

Besonderes Bauvertragsrecht

Schnittstellen Planung, Abnahme,
Mängel und Mangelbeseitigung
Bauhandwerkersicherung

03. März 2022

Referent: Dr. jur. Burkhard Siebert





Themen des 2. Teils

- I. Ausführungsfristen, Kündigung
- II. Schnittstelle Ausführungsplanung/Werk- und Montageplanung
- III. Abnahme
- IV. Mängel und Mangelbeseitigung
- V. Bauhandwerkersicherung



I. Ausführungsfristen, Kündigung

I. AUSFÜHRUNGSFRISTEN, KÜNDIGUNG

Fall:

Die Stadt Weilheim beauftragt ein Bauunternehmen mit der Errichtung einer Kindertagesstätte (Auftragsvolumen brutto € 2.447.000,00).

In den BVB wird als Fertigstellungstermin für die abnahmereife Leistung der 20.12.2019 angegeben.

Im Auftragschreiben ist Folgendes enthalten:

„Sehr geehrte Damen und Herren,

aufgrund Ihres vorbezeichneten Angebots erteilen wir im Namen und für Rechnung der Stadt Weilheim den Auftrag zur Ausführung der angebotenen Leistungen.

Ausführungsbeginn: KW 14/2019

Fertigstellung: KW 51/2019“

Was gilt?

Lösung:

- die Angaben sind widersprüchlich
- 51. KW ist nicht ohne weiteres mit dem 20.12.2019 gleichzusetzen
- mithin ist unklar, wann abnahmereif fertiggestellt sein muss
 - ist dann überhaupt ein konkreter Fertigstellungstermin als vereinbart anzusehen?
 - kann AG bei Überschreitung Vertragsstrafenansprüche geltend machen?
- etwas anderes könnte dann gelten, wenn man dem Auftragsschreiben oder den BVB Vorrang einräumen kann/muss

I. AUSFÜHRUNGSFRISTEN, KÜNDIGUNG

- sind Ausführungsfristen im Vertrag bzw. den dazugehörigen Grundlagen eindeutig, widerspruchsfrei definiert, sind diese grundlegend auch einzuhalten
- Unterscheidung zwischen Vertragsfristen und nicht-Vertragsfristen
 - Vertragsfristen sind für die Ausführung maßgeblich; gemäß § 5 Abs. 1 VOB/B ist die Ausführung nach ihnen zu beginnen, angemessen zu fördern und zu vollenden; Vertragsfristen sind regelmäßig auch vertragstrafenbewehrt
 - Nicht-Vertragsfristen sind grundsätzlich zwar auch verbindlich, aber im Regelfall nicht vertragstrafenbewehrt (gilt z.B. häufig bei Zwischenfristen)
- ist im Vertrag keine Frist für den Beginn angegeben, greift § 5 Abs. 2 VOB/B
 - ➔ Beginn dann innerhalb von 12 Werktagen möglich!
- sind im Vertrag und den Grundlagen gar keine Ausführungsfristen definiert, greift § 271 BGB: die Leistungen sind innerhalb üblicher Zeit zu beginnen und fertigzustellen
- kann auch gelten, wenn – wie im zuvor geschilderten Fall – die Fristen widersprüchlich definiert wurden

Fall:

Der AG beauftragt den AN mit der schlüsselfertigen Errichtung von Unterkunftsgebäuden für eine Kaserne.

Abnahmereif fertigzustellen sind die insgesamt 6 Gebäude verbindlich zum 14.01.2022.

Aufgrund der Corona-Pandemie können einzelne Komponenten, die zur Errichtung von Brandschutztüren erforderlich sind, vom AN nicht beschafft werden. Ob die Türen bis zum Fertigstellungstermin hergestellt und eingebaut werden können, ist fraglich; es droht die Überschreitung des Fertigstellungstermins.

Der AN zeigt Behinderung an und stellt sich auf den Standpunkt, dass die drohende Überschreitung nicht seinem Verantwortungsbereich zuzuordnen ist.

Zu Recht?

Lösung:

Allgemeines

– kommt es zur Überschreitung der im Vertrag enthaltenen verbindlichen Ausführungsfristen (Vertragsfristen), ist zu prüfen, wessen Risikobereich dies zuzuordnen ist

- Risikobereich des AG:
 - dann dürfte Behinderungssachverhalt anzunehmen sein (vgl. Folien Teil 1)
 - AN sollte daher Behinderung anzeigen (§ 6 Abs. 1 VOB/B)
 - Ausführungsfristen sind bei Vorliegen der Voraussetzungen zu verlängern (§ 6 Abs. 2, 4 VOB/B)
 - ggf. Anspruch auf Schadensersatz (§ 6 Abs. 6 VOB/B) und/oder ggf. Anspruch zusätzliche Vergütung oder Entschädigung (§ 2 Abs. 5 VOB/B, § 642 BGB)
 - ggf. **Kündigung** bei längerer Unterbrechung (§ 6 Abs. 7 VOB/B)

- Risikobereich des AN:
 - AG hat ggf. Anspruch auf Schadensersatz (§ 5 Abs. 4 i.V.m. § 6 Abs. 6 VOB/B)
 - nach Fristsetzung zur Vertragserfüllung und Ablauf dieser Nachfrist besteht ferner **Kündigungsrecht** (§ 5 Abs. 4 i.V.m. § 8 Abs. 3 VOB/B)
 - ggf. Kündigung bei längerer Unterbrechung (§ 6 Abs. 7 VOB/B)

Lösung:

Allgemeines

- Risikobereich des AN:
- ein erstes Inverzugsetzen des AG ist bei verbindlichen vereinbarten Ausführungsfristen nicht erforderlich; der AN kommt bereits mit Überschreiten dieser Fristen in Verzug (anders also bei nicht verbindlichen Fristen)
 - es bedarf lediglich einer Nachfristsetzung (angemessene Nachfrist) und einer Kündigungsandrohung
 - Kündigung muss in der Folgezeit innerhalb angemessener Frist ausgebracht werden, sonst verliert der AG dieses Recht
 - die in § 5 Abs. 4 VOB/B aufgeführten Rechte/Ansprüche (also Schadensersatz und Kündigung) stehen dem AG nebeneinander zu
 - Ansprüche des AG in § 5 Abs. 4 VOB/B nicht abschließend geregelt; daneben kommen Ansprüche nach dem BGB in Betracht

Lösung:

Konkretes

- hier können Baumaterialien nicht beschafft werden, was auf die Corona-Pandemie zurückzuführen ist.
- Die ist jedenfalls nicht dem Risikobereich des AN zuzuordnen.
- Er ist aber auch nicht dem Risikobereich des AG zuzuordnen.
- Vielmehr dürfte der Umstand als „höhere Gewalt“ einzustufen sein (vgl. LG Paderborn, Urteil vom 25.09.2020, Az.: 3 O 261/20), sodass
 - Der AN Behinderung anzeigen sollte, wie hier bereits geschehen,
 - die Ausführungsfristen zu verlängern sind (vgl. § 6 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 4 VOB/B).
 - Kommt es zu einer Unterbrechung von mehr als drei Monaten, können AG und AN den Vertrag kündigen (§ 6 Abs. 7 S. 1 VOB/B).
 - Schadensersatzansprüche des AN gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B sind hingegen nicht gegeben, da es am Vertreten des AG fehlt.

Fall:

Zuvor geschildeter Fall. Nunmehr wollen AN und AG neue Ausführungsfristen vereinbaren. Sie fragen sich, wie dies zu erfolgen hat.

