

Prof. Jürgen Ulrich, Schwerte

Vorsitzender Richter am Landgericht a.D.

Bloß nicht vor Gericht – wie man lange Prozesse vermeiden kann!

Mit welchen taktischen Vorgehensweisen seiner Auftraggeber muss ein (Bau-) Unternehmer heute üblicherweise rechnen? Wie kann dieser Unternehmer möglichen - und bisweilen von der Auftraggeber-Seite bewusst fabrizierten - „Glatteis-Stellen“ sicher und effektiv aus dem Weg gehen? Und umgekehrt: Was muss der Auftragnehmer in der Baupraxis beachten? Insbesondere: Welche Mindeststrategien müssen diese Baubeteiligten draufhaben, wollen sie sonst doch drohenden, durchweg sehr zeit- und arbeitsaufwändigen sowie bisweilen wirtschaftlich ruinösen, jedenfalls immer riskanten Rechtsstreitigkeiten aus dem Weg zu gehen? - Und wenn sich ein Prozess ganz ausnahmsweise doch nicht vermeiden lässt: Was sollten die Beteiligten vorbereitend und während des Prozesses mindestens beachten?

Der Referent, der als Richter über mehr als drei Jahrzehnten auch mit der Bearbeitung von Baurechtsstreitigkeiten befasst war, sich zu diversen Fragen des (Bau-) Prozessrechts auch theoretisch geäußert hat - und dies weiterhin tut - sowie an der Hochschule Bochum das Fach „Privates Baurecht“ vertritt und lehrt, will dem Bau-Praktiker Antworten auf diese Fragen liefern und bei dieser Gelegenheit - nicht nur beiläufig - zum Thema passende aktuelle Rechtsprechung jedenfalls in den Grundzügen verständlich machen.

Übersicht:

- A. Vorbemerkungen S. 4

- B. Tricks der Auftraggeber S.53

 - I. Professionalität einiger Besteller S. 5
 - II. diverse - aktuelle - Vorgehensweisen S. 5

 - 1. „offen gestaltete“ Fixierung des Vertragsgegenstandes S. 5
 - 2. Pauschalabreden S. 6

 - a) versteckte Konkretisierung des Erfolges / des Werkes S. 7
 - b) unentgeltlicher „Miteinkauf“ der notwendigen planerischen Leistungen S. 8
 - c) weitere Details S. 8

 - aa) „vergessene“ Mengenklausel S. 9
 - bb) umfassende Einheitspreisklausel S. 9

 - 3. taktischer Einsatz von Baustellenprotokollen S. 9
 - 4. unzureichende Bauleitervollmacht S. 10

- C. sachgemäßes Vorgehen des (Bau-) Unternehmers S. 11

 - I. (bauvertragliches) Verhältnis zum Auftraggeber S. 11

 - 1. Schriftform S. 11

 - a) Vor- (und Nach-) teile der Beweisfunktion eines Schriftstücks S. 11
 - b) weitere Details S. 12

 - aa) Klärung der Person des Vertragspartners S. 12
 - bb) Klärung der Umsatzsteuer S. 12
 - cc) Klärung der Vollmachten S. 12

 - 2. Aufklärungs-, Prüfungs- und Hinweispflichten S. 14

 - a) Beratungs- / Fürsorgepflichten S. 16
 - b) Prüfungspflichten S. 17
 - c) nachfolgende Hinweispflichten S. 19

 - 3. Mangel / Bedeutung der anerkannten Regeln der Technik / geänderter EnEV / der DIN S. 20
 - 4. überragende Bedeutung der Abnahme S. 22
 - 5. Rechnungen des Auftragnehmers S. 26

 - a) VOB-Vertrag S. 26

b) BGB-Vertrag	S. 27
6. Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers im Fall witterungsbedingter Stilliegezeiten	S. 27
7. Sicherung der Vergütung	S. 28
8 . Werklieferungsvertrag	S. 31
a) grundlegende Norm des § 651 S. 1 BGB	S. 31
b) Handelsrecht	S. 32
II. (kaufvertragliches) Verhältnis zum Materialverkäufer / Materialhersteller	S. 33
1. handelsrechtliche Prüfungs- und Rügepflicht	S. 33
2. Hersteller und Lieferanten als potenzielle Unterstützer des Unternehmers	S. 34
D. Strategien	S. 35
I. Bedeutung der „Vertragsphase“	S. 35
1. größtmögliche Sorgfalt bei der Fixierung des Vereinbarten	S. 35
2. Möglichkeit der Vereinbarung alternativer Streitschlichtungsmodelle	S. 35
3. Geltung der Regelungen der VOB/B	S. 35
4. Klärung der wirtschaftlichen Potenz neuer Vertragskandidaten	S. 36
II. umfassende Aufmerksamkeit während der „Bauphase“	S. 36
1. Gefährlichkeit von Zusatzvereinbarungen	S. 36
2. ständige Beweissicherung	S. 36
3. Forderungsmanagement	S. 37
III. „Gewährleistungsphase“	S. 37
1. hinzunehmende Unregelmäßigkeiten? / Unverhältnismäßigkeit	S. 38
2. Wahrnehmung des Rechts auf Nachbesserung	S. 39
a) keine ungeprüfte / vorschnelle Verweigerung (der Gewährleistung)	S. 39
b) Risiko der Fehlbeurteilung	S. 41
c) Mehrkosten / Sowieso-Kosten / neu für alt / merkantiler Minderwert	S. 42
IV. gerichtlicher Baurechtsstreit	S. 42
1. Notwendigkeit der anwaltlichen Beratung	S. 42
2. gerichtliche Sachverständige	S. 43
3. gerichtliche Verhandlung	S. 43

A. Vorbemerkungen

Was wird das denn nun? werden Sie sich bei diesem Vortragsthema und insbesondere angesichts des Berufes dieses Referenten fragen. Und vielleicht fügen Sie noch hinzu: Da möchte also jetzt ein ehemaliger Richter, der erkennbar über Jahrzehnte mit der Bearbeitung von gerichtlichen Baustreitigkeiten sein gewiss prima Ein- und Auskommen hatte, zu uns darüber reden, dass es besser sei, gar nicht mehr gerichtlich zu fechten!? Will der jetzt gar den Ast, auf dem er saß und seine Kollegen noch sitzen, absägen? Das wäre ja fast so, als würden die mit dem Bauen befassten Unternehmer öffentlich propagieren, dass möglichst nicht mehr gebaut werde! „Nun seien Sie da mal ganz unbesorgt!“ antworte ich Ihnen dazu sogleich. Mir geht es gar nicht um künftige Arbeitsfreistellung und / oder die Entlastung der Richterkollegen. Dafür, dass den Gerichten genügend Arbeit bleibt, werden nämlich ganz gewiss und weiterhin die in Deutschland zugelassenen Rechtsanwälte - und das sind mittlerweile mehr als 150tausend mit steigender Tendenz! - sorgen; denn die leben ja überwiegend und unmittelbar von ihrem Beteiligt-Sein am Klagen und Verklagt-Werden anderer.

Mit Bezug auf meine langjährige praktische und theoretische Erfahrung insbesondere in gerichtlichen Bausachen habe ich mit diesem - zugegeben etwas reißerisch formulierten - Thema und meinen gleich folgenden Ausführungen dazu ganz anderes im Sinn: Ich will hinkriegen, dass Sie als mit dem Bauen ausgelastete Auftragnehmer diese Ihre Arbeit künftig **noch mehr auf den wesentlichen Teil der reinen unternehmerischen Betätigung konzentrieren** (können), nämlich auf die erfolgreiche Abwicklung und Erledigung Ihrer Bauaufträge; Sie als die Auftraggeber sollen ohne Schwierigkeit an den befriedigenden Erhalt des bestellten Werkes gelangen. Nach meinen Erkenntnissen bestehen für das Erreichen dieser Ziele durchaus gute Chancen. Allerdings vernehme ich immer wieder Beschwerden insbesondere aus den Kreisen der (Bau-)Unternehmer, die dahin gehen, dass die langwierige und kostspielige Durchführung von - wie diese Unternehmer dann immer behaupten: doch eigentlich nur von der anderen Seite vom Zaun gebrochenen und deshalb gar nicht vermeidbaren - Prozessen sie in ihrer eigentlichen unternehmerischen Betätigung zeitlich, wirtschaftlich und immer auch mental stark behindert. Mindestens ebenso oft erscheint es mir persönlich indes so, dass die dann oft schwerfällige Verhandlung und Lösung dieser gerichtlichen Baustreitigkeiten eigentlich eher eine Art „Abarbeitung spezieller Unfälle“ darstellt, von denen die meisten jedenfalls bei Beachtung der bei diesen Unternehmern in der Erledigung ihrer sonstigen Angelegenheiten doch hinreichend vorhandenen, auch **kreativen „Bauverkehrs-Sorgfalt“** hätten vermieden werden können.

„Bei Licht“ geht es mir hier und heute also um vernünftige **Prophylaxe** (= Vorbeugung): Ich will Ihnen aufzuzeigen, wie Sie als (Bau-) Unternehmer und Sie als - gegebenenfalls professioneller - Bauherr möglichen Aktiv- und Passivprozessen tunlichst und sinnvoll aus dem Weg gehen können, ohne auf Ihr gutes Recht zu verzichten. Das hätte für die Berufsrichter dann ja auch noch den Effekt, dass diese ihre Arbeitskraft zukünftig den wirklich unvermeidbaren Rechtsstreitigkeiten noch intensiver zuwenden können und, was ich an dieser Stelle gar nicht verheimlichen will, zusätzlich den Charme des Wegfalls einiger von den Richtern der Eingangsgerichte bisweilen als beinahe unzumutbar arbeitsintensiv empfundenen Bausachen.

Das Schergewicht der nachfolgenden Darstellungen fußt auf der **Rechtsprechung der jüngeren Zeit**.

B. Tricks der Auftraggeber

I. Professionalität einiger Besteller

Denjenigen von Ihnen, die diese Überschrift bezüglich der da gebrauchten Formulierung „Tricks“ für eine doch sehr aufbauscheude Mitteilung halten, will ich nur dies entgegenhalten: Jedenfalls die professionellen auf Kostenminimierung und Gewinnmaximierung abzielenden Auftraggeber der Baubranche sind durchweg **gewiefte und mit allen Wassern gewaschene Strategen**; einige haben - neutral formuliert - ganz beachtliche Arbeitsmethoden betreffend die einseitige Durchsetzung ihrer Interessen drauf.

II. diverse - aktuelle - Vorgehensweisen

Beispielhaft diese nachfolgenden Punkte:

1. offen gestaltete Fixierung des Vertragsgegenstandes

Diese - speziellen - Auftraggeber wirken bisweilen intensiv darauf hin, dass der Auftragnehmer die ihm aufgebene Leistung in den **Details recht unvollständig fixiert** (Beispiel: „8 ordnungsgemäße Fenster für die Fertigungshalle in der Größe 172 cm x 96 cm bzw. der Größe 86 cm x 60 cm“). Das ist zu für sie nämlich durchweg vorteilhaft; denn für die Abgrenzung, welche Arbeiten von der vertraglich vereinbarten Leistung erfasst und welche dann als zusätzliche zu vergüten sind, kommt es nach der insoweit ganz klaren Rechtsprechung in erster Linie auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung an (*OLG Köln* 22.4.2009 - 11 U 29/09). Ergibt sich dann Streit über den konkreten Gehalt des Bauvertrages und lässt sich dieser Inhalt nicht eindeutig klären, geht dies in erster Linie **zu Lasten des insoweit beweispflichtigen Auftragnehmers** (*LG Mainz* 15.12.2011 - 3 S 19/11).

Beachtlich ist allerdings auch dies: Reichen die vertraglich vereinbarten Ausführungsleistungen nicht aus, um den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeizuführen, kann der Auftraggeber im VOB-Vertrag verlangen, dass die zur Erreichung des Werkerfolgserforderlichen weiteren Leistungen vom Auftragnehmer ausgeführt werden; als Ausgleich gewährt § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 1 VOB/B dem Auftragnehmer einen **Anspruch auf besondere zusätzliche Vergütung** (*BGH* 7.3.2013 - VII ZR 68/10); das gilt allerdings nicht, wenn die Parteien übereinstimmend davon ausgegangen sind, dass der funktionale Leistungserfolg mit der im Detail vorgenommenen Ausführungsart erreicht werden kann (*OLG Oldenburg* 13.11.2011 - 2 U 122/11). Soll der insoweit von einem öffentlichen Auftraggeber aufgrund Ausschreibung und bei Geltung der gemäß VOB/C einschlägigen DIN beauftragte Unternehmer Brand-

schutztüren aus Stahlblech liefern und einbauen und ist im Leistungsverzeichnis formuliert, dass die Arbeiten „*einschließlich aller erforderlichen Nebenarbeiten und Befestigungs- und Füllmittel entsprechend den Brandschutz- und Rauchschutzanforderungen*“ zu erbringen sind, kann der Unternehmer das mit dieser Arbeit verbundene Vergießen von Ankern der Stahlblechtüren selbst dann nicht zusätzlich berechnen, wenn diese Arbeit in der einschlägigen DIN als „Besondere Leistung“ definiert wird; der eindeutige Vertragstextes lässt keine gesonderte Vergütung insoweit zu (*OLG Köln* 22.2.2011 - 15 U 147/10).

Die vom **Auftragnehmer geschuldete Ausführungsart** kann sich nicht nur aus der Baubeschreibung, sondern auch aus dem Standort des Gebäudes bzw. den örtlichen Gegebenheiten wie beispielsweise Flussnähe und Hochwassergefahr ergeben; die Tatsache, dass Fluröffnungen nicht in der Baubeschreibung benannt sind, führt nicht dazu, dass diese nicht zu bauen sind bzw. als Sonderleistungen zu berechnen sind; umgekehrt führt dieser nicht ausdrücklich vereinbarte Einbau aber auch nicht zu Mängelansprüchen des Bestellers (*OLG Schleswig* 28.3.2013 - 3 U 44/12).

2. Pauschalabreden

Solche Auftraggeber wissen, dass für die Ausführungen von Leistungen, die in einem detaillierten Leistungsverzeichnis nicht enthalten sind, den Auftragnehmern unter den in § 2 Abs. 5, 6 und 8 VOB/B genannten Voraussetzungen, also bei dem Abschluss eines VOB-Vertrages, ein Anspruch auf zusätzliche Vergütung zusteht, und zwar auch dann, wenn die Parteien einen Pauschalpreisvertrag geschlossen haben (*OLG Karlsruhe* 16.4.2010 - 4 U 146/08). Sie bevorzugen deshalb den **Abschluss eines Globalpauschalvertrages** durchweg verbunden mit einer Klausel dergestalt, dass zum Gegenstand des Vertrags „*weiterhin alle Leistungen und Lieferungen, die zur funktionsgerechten, technisch einwandfreien, termingerechten Ausführung erforderlich sind, auch wenn sie in den Vertragsunterlagen nicht ausdrücklich erwähnt sind ...*“, gehören. Eine solche, den Auftraggeber mit dem **Mehrmengenrisiko** belastende Klausel ist nach ganz allgemeiner Auffassung - auch per Einführung allein über Allgemeine Geschäftsbedingungen - unbedenklich (*OLG Brandenburg* 6.3.2007 - 11 U 166/05). Bei der Anfrage von Fliesenarbeiten mit dem Hinweis auf „*ansonsten komplette Leistungen*“ und dann angebotenen Leistungen mit pauschalen Preisangaben beinhaltet der darauf vereinbarte Preis alle erforderlichen Arbeiten auch in Erschwerniszonen sowie die Vorbereitung des Untergrundes (*OLG Schleswig* 3.8.2012 - 1 U 66/11). Kann nicht geklärt werden, ob die Ausführung einer bestimmten Leistung (Einbau von 306 zusätzlichen Pfählen) seitens des Auftragnehmers vom ursprünglichen Auftrag (Erbringung von Tiefbauarbeiten für die Errichtung eines Gebäudes) nicht mitumfasst und deshalb zusätzlich zu vergüten ist oder ob diese Leistung zum von vornherein übernommenen Auftrag gehört bzw. der Beseitigung von Mängel vor Abnahme gedient hat, geht diese Unklarheit zu Lasten des Auftragnehmers (*OLG Naumburg* 23.5.2012 - 5 U 18/12).

War allerdings ursprünglich die Erstellung eines Pauschalpreisangebotes besprochen worden, gibt der Auftragnehmer indes dann ein **Einheitspreisangebot** ab, welches der Auftraggeber annimmt, schuldet der Auftragnehmer später Werklohn auf der Basis dieses Einheitspreisangebotes, der Auftragnehmer kann dann also die Bezahlung angefallenen Mehrmengen verlangen (*OLG München* 25.9.2012 - 9 U 4534/11 Bau).

Ergeben sich die **Änderungsleistungen aufgrund nachträglicher bauaufsichtlicher Vorgaben**, sind diese auch bei Abschluss eines Pauschalfestpreises zusätzlich zu bezahlen; die Absprache eines „garantierten Pauschalfestpreises“ ist nicht derart deutlich, dass daraus die Einigung dahin geschlossen werden kann, dass auch solche zusätzlichen Arbeit nicht bezahlt verlangt werden können (*OLG Koblenz* 14.11.2012 - 5 U 465/12). Stellt der Auftraggeber dem Auftragnehmer ein Bodengrundgutachten zur Verfügung, gemäß dem lediglich mit Bodenklassen 1 bis 5 zu rechnen ist, und stellt sich bei der Durchführung der Baumaßnahmen heraus, dass sich unter Gebäude ein mit Bauschutt verfüllter Gewölbekeller, also Bodenklasse 6 und 7, befindet, hat das von den Parteien nicht vorhergesehene Risiko einer solchen Erschwerung der Auftraggeber zu tragen; es handelt sich um eine **maßgebliche Änderung der Geschäftsgrundlage** (*OLG Celle* 9.8.2012 - 5 U 34/12: Dem Auftragnehmer steht auch bei einem Pauschalpreisvertrag ein Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Nr. 5 VOB/B zu; dies gilt auch bei Vereinbarung dieser Vertragsklausel: „Die vorliegende Baumaßnahme wurde hinsichtlich ihrer Ausführung in der örtlichen Situation vom AN geprüft. Nachforderungen aufgrund von Unkenntnis sind ausgeschlossen.“).

Aber: Vereinbaren die Bauvertragsparteien, dass die auf der Grundlage einer detaillierten Leistungsbeschreibung angebotene Leistung abzüglich eines Nachlasses zu einem Pauschalpreis erbracht wird, bezieht sich dieser Pauschalpreis auf den im Einzelnen festgelegten Leistungsumfang; später geforderte oder notwendige Zusatzarbeiten sind in diesem Fall nicht mit dem Pauschalpreis abgegolten (*OLG Bamberg* 1.6.2011 - 8 U 127/10).

a) versteckte Konkretisierung des Erfolges / des Werkes

Indes sind Fälle bekannt geworden (und spätestens hier startet das wirklich trickreiche Vorgehen dieser Auftraggeber!), in denen im Zusammenhang der Vertragsanbahnung dem Auftragnehmer ein **verwirrend umfangreiches und auch wenig sortiertes Konvolut an Unterlagen** überreicht worden war, und zwar darunter auch mindestens eine, die eine spezielle, nicht von vorneherein so ganz klar erkennbare und bei ihrer Verwirklichung die Kosten der Herstellung beachtlich in die Höhe treibende Beschreibungen zur Funktion des Baus offenbarte.

Dazu dieses Beispiel aus der richterlichen Berufspraxis: Einigen Blättern der insgesamt aus sehr viel mehr Seiten bestehenden und anlässlich der Vertragsverhandlungen überreichten Unterlagen kann der Unternehmer - doch erst bei sorgfältigem Lesen, dann aber durchaus klar - entnehmen, dass in der von ihm mit dem Estrich zu belegenden Halle künftig Regale für die Lagerung schwerer Autoersatzteile aufgestellt werden sollen, weshalb eine besonders aufwendig einzubringende spezielle Güteklasse von Estrich technisch erforderlich ist; vereinbart wird indes - so wörtlich - die „*Einbringung des für diese Halle notwendigen Estrichs*“. Dies bedeutet aus Sicht des „kostenbewussten“ Auftraggebers, dass dieser selbst in Erkenntnis des dann gekommenen äußerst preisgünstigen Angebotes des Auftragnehmers und der nachfolgenden Vereinbarung eines sehr niedrigen Festpreises - das macht eben freie Marktwirtschaft (= Vertragsautonomie) auch aus! - nicht zusätzlich verpflichtet ist, den Auftragnehmer auch noch explizit auf die von diesem möglicherweise noch nicht erkannte spezielle und bezüglich der Erstellung **kostenträchtige Funktion dieses Werkes** hinzuweisen; denn das hat er doch bereits mit den vorweg überreichten Unterlagen hinreichend getan. Der Auftragnehmer hat dann die sich aus den Unterlagen ergebende **hochwertige Estrich-**

Qualität zu leisten (vgl. auch *OLG Naumburg* 29.3.2011 - 9 U 10/10; *OLG Naumburg* 22.2.2013 - 12 U 120/12: Ist den Ausschreibungsunterlagen ein Leistungsverzeichnis beigelegt, in dem auf einsehbare Pläne verwiesen wird, und nimmt der Auftragnehmer vor Angebotsabgabe Einsicht in diese Pläne, muss er daraus erkennbare Schwierigkeiten im Rahmen seiner Kalkulation berücksichtigen; Unklarheiten in der Ausschreibung darf der Auftragnehmer nicht einfach hinnehmen und durch eigene, für ihn günstige Kalkulationsannahmen ausfüllen, sondern er muss diese vor Angebotsabgabe durch Rückfragen beim Auftraggeber ausräumen.); solange er nicht belegen kann, dass ihm diese spezielle Unterlage böswillig unterschoben wurde, hat er auch keinen Mehrvergütungsanspruch, denn er trägt das für die Vereinbarung des Globalpauschalpreises typische Kalkulationsrisiko. Aber: Vereinbaren die Parteien, dass die Bodenplatte einer Werkshalle 15 cm aufzuweisen hat und ergibt sich, dass diese Bodenstärke für die konkrete Verwendung der Halle nicht ausreichend ist, ohne dass der Auftraggeber dem Unternehmer den Verwendungszweck vorher mitgeteilt hatte, ergibt sich keine Mängelhaftung des Unternehmers; insbesondere braucht dieser nicht vorweg nach dem Verwendungszweck zu fragen (*OLG München* 5.6.2013 - 13 U 1425/12).

Praktisch bedeutsam sind diese Konstellationen:

Die Vertragsparteien vereinbaren, dass der Unternehmer „den im Dachstuhl vorhandenen Schimmelpilz beseitigen“ soll. Konkret stellt sich damit die Frage, welche Leistung der Unternehmer erbringen muss: Genügt, dass der Dachstuhl im Zeitpunkt der Abnahme keinen Schimmelpilz aufweist? Muss der Dachstuhl dauerhaft Schimmelpilz-frei sein? Ist das technisch überhaupt möglich? In der Praxis ergibt sich, dass Besteller den weitestgehenden Umfang der Bauleistung für sich reklamieren und damit die Werklohnfälligkeit wenn nicht ausschließen, so doch hinauszögern. Der mit der „Sanierung eines feuchten Kelleranbaus“ beauftragte Auftragnehmer schuldet als funktionstüchtigen Erfolg die Herstellung eines trockenen Kellers; das gilt auch dann, wenn die Feuchtigkeit nicht auf die zunächst angenommenen Ursachen zurückzuführen ist (*OLG Celle* 16.5.2013 - 16 U 160/12). In diesem Zusammenhang noch dieser Fall: Übernimmt der Unternehmer die Trockenlegung des Kellers und wird die Verwendung eines vom Unternehmer vertriebenen Abdichtungssystems vereinbart, muss der Unternehmer einen trockengelegten Keller herstellen; erreicht er dies mit seinem System nicht, liegt ein Werkmangel vor (*OLG Brandenburg* 13.2.2014 - 12 U 133/13).

b) unentgeltlicher „Miteinkauf“ der notwendigen planerischen Leistungen

Bei einer bloß **funktionalen Leistungsbeschreibung**, die abzugrenzen ist von einer detaillierten Leistungsbeschreibung mit konkretem Leistungsverzeichnis, ist es dem Auftragnehmer zusätzlich überlassen, die planerischen Voraussetzungen zur Erreichung dieses Ziels zu schaffen, also auch die Art und Weise der Ausführung festzulegen. Dies bedeutet aus Sicht des insoweit „kostenbewussten“ Auftraggebers, dass dieser mit dem Pauschalpreis gleichsam stillschweigend die - dann auch nicht mehr gesondert zu bezahlenden - **zugehörigen planerischen Arbeiten** des Auftragnehmers (mit-) einkauft. Und wenn sich der Auftragnehmer nachfolgend unter mehreren Ausführungsmöglichkeiten vorsorglich für die aufwändigere Variante entscheidet, kann er nicht für die hiermit verbundenen Mehrkosten eine zusätzliche Vergütung geltend machen (*OLG Dresden* 31.8.2011 - 1 U 1682/10).

c) weitere Details

aa) vergessene Mehrmengenklausel

Der spätere Auftragnehmer gibt ein Pauschalpreisangebot ab und weist in seinem Angebotschreiben darauf hin, dass **Mehr- oder Mindermengen** gegenüber der in der Ausschreibung genannten Menge gesondert nach Einheitspreisen abzurechnen sind. Der spätere Auftraggeber geht dann zu umfangreichen Verhandlungen über; letztendlich vorformuliert er einen vom Auftragnehmer schließlich unterzeichneten Vertrag, in dem textlich detailliert festgelegt wird, unter welchen Voraussetzungen vom Pauschalpreis abgewichen werden kann; Mengenabweichungen werden dabei indes nicht mehr genannt. Tatsächlich kommt es dann zu Mehrmengen, die der Auftragnehmer aufgrund des insoweit doch ganz eindeutigen Vertragstextes nicht bezahlt erhalten kann (KG 21.7.2011 - 27 U 11/11).

Kommt es im Rahmen der Ausführungen gegenüber den im **BGB-Einheitspreis-Vertrag** genannten zu erheblichen **Mehrmengen**, darf der Unternehmer nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass der Auftraggeber mit der Erbringung der Mehrarbeiten einverstanden ist; führt er solche Leistungen ohne Einverständnis des Auftraggebers aus, kann er hierfür nur nach den Massen im Bauvertrag eine Vergütung verlangen; ein weitergehender Zahlungsanspruch steht ihm auch nicht aus Geschäftsführung ohne Auftrag zu (OLG Celle 9.8.2012 - 16 U 197/11).

bb) umfassende Einheitspreisklausel

Soll der Auftragnehmer das Bodenpflaster diagonal bzw. im Diagonalverband verlegen, kann er für die Herstellung der Bruch- und Schnittkanten ohne entsprechende Vereinbarung **eine besondere Vergütung** nicht deshalb verlangen, weil die VOB/C für Verkehrswegebauarbeiten, Pflasterdecken, Pflasterbeläge, Einfassungen, DIN 18318 als Beispiel für besondere Leistungen unter Ziffer 4.2.3 „Zusatzarbeiten, Verhau oder Schneiden von Passstücken“ nennen; eine im Leistungsverzeichnis nicht aufgeführte Leistung ist nämlich jedenfalls dann stillschweigend miterfasst, wenn sie für die Erbringung der Gesamtleistung unentbehrlich ist (OLG Rostock 21.4.2011 - 3 U 74/08).

Der - in dem nun noch zusammenfassend angesprochenen Fall übrigens öffentliche - Auftraggeber erreichte die Aufnahme der Formulierung in den Vertragstext, dass „**alle Baustelleneinrichtungen und Nebenleistungen, die nicht im Leistungsverzeichnis besonders aufgeführt sind, in die Einheitspreise einzukalkulieren**“ sind. Angesichts einer solchen Vereinbarung kann der Auftragnehmer auch bei dem geschlossenen VOB-Vertrag keine zusätzliche Bezahlung selbst für solche Leistungen verlangen, die nach Regelungen der VOB/C gesondert vergütbar sein könnten (OLG Dresden 31.8.2011 - 1 U 1682/10).

3. taktischer Einsatz von Baustellenprotokollen

Diese Unternehmer nutzen ferner aus, dass Vertragsänderungen auch durch **widerspruchslose Hinnahme eines Baustellenprotokolls über Vertragsverhandlungen** zustande kom-

men können, und setzen solche Protokolle zu diesem Zweck gezielt ein. Beachtlich ist insoweit nämlich, dass die Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens auch im Baubereich entsprechende Geltung haben. Sie können sogar auf ein Protokoll über eine nach Vertragsschluss durchgeführte Verhandlung betreffend einen geschlossenen Vertrag anwendbar sein, selbst wenn dieses Protokoll wegen des bereits geschlossenen Vertragsabschlusses kein kaufmännisches Bestätigungsschreiben im eigentlichen Sinne ist (*BGH* 27.1.2011 - VII ZR 186/09; *KG* 18.9.2012 - 7 U 227/11).

4. unzureichende Bauleitervollmacht

Sie statten ihren eingesetzten **Bauleiter** (Architekten) ganz bewusst nicht von vorneherein mit den für das ungehinderte Baugeschehen an sich zweckmäßigen Vollmachten aus, sodass ihnen dessen den Auftrag erweiternde Anordnungen, die sie nachfolgend auch nicht genehmigen, betreffend die bei dem ausführenden Unternehmen dafür angefallenen Mehrkosten in der Regel nicht zugerechnet werden können (*OLG Karlsruhe* 6.4.2010 - 4 U 129/08; *OLG Koblenz* 11.8.2011 - 2 U 140/10). Allein die - in der Praxis ohne entsprechenden Vertragstext selten nachweisbare - Erklärung des Auftraggebers, dass sein Bauleiter zur „allumfänglichen Vertretung“ berechtigt sei, beinhaltet eine umfassende rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung einschließlich der Beauftragung von Nachtragsleistungen (*OLG Köln* 7.11.2012 - 17 U 128/11). Der Umfang der Architektenvollmacht ist im Zweifel eng auszulegen; der Architekt ist deshalb grundsätzlich nicht zu wesentlichen Vertragsänderungen berechtigt (*KG* 22.5.2012 - 7 U 215/11). Ordnet der mit der Bauleitung beauftragte Architekt die Verwendung eines anderen als des ausgeschriebenen Baumaterials an, muss der Unternehmer den Auftraggeber informieren und die hiermit verbundene Vertragsänderung mit dem Auftraggeber abklären (*OLG Karlsruhe* 29.5.2012 - 8 U 173/10). Der Bauleiter des Auftraggebers ist ohne besondere Vollmacht grundsätzlich nicht zum Abschluss einer Stundenlohnvereinbarung berechtigt (*OLG Hamm* 19.6.2012 - 21 U 85/11),

Der Auftragnehmer kann sich nicht auf eine **Anscheinsvollmacht** der an der Baubesprechung beteiligten Bauleiter und Fachplaner des Auftraggebers berufen, wenn es sich bei der Besprechung nicht um Vertragsverhandlungen, sondern um ein Gespräch zu den anstehenden Arbeiten, mithin um eine typische Baubesprechung handelt; denn solche Baubesprechungen dienen lediglich dazu, die vertraglich geschuldete Leistung umzusetzen, nicht jedoch in den bestehenden Vertrag einzugreifen (*KG* 22.5.2012 - 7 U 215/11). Die Zurechnung des Verhaltens des Bauleiters kommt aber aufgrund **Duldungsvollmacht** in Betracht, wenn den Auftraggeber ausweislich seines mit dem Auftragnehmers geführten Schriftverkehr das Verhalten des Nachträge beauftragenden Bauleiters von vorneherein bekannt war und er es hinnahm (*OLG München* 24.5.2011 - 13 U 2760/10).

C. sachgemäßes Vorgehen des (Bau-) Unternehmers

Die potenziellen Auftragnehmer müssen diese vorbeschriebenen Vorgehensweisen einiger Auftraggeber durchschauen. Sie können ihre Rechte hinreichend - und dies durchaus ohne Verwendung eigener „dirty tricks“ - dadurch sichern, dass sie mindestens die nachfolgend angesprochenen Regeln beachten:

I. (bauvertragliches) Verhältnis zum Auftraggeber

1. Schriftform

Hinreichend sorgfältig tätige Auftragnehmer beachten penibel die altbekannte (und wahrlich nicht Binsen-) Weisheit: **Wer schreibt, der bleibt!**

a) Vor- (und Nach-) teile der Beweisfunktion eines Schriftstücks

Zwar benötigen Bauverträge aus juristischer Sicht für ihre Wirksamkeit grundsätzlich nicht die Schriftform. Die Beachtung der Schriftform ist aber dringend anzuraten, denn sie bewirkt eine **Beweisfunktion**:

Der Inhalt der Vertragsurkunde belegt dann nämlich exakt, was zwischen wem vereinbart worden ist und was nicht (= **Prinzip der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde**). „Wegen der großen Bedeutung, die auch und gerade der juristisch nicht bewanderte Laie dem schriftlichen Dokument beimisst, ist der Lebenserfahrung nach grundsätzlich davon auszugehen, dass beurkundete Erklärungen in erhöhtem Maße durchdacht sind und den Gegenstand abschließend regeln sollen. Die Partei, welche sich auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände beruft, insbesondere zum Nachweis eines vom Urkundentext abweichenden übereinstimmenden Willens der Beteiligten, trifft die Beweislast für deren Vorliegen (...)“ (LG Köln 8.3.2013 - 18 O 43/12). Betreffend den Vertragstext ist aber immer auch dies zu beachten: „Daraus, dass ein bestimmtes Ausführungsdetail nicht erwähnt ist, kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass es nicht geschuldet ist. Vielmehr muss unter Berücksichtigung der gesamten Umstände geprüft werden, ob eine bestimmte Qualität der Ausführung stillschweigend vereinbart ist. Entsprechende Qualitätsanforderungen können sich nicht nur aus dem Vertragstext, sondern auch aus den sonstigen vertragsbegleitenden Umständen, den konkreten Verhältnissen des Bauwerks und seines Umfeldes, dem qualitativen Zuschnitt, dem architektonischen Anspruch und der Zweckbestimmung des Gebäudes ergeben (...). Entspricht das Bauwerk nicht dem üblichen Qualitäts- und Komfortstandard, kann der Besteller in der Regel auch die Ausführung nicht näher beschriebener Details in diesem Standard verlangen und muss sich nicht mit dem Mindeststandard zufrieden geben (...)“ (BGH 21.11.2013 - VII ZR 275/12).

Zu berücksichtigen ist aber auch der weitere Rechtsgrundsatz, dass jede Mehrdeutigkeit des geschriebenen Textes zu Lasten derjenigen Vertragspartei geht, aus deren Sphäre der Text stammt (= **Prinzip des Verfasserrisikos**).

Beachtlich ist ferner, dass eine mündliche Vereinbarung trotz abgesprochener Schriftform durchaus Gültigkeit haben kann, weil darin regelmäßig die Schriftformklausel individuell abbedungen wird (*BGH* 21.9.2005 - XII ZR 312/02). Die Schriftlichkeit sollte - konsequent und sichernd - für sämtliche weiteren Vereinbarungen und auch die gesamte Korrespondenz eingehalten werden.

Es gilt mithin das Prinzip, dass der insoweit als Fachmann aufklärungspflichtige Auftragnehmer vor Vertragsabschluss Widersprüche und Unklarheiten in den vor Vertragsabschluss von dem Auftraggeber erhaltenen Informationen, insbesondere Unterlagen, zu klären hat (*OLG Dresden* 17.4.2012 - 5 U 842/11). Diese umsichtigen Auftragnehmer lesen die ihnen im Zusammenhang mit der Vertragsanbahnung zugeleiteten Unterlagen und schließlich die zur Unterzeichnung vorliegenden Vertragstexte in Ruhe und sorgfältig sowie komplett durch; was sie nicht sicher verstehen, muss, und zwar vor Unterschriftsleistung, hinreichend aufgeklärt werden. Sie überprüfen insbesondere den Vertragstext auf **Eindeutigkeit** sowie darauf, ob er **sämtliche** für sie **beachtlichen Punkte** klar wiedergibt.

b) weitere Details

aa) Klärung der Person des Vertragspartners

Unbedingt wichtig - z.B. für nachträgliche Abänderung der getroffenen Vereinbarung, für die Adressierung der (Bedenken-)Hinweise und auch der Rechnung - ist das Erreichen einer vollständigen Klarheit darüber, wer **Vertragspartner** werden soll (eine natürliche Person / beide Eheleute / eine juristische Person - wenn ja: welche - oder doch nur der Geschäftsführer persönlich?). Erstellt ein Unternehmer auf einem Grundstück für den Eigentümer erkennbar Leistungen, ergibt sich allein daraus nicht ein konkludenter Auftrag dieses Eigentümers oder bloß eine Vermutung der für die Auftraggeberstellung dieses Eigentümers. Nicht selten besteht Veranlassung zur Klärung der Grundbuchsituation; nur wenn Auftraggeber und Grundstückseigentümer identisch sind, kann eine dingliche Absicherung der Werklohnforderung durch Sicherungshypothek nach § 648 BGB in Betracht kommen.

Mir ist in meiner richterlichen Praxis ein - bezeichnender - Fall bekannt geworden, in dem nach nur mündlich geschlossenem Vertrag der Auftragnehmer im Anschluss an die erbrachte Leistung der von ihm als Vertragspartner angenommenen Person die Rechnung übersandte, worauf diese Person ihm - sogleich telefonisch(!) - mitgeteilt haben soll (dieses Gespräch blieb indes bis zum Ende des Rechtsstreits streitig und sein Stattfinden konnte letztlich nicht hinreichend bewiesen werden), diese **Rechnung „aus steuerlichen Gründen doch bitte“ an eine dazu namentlich benannte andere Person zu adressieren** und zu senden, was der Auftragnehmer dann auch tat. Nachfolgend verweigerte dieser neue Adressat indes die Bezahlung mit der Begründung, er sei doch gar nicht der Auftraggeber; nun lehnte - jetzt schriftlich(!) - der erneut mit der Rechnung angegangene erste Rechnungsadressat die Bezahlung ab und argumentierte damit, dass er doch von dem Auftragnehmer selbst nicht als

der richtige Auftraggeber angesehen worden sei, denn sonst hätte dieser Auftragnehmer die Rechnung nicht zuvor an einen anderen adressiert und diesem zur Bezahlung übersandt.

Allein daraus, dass eine Person eine ihr übersandte Rechnung als „*sachlich und rechnerisch richtig*“ bezeichnet, ergibt sich nicht zwingend, dass sie sich als Vertragspartner des Rechnungsausstellers ansieht; dies gilt selbst dann, wenn der Rechnungsaussteller die der Rechnung zugrundeliegende Leistung erbracht hat (KG 20.2.2014 - 27 U 126/13). Selbst der Umstand, dass eine GmbH Abschlagsrechnungen gestellt und der Auftraggeber diese bezahlt hat, schließt nicht zwingend aus, dass der Bauvertrag mit einem Dritten geschlossen worden war (OLG Celle 1.11.2012 - 5 U 201/11).

bb) Klärung der Umsatzsteuer

Die sorgfältigen Auftragnehmer stellen im Vertragstext eindeutig heraus, dass zu dem/n vereinbarten Preis/en die gesetzliche **Umsatzsteuer** hinzukommt.

Andernfalls ergibt sich die abgesprochene Vergütung in der Regel als Bruttopreis. Ein sicherer und bundesweiter Handelsbrauch dahin, dass zwischen Unternehmern vereinbarte Preise wegen der Vorsteuerabzugsberechtigung dieser Beteiligten immer als netto gelten mit der Folge, dass darauf Umsatzsteuer aufgeschlagen werden kann, findet sich nicht. Umsatzsteuergleitklauseln („*zuzüglich Umsatzsteuer in der jeweiligen gesetzlichen Höhe*“) sind jedenfalls im geschäftlichen Verkehr üblich und nicht unangemessen (Kniffka/Jansen/von Rintelen Bauvertragsrecht 2012 § 631 Rdn. 438).

Dazu noch dieser Fall: Der Unternehmer verkauft dem Auftraggeber ein Grundstück; mit gesondert geschlossenem Bauvertrag verpflichtet es sich, darauf ein Einfamilienhaus zu errichten; vereinbart ist, dass auf den Werklohn die Umsatzsteuer zu zahlen ist. Entsprechend beaufschlagt der Auftragnehmer seine Schlussrechnung mit Umsatzsteuer, der Auftraggeber zahlt dem Auftragnehmer auch diesen Umsatzsteueranteil; der Auftragnehmer leitet diese Umsatzsteuer dem Finanzamt weiter. Nachfolgend gelangt das Finanzamt indes zu der Erkenntnis, dass Grundstückskaufvertrag und Bauvertrag als einheitliches Vertragswerk anzusehen sind, mit der Folge, dass die erbrachten Bauleistungen umsatzsteuerfrei sind und der Auftraggeber zu weiterer Grunderwerbsteuer herangezogen wird. Kann der Auftraggeber vom Auftragnehmer den Mehrwertsteueranteil zurückverlangen, selbst wenn der Auftragnehmer wegen seiner Verrechnung mit geschuldeter Umsatzsteuer auf die Rechnungen seiner Subunternehmer keinen Rückerstattungsanspruch gegen das Finanzamt hat, an das er diese Mehrwertsteuer weitergeleitet hat? Die Antwort ist diese: Die Regelung des Bauvertrages, wonach sich die Vergütung inklusive Mehrwertsteuer versteht, ist nach ihrem Sinn und Zweck dahin auszulegen, dass die Umsatzsteuer nicht geschuldet ist und im Falle einer Bezahlung nach den Regelungen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden kann, wenn sie wegen der Einheit und Grundstückskaufvertrag tatsächlich nicht anfällt (OLG Köln 16.1.2012 - 19 U 104/11: Der Auftragnehmer kann sich nicht gemäß § 818 Abs. 3 BGB auf Entreicherung berufen, denn es fehlt an dem adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem rechtsgrundlosen Vermögenszuwachs und dem Vermögensverlust.).

cc) Klärung der Vollmachten

Von vorneherein ist seitens der Parteien des Bauvertrages unbedingt und eindeutig festzustellen, welche konkreten weitergehenden Vollmachten der vom Auftraggeber eingeschaltete Architekt hat. Denn die **originäre Architektenvollmacht ist grundsätzlich eng auszulegen**; insbesondere ist der bauleitende Architekt ohne besondere Beauftragung nicht zur Beauftragung von Nachträgen mit der Bindung des Auftraggebers bevollmächtigt (*OLG Dresden* 22.9.2010 - 6 U 61/05); Gleiches gilt für von dem Architekten vorgenommene Vertragsänderungen (*OLG Hamm* 5.5.2011 - 24 U 147/08). Die in einigen Bauverträgen enthaltene Klausel: „*Als Bevollmächtigter des Bauherrn gilt der Bauleiter / Architekt. Er ist berechtigt, Anordnungen zu treffen, die zur vertraglichen Durchführung der Leistung erforderlich sind.*“ enthält keinesfalls eine rechtsgeschäftliche Vollmacht zur Beauftragung von Nachträgen; denn Nachträge beinhalten eben nicht die Abwicklung der ursprünglich verabredeten Leistungen, sondern die Durchführung weitergehender Veränderungen des ursprünglich Vereinbarten (*BGH* 7.3.2002 - VII ZR 1/00). Zwar kann es Ausnahmesituationen geben, in denen der Auftraggeber durch eigenes schlüssiges Verhalten eine Anordnung des vollmachtlos handelnden Architekten genehmigt (so z.B. *OLG Naumburg* 30.9.2011 - 12 U 12/11: Der Auftraggeber weiß, dass für eine bestimmte zusätzliche Betätigung des Auftragnehmers zwingender Bedarf besteht, er weiß von der konkret erfolgten Beauftragung seitens seines Architekten und schreitet nicht ein.). Beachtlich ist aber, dass der Auftraggeber das vollmachtlose Handeln seines bauleitenden Architekten nicht schon dadurch per Selbstbindung duldet, dass dieser mit Wissen des Auftraggebers bei den Baubesprechungen anwesend war; eine Zurechnung lässt sich auch nicht daraus herleiten, dass dem Auftraggeber später Abschriften des Protokolls dieser Baubesprechung zugeleitet werden und er daraufhin nicht mehr interveniert (*OLG Brandenburg* 30.11.2011 - 4 U 144/07).

2. Aufklärungs-, Prüfungs- und Hinweispflichten

Grundsätzlich trägt der Auftragnehmer die Verantwortung für die Mangelfreiheit des von ihm erstellten Werkes. Der Auftragnehmer haftet aber nicht, wenn die Mängel auf verbindlichen Vorgaben des Auftraggebers oder von diesem gelieferte Stoffe oder Bauteile oder auf Vorleistungen anderer Unternehmer zurückzuführen sind **und er seine Aufklärungs-, Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt** hat (*OLG Düsseldorf* 7.10.2011 - 23 U 151/10; *OLG Stuttgart* 24.7.2012 - 10 U 47/12); die Verletzung der Hinweispflicht begründet keine Gewährleistungsansprüche, vielmehr lässt ihr Erfüllung die Haftung entfallen (*OLG Naumburg* 26.6.2014 - 2 U 131/13). Reagiert der Auftraggeber auf auch inhaltlich ordnungsgemäße Bedenkenhinweise des Auftragnehmers in der Weise, dass er die Durchführung der Arbeiten wünscht, muss der Auftragnehmer die Arbeiten durchführen; stellt er die Arbeiten dennoch ein, gerät er nur dann nicht in Verzug, wenn der Arbeit behördliche Anordnungen oder gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen (*OLG Hamm* 24.5.2012 - 21 U 95/11).

Zur Enthftung von seiner Gewährleistung muss der Auftragnehmer seine Bedenken hinsichtlich der Ungeeignetheit dieser Vorgaben **zur rechten Zeit, in der gebotenen Form und in der gebotenen Klarheit** erheben, wobei die nachteiligen Folgen und die sich hieraus ergebenden Gefahren unzureichender Vorgaben konkret dargelegt werden müssen, damit dem Auftraggeber die Tragweite der Nichtbefolgung klar wird (*OLG Brandenburg* 16.3.2011 - 13 U 126/09; *OLG Koblenz* 3.5.2011 - 5 U 141/11), er insoweit also konkret gewarnt wird (*OLG Hamm* 30.7.2013 - 21 U 84/12). Die Mitteilung des Auftragnehmers, dass er „*die gewählte Sonderbauweise nicht kennt und für ungünstig hält, wenn Wasser in den*

Aufbau gelangt“, genügt nicht den Anforderungen an einen inhaltlich klaren und konkreten Hinweis auf die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Vorgaben (*OLG Hamm* 10.12.2012 - 17 U 107/11); der Hinweis, dass der nach innen geneigte Einbau der Hebeschiebetüren „nicht zulässig“ sei, ist ohne Bekanntgabe der nachteiligen Folgen und der sich daraus ergebenden Gefahren unzureichend (*OLG Düsseldorf* 5.2.2013 - I-23 U 185/11). Beim **VOB-Vertrag** gilt betreffend Bedenkenhinweise gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B und Behinderungsanzeigen gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 VOB/B grundsätzlich das Schriftlichkeitsgebot; nach wohl noch herrschender Auffassung genügt die einfache E-Mail dem Schriftformerfordernis nicht (*OLG Frankfurt* 30.4.2012 - 4 U 269/11. A.A. *Schäfer* NJOZ 2013, 801).

Regelmäßig ist zwar der mit der Bauleitung beauftragte Architekt bzw. Bauleiter als empfangsbevollmächtigter **Adressat** für Bedenkenhinweise des Auftragnehmers anzusehen; hat der Auftragnehmer indes Veranlassung für die Annahme, dass dieser Architekt bzw. Bauleiter sich den Bedenken verschließt, muss er den Auftraggeber persönlich informieren (*OLG Brandenburg* 16.10.2012 - 11 U 102/11; *OLG Düsseldorf* 5.2.2013 - I-23 U 185/11). Beziehen sich die Bedenken gar auf Anordnungen des Bauleiters und/oder des Architekten, ist zwingend der Auftraggeber persönlich zu informieren; will / soll also der Auftragnehmer seine Arbeiten auf Anweisung bzw. mit Billigung des Architekten in einer vom Gewöhnlichen abweichenden Weise ausführen (z.B. Ausgleich der Unebenheiten des Untergrundes durch Fixierung der Fliesen auf Mörtelbatzen), sind die Bedenken gegenüber dem Auftraggeber persönlich anzumelden (*OLG Koblenz* 16.1.2013 - 5 U 748/12). Der umsichtige Auftragnehmer wendet sich mit seinen Mitteilungen deshalb immer auch an den Auftraggeber persönlich.

Der Hinweis muss **dem Adressaten nachweisbar zugehen**. Der OK-Vermerk eines Sendeberichts stellt bloß ein Indiz für den Zugang dar (*OLG Koblenz* 4.7.2013 - 3 W 298/13; *BGH* 19.2.2014 - IV ZR 163/13: Der behauptete Empfänger eines Telefax kann sich nicht auf ein bloßes Bestreiten des Zugangs beschränken; er muss sich im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast näher dazu äußern, welches Gerät er an der fraglichen Gegenstelle betreibt, ob die Verbindung im Speicher enthalten ist, ob und in welcher Weise er ein Empfangsjournal führt und dieses gegebenenfalls vorlegen.).

Die Beratungspflicht darf den Unternehmer nicht überfordern: Der Auftragnehmer braucht im Rahmen seiner Prüfungs- und Hinweispflicht nur solche Prüfmethode anzuwenden, die ihm als ordentlichem Handwerker oder Techniker zugänglich oder vertraut sein müssen und die ihm zumutbar sind; zu aufwändigen Untersuchungen oder gar zur Beauftragung von Sachverständigen ist er nicht verpflichtet (*OLG Jena* 2.4.2008 - 2 U 811/05).

Allein daraus, dass der Auftragnehmer an einer Stelle schlechte planerische Vorgaben des Auftraggebers feststellt, ergibt sich nicht die vorsorgliche eigenständige Prüfungs- und Hinweispflicht in Bezug auf die gesamte Planung (*OLG München* 5.6.2013 - 13 U 1425/12 Bau). Der Auftragnehmer muss auch nicht auf mit seiner Arbeit nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehende Gegebenheiten anderer Gewerke hinweisen: Im Falle der Parkettverlegung auf schwimmendem Estrich besteht deshalb für den Parkettverleger keine Hinweispflicht zum Erfordernis einer Dampfsperre (*OLG Frankfurt* 3.4.2009 - 19 U 149/08). Weil die unterschiedliche Beheizung verschiedener Räume keineswegs ungewöhnlich sondern eher die Regel ist, muss der Estrichleger seinem Auftraggeber einen ausdrücklichen Hinweis erteilen, wenn die von ihm auszuführenden Arbeiten nur für den Fall einer gleichmäßigen

Beheizung fachgerecht sind (KG 31.1.2014 - 7 U 30/13). Die Beratungspflicht bezieht sich auch nicht auf Selbstverständlichkeiten: Dass der Auftragnehmer auch den nicht aus dem Baufach kommenden Auftraggeber nicht darüber aufklären müsse, dass die zur Verlegung ausgewählten Steinplatten Eisen enthalten, welches unter Witterungseinfluss oxidiert (so *OLG Celle* 17.3.2011 - 6 U 125/17) erscheint - mir - zweifelhaft. Kommt es dem Auftraggeber erkennbar nicht nur auf die nutzungsbezogene Qualität wie Haltbarkeit und Trittsicherheit eines ausgewählten Natursteins an, sondern auch auf das optische Erscheinungsbild, muss der Auftragnehmer auf die Möglichkeit witterungsbedingter Verfärbungen dieses Materials hinweisen (*OLG Bamberg* 10.7.2013 - 4 U 208/12).

Selbstverständlich hängt der Umfang der Prüfungspflichten von den Umständen des Einzelfalls ab (*BGH* 8.11.2007 - VII ZR 183/05); insbesondere braucht der ausführende Unternehmer nicht die **speziellen Kenntnisse von Fachplanern** aufzubringen (*OLG Düsseldorf* 10.11.2000 - 22 U 78/00). Eine Untersuchungs- und Prüfungspflicht des Unternehmers beschränkt sich auf die technischen und handwerklichen Überprüfungen, die ihm möglich sind (*OLG Köln* 24.7.2013 - 11 U 221/12: Wird ein nicht auf die Beseitigung von Asbest spezialisierter Unternehmer mit zusätzlichen Demontearbeiten beauftragt und bestehen keine Hinweise auf eine Asbestproblematik, braucht er nicht eine kostenintensive Untersuchung auf eine rein hypothetische Asbestgefahr hin durchführen.). Eine Prüfungs- und Mitteilungspflicht entfällt, wenn sich der Auftragnehmer darauf verlassen kann, dass der Auftraggeber selbst hinreichend in der Lage ist, die Unzulänglichkeiten und Abweichungen von der notwendigen Art der Ausführung zu erkennen (*OLG Celle* 23.2.2012 - 16 U 4/10: Bei der Bestimmung der Hinweispflichten des Auftragnehmers sind die Sachkunde des Auftraggebers und insbesondere seine Hinzuziehung eines fachkundigen Ingenieurs für die Planungsleistungen zu berücksichtigen; bei Fragen der Geeignetheit des Baugrundes darf sich der Auftragnehmer in der Regel auf die vorliegenden Planungsleistungen verlassen. *OLG Naumburg* 26.6.2014 - 2 U 131/13). Eine Einstandspflicht des Auftragnehmers wegen eines unterlassenen Hinweises auf die mangelnde Eignung der ihm zur Verfügung gestellten Materialien besteht nicht, wenn aufgrund des Prozessverhaltens des Auftraggebers feststeht, dass dieser aus einem etwaigen Hinweis keine Konsequenzen gezogen hätte (*OLG Celle* 23.3.2011 - 14 U 89/09). Die diversen Einzelheiten dazu ergeben sich aus der vielfältigen und durchweg auf den konkreten Fall bezogenen Rechtsprechung (vgl. dazu z.B. die Ausführungen von Kniffka/Krause-Allenstein *Bauvertragsrecht* 2012 § 634 Rdn. 36 ff.). Die Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers gelten in gleicher Weise wie bei Vorunternehmerleistungen auch für **vom Besteller selbst ausgeführte Vorgewerke** (*OLG Düsseldorf* 28.2.2012 - 23 U 59/11).

Auch wenn der Unternehmer den Besteller darauf hingewiesen hat, dass bestimmte Voraussetzungen für sein Werk vorliegen müssen, muss er sich grundsätzlich vor Ausführung seines Werks vergewissern, ob diese Voraussetzungen eingehalten sind; regelmäßig kann er sich nicht darauf verlassen, dass diese Voraussetzungen vorliegen, weil er sie mit dem Vorunternehmer besprochen hat (*OLG Naumburg* 26.6.2014 - 2 U 131).

a) Beratungs- / Fürsorgepflichten

Bei dem Unternehmer wird bekanntlich vorausgesetzt, dass er die zur Herstellung des Werkes nötigen Fachkenntnisse und Fähigkeiten besitzt. Aus Treu und Glauben folgt, dass er den

Auftraggeber **schon bei Vertragsschluss über die Gestaltung und die Verwendung des Werkes beraten** muss. Für die unterlassene Prüfung und Mitteilung ist der Auftragnehmer verantwortlich, wenn er Mängel mit den bei einem Fachmann seines Gebietes zu erwartenden Kenntnissen hätte voraussehen können (*OLG Frankfurt* 7.12.2010 - 5 U 95/09). Deshalb ist der Auftragnehmer ist z.B. verpflichtet, den Auftraggeber vor Unterzeichnung des Vertrages darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Auftragsverhandlung vereinbarte Änderungen nicht vollständig in der besprochenen Weise in die Vertragsurkunde aufgenommen und für den Auftraggeber wesentliche Formulierungen weggelassen worden sind (*OLG Karlsruhe* 12.4.2011 - 8 U 171/09).

Kann eine Leistung auf mehrere Arten ausgeführt werden (z.B. übliches Verlegen der Natursteine oder deren - aufwändigeres - kalibriertes Verlegen), ist der Auftragnehmer jedenfalls dann zu einer umfassenden Beratung des Auftraggebers verpflichtet, wenn dieser erkennbar besondere Qualitätserwartungen an die auszuführende Leistung hat und selbst nicht fachkundig ist; kommt der Auftragnehmer dieser Beratungspflicht nicht nach und entspricht die fabrizierte Ausführung nicht diesen Qualitätserwartungen des Auftraggebers, ist, und zwar wegen unzureichender Beratung, der Auftragnehmer - aus § 280 Abs. 1 BGB! - selbst dann zum Schadensersatz in Höhe der Kosten einer erneuten Verlegung verpflichtet, wenn die ausgeführte Leistung handwerklich weitestgehend mangelfrei ist (*OLG Hamm* 8.5.2012 - 21 U 89/11).

Geht der erteilte Auftrag zur Durchführung der Kunststoff-Beschichtung des in einer Lagerhalle vorhandenen Magnesiaestrichs auf ein Angebot des Unternehmers zurück, in dem dieser mitteilte: „*Wir gehen davon aus, dass kein Wasser zum Magnesia-Estrich gelangen kann (seitlich oder von unten).*“, genügt dies bereits deshalb nicht als hinreichender Hinweis auf das Erfordernis der Trockenheit des Estrichs, weil von Wassereintritt und nicht von Feuchtigkeit gesprochen worden ist; darüberhinaus ist der Hinweis auch bezüglich der möglichen Gefahren, nämlich völlige Unbrauchbarkeit nicht nur des verlegten Bodens, sondern auch des darunterliegenden Estrichs mit der Konsequenz des längeren Betriebsausfalls betreffend die Benutzung dieser Halle, unzureichend. Vielmehr musste der Unternehmer sich schon **aus Fürsorgegesichtspunkten** davon vergewissern, dass sich tatsächlich keine Feuchtigkeit unter dem Estrich sammeln konnte (*OLG Frankfurt* 4.8.2011 - 22 U 167/09).

Lässt sich der im Baugewerbe erfahrene Auftraggeber aber zwei Angebote über zwei verschiedene Putzarbeiten vorlegen und entscheidet er sich ohne Nachfrage für eine von ihnen, ist davon auszugehen, dass er um deren Vor- und Nachteile weiß; eine besondere Hinweis- und Aufklärungspflicht besteht für den Auftragnehmer bei dieser Sachlage nicht (*OLG Nürnberg* 28.5.2014 - 2 U 2205/12).

Ergibt sich dem Unternehmer, dass er mit der abgesprochene Ausführungsart Bei einer sog. „**Vereinbarung der Beschaffenheit nach unten**“, also dem Einvernehmen der Parteien betreffend die Unterschreitung des gewöhnlichen Standards, ist der Auftragnehmer grundsätzlich erst dann von seiner Haftung befreit, wenn er den Auftraggeber zuvor umfassend, eindeutig und nachweisbar auf die konkreten Risiken hingewiesen hat.

b) Prüfungspflichten

Betreffend **weitere Prüfungspflichten** gilt dies:

Der Heizungsbauer hat die Wärmebedarfsberechnung des Fachplaners überschlägig zu prüfen und gegebenenfalls Bedenken anzumelden (*OLG Jena* 20.2.2012 - 9 U 506/11). Der mit der Verlegung von Fliesen auf neuem Estrich befasste Bodenleger haftet auf Gewährleistung trotz seines handwerklich den anerkannten Regeln der Technik entsprechenden Einbaus ordnungsgemäßer Fliesen, wenn er nicht hinreichend und nachweisbar die **Belegereife** des seitens des Auftraggebers - gegebenenfalls aufgrund Arbeiten Dritter - gestellten Estrichs geprüft hat und es wegen seines Aufbaus auf dem zu feuchtem Estrich zu Aufbrüchen kommt (*OLG Düsseldorf* 10.6.1997 - 21 U 188/96; *LG Koblenz* 8.2.2007 - 4 O 167/06); bei Vorhandensein einer Fußbodenheizung muss er sich nach der Auffassung einiger (*OLG Hamm* 13.12.2000 - 25 U 148/98) das „Aufheizprotokoll“ vorlegen lassen. Der Dachdecker, der Heißbitumen verwendet, muss die Beschaffenheit des gesamten Daches untersuchen und dafür Sorge tragen, dass keine heißen Bitumentropfen auf leicht entflammbare Dämmstoffe gelangen können; unterlässt er dies und kommt es bei seinen Arbeiten zu einem Brand, ist er zum Schadensersatz verpflichtet (*OLG Düsseldorf* 28.8.2012 - 21 U 74/10). Ein im Bereich der Gebäudeabdichtung tätiger und über einschlägige Spezialkenntnisse verfügender Fach-Auftragnehmer muss die Planung der Abdichtung prüfen und den Auftraggeber darauf hinweisen, wenn sie nicht dazu geeignet ist, die Nutzung des Kellers als Büro zu ermöglichen (*OLG Naumburg* 8.5.2013 - 2 U 174/12: Verletzt der Auftragnehmer diese Verpflichtung, haftet er für 50% der Mängelbeseitigungskosten.)

Der Unternehmer kann seine Leistung nicht gleichsam „blind“ gemäß den Vorgaben der Ausführungsplanung erbringen; sieht mithin die Ausführungsplanung betreffend die in den Bädern eines Krankenhauses ein **Nullgefälle** vor, während gemäß Leistungsverzeichnis und den anerkannten Regeln der Technik in Räumen mit Bodeneinlauf die Bodenbeläge mit 2%-Gefälle herzustellen sind, ist die den Vorgaben der Ausführungsplanung folgende Erledigung ohne Gefälle nur dann nicht mangelhaft, wenn der Unternehmer Bedenken angemeldet hatte (*OLG Brandenburg* 30.11.2011 - 4 U 144/07).

Jeder Werkunternehmer, der seine Arbeit in engem Zusammenhang mit der Vorarbeit eines anderen auszuführen hat, muss in zumutbarem Umfang prüfen und gegebenenfalls auch geeignete Erkundigungen einziehen, ob diese Vorarbeiten, Stoffe oder Bauteile eine geeignete Grundlage für sein Werk bieten und keine Eigenschaften besitzen, die den Erfolg seiner Arbeit in Frage stellen können (*LG Koblenz* 8.2.2007 - 4 O 167/06; *OLG Rostock* 11.6.2009 - 3 U 213/08; *OLG Düsseldorf* 5.2.2013 - 23 U 185/11). Ist die von dem Auftraggeber in Aussicht genommene Ausführung für das Erreichen des Bauerfolges nicht sicher geeignet, muss der Auftragnehmer insoweit eindeutige, detaillierte Mitteilung machen (*OLG Naumburg* 29.3.2011 - 9 U 108/10). Dass die Planung und Objektüberwachung dem vom Bauherrn beauftragten Architekten obliegen, enthebt eine Bauunternehmung nicht von der Verpflichtung, auf unzulängliche Vorarbeiten und offen zutage liegende Planungs- und sonstige Fehler hinzuweisen und insoweit Bedenken anzumelden (*OLG Koblenz* 24.4.2012 - 5 U 843/11). Meldet der Auftragnehmer Bedenken wegen ungeeigneter Vorarbeiten an (z.B. bei Bodenbelagsarbeiten befürchtete Blasenbildung aufgrund fehlender Belegereife des Estrichs) und ordnet der Auftraggeber hierauf die Ausführung der Arbeiten unter Freistellung von der Gewährleistung wegen der angezeigten Umstände an, ist der Auftragnehmer wegen der angezeigten Ungeeignetheit der Vorarbeiten befreit (*OLG Düsseldorf* 15.1.2008 - 23 U 43/07); verlangt der Auftraggeber dann Beseitigung dieser Schäden an dem noch nicht abgenommenen Werk, sind diese zusätzlichen Arbeiten vergütungspflichtig; gegebenenfalls hat er auch einen Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB (*OLG Stuttgart* 26.7.2011 - 10 U 4/11). Beachtlich ist ferner,

dass der Auftragnehmer nach der Anmeldung von Bedenken grundsätzlich verpflichtet ist, die Vorgaben des Auftraggebers auch dann umzusetzen, wenn dieser die mitgeteilten Bedenken nicht teilt; ihm steht ausnahmsweise jedoch dann ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn der weiteren Durchführung der Bauarbeiten, gegen die Bedenken angemeldet wurden, gesetzliche oder behördliche Bestimmungen entgegenstehe, insbesondere bei Gefahr für Leib und Leben (*OLG Karlsruhe* 20.7.2004 - 17 U 262/01).

c) nachfolgende Hinweispflichten

Ganz ausnahmsweise kann die Mitteilungspflicht mit Abschluss der eigenen Arbeiten noch nicht beendet sein: Zwar ist es grundsätzlich nicht mehr die Aufgabe des Vorunternehmers, auf eine hinreichende Koordinierung der nachfolgenden Arbeiten hinzuwirken; wenn ihm aufgrund seines überlegenen Fachwissens allerdings klar sein muss, dass die Leistungen des Nachfolgeunternehmers zu einem Schaden am eigenen Gewerk führen können, muss der Auftragnehmer zur Vermeidung seiner Haftung sogar die **Leistungen des Nachfolgeunternehmers überprüfen** und seinem Auftraggeber Bedenken mitteilen (*OLG Zweibrücken* 2.5.2011 - 7 U 77/09) bzw. Hinweise zur konkreten Ausgestaltung der nachfolgenden Arbeiten anbringen (*OLG München* 17.7.2012 - 3 U 658/11 Bau). Der Auftragnehmer ist grundsätzlich nicht auch noch zu der Erteilung einer Gebrauchsanweisung seiner Leistung verpflichtet; hat er jedoch Veranlassung für seine Annahme, dass der Auftragnehmer durch unsachgemäße Verwendung der Leistung zwangsläufig einen Schaden erleiden werde, muss er darauf hinweisen (*OLG München* 9.4.2013 - 9 U 4449/08). Der zur Erstellung von Fliesenarbeiten verpflichtete Auftragnehmer muss den Auftraggeber auf die Ungeeignetheit eines bestimmten, nämlich säurehaltigen, Reinigungsmittels hinweisen; dass ihm die dazu vorliegenden Publikationen nicht bekannt gewesen sind, entlastet ihn nicht (*OLG Frankfurt* 1.8.2013 - 15 U 163/12). Stellt der Auftragnehmer in der Gewährleistungsphase bei seiner Beseitigung von Mängeln an einer Dachfläche fest, dass das Dach nachträglich mit einer Kiesbeschichtung versehen wurde, die nicht in die statische Berechnung eingeflossen ist, erfüllt er seine nachvertragliche Hinweispflicht bereits dadurch, dass er den vom Auftraggeber mit der Überwachung der Mängelarbeiten beauftragten Architekten auf diesen Umstand hinweist (*OLG Hamm* 8.1.2013 26 U 133/12. Zweifelnd *Bröker* IBR 2014, 201: Die Mitteilung ist dem Auftraggeber gegenüber vorzunehmen.)

3. Mangel / Bedeutung der anerkannten Regeln der Technik / geänderter EnEV / der DIN

Die einschlägigen technischen Regeln und darauf beruhende Verfahren müssen einem Fachunternehmen bekannt sein (*LG Bad Kreuznach* 24.1.2014 - 2 O 159/13: Floating-Buttering-Verfahren bei Fliesenarbeiten in Nassräumen). Soweit für die Bauleistung anerkannte Regeln der Technik bestehen, beschreiben diese die im allgemeinen Rechtsverkehr erwartete Beschaffenheit und die stillschweigend vereinbarte Mindestqualität, sodass ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik im Regelfall zu einem Mangel führt (*OLG München* 26.2.2013 - 9 U 1553/12 Bau: In einem Einfamilienwohnhaus müssen WC und Flur getrennte Heizkreise haben, andernfalls liegt ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik und somit ein Mangel vor; das gilt auch dann, wenn in der vom Auftragnehmer / Bauträger erstellten Baubeschreibung vorgesehen ist, dass „Gäste-WC, Windfang und Flur im Erdge-

schoss einen Heizkreis bilden“; denn eine Abweichung von den anerkannten Regeln der Technik kommt nur bei ausdrücklicher Klarstellung in Betracht.). Maßgebend ist aber letztlich nicht die Einhaltung der Technik sondern der dadurch mögliche Erfolg, nämlich die Gebrauchsfähigkeit der Bauleistung (BGH 7.3.2013 - VII ZR 134/12; OLG Brandenburg 26.9.2013 - 12 U 115/12); deshalb kann das erstellte Werk im Einzelfall auch bei Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik mangelhaft sein, wenn es von der Beschaffenheit abweicht, die es für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch haben muss (OLG Frankfurt 30.11.2010 - 5 U 76/02; OLG Hamm 27.9.2012 - 17 U 170/11). Ein Verstoß gegen die anerkannten Regel der Technik kann unerheblich sein, wenn damit keine nachweisbaren Risiken verbunden sind (OLG Koblenz 16.1.2013 - 5 U 748/12: betreffend Entkopplungsmatten unter einem Fliesenbelag. A.A. OLG Oldenburg 28.2.2012 - 2 U 62/11: Das Verwenden von Entkopplungsmatten als Fliesenuntergrund entspricht nicht den anerkannten Regeln der Technik und ist grundsätzlich mangelhaft, es sei denn bei Vertragsabschluss ist darauf hingewiesen worden.).

Anerkannte Regeln der Technik sind diejenigen Regeln für den Entwurf und die Ausführung baulicher Anlagen, die in der technischen Wissenschaft als theoretisch sicher anerkannt und feststehen sowie insbesondere in dem Kreis der für die Anwendung der betreffenden Regeln maßgeblichen, nach dem neusten Erkenntnisstand vorgebildeten Techniker durchweg bekannt und aufgrund fortdauernder praktischer Erfahrung als technisch geeignet, angemessen und notwendig anerkannt sind (OLG Hamm 17.8.1990 - 26 U 180/89; Seibel BauR 2014, 909).

Diese anerkannten Regeln der Technik sind nicht ausschließlich in veröffentlichten Regelwerken niedergelegt, sie können sich auch durch ungeschriebene Regeln konkretisieren (BGH 21.11.2013 - VII ZR 275/12). Allerdings ergeben sich durchaus - vereinzelt - Fälle, in denen das Werk diesen anerkannten Regeln entspricht, aber dennoch mangelhaft ist. Was mangelhaft ist, bestimmt das Gesetz in § 633 Abs. 2 S. 1 und 2 BGB nämlich mit diesem Wortlaut:

„¹Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. ²Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln,

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

2. für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.“

Juristen sprechen insoweit von dem **subjektiv-funktionalen Mangelbegriff**. In erster Linie muss das Werk die vereinbarte Beschaffenheit aufweisen. Allerdings ist nicht jede Produktbeschreibung der bei einer Erstellung eines Werks zu verwendenden Materialien als Beschaffenheitsvereinbarung zu werten; verwendet der Unternehmer bei der Ausführung von Abdichtungsarbeiten nicht das als Abdichtungsbahn vereinbarte, sondern ein anderes Produkt, begründet diese Abweichung jedenfalls dann keinen Mangel des Werks, wenn das verwendete und das vereinbarte Material technisch gleichwertig und im Einkaufspreis bis auf wenige Cent gleich teuer sind. (OLG Frankfurt 16.5.2013 - 15 U 251/11). Zur vereinbarten Beschaffenheit gehören ferner alle Eigenschaften des Werkes, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen (LG Berlin 8.5.2014 - 57 S 112/13: Wird der Auf- und Einbau einer Bausatz- oder einer fertigen Duschtasse gemäß

Montageanleitung geschuldet, muss eine funktionstüchtige Dusche erstellt werden, die für den bestimmungsgemäßen Gebrauch geeignet ist, also keine Undichtigkeiten aufweist.). Dieser bestimmt sich nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll (*BGH* 9.7.2014 - VII ZR 161/13: Der bloße Umstand, dass eingebaute Glasscheiben gebrochen sind, sagt nichts darüber aus, welche Partei dieses Risiko zu tragen hat; es kommt vielmehr darauf an, ob die Parteien als Funktion vereinbarten, dass keine Glasbrüche außer durch Fremdeinwirkungen eintreten dürfen.). Vereinbaren die Parteien einen anderen Erfolgzustand als den der anerkannten Regeln und entspricht das Werk dann nur den anerkannten Regeln, ist es mangelhaft mit der Konsequenz des Entstehens von Gewährleistungsansprüchen des Auftraggebers (*BGH* 21.9.2004 - X ZR 244/01). Gleiches gilt, wenn sich die anerkannten Regeln als fehlerhaft erweisen.

Aus der Praxis noch dieser Fall: Das Leistungsverzeichnis des Bauträgers nennt bezüglich der Schallisolierung der Neubauwohnung, dass die **DIN 4109** eingehalten wird. Tatsächlich geschieht das auch, indes keine darüber hinausgehende Schallisolierung. Liegt ein Mangel der Neubauwohnung vor? Das dürfte zu bejahen sein, weil der übliche Schallschutz eines Neubaus heute über DIN 4109 hinausgeht; durch das Leistungsverzeichnis ist nämlich nicht herausgestellt worden, dass weniger als der übliche Standard geschuldet wird (*BGH* 14.6.2007 - VII ZR 45/06: Eine DIN - hier 4109 -, die lediglich den Schutz vor unzumutbarer Belästigung bezweckt, kann keine anerkannte Regel der Technik für eine Bauausführung sein, mit der ein üblicher Komfort- und Qualitätsstandard geschuldet ist. *OLG Karlsruhe* 29.5.2012 - 8 U 173/10: Wird aufgrund von Vorgaben des Leistungsverzeichnisses erkennbar ein mindestens üblicher Qualitäts- und Komfortstandard geschuldet, muss ein Unternehmen einen erhöhten Schallschutz errichten.).

Verändern sich die anerkannten Regeln zeitlich nach dem Vertragsschluss bis zur Abnahme, sind **die im Zeitpunkt der Abnahme geltenden anerkannten Regeln der Technik** einzuhalten (*BGH* 14.5.1998 - VII ZR 184/97; *OLG Nürnberg* 23.9.2010 - 13 U 194/08); der Auftraggeber kann nämlich redlicherweise erwarten, dass das Werk den anerkannten Regeln zum Zeitpunkt der Abnahme entspricht und diejenigen Qualitäts- und Komfortstandards erfüllt, die auch vergleichbare andere, zeitgleich hergestellte Bauwerke erfüllen (*OLG Hamm* 15.5.2012 - 21 U 113/11). Ist die Leistung im Vertrag detailliert beschrieben worden und ergibt sich aufgrund einer **vor Abnahme eingetretenen Änderung der anerkannten Regeln der Technik** bei Erledigung der vereinbarten Leistung eine Nichtbeachtung der anerkannten Regeln der Technik, besteht Veranlassung für entsprechende Hinweise seitens des Auftragnehmers. Ordnet der Auftraggeber die geänderte Ausführung an, kann der Auftragnehmer beim VOB-Vertrag die Vereinbarung eines neuen Preises gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B verlangen.

Ändern sich die anerkannten Regeln der Technik zeitlich nach der Abnahme, jedoch vor von dem Auftragnehmer nun noch durchzuführender Mängelbeseitigung, hat der Auftragnehmer die zum Zeitpunkt der Vornahme der Mängelbeseitigungsarbeiten geltenden anerkannten Regeln der Technik und gesetzlichen Vorschriften betreffend diese Arbeiten einzuhalten. Bei den Mehrkosten der aufgrund nach Abnahme gestiegener gesetzlicher oder technischer Anforderungen an das Werk handelt es sich dann **nicht um Sowieso-Kosten**; ein dem Auftraggeber gegebenenfalls verbleibender Mehrwert gegenüber der ursprünglich vereinbarten Werkleistung kann allenfalls nach den Grundsätzen der Vorteilausgleichung eine Zahlungs-

pflicht des Auftraggebers begründen (*OLG Stuttgart* 14.9.2011 - 10 W 9/11); dazu dieses Beispiel: Galten zur Zeit der Abnahme die Regelungen der EnEV 2002, im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung diejenigen der EnEV 2009, sind betreffend die Mängelbeseitigungsarbeiten die Regelungen der EnEV 2009 einzuhalten (*OLG Stuttgart* 3.7.2012 - 10 U 33/12).

Werden bei einer Werkleistung die einschlägigen **DIN** nicht eingehalten, spricht eine widerlegliche Vermutung im Sinne der Grundsätze des Anscheinsbeweises dafür, dass im örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Werkleistung entstandene Schäden bei Beachtung der DIN vermieden worden wären und auf die Verletzung der DIN zurückzuführen sind; der insoweit in Anspruch genommene Werkunternehmer hat daher darzulegen und zu beweisen, dass die Schäden nicht auf der Verletzung von DIN beruhen, also auch im Falle der Einhaltung der DIN entstanden wären, in diesem Zusammenhang verbleibende Zweifel gehen zu Lasten des Werkunternehmers (*OLG Düsseldorf* 4.5.2012 - 23 U 80/11). Der Unternehmer kann sich aber nicht darauf verlassen, dass eine DIN-gerechte Arbeit die Erfüllung des von ihm übernommenen Bausolls zwingend zur Folge hat; nicht selten sind die DIN inhaltlich überholt und geben eben auch nicht den gültigen Stand der anerkannten Regeln der Technik wieder (*OLG Dresden* 24.9.2009 - 9 U 1430/08; *OLG Brandenburg* 29.8.2013 - 12 U 183/12).

Ob und inwieweit die Einhaltung von **Herstellerrichtlinien** zur vereinbarten Beschaffenheit gehört, hängt von den Umständen des Einzelfalls und dem Inhalt der Richtlinien ab (*Seibel BauR* 2012, 1025; *Sass BauR* 2013, 1333). Ist die Einhaltung der Herstellerrichtlinien ausdrücklich abgesprochen worden, (mit-)bestimmen sie die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit. Allein der Umstand, dass die Arbeiten gemäß den Herstellerrichtlinien erledigt worden sind, befreit den Auftragnehmer nicht von der Haftung für aufgetretene Mängel gegenüber seinem Auftraggeber (*OLG Hamm* 18.4.1996 - 17 U 112/95). Die **Missachtung von Herstellervorgaben** bei der Verarbeitung von Produkten führt nur insoweit zu einem Werkmangel, als die Verletzung der Produktregel das Risiko der vertraglichen Verwendungseignung erhöht; der Mangel besteht dann auