbeseitigungsmaßnahme oder Unterstützung ab. Trotzdem wurden ihm noch einmal Fristen gesetzt, die alle abgelaufen waren. Ein Mangel lag vor. Das OLG Hamm führt zu Recht aus, dass bei Vorliegen eines objektiven Werkmangels das Verschulden des Unternehmers zu vermuten ist. In diesem Zusammenhang ist aber immer wichtig, dass Sie, wenn Sie insoweit Ihren AG begleiten, darauf achten, dass eine ordentliche Frist zur Mangelbeseitigung setzen.

4. Die Frage stellt sich natürlich immer: Was ist eine ordentliche Frist?

Hierzu BGH-Urteil vom 13.07.2016, ein wegweisendes Urteil zum Kaufrecht.

Bei der Beurteilung ob eine vom Käufer bestimmte Frist zur Nacherfüllung auskömmlich ist, kommt es in erster Linie auf eine Vereinbarung der Parteien an. Dabei darf der Käufer eine vom Verkäufer sich selbst, gesetzte Frist, als angemessen ansehen, auch wenn diese objektiv zu kurz ist. Insoweit genügt auch, ein Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung, also Mangelbeseitigung, oder ein Verlangen nach schneller Behebung gerügter Mängel, da der Gläubiger des Anspruchs deutlich macht,

dass er für die Erfüllung, also fachgerechte, vertragsgerechte Umsetzung, nur einen begrenzten, bestimmbaren Zeitraum zur Verfügung stellen möchte. Die Angabe eines bestimmten Zeitraumes oder eines bestimmten Endtermins bedarf es, und das ist wichtig, dabei nicht.

Der BGH, hier der Kaufrechtsenat, weicht die Anforderungen an eine Fristsetzung immer mehr auf. Es kommt also gar nicht mehr darauf an, dass eine bestimmte Frist gesetzt wird. Wenn die fehlt, wenn sich der Schuldner der Leistung, der die Frist zu erfüllen hat,

auch noch sich selbst eine Frist setzt, und die nicht einhält, und sei diese auch objektiv zu kurz, reicht das für den Verzug.

Auch die Aufforderung nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung reicht aus.

Allerdings gilt, so dass OLG Karlsruhe in einem Urteil aus Juli 2016, wer nicht rügt, verliert. Rügen müssen Sie immer. Mangelbeseitigungsaufforderungen müssen gestellt werden.

Mein Rat: Derzeit gilt immer noch Rüge und Fristsetzung! Kein Risiko eingehen!

Vertreten Sie einen professionellen Handwerksbetrieb/Bauträger, ist § 377 HGB zu beachten. Hier müssen die Mängelrügen unverzüglich kommen, d. h. maximal innerhalb fünf Werktagen, und zwar nachweisbar, also nicht nur per mail, per Telefon u.a., dann müssten Sie darauf dringen und drängen, dass Material, dass angeliefert wurde, in Qualität und Masse zu untersuchen ist, und die Mängel müssen auch beim Steckengeschäft (d.h., die Ware geht direkt zum Kunden des AG), bei der Lieferung an die Baustelle, sofort untersucht und bei Mängeln sofort gerügt werden. Dabei, so das OLG Karlsruhe sind Baustoffe auch vor dem Einbau sorgfältig zu untersuchen.

5. Zu § 377 HGB ein Fall:

Ein Dachdecker bestellt bei einem Großhändler Wärmedämmplatten. Der Großhändler liefert direkt an die Baustelle. Allerdings liefert er bei der ersten Bestellung nicht das vorgeschriebene Material, sondern ein ähnliches Produkt. Die Abweichung fällt dem Bauleiter des Bauherrn auf. Es erfolgt sofortige Rüge. Die Folgelieferungen werden teils geprüft, teils nicht. Es stellt sich später heraus, dass teilweise die Nachlieferungen wie die zuerst gelieferten falschen Wärmedämmplatten wieder falsch geliefert wurden.

Hier hat das OLG Karlsruhe entschieden, dass gerade bei der ersten fehlerhaften Lieferung der Dachdecker besonders sorgfältig die Nachlieferungen hätte untersuchen müssen. Dann hätte er unzweifelhaft festgestellt, dass die falschen Wärmedämmplatten angeliefert wurden. Der Dachdecker blieb komplett auf dem Schaden sitzen, zumal allein die Sichtkontrolle ausgereicht hätte, um fehlerhaft gelieferten Baustoffe festzustellen.

Hinzu kam auch noch, dass die Produktabweichung schlechtere Wärmedämmeigenschaften hatte, als das ursprünglich vertraglich vereinbarte Produkt.

So stand unser Dachdecker in der vollständigen Haftung, ohne eine Entlastungsmöglichkeit und Regressmöglichkeit auf den Zulieferer zu haben.

6. Lohnt sich das sparen von Planungsleistungen?

Ein Sensationsurteil des OLG Celle vom 02.12.2015, AZ 7 O 75/15. Das Urteil ist rechtskräftig (ähnlich OLG München und OLG Düsseldorf).

Ein Bauherr nach dem Motto, „bin ich billig weggekommen, da erspar ich mir doch den Architekten“, lässt sein Wohnhaus durch verschiedene Unternehmer, die auch planend unterwegs sind, sanieren. Es kommt zu einer Vielzahl von Mängeln, so auch im Bereich Trockenbau.

Der Trockenbauer führt aus, er hatte keine Ausführungsplanung, es gab keine Bauleitung durch einen Architekten, da trifft den Bauherrn Mitverschulden, das der Bauherr sich gegenrechnen lassen muss. So die Argumente

Das OLG Celle führt aus, dass die Planungsverantwortung originär den Bauherrn selbst trifft. Das Fehlen einer Ausführungsplanung führt deshalb nicht dazu, dass der Unternehmer die Planungsverantwortung, also eine Haftung für das Fehlen der Planung übernehmen muss.

Soweit der Bauherr durch Verletzung von Pflichten oder Obliegenheiten aus seinem Verantwortungsbereich, hier; es liegt keine Ausführungsplanung vor, er lässt diese nicht erstellen und hat niemanden mit der Bauleitung beauftragt, er folglich insoweit Mängel mit verursacht hat, muss er sich in der entsprechenden Anwendung des § 254 BGB an den Mangelbeseitigungskosten beteiligen.

Das ist doch ein Akquise-Argument. Das Urteil ist völlig richtig. Gerade bei aufwendigen und umfangreichen Sanierungen wie hier, habe es sich auch für den Bauherrn aufdrängen müssen, so im gleichen Tenor das OLG München, einen Architekten mit der Bauausführungsplanung und der anschließenden Bauleitung und Objektüberwachung zu beauftragen. Nach der Überzeugung des OLG hätte ein Teil der Mängel durch die Vorgabe einer Detailplanung, oder auch durch eine entsprechende Koordinierung durch einen Architekten vor Ort, vermeiden lassen. Insoweit zieht das OLG einen Mitverursachungsanteil des Bauherrn bei 25 % heran. Der AG muss sich die unterlassene Planung, als Planungsverschulden, die unterlassene Koordinierung, als Koordinationsverschulden zu rechnen lassen. Die Planungsverantwortlichkeit trifft originär den Auftraggeber selbst. Das Fehlen der Ausführungsplanung führt deshalb nicht dazu, dass der Unternehmer Selbstplanungsverantwortlichkeit übernimmt, so auch das OLG Brandenburg. Sonach ist die Verschuldenshaftung beim Handwerker (beim Schadensersatz) eingeschränkt. In die vergleichbare Kerbe schlägt auch das OLG Düsseldorf.

7. Weiterentwicklung der Rechtsprechung des BGH zur Frage der Haftung des AG im Zuge weitergereicherter Objektpläne von einem Planer zum anderen.

Im vorliegenden Fall ging es um Schadensersatzforderungen durch diverse Mängel bei dem Neubau einer Grundschule.

Ein Architekt wurde beauftragt mit der Planung und Überwachung des Neubaus, ein anderer mit der Außenanlage. Es wurde Schimmelpilz festgestellt, was auf massiven und dauerhaften Feuchteintrag in das Gebäude beruhte. Die Gemeinde verklagte die Architekten auf über 500.000 Euro.

Die Landschaftsgartenarchitektin wendete ein, es läge ein Mitverschulden des AG vor, weil die ihr übergebenen Architektenplanung, was richtig war, fehlerhaft war.

Der BGH:

Bestellt der AG einen Architekten mit der Objektplanung für ein Gebäude, und einen weiteren Architekten mit der Planung der Außenanlage, darf der mit der Planung der Außenanlage beauftragte Architekt darauf vertrauen, dass die ihm zur Verfügung gestellten Pläne stimmen. Insoweit muss sich der Besteller, der die Obliegenheit hat, dem mit der Planung der Außenanlage beauftragten Architekten mangelfreie Pläne zur Verfügung zu stellen, die mangelhafte Planungsleistung des anderweitig beauftragten Architekten gegenhalten lassen. Das regelt sich über das Mitverschulden im Sinne von § 254 Absatz 2, Satz 2, 278 BGB.

Gleiches hat der BGH entschieden, für die Planübergaben an den bauleitenden Architekten, und die Planunterlagen an den Tragwerksplaner. Der Besteller hatte sich in jedem Fall das Verhalten desjenigen zurechnen zu lassen, der den weitergereichten Plan gefertigt hat, und zwar als eigenes Verschulden. So ist es auch, wie schon lange bekannt, für den Handwerker, der die Pläne vom Architekten über den Bauherrn bekommt. Das insoweitige Planungsverschulden muss sich der Bauherr im Rahmen der Mängelbeseitigung durch den Handwerker zurechnen lassen. Das wäre nur dann anders, wenn der Handwerker bzw. Ingenieur (s. o.) die mangelhafte Planungsleistung hätte erkennen müssen, oder gar erkannt hat.

8. Rücktritt vom Werkvertrag:

Auch hier gilt, Achtung! Vorsicht! Falle!

Grundsätzlich gilt:

Das Recht zum Rücktritt vom Vertrag ist bei Unerheblichkeit der Pflichtverletzung ausgeschlossen. Die Gerichte prüfen einzelfallbezogen. In objektiver Hinsicht geht es um die Beeinträchtigung der Tauglichkeit des Werkes. Auch subjektive Elemente wie z. B. eine Arglist sind zu berücksichtigen. In der Regel reicht ein Verstoß gegen eine getroffene Beschaffenheitsvereinbarung, also vertraglich festgestellte Sollbeschaffenheit.

Im Übrigen setzt der Rücktritt eine ordnungsgemäße Aufforderung zur Mängelbeseitigung voraus. Allein die Aufforderung zur Erklärung über die Leistungsbereitschaft genügt hierzu nicht. Also der häufig zu lesende Satz, gerade wenn Anwälte im Spiel sind, das Frist gesetzt wird zur Erklärung darüber, dass der Mangel beseitigt werden soll, das ist völliger Unfug, völlig sinnlos. Das genügt nicht. Es muss aufgefordert werden, den konkret bezeichneten Mangel zu beseitigen. Erklärungsfristen helfen da überhaupt nicht weiter. Leistungsfrist ist zu setzen.

Der Auftraggeber genügt seiner Pflicht, dem Auftragnehmer die Untersuchung der Sache zu ermöglichen, damit er den Mangel beseitigen kann. Der AG muss auch nicht darauf verweisen lassen, dass er mit der Mangelprüfung einverstanden ist, oder sich mit irgendeiner Mangelbeseitigungsmaßnahme einverstanden erklärt, denn Herr des Mangelbeseitigungswesens ist einzig und allein der AN, der den Mangel schließlich verursacht hat.

9. Abnahme und Dokumentation:

Kann die Abnahme wegen fehlender Dokumentation verweigert werden? Auch eine beliebte Spielwiese.

Grundsätzlich gilt, dass die Dokumentation dann geschuldet ist, wenn im Vertrag verbindlich vereinbart, oder sich diese entsprechenden DIN-Vorschriften ergibt. Zu bejahen ist das speziell im Elektrogewerk oder bei Solaranlagen. Hier gibt es eine Reihe von Vorschriften, die den AN zwingen, entsprechend zu dokumentieren, was zur Haupterfüllungspflicht gehört (also keine Nebenpflicht!

Bei der beizubringenden Dokumentation kann es sich um eine vertragliche Nebenpflicht handeln. Wenn dem so ist, muss der AN das Gewerk allerdings auch bei fehlender Dokumentation abnehmen. Es besteht allenfalls nur ein Zurückbehaltungsrecht an der Vergütungsforderung, so das OLG Stuttgart (zweifache Kosten der fehlenden Doku).

Anders sieht es aus, wenn der AN dazu verpflichtet ist, die Ausführung der Leistung zu dokumentieren, und der AN die Dokumentation vorzulegen hat. Gerade bei erklärungsbedürftigen Investitionsgütern, so im Maschinen und Anlagenbau ist dies notwendig. Hier kann die Abnahme bis zur vollständigen Lieferung einer Dokumentation verweigert werden, insbesondere wenn diese vereinbart ist. Wann eine Dokumentation geschuldet ist, ist in der Regel, außer wir haben klare Vertragsregeln oder DIN-Normen, sehr schwierig zu beantworten.

Im Fall des OLG Frankfurt war eine konkrete Dokumentation durch Glasfasermessprotokolle vereinbart. Diese wurden nicht geliefert. Das OLG Frankfurt kam hier berechtigterweise zum Schluss, dass nur ein Nacherfüllungsanspruch besteht. Wenn Frist gesetzt worden wäre, wäre die Zurückbehaltung der doppelten Erstellungskosten für solche Protokolle maßgeblich gewesen.

Die Abnahme hätte deswegen nicht verweigert werden dürfen.

Hierzu ergänzend ein Fall:

Der AG beauftragt Heizungs-, Lüftungs- und Sanitärarbeiten für ein Einfamilienhaus. Der AG führt aus, die Protokolle über die Druck- und Dichtigkeitsprüfung liegen immer noch nicht vor. Ohne Übergabe dieser Protokolle sei die Leistung überhaupt nicht abnahmefähig, und der Werklohn nicht fällig.

Das OLG Köln:

Die fehlenden Prüfprotokolle, zumal sich parallel keine Mangelundichtigkeit ergab, sind nicht vertraglich geschuldet vorzulegen, anders etwa als Schaltpläne oder Bedienungsanleitungen für die Funktionstauglichkeit des Gewerkes maßgeblich, sondern betreffen nur den Nachweis des Gewerkerfolges selbst. (Die Druckprüfung und die Übergabe der Protokolle werden teilweise in der Rechtsprechung als Hauptpflicht bezeichnet!)

Das Fehlen von derartigen Protokollen stellt aber nicht ohne Weiteres einen wesentlichen Mangel dar. In der Regel berechtigt es nur zur Leistungsverweigerung, wenn die Dichtigkeit anderweitig nicht nachgewiesen ist. Hier waren die Leitungen über zwei Jahre weg dicht. Das reicht zunächst einmal. Ein Leistungsverweigerungsrecht steht dem AG hier nicht zu, weil er die im Gerichtsverfahren im Übrigen angebotene Druck- und Dichtigkeitsprüfung durch den AN verweigert hatte.

Das letztbekannte Argument des OLG Köln war allerdings sehr schwach. Das kann man auch ganz anders sehen, denn die durch den AG gesetzten Fristen waren allesamt abgelaufen. Da nützt ein erneutes Angebot des AN auf eine Prüfung nichts. Ist die Frist rum, ist sie rum.

Im Übrigen bleibt es aber dabei, dass in Höhe des zweifachen Betrages für die Herstellungskosten der geschuldeten Unterlagen ein Zurückbehaltungsrecht besteht, mehr aber nicht. Nur wenn die Unterlagen für die Funktionstauglichkeit des Gewerkes zwingend erforderlich sind, und die Leistung des AN deshalb noch nicht im Wesentlichen als erbracht anzusehen sind, entsteht das Recht die Abnahme zu verweigern. Im Übrigen bleibt es beim Zurückbehaltungsrecht.

Es ist im Übrigen so beim Zurückbehaltungsrecht, dass der AN nachweisen muss, dass der einzubehaltende Betrag durch den AG auch unter Berücksichtigung der Durchsetzungsinteressen des AG unverhältnismäßig und deshalb unbillig zu hoch sei. Das entspricht der Rechtsprechung des BGH.

10. Ergänzend, zur Wiederholung und Vertiefung:

a) Abnahme mit Mängeln ist Abnahme. Vorsicht Falle!

Folgender Fall:

Der AG wird durch den Architekten beraten. Die Rohbaufirma erstellt das Gewerk mit einer Fülle von Mängeln. Das Abnahmeprotokoll unterzeichnet der Bauherr dennoch, mit einer Liste von Restmängeln, die der Architekt, der bei der Abnahme dabei war, allesamt aufgeführt hat.

Die Mängel waren zum Teil erheblich, und waren auch mit erheblichen Mangelbeseitigungskosten verbunden.

Der Architekt empfahl das Protokoll dennoch zu unterschreiben, da er die Auffassung hatte, dass bei groben Mängeln ohnehin keine Abnahme möglich ist. Daher, so die Auffassung des Architekten, war die Unterzeichnung des Protokolls keine Abnahme. War das richtig?

Der BGH:

Grundsätzliches:

- Werden wesentliche Mängel gerügt, führt eine Nutzung nicht zur konkludenten Abnahme.
- Richtig ist, wird eine Minderung wegen Mängel erklärt, oder wird nur noch Schadensersatz geltend gemacht, wird die Restvergütung ohne Abnahme fällig, denn auf die Abnahme kommt es nicht mehr an, denn wie wir wissen, geht es bei der Frage, wenn nur noch Schadensersatz verlangt wird, oder Minderung, um ein Abrechnungsverhältnis. Dann braucht man die Abnahme nicht mehr, denn Nacherfüllung wird nicht mehr verlangt.

b) Abnahme trotz Mängel, führt das zum Verlust der Mängelansprüche?

Wir wissen, nur die positive Kenntnis von Mängeln führt zum Verlust der Mängelansprüche. Wir müssen auch wissen, dass eine Abnahme in einem Abnahmeprotokoll, auch unter Vorbehalt, dass die Mängel beseitigt werden, eine Abnahme darstellt, selbst wenn es sich um schwerwiegendste Mängel handelt.

Wozu führt die Abnahme?

Zur Beweislastumkehr, d. h. der Bauherr muss ab sofort beweisen, ob ein Mangel vorliegt oder nicht.

Mit der Abnahme laufen Verjährungsfristen.

Mein Rat:

Wenn Mängel vorliegen, und diese sind nicht völlig unerheblich, Abnahme verweigern. Wenn unklar ist, ob Mängel vorliegen, die wesentlich oder nicht wesentlich sind, dem Bauherrn raten gegebenenfalls Feststellungsklage einzureichen, dass er nicht abnahmeverpflichtet ist, oder entsprechend zuzuwarten, ob der Handwerker Vergütungsklage einreicht.

11. Zu den Prüf- und Hinweispflichten:

Ein beliebtes Thema, deshalb beliebt, weil die Verletzung von Prüf- und Hinweispflichten zunächst einmal, wie wir wissen, selbst keinen Mangelunwert haben, aber bei einem festgestellten Verstoß dagegen, unterstellt, wie gesagt, der Mangel liegt vor, der Handwerker hat gegen seine Prüf- und Hinweispflichten verstoßen, gibt es sofort einen Schadensersatzanspruch. (Man muss also zuvor nicht zur Nachbesserung auffordern, um zum Schadensersatzanspruch zu kommen).

a) Fall 1:

Der AG möchte für sein Einfamilienhaus einen wirtschaftlichen Betrieb seiner Heizungsanlage erreichen, und beauftragt den AN mit der Planung und dem Einbau einer Anlage. Der plant und empfiehlt eine individuell zugeschnittene Wärmepumpe. Die alte Ölheizung würde dann, so der AN, überflüssig. Diese könne der AG stilllegen und kann sich somit erhebliche Heizkosten sparen.

Es kommt leider anders. Die für den Einsatz der Wärmepumpe erforderliche Vorlauf-temperatur reicht nicht, jedenfalls nicht ohne notwendige Zuschaltung der alten Ölheizung. Es kommt sogar zu Mehrkosten von rund 35 % gegenüber dem Monobetrieb nur mit der Ölheizung. Aus der Machbarkeitsstudie des AN ergab sich sogar, dass die Notwendigkeit einer Zuschaltung der Ölheizung bei der Ausgestaltung der Wärmepumpe notwendig war, wenn nicht umfangreiche und kostenaufwändige Wärmedämmmaßnahmen im Übrigen eingeleitet werden, was er allerdings dem AG so nicht aufzeigt, zumindest für den nicht verständlich war.

Die Lösung liegt klar auf der Hand, obwohl hier erst in II. Instanz so entschieden wurde. Das OLG Oldenburg erkannte den Verstoß gegen die Hinweis- und Beratungspflicht. Der AN hatte klar erkannt, dass zusätzliche Wärmedämmmaßnahmen notwendig sind, um die Zuschaltung der Ölheizung überflüssig zu machen. Das ist hier schon ein krasser Fall, aber auch nicht selten.

Die Prüf- und Hinweispflichten haben ihren Grund in dem größeren Fachwissen des Auftragnehmers, das der Auftragnehmer nach den Grundsätzen von Treu- und Glauben auch erwarten. Der Umfang der Aufklärungs- und Prüfungspflichten richten sich natürlich nach dem Beratungsbedarf, nach der Komplexität, nach den Wissensstand des Auftraggebers. Andererseits ist es auch durch das Fachwissen des Unternehmers geprägt. Es erhöhen sich auch die Pflichten, wenn der Unternehmer die Baumaßnahmen wie vorliegend auch noch selber plant, wobei sich umgekehrt der Unternehmer auf die Vorgaben von Fachplanern des AG in einem gewissen Umfang verlassen darf und auch verlassen muss. Nur wenn der aufklärungspflichtige Umstand für den Auftragnehmer, egal ob der daneben eine Architekten beschäftigt, nicht erkennbar war, kann er sich entlasten.

b) Weiter dazu folgender Fall:

Der Bauherr rügt Mängel an Trockenbauarbeiten. Statt der beauftragten 2-seitigen Gipskartonvorsatzschalen wurde nur eine Lage Platten angebracht. Der Trockenbauer wendet ein, er sei noch gar nicht fertig gewesen. Der Fliesenleger habe viel zu früh die Fliesen gelegt. Zudem hätte der nachfolgende Fliesenleger auch noch die Unzulänglichkeit des Trockenbaus, also des Vorgewerks für seine Verfliesung erkennen und rügen müssen. Daher liegt ein Mitverschulden des Fliesenlegers vor.

Was ist davon zu halten?

Wir wissen, die Mangelhaftung des Unternehmers ist verschuldensabhängig. Es ist völlig gleichgültig, worauf der Umstand des Mangels zurückzuführen ist. In dem Zuge ist auch völlig gleichgültig, ob der Fliesenleger die Unzulänglichkeit der Trockenbauarbeiten

hätte erkennen können und müssen. Selbst wenn der Fliesenleger gegen seine Prüf- und Hinweispflichten verstoßen hatte, wäre dies dem Bauherrn nicht als Mitverschulden anzurechnen. Solche Überlegungen greifen ohnehin nicht, wenn es um das Gewerk zweier Handwerker geht, die aufeinander aufbauen, und hier als Gesamtschuldner für den Mangel verantwortlich sind.

Der Unternehmer kann eine Mitverantwortung seines Auftraggebers grundsätzlich gar nicht darauf gründen, dass der nachfolgende Unternehmer seine Prüfungspflichten verletzt hat, und deshalb den Mangel des Vorgewerks nicht bemerkt hatte. Der Grund liegt darin, dass der nachfolgende Unternehmer im Verhältnis zu dem ersten Handwerker nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherrn ist. Das ist ständige Rechtsprechung. Diese sind vielmehr Gesamtschuldner, und müssen den Mangel gegenüber dem Bauherrn als Gesamtschuldner auch beseitigen.

c) Werden Prüfungs- und Hinweispflichten erweitert, wenn Planungsleistungen übernommen wurden?

Der AG beauftragte einen Fachunternehmer eine Gussasphaltdecke auf den Betonboden eines Garagenbodens aufzubringen. Im Anschluss daran bildeten sich Blasen auf dem Asphalt, was nicht etwa an dem Gewerk selbst lag, sondern an kapillar aufsteigender Feuchtigkeit, die ihre Ursache im Untergrund unter der Betonplatte hatte, auf welche der Asphalt aufgebracht worden war. Hinzu kommt, dass der Unternehmer Planungsleistungen erbracht hatte.

Das OLG Düsseldorf hat hier einen Verstoß gegen die Prüf- und Hinweispflichten bejaht, obwohl zunächst einmal für ihn so ohne weiteres gar nicht erkennbar war, dass kapillar aufsteigende Feuchtigkeit sein Gewerk in Gefahr bringen kann.

Dennoch:

Der Unternehmer konnte sich nicht entlasten. Zwar habe der Unternehmer die Ungeeignetheit des Untergrundes nicht unbedingt erkennen können, aber er hätte jedoch darauf hinweisen müssen, dass bei einer Gussasphaltschicht ein drainagefähiger Unterbau notwendig sei. Er hätte also sagen müssen, er kennt den Untergrund unter der Betonoberfläche nicht, und deshalb kann er Feuchteproblematiken nicht ausschließen und hätte daher dem Auftraggeber empfehlen müssen entsprechende notwendige Erkundungsmaßnahmen einzuleiten, um auszuschließen, dass kein drainagefähiger Unterbau vorliegt.

Grundsätzlich gilt:

Auch im BGB-Werkvertrag haftet der Unternehmer nicht für einen Mangel, wenn dieser

- unbekannt und unerkennbar auf die Vorleistung eines anderen Unternehmers zurückzuführen ist
- an der unerkennbar fehlerhaften Beschaffenheit des vom Auftraggeber gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffes oder auf dessen Anweisungen zurückzuführen ist, und
- im Übrigen der Unternehmer seiner Prüfungs- und Hinweispflicht nachgekommen ist.

Es ist also so, wenn die Vorleistung eines anderen Unternehmers fachgerecht durchgeführt notwendig ist für den werkvertraglichen Erfolg, den er herstellen muss, oder hier ein drainagefähiger Unterbau notwendig ist, dann, wenn er das Vorgewerk nicht untersucht hat, oder untersuchen kann, oder den Unterbau in seiner Qualität nicht kennt, er den Auftraggeber darauf hinweisen muss, denn er kann das Fehlschlagen seines eigenen Gewerkes dann nicht ausschließen. Damit verstößt er gegen die Prüfungs- und Hinweispflichten. So weit geht das.

12. Grundsätzliches zum Widerrufsrecht bei Dienstleistungs- Werkverträgen