Lösung:

- einvernehmliche Vereinbarung neuer Ausführungsfristen denkbar
- hierzu sollte eine entsprechende Erklärung, die von beiden Vertragsparteien unterzeichnet wird, erarbeitet werden; diese sollte die neuen Ausführungsfristen enthalten oder z.B. auf einen neuen Bauzeitenplan verweisen
- möglich ist aber auch ein Zustandekommen ohne Einhaltung einer bestimmten Form; beispielsweise im Rahmen einer Baubesprechung, deren Protokoll unwidersprochen bleibt (vgl. KG Berlin, Urteil vom 18.09.2012 - 7 U 227/11)

ACHTUNG: Mit einer solchen Vereinbarung dürften die zuvor aufgezeigten Ansprüche erlöschen, es sei denn, es erfolgt ein entsprechender Vorbehalt! Ein solcher Vorbehalt sollte daher zumindest dann geprüft werden, wenn die Überschreitung der Ausführungsfristen der Risikosphäre des AG zuzuordnen ist und Schadensersatzansprüche oder Ähnliches denkbar sind!



II. Schnittstelle Ausführungsplanung/Werk- und Montageplanung

II. SCHNITTSTELLE AUSFÜHRUNGS- UND W+M-PLANUNG

Fall:

Der Bauherr möchte eine Lager- und Produktionshalle errichten. Zu diesem Zweck beauftragt er einen Architekten mit der Erstellung u.a. der Ausführungsplanung.

Mit der Ausführung der Leistungen wird ein Generalunternehmer beauftragt. Dieser hat für alle Gewerke die Werk- und Montageplanung zu erstellen.

Nach Fertigstellung und Abnahme kommt es zu einem Unwetterereignis, bei welchem Teile der Fassade aus der Verankerung herausgerissen werden und herunter stürzen. Es stellt sich heraus, dass die Fassadenteile unzureichend (unterdimensionierte Schrauben und auch sonst keine Befestigung gemäß den zugrundeliegenden technischen Vorschriften) befestigt wurden.

Der Architekt hat zur Fassade nur einige Details, aber keine umfassende Ausführungsplanung erstellt. Der GU hat auf Grundlage seiner vom Architekt freigegebenen Werk- und Montageplanung gebaut. Wer haftet?

Lösung:

- wer die Planung der zu erbringenden Leistungen schuldet, richtet sich nach dem Einzelfall
- hier ist die Planungsverantwortung geteilt: bis zu einem gewissen Detaillierungsgrad (Ausführungsplanung) fällt sie dem AG – hier dem Architekten – zu, im Übrigen (Werk- und Montageplanung) dem GU
- diese Konstellation ist regelmäßig anzutreffen:
 - AG hat (durch externe Planer) die Ausführungsplanung zu erstellen
 - AN hat die Werk- und Montageplanung zu erstellen

1. Muss der GU die Ausführungsplanung prüfen?

- GU hat Pläne und sonstige Ausführungsunterlagen grundsätzlich **fachlich zu überprüfen**
- zu prüfen ist u.a., ob die Planung zur Verwirklichung des geschuldeten Werkerfolges geeignet ist
- kommt der AN der Prüfpflicht nicht nach oder erkennt er solche Mängel in den Plänen/Ausführungsunterlagen nicht, die mit den bei einem Fachmann seines Gebiets zu erwartenden Kenntnissen hätten erkannt werden können, ist seine Leistung mangelhaft (vgl. KG Urteil vom 09.01.2015, Az.: 7 U 227/03; AG muss sich dann auch kein Mitverschulden seines Planers anrechnen lassen, AN ist allein verantwortlich)
- **reine Umsetzung der Ausführungsplanung reicht mithin nicht!**
- **Hier: GAR KEINE AUSFÜHRUNGSPLANUNG VORHANDEN! Hierauf hätte der GU hinweisen und ggf. Behinderung anzeigen müssen!**

2. Was bedeutet die Freigabe der Werk- und Montageplanung?

- nach h.M. gilt, dass der AN kein Recht auf Überwachung hat (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 12.04.2013, Az.: 12 U 75/12; a.A. OLG Karlsruhe, Urteil vom 22.12.2020, Az.: 8 U 5/19)

 **GU bleibt mithin auch nach Planfreigabe für seine Planung verantwortlich!**

- sollten die Pläne mangelhaft sein, kann der AN demnach nicht geltend machen, dass sich der AG mit den Plänen einverstanden erklärt hat und dass ihm deshalb keine Gewährleistungsansprüche zustehen
- der AN kann dem AG auch **kein Mitverschulden** zur Last legen



III. Abnahme der Leistungen, Regiearbeiten, Sicherheit für Vergütung

III. Abnahme der Leistungen, Regiearbeiten, Sicherheit für Vergütung

Fall:

Die Stadt Weilheim beauftragt ein Bauunternehmen mit der Errichtung einer Kindertagesstätte (Auftragsvolumen von 2.447.000,00 € brutto).

Die Leistungen sind bis Dezember 2019 abnahmereif fertigzustellen.

Am 19.03.2020 findet die Abnahme statt. Die Vertragsstrafe hat die Stadt Weilheim bei der Abnahme nicht vorbehalten.

Auf die Abschlagsrechnung nimmt die Stadt Weilheim einen Abzug in Höhe von 3% der Auftragssumme vor; sie bringt mithin einen Betrag in Höhe von 61.693,93 € netto für die Vertragsstrafe zum Abzug. Zugleich erklärt der AG in einem Schreiben, dass dem AN nicht zugegangen ist, die Aufrechnung mit diesem Betrag.

Der AN verlangt die Auszahlung dieses Betrages mangels Vorbehalt bei der Abnahme.

Die Stadt Weilheim verweigert die Auszahlung der Vertragsstrafe.

Berechtigt?

Lösung:

- Fraglich ist, ob ein Vorbehalt im Rahmen der Abnahme erforderlich ist **ODER** ob der Abzug im Zusammenspiel mit der Erklärung der Aufrechnung reicht?
- grundsätzlich dürfte die Erklärung der Aufrechnung wohl reichen
- Vorbehalt bei der Abnahme nicht mehr erforderlich
- **ABER:** hier ist die Aufrechnungserklärung dem AN nicht (nachweislich) zugegangen, sodass es an einer wirksamen Aufrechnung, die den Anspruch zum Erlöschen bringt, fehlt
 - führt dazu, dass doch ein Vorbehalt erforderlich ist

Noch einmal zur Erinnerung:

Die Abnahme der Leistungen ist für AN wesentlich!

Abnahme = Werk wird vom AG als im Wesentlichen mangelfrei entgegengenommen.

- Sie hat zur Konsequenz, dass
- ➔ ...die Beweislast hinsichtlich etwaiger Mängel umgekehrt wird; sie liegt nach der Abnahme beim SG
 - ➔ ...die Vergütungs- und Leistungsgefahr auf den AG übergeht.
 - ➔ ...die Vergütung fällig wird.
 - ➔ ...die Verjährung zu laufen beginnt.
 - ➔ **...der AG bei fehlendem Vorbehalt bestimmte Rechte verliert.**

III. Abnahme der Leistungen, Regiearbeiten, Sicherheit für Vergütung

- regelmäßig ist in Bauverträgen eine **förmliche Abnahme** vereinbart
- die förmliche Abnahme ist geprägt durch:
 - Vereinbarung bzw. Festlegung eines Abnahmetermins
 - gemeinsame Abnahmeverhandlung oder Abnahme in Abwesenheit des Auftragnehmers unter den Voraussetzungen des § 12 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B
 - schriftliche Niederlegung des Abnahmebefundes (Abnahmeprotokoll)
 - Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls
 - Übergabe des Protokolls an jede Partei
- reagiert der AG auf ein Abnahmeverlangen des AN nicht, steht dem AN nicht das Recht zu einen solchen Termin einseitig zu bestimmen bzw. durchzuführen
- der AN kann jedoch eine angemessene Nachfrist zur Abnahme setzen; verstreicht auch diese Nachfrist, gilt das Werk gleichwohl als abgenommen, wenn keine Verweigerung unter Angabe mindestens eines Mangels erfolgt (§ 640 Abs. 2 BGB)
 - **ABER:** Anwendung wohl eher selten, einen Mangel findet AG wohl fast immer!

Abnahmeverlangen bei vereinbarter förmlicher Abnahme

An den Auftraggeber

Datum

Bauvorhaben ...
Bauvertrag vom ...

Sehr geehrte Damen und Herren,

nach Fertigstellung der vertraglich vereinbarten Leistungen bitten wir Sie, einen Abnahmetermine innerhalb von 12 Werktagen zu vereinbaren (§ 12 Abs. 1 VOB/B).
Wir schlagen - alternativ - folgende Termine vor:

...
...

Setzen Sie sich zum Zwecke der Terminvereinbarung bitte mit dem Unterzeichner in Verbindung.

Zur Erstellung der Schlussrechnung dürfen wir Sie gleichzeitig bitten, mit uns ein gemeinsames Aufmaß zu nehmen. Aus unserer Sicht kann dies am Tag der Abnahme erfolgen. Sollten Sie wegen des Aufmaßes einen gesonderten Termin vereinbaren wollen, setzen Sie sich bitte mit uns in Verbindung.

Mit freundlichen Grüßen

.....
(Unterschrift)

Nachfristsetzung zur Durchführung der förmlichen Abnahme

An den Auftraggeber

Kopie an den bauleitenden Architekten

Datum

Bauvorhaben ...
Unser Schreiben vom ...

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Schreiben vom ... haben wir Sie innerhalb der in der VOB/B vorgesehenen Frist von 12 Werktagen aufgefordert, mit uns einen Termin für die Durchführung der förmlichen Abnahme zu vereinbaren. Diese Frist ist zwischenzeitlich ergebnislos verstrichen.

Wir dürfen Sie deshalb noch einmal um eine Terminvereinbarung oder um Übersendung eines Abnahmeprotokolls bitten, falls Sie eine Abnahme in unserem Beisein nicht für erforderlich halten. Wir haben uns hierfür eine Nachfrist bis

... *(Anmerkung: im Regelfall dürften fünf Arbeitstage angemessen sein)*

vorgemerkt.

Mit freundlichen Grüßen

.....

(Unterschrift)

Abnahme im Verhältnis zum NU

Fall:

Ein Bauherr beauftragt den AN mit dem Einbau von Estrich in einem Mehrfamilienhaus.

Der AN beauftragt wiederum einen Nachunternehmer (NU) mit der Ausführung der Estricharbeiten. Mit diesem wird Folgendes zur Abnahme vereinbart:

„Die Abnahmewirkungen treten erst mit Abnahme durch den Bauherrn ein. Die zwischen dem AN und dem Bauherrn getroffenen Vereinbarungen über Beginn und Inhalt der Gewährleistungspflicht gelten auch für den NU.“

Die Arbeiten werden vom Bauherrn aufgrund von Termenschwierigkeiten nach Fertigstellung nicht abgenommen. Kann der NU die Abnahme vom AN verlangen? Treten die Abnahmewirkungen ein?

Abnahme im Verhältnis zum NU

Lösung:

JA!

Die Klausel im Vertrag des AN mit dem NU ist gemäß § 307 BGB unwirksam, weil die Abnahme und deren Wirkungen von Handlungen Dritter abhängig gemacht wird.

Mithin kann der NU die Abnahme seiner Leistungen ungeachtet der Abnahme durch den Bauherrn verlangen.

Das gleiche gilt bei folgender Vereinbarung im Vertrag:

„Die vertragsgemäß fertiggestellte Leistung des NU gilt als abgenommen, wenn diese im Rahmen der Abnahme des Gesamtbauwerks durch den Bauherrn gegenüber dem Auftragnehmer (auch Generalunternehmer) abgenommen ist.“

Abnahme im Verhältnis zum NU

Lösung:

Merke: Die Verschiebung des Abnahmezeitpunkts auf einen vom Nachunternehmer nicht beeinflussbaren Zeitpunkt oder das Aufstellen einer vom NU nicht beeinflussbaren Bedingung (z.B. Anknüpfung an Handlungen Dritter) ist im Regelfall nicht wirksam möglich!

Sonderproblem: Regiearbeiten, § 2 Abs. 10, § 15 VOB/B

Fall:

Der Vertrag sieht vor, dass Abriss- und Reinigungsarbeiten im Stundenlohn zu vergüten sind. Der AN führt in der Zeit vom 17.05 bis zum 21.05. umfangreiche Abrissarbeiten durch. Er reicht bei der Bauleitung des Bauherrn entsprechende Stundenzettel ein. Dieser nimmt die Stundenzettel kommentarlos zur Akte. Der AG (Gemeinde) verweigert die Vergütung der Stundenlohnarbeiten. Der AN beruft sich auf § 15 Abs. 3 Satz 5 VOB/B.

Wie ist die Rechtslage?

Die VOB stellt folgende Anforderungen an die Abrechnung nach Stundenlohnarbeiten:

- Die ausdrückliche Vereinbarung, dass nach Stundenlohn abgerechnet wird. (§ 2 Nr. 10 VOB/B).
- Dem Auftraggeber ist die Ausführung von Stundenlohnarbeiten vor Beginn vom Auftragnehmer anzuzeigen, § 15 Abs. 3 Satz 1 VOB/B.
- Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber über die geleisteten Arbeitsstunden und den dabei erforderlichen, besonders zu vergütenden Materialaufwand je nach der Verkehrssitte werktäglich oder wöchentlich Stundenlohnzettel einzureichen, § 15 Abs. 3 Satz 2 a. E. VOB/B.

Hinweis:

Die Stundenlohnzettel müssen alle notwendigen Angaben enthalten, die den Vergütungsanspruch rechtfertigen. Der Auftragnehmer sollte sein Personal dringend anhalten, die Stundenzettel sorgfältig auszufüllen.

Dazu gehören:

- Genauer Zeitpunkt und Zeitraum der verrichteten Arbeit.
- Name der eingesetzten Arbeitnehmer.

III. Abnahme der Leistungen, Regiearbeiten, Sicherheit für Vergütung

- Der AN hat Stundenlohnrechnungen alsbald nach Abschluss der Stundenlohnarbeiten, längstens jedoch in Abständen von 4 Wochen einzureichen, § 15 Abs. 4 VOB/B.
- AG muss Stundenlohnzettel unverzüglich, spätestens innerhalb von 6 Werktagen nach Zugang zurückgeben und etwaige Beanstandungen geltend machen. Wird der Stundenlohnzettel nicht oder ohne Beanstandungen zurückgegeben, so gelten die Angaben auf den Stundenlohnzetteln als anerkannt, § 15 Abs. 3 Satz 3 - 5 VOB/B.

Das hat zur Konsequenz (vgl. OLG Celle, IBR 2003, 524):

- Umkehr der Beweislast: AG muss beweisen, dass die Angaben auf den Stundenzetteln falsch sind und dass er die Unrichtigkeit nicht gekannt hat bzw. nicht kennen musste, als er die Zettel zurückgegeben hat bzw. die Frist verstreichen ließ.
- AG kann Angemessenheit der Stunden rügen (Erforderlichkeit des Zeit- u. Materialaufwands wird nicht anerkannt).



IV. Mängel und Mangelbeseitigung

// 03.03.2022

IV. MÄNGEL UND MANGELBESEITIGUNG

Fall:

Der AG beauftragt den AN mit der Errichtung eines 60 Wohneinheiten umfassendes Wohnbaukomplexes.

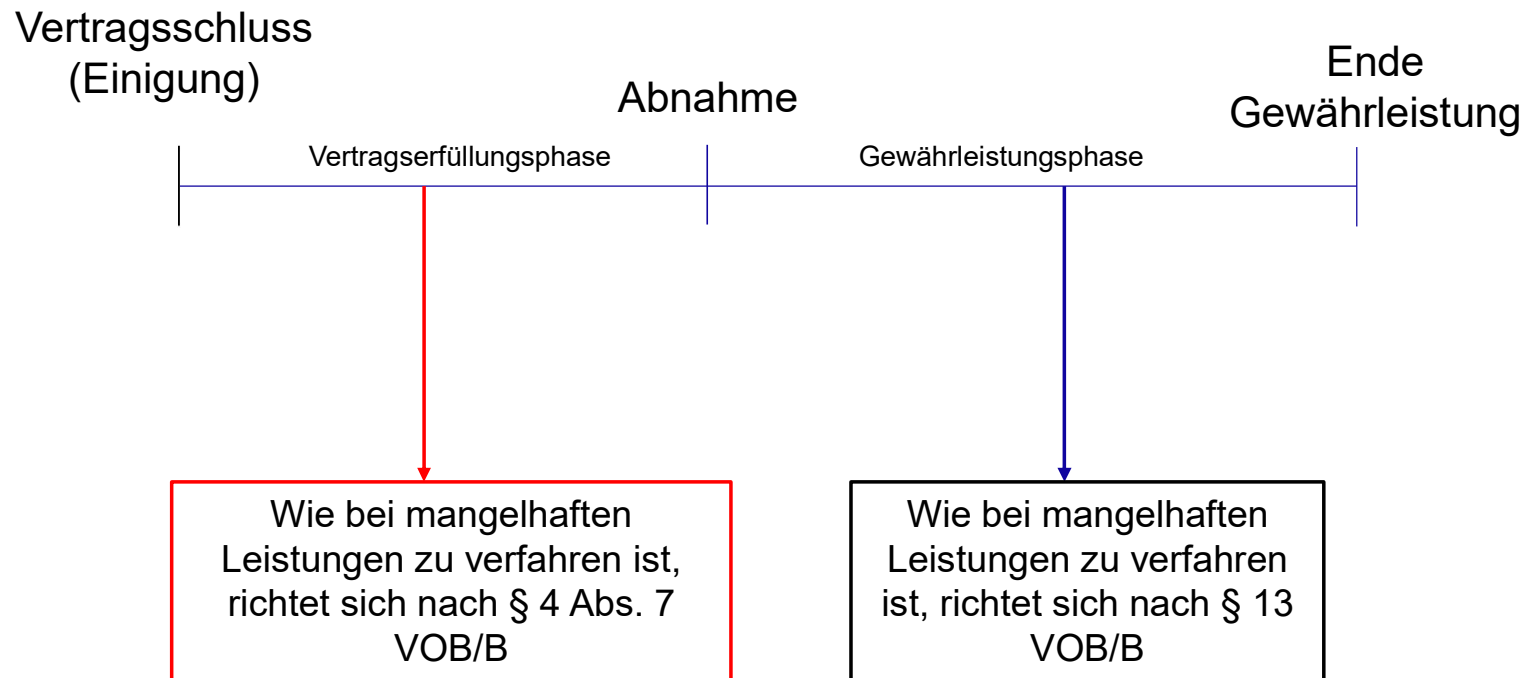
Vereinbart wird, dass Fenster mit einer Dreifachverglasung verbaut werden. In den Penthousewohnungen werden Fenster verbaut, die von der Form und den Maßen eine Sonderanfertigung darstellen und die mittels Kran in die obersten Etagen transportiert werden müssen. Die Kosten belaufen sich pro Fenster auf 6.000,00

In einer der Penthousewohnungen, in denen ein solches Fenster verbaut wird, fällt kurz vor der Abnahme der Leistungen auf, dass die mittlere Scheibe der Dreifachverglasung einen Riss aufweist. Es handelt sich um einen etwa 1 cm großen, halbmondförmigen Riss, welcher direkt an den linken Rahmen des Fensters angrenzt (der wiederum an eine Wand angrenzt) und nach Aussage verschiedener Gutachter keinerlei Auswirkungen auf die Funktionalität des Fensters in thermischer Hinsicht etc. hat. Es wird auch ausgeschlossen, dass sich der Riss vergrößern kann.

Um das Fenster zu tauschen, muss erneut ein Kran beschafft werden, wofür eine ganztägige Straßensperrung erforderlich ist. Der AN rechnet für den Austausch mit Kosten in Höhe von insgesamt 35.000,00 €.

Welche Rechte hat der AG gegenüber dem AN?

Lösung:



Lösung:

Mängelrechte nach § 4 Abs. 7 VOB/B:

- erfordert Mangelhaftigkeit/Vertragswidrigkeit der Leistung während der Ausführung, also in dem Zeitraum nach Abschluss der Bauvorbereitung bis zur Abnahme

 **Hier ohne Zweifel gegeben!**

- § 4 Abs. 7 VOB/B ist Erfüllungsanspruch; AN schuldet dem AG daher grundsätzlich eine mangelfreie, vertragsgerechte Leistung
- die Kosten der Mangelbeseitigung hat der AN zu tragen; hierzu gehören alle Kosten, die aus Anlass der Mangelbeseitigung entstehen (also auch Transportkosten etc.)

Lösung:

ABER: Von der Pflicht zur Mangelbeseitigung gibt es zwei Ausnahmen



Zur Unverhältnismäßigkeit:

- AN kann Mangelbeseitigung verweigern, wenn sie mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden ist
- **das ist der Fall, wenn der erzielbare Erfolg einer ganzen oder teilweisen Mangelbeseitigung bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür erforderlichen Geldaufwands steht**
- i.d.R. nur anzunehmen bei objektiv geringem Interesse des AG an einer völlig ordnungsgemäßen Leistung und einem demgegenüber erheblichen und daher unangemessenen Aufwandes
- Beispiele:
 - die witterungsabhängig nur zeitweise auftretende und an der Grenze der Wahrnehmbarkeit liegende Aufschüsselung der Dämmplatten eines WDVS
 - Verblendmauerwerk eines Wohnhauses aus einem Nuancen dunkleren Stein
 - Verlegung von Haustürpodesten in kleinen statt großen Platten

Lösung:

- hier könnte Unverhältnismäßigkeit anzunehmen sein
- schließlich ist der Mangel rein optischer Natur; er hat keinerlei Auswirkungen auf die Wärmedämmung etc.
- die Beseitigung ist für den AG daher nicht von besonderem Interesse
- die Kosten für den Austausch, die der AN aufzuwenden hätte. sind demgegenüber enorm hoch; sie betragen fast das sechsfache der ursprünglichen Kosten

- Unverhältnismäßigkeit wohl (+)

Weitere Mängelrechte nach § 4 Abs. 7 VOB/B:

Schadensersatz:

- neben der Mangelbeseitigung steht dem AG bei Vertretenmüssen des AN ein Anspruch auf Ersatz des Schadens zu, soweit ein solcher entstanden ist
- betrifft die Schäden, die nach Mangelbeseitigung verbleiben

Kündigung:

- kommt der AN einer berechtigten Mangelrüge nicht nach, steht dem AG das Recht zur Kündigung zu, wenn
 - der AG den AN zur Mangelbeseitigung aufgefordert hat (unmissverständlich mit konkreter Beschreibung des Mangels/der Vertragswidrigkeit),
 - der AG dem AN hierzu eine angemessene Frist gesetzt hat und
 - der AG dem AN die Entziehung des Auftrags angedroht hat.
- sowohl für die Fristsetzung als auch für die Androhung ist keine bestimmte Form vorgegeben
- nach Ausbringen der Kündigung hat der AG die Möglichkeit, die Mangelbeseitigung selbst oder von einem Dritten vornehmen zu lassen (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 VOB/B) oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 S. 2 VOB/B)

Mängelrechte nach § 13 VOB/B:

- erfordert Mangelhaftigkeit der Leistung in dem Zeitraum nach Abnahme der Leistungen bis zur Verjährung der Mängelansprüche (Gewährleistungszeitraum)
- definiert wird die Mangelhaftigkeit in § 13 Abs. 1, 2 VOB/B
- AN ist verpflichtet, alle während des Gewährleistungszeitraum auftretenden Mängel auf seine Kosten zu beseitigen, wenn es der AG verlangt (§ 13 Abs. 5 VOB/B)
 - § 13 Abs. 5 VOB/B spricht von Schriftform.
 - Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass die Einhaltung der Schriftform nicht zwingend ist; es reicht auch eine mündliche Nacherfüllungsaufforderung.
- auch in diesem Rahmen kann die zuvor angesprochene Unverhältnismäßigkeit eine Rolle spielen (§ 13 Abs. 6 VOB/B)
- wie auch vor der Abnahme kann der AG
 - die Mängel selbst oder durch Dritte beseitigen lassen, wenn der AN der Mangelbeseitigungsaufforderung nicht nachkommt (§ 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B).
 - Bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen Schadensersatz verlangen (§ 13 Abs. 7 VOB/B).

Fall 1:

Ein GU beauftragt einen NU mit Lüftungs- und Heizungsinstallationsarbeiten für einen Hotelneubau.

Nach der Abnahme forderte der GU den NU unter Fristsetzung auf, Mängel an der von ihm installierten Fußbodenheizung zu beseitigen.

Der NU kündigte in seiner Antwort zu dieser Aufforderung eine Untersuchung der Anlage an, um festzustellen, wo die Ursachen der Durchfeuchtungen liegen. Gleichzeitig machte er jedoch den Vorbehalt, eine Vergütung zu verlangen, sofern sich herausstellt, dass die Durchfeuchtungen nicht auf Mängel seines Gewerks zurückzuführen seien. Es wurde angekündigt, die Kosten für die Überprüfung einschließlich der Fahrtkosten in Rechnung zu stellen.

Es stellte sich tatsächlich heraus, dass die Leistung des NU mangelfrei war. Dieser berechnete daraufhin seine Kosten zur Höhe von 4.172,89 €.

Zu Recht?

Lösung

Ja!

Der NU hat Anspruch auf die Erstattung der Kosten!

- allerdings nur, weil er den GU vorher darauf hingewiesen **und**
- seine Tätigkeit davon abhängig gemacht hat, dass im Falle der Feststellung der Mangelfreiheit seines Gewerks seine Kosten zu erstatten sind
- der GU hat die Tätigkeit des NU daraufhin in Anspruch genommen, womit er in schlüssiger Weise zu erkennen gegeben hat, dass er das Begehren des NU akzeptiert

Fall 2:

Der AG beauftragt den AN mit der Montage einer Küche und Arbeitsplatte. Der AG rügt, dass die Arbeitsplatte 1 cm zu hoch sei.

Der AN bestreitet dies, bietet jedoch aus Kulanz an, sie entsprechend niedriger zu montieren.

Es kommt sodann zum Streit zwischen den Parteien auch über einen weiteren vom AG gerügten Mangel – eine Feuchtigkeitsquellung. Daraufhin tritt der AG vom Vertrag zurück.

Zu Recht?

Lösung

Nein!

- ➔ Die Nacherfüllung des AN kann vom AG nicht deshalb abgelehnt werden, weil sie nur „aus Kulanz“ angeboten wird!
- ➔ In der Weigerung eines Unternehmers, einen Mangel aus Kulanz zu beseitigen bleibt ein Angebot zur Nachbesserung!
- auch die Feuchtigkeitsequellung berechtigt nicht zum Rücktritt; der Mangel hätte im Zuge der Absenkung repariert werden können und erreicht damit nicht die Erheblichkeitsschwelle
- vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 16.07.2009, Az.: 5 U 605/09
- ABER: in ein Angebot zur Nachbesserung „aus Kulanz und ohne Schuldanerkenntnis“ ist kein Anerkenntnis im Sinne des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu sehen
- mithin hat ein solches Angebot nicht den Neubeginn der Verjährung zur Folge, die Verjährungsfrist läuft vielmehr fort
- vgl. OLG Jena, Urteil vom 09.04.2008, Az.: 4 U 1100/06

Musterschreiben Zurückweisung Mangelrüge

An den Auftraggeber

Kopie bauleitender Architekt

Datum

Bauvorhaben ...
Ihre Mangelrüge vom ...

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Schreiben vom ... haben Sie Mängel unserer Leistungen gerügt. Wir haben Ihre Mängelrüge am ... vor Ort geprüft und dabei festgestellt, dass ein Mangel unserer Leistung nicht vor. **(Einzelfallbegründung einfügen, z.B. Einhaltung von zu beachtenden technischen Regelungen o.Ä.)**

Sollten Sie unsere Aussagen anzweifeln, sind wir gerne bereit, uns bezüglich des weiteren Vorgehens mit Ihnen ins Benehmen zu setzen. Beispielsweise könnte unsere Aussage durch einen unabhängigen Gutachter überprüft werden. Wir halten diesen Weg für geeigneter, als nach einer eventuellen Ersatzvornahme über deren Kosten gerichtlich zu streiten.

Mit freundlichen Grüßen

(Unterschrift)

Musterschreiben Zurückweisung Mangelrüge wegen Verschleiß

An den Auftraggeber

Kopie bauleitender Architekt

Datum

**Bauvorhaben ...
Ihre Mangelrüge vom ...**

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Schreiben vom ... wurde Ihrerseits beanstandet, dass an den Fassaden ein Algenbefall in Erscheinung getreten ist. Aus diesem Grund haben Sie uns zur Mangelbeseitigung bis zum ... aufgefordert. Nach Prüfung des Sachverhalts gehen wir nicht von einer mangelhaften Bauleistung im Zeitpunkt der Abnahme, sondern von einem natürlichen Verschleiß bzw. nicht vermeidbaren optischen Erscheinungen aufgrund von Umweltbedingungen / Witterungseinflüssen aus. Wir haben Ihrem Haus bereits im Rahmen der Vertragsverhandlungen mitgeteilt, dass das Leistungsverzeichnis weder einen speziellen Algenschutz noch Dachüberstände vorsieht, die solche Erscheinungen dauerhaft vermeiden können. Sie haben sich jedoch aus Kostengründen dazu entschlossen, auf besondere Schutzmaßnahmen zu verzichten. Vor diesem Hintergrund sind wir zur kostenlosen Nachbesserung nicht verpflichtet. Sollten Sie gleichwohl an einer Ausführung der Leistungen durch uns daran interessiert sein, bitten wir um eine Mitteilung, damit wir ein entsprechendes Angebot unterbreiten können.

Mit freundlichen Grüßen
(Unterschrift)

Musterschreiben Zurückweisung Mangelrüge wegen zu kurzer Frist

An den Auftraggeber

Kopie bauleitender Architekt

Datum

**Bauvorhaben ...
Ihre Mangelrüge vom ...**

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Schreiben vom ... haben Sie uns aufgefordert, die von Ihnen gerügten Mängel bis zum zu beseitigen. Wir bitten Sie um Verständnis dafür, dass wir diese Fristsetzung als unangemessen kurz zurückweisen müssen. Wie Ihnen bekannt ist, haben wir mit der Ausführung der beanstandeten Leistungen einen Nachunternehmer beauftragt. An diesen müssen wir Ihre Mangelrüge - wiederum mit angemessener Fristsetzung - durchstellen. Die Prüfung und gegebenenfalls Beseitigung der Mängel - die Berechtigung Ihrer Rüge unterstellt - wird voraussichtlich nicht vor dem ... (gegebenenfalls konkretes Datum eintragen) möglich sein. Wir können darüber hinaus auch nicht erkennen, aus welchen Gründen die von Ihnen gesetzte Frist erforderlich ist. Denn Gefahr im Verzug besteht objektiv nicht. Für eine Rücksprache stehen wir Ihnen natürlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

(Unterschrift)

Sonderfall Inanspruchnahme der Gewährleistungsbürgschaft:

Der AN übergibt dem AG für den Zeitraum nach der Abnahme zur Absicherung etwaiger Gewährleistungsansprüche eine Sicherheit in Form einer Gewährleistungsbürgschaft.

Etwa zwei Jahre nach der Abnahme entdeckt der AG Mängel an der vom AN ausgeführten Leistung und fordert diesen zur Mangelbeseitigung auf.

Der AN weigert sich die Mängel auszuführen, seiner Auffassung nach handelt es sich um übliche Verschleißerscheinungen.

Der Ag lässt die Leistungen daraufhin von einem Dritten ausführen und verlangt den Ersatz der Kosten erst vom AN.

Nachdem dieser nicht zahlt, wendet sich der AG an den Bürgen. Zu Recht?

Lösung:

- der Bürge kann in Anspruch genommen werden, wenn der eigentliche Hauptschuldner seine vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllt, insbesondere seiner Gewährleistungsverpflichtung nicht nachkommt
- Voraussetzung ist mithin, dass gegenüber dem Hauptschuldner Gewährleistungsansprüche bestehen
 - **Hier fraglich! Handelt es sich um üblichen Verschleiß, liegt kein Mangel vor, sodass dem AG auch keine Gewährleistungsansprüche zustehen!**
- Wenn der Hauptschuldner berechtigt ist, die Erfüllung zu verweigern, muss auch der Bürge nicht leisten; Der Bürge kann sich auf alle Verteidigungsmittel berufen, auf dies sich auch der Hauptschuldner berufen könnte

Abwandlung:

Das Bauvorhaben wird im Jahr 2012 fertiggestellt. Die Abnahme erfolgt am 01.07.2012 unter Rüge diverser Mängel. Eine Beseitigung der Abnahmemängel erfolgt trotz Fristsetzung nicht. Im Juni 2016 findet eine Begehung statt, in deren Ergebnis teilweise die schon bei der Abnahme festgestellten Mängel erneut gerügt werden. Der Auftragnehmer ist insolvent, der Bürge wird nun auf Zahlung in Anspruch genommen. Er beruft sich darauf, dass die gegen ihn gerichteten Geldansprüche im Jahr 2012 entstanden und nach Ablauf von drei Jahren Ende des Jahres 2015 verjährt sind.

Zu Recht?

JA!

Achtung: Die Verjährungsfrist für Ansprüche gegen den Bürgen beträgt nur drei Jahre, womit sie regelmäßig kürzer ist, als die Gewährleistungsfrist. Es ist also möglich, dass die Ansprüche gegen den Bürgen vor Ablauf der Gewährleistungsfrist ablaufen (vgl. OLG Dresden, Urteil vom 09.07.2013, Az.: 14 U 1959/12).

Sonderfall Inanspruchnahme der Gewährleistungsbürgschaft:

Problem: Regelmäßig verweigert der AG die Herausgabe der Bürgschaft zum vereinbarten Rückgabezeitpunkt mit dem Hinweis auf Mängel. § 17 Abs. 8 VOB/B trifft hierzu die Regelung, dass der Auftraggeber bei noch nicht beseitigten Mängeln "für diese Ansprüche einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten" darf. Für beseitigte Mängel, für die eine neue Verjährungsfrist begonnen hat, gibt der Text der VOB/B dem Auftraggeber hingegen kein Zurückbehaltungsrecht an der Gewährleistungsbürgschaft.

Das **Kammergericht Berlin** hat in diesem Zusammenhang entschieden (**Urteil vom 20.04.2004, Az.: 27 U 333/03**), dass die auf die gesamte Summe bezogene Gewährleistungsbürgschaft zurückzugeben ist, der AG aber eine **Austauschgewährleistungsbürgschaft** verlangen kann. Deren Höhe bemisst sich nach dem anteiligen Wert der noch ausstehenden Mangelbeseitigungsmaßnahmen.



V. Bedeutung von Baustellenprotokollen, Zugang von Schriftstücken u. Mails, Vertragsstrafe

// 03.03.2022

1. Im Baustellenprotokoll angebotene zusätzliche Leistung kann vom AG bei widerspruchsloser Entgegennahme der Leistung zu vergüten sein

(OLG Hamm 22.02.2012, Az.: 17 U 67/08, Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH mit Beschluss vom 24.05.2012, Az.: VII ZR 47/10, zurückgewiesen, IBR 2012, 443; BGH IBR 2011, 190)

Während einer Baustellenbesprechung wird über die Notwendigkeit einer zusätzlichen Dämmung diskutiert. Der AN bietet diese zu 470,00 Euro an. Der Bauleiter des AG, der keine Vollmacht zur Beauftragung von Zusatzleistungen hat, nimmt das Angebot des AN im Baustellenprotokoll auf. Der AG erhält das Baustellenprotokoll zugeschickt. Der AN führt die Dämmung aus. Der AG nimmt diese widerspruchslos an, streicht sie jedoch aus der Schlussrechnung.

Lösung:

Zu Unrecht! Der AG muss zahlen.

Aus dem Baustellenprotokoll ergibt sich, dass der AN das Material liefern und welchen Preis er dafür in Rechnung stellen soll.

Der AG ist durch Übersendung des Protokolls von der auf der Baustelle getroffenen Vereinbarung in Kenntnis gesetzt worden und hat dem nicht widersprochen, sondern diese Leistung des AN entgegengenommen.

In der widerspruchslosen Entgegennahme der Vertragsleistung kann eine stillschweigende Annahme des Antrags auf Abschluss eines Vertrages über diese Leistung gesehen werden,

- wenn das Angebot bekannt war und
- der Unternehmer nach der Verkehrssitte und Treu und Glauben das Verhalten des AG so verstehen kann, dass er den Vertrag auf der Grundlage des Angebots schließen will.

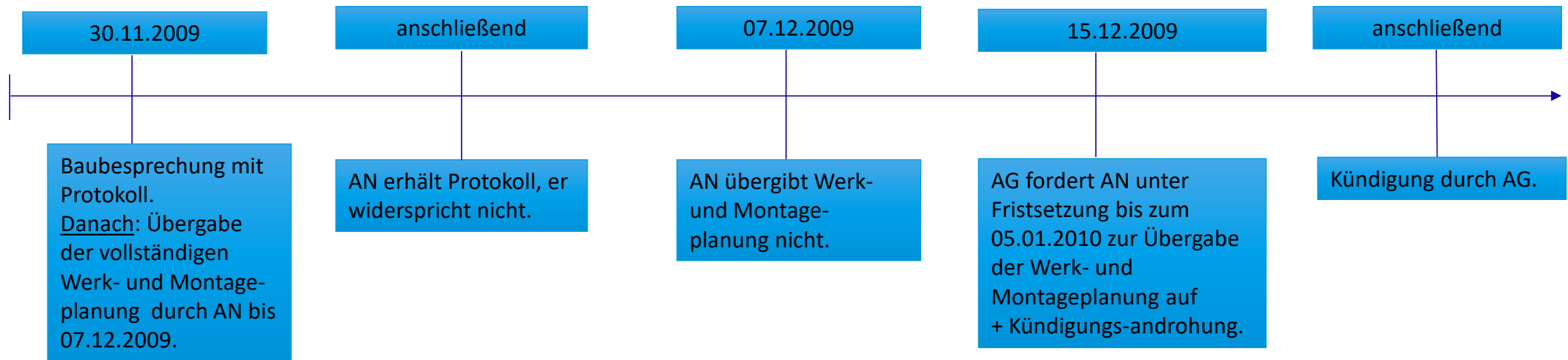
Hinweise:

- Auf Baustellenprotokolle oder Verhandlungsprotokolle (BGH IBR 2011, 190) finden die Grundsätze über das **kaufmännische Bestätigungsschreiben** Anwendung.
- D. h., es muss **unverzüglich** (innerhalb von ein bis drei Tagen) nach Zugang des Protokolls widersprochen werden, wenn sich im Protokoll Erklärungen (Nachträge, Verjährungsfristverlängerungen etc.) befinden, die eine Vertragspartei nicht gegen sich gelten lassen will.
- Gilt auch, wenn nur vollmachtloser Vertreter an Baustellenbesprechung / Verhandlung teilgenommen hat.
- Gilt bei Verträgen mit Verbrauchern allenfalls, wenn dieser Versender des Protokolls ist.

2. Terminangabe im Baustellenprotokoll

(Kammergericht, Urteil v. 18.03.2012, Az.: 7 U 227/11)

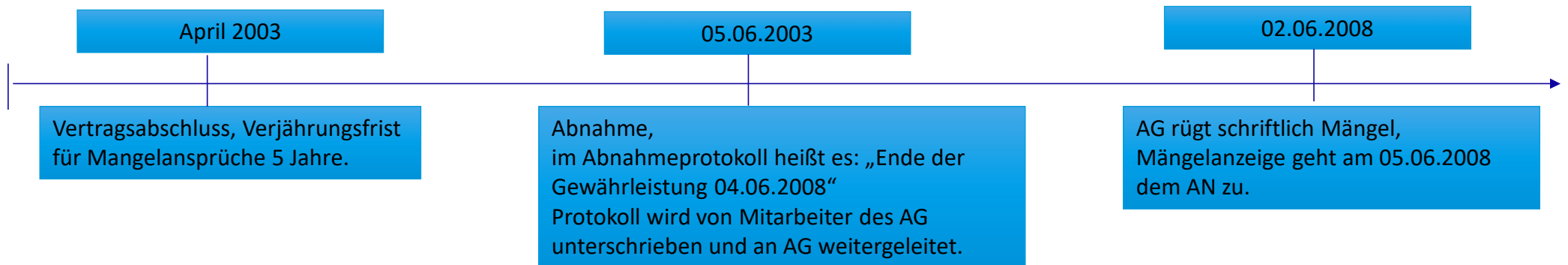
Parteien streiten über Werklohn (€ 179.000,00) nach Kündigung des Bauvertrages durch AG.



- Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben sind auf Baustellenprotokolle entsprechend anwendbar. AN muss daher dem Protokoll unverzüglich widersprechen, sonst wird sein Schweigen wie eine nachträgliche Genehmigung behandelt.
- Protokoll muss im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen zugegangen sein.
- Es ist typisch für Bauverträge, dass bei deren Abwicklung Änderungen auftreten. Über solche Änderungen erfolgen häufig Baubesprechungen, die dem Zweck dienen, den Vertrag an veränderte Umstände anzupassen.
- Deshalb hier: Kündigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B berechtigt.

3. Gewährleistungsfrist durch Vereinbarung im Abnahmeprotokoll verkürzt

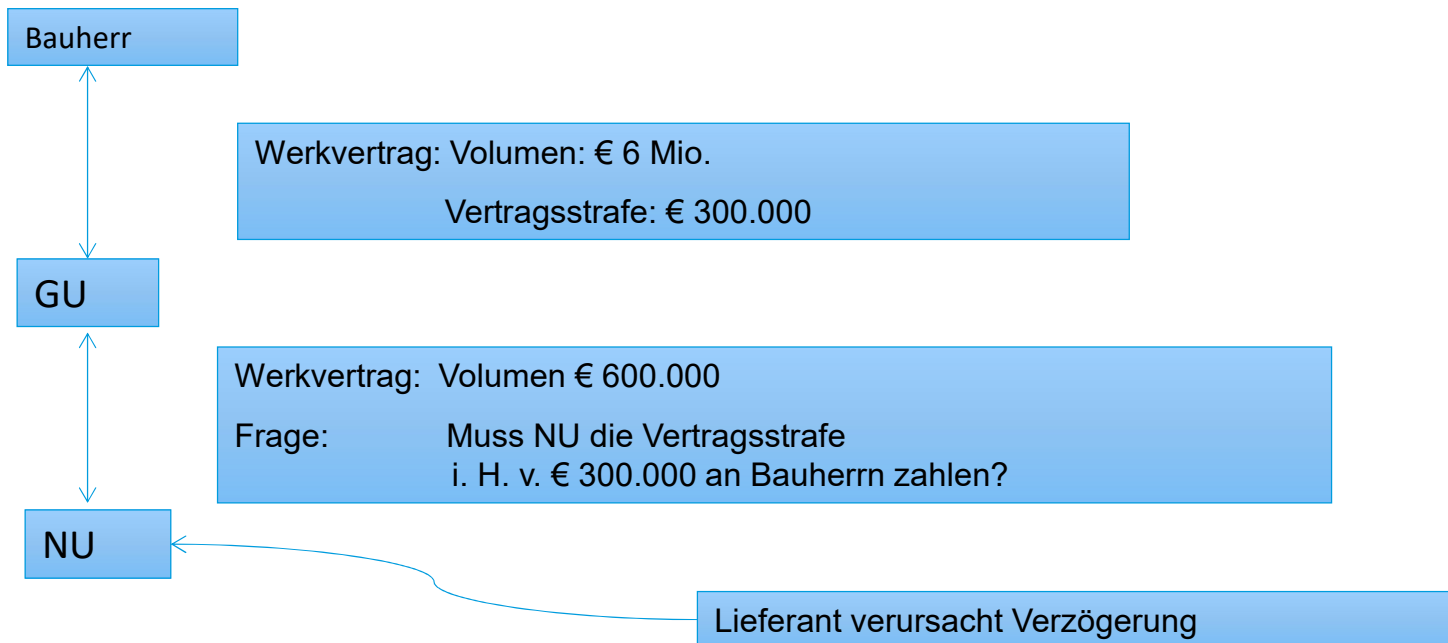
(OLG Braunschweig, Urteil v. 20.12.2012 , Az.: 8 U 7/12, IBR 2013, 140)



Frage: Hat Mängelrüge zur Unterbrechung der Verjährung gem. § 13 Abs. 5 VOB/B geführt?

Antwort: Nein, da Vereinbarung über Gewährleistungsdauer im Abnahmeprotokoll!
hier: Verkürzung der Gewährleistungsdauer um einen Tag.
AG hätte nach den zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben entwickelten Grundsätzen dem Protokoll unverzüglich widersprechen müssen.

Vertragsstrafe, § 11 VOB/B



Hat der Bauherr Anspruch auf entgangenen Gewinn und/oder Vertragsstrafe?

- Höchstgrenze: 5 % der Netto-Schlussrechnungssumme (angemessene Begrenzung der Gesamthöhe).
- Tagessatz max. 0,2 % der Netto-Schlussrechnungssumme pro Arbeitstag (pro Zeiteinheit vertretbare Vertragsstrafenhöhe).
- Verschuldens- und Verzugsabhängigkeit.
- Anrechnung auf Schadenersatz.
- Schwierig: Vertragsstrafenregelungen für Zwischenfristen, Kumulierungsverbot!

Bezugsgröße der Vertragsstrafen für Zwischentermine!
BGH vom 06.12.2012, Az.: VII ZR 133/11.

Zugangsproblematik

Definition Zugang einer Erklärung:

Erklärung muss (aus Beweisgründen nach Möglichkeit in Schriftform) so in den Machtbereich des Empfängers gelangen, dass dieser Möglichkeit der Kenntnisnahme hat.

Mögliche Varianten:

- | | | |
|-------------------------------|---|-----------------------------|
| • Brief | → | gefährlich |
| • Telefax | → | gefährlich |
| • Einschreiben/
Rückschein | → | gefährlich |
| • Bote | → | vertretbar |
| • Brief/Telefax
mit EB | → | vertretbar |
| • Einwurf/
Einschreiben | → | zu empfehlen |
| • Gerichtsvollzieher | → | sicher, aber sehr aufwendig |



VI. Bauhandwerkersicherung

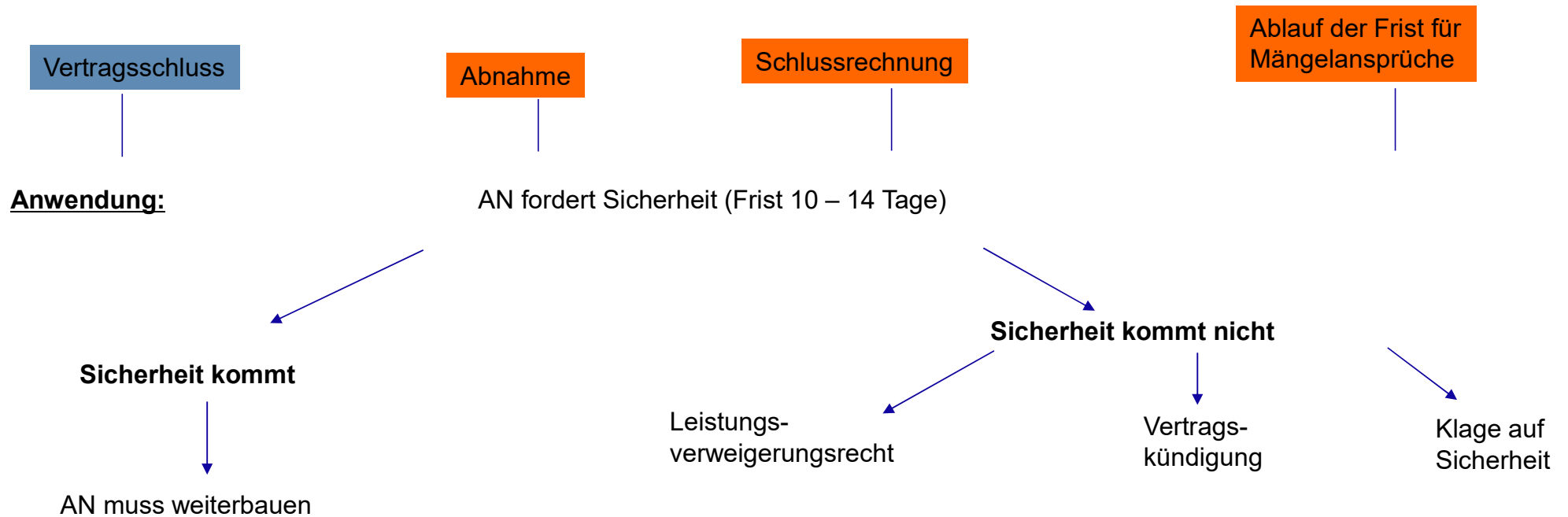
// 03.03.2022

Sicherheit für den Vergütungsanspruch

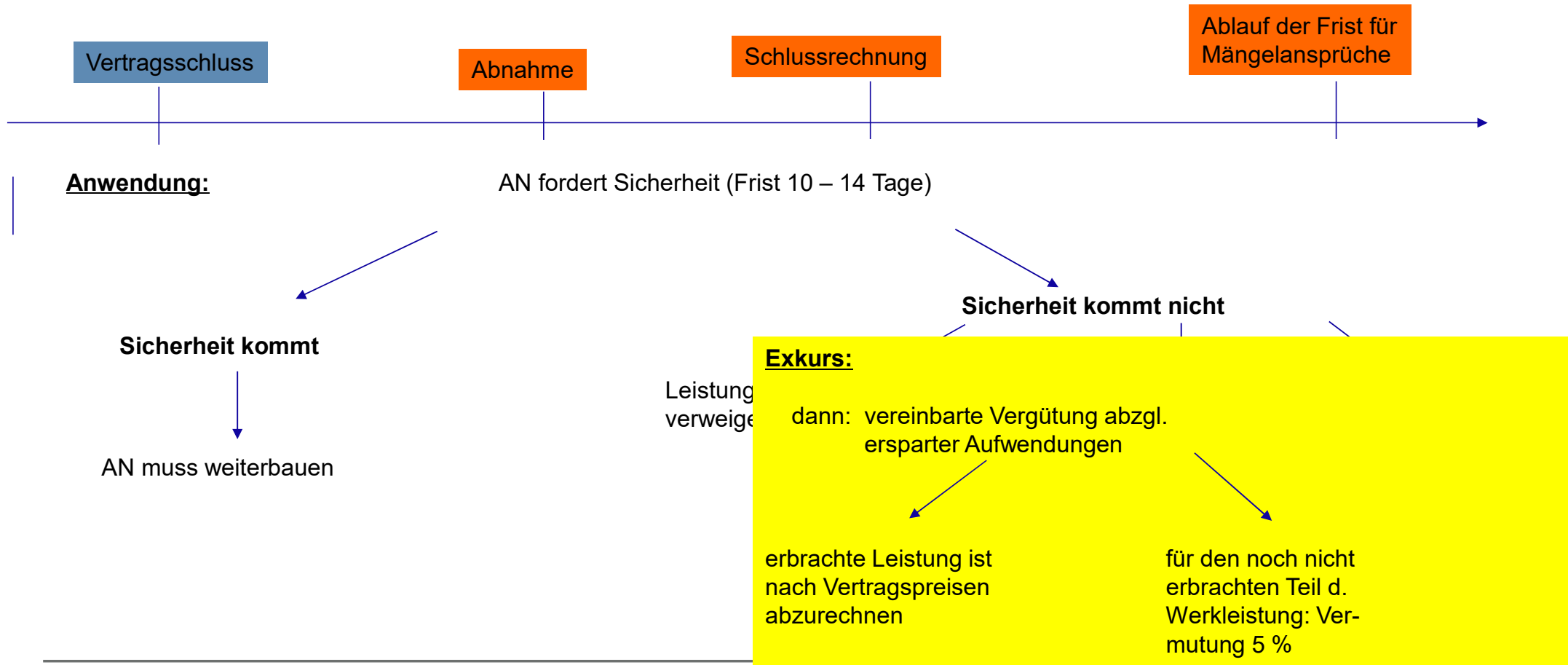
Grundkonzeption des § 650 f BGB

Problem: AN ist vorleistungspflichtig – erst die Leistung, dann die Vergütung!

Lösung: AN hat in jeder Phase des Bauvertrages Anspruch auf Sicherheitsleistung.



VI. BAUHANDWERKERSICHERUNG



Frist für das Sicherungsverlangen

Die Wahl zwischen den möglichen Sicherheiten steht dem AG zu.

In dem Sicherungsverlangen darf deshalb **nicht die Art** der geforderten Sicherheit angegeben werden.

Falsch: „Wir fordern Sie auf, bis zum eine **Bürgschaft** nach den Bestimmungen des § 650f BGB zu stellen.“
(LG Duisburg, Urteil vom 21.06.2012, Az.: 21 U 27/12).

Frist für das Sicherungsverlangen

- Nach der Gesetzesbegründung 7 bis 10 Kalendertage; maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls. Maßgeblich für den Fristbeginn ist der Zugang des Sicherungsverlangens beim Auftraggeber (Zugangsnachweis!).
- Das KG hat mit Beschluss vom 05.01.2021 (Az.: 27 W 1054/20) entschieden, dass die gesetzte Frist angemessen sein muss und dies für eine am 26.03.2020 zugehende Fristsetzung bis zum 07.04.2020 bejaht.
- Die Höhe der zu besichernden Werklohnforderung ist für die Festlegung der Frist zur Beibringung der Sicherheit irrelevant.
- Auf die Rechtsfolgen des § 650 f BGB muss nicht hingewiesen werden, ein solcher Hinweis könnte das Wahlrecht des Unternehmers zwischen den drei unterschiedlichen Rechtsfolgen sogar einengen.

Abänderungsverbot, Rechtsfolge nach Kündigung, Anwendungsbereich

- Verzicht (auch nachvertraglich) auf Sicherheitsleistung ist unwirksam (vgl. LG Düsseldorf, Urteil vom 08.12.2011, Az.: 32 O 110/11).
- Abänderungsverbot.
- Im Kündigungsfall Vergütung wie in § 649 BGB (Vermutungsregelung, 5%).
- Kosten der Sicherheit, bis 2 % AN, Ausnahme möglich.
- Anwendungsbereich.

Danke!

Kontakt

Bauindustrieverband Hessen-Thüringen e.V.

Abraham-Lincoln-Str. 30
65189 Wiesbaden
bauindustrie-mitte.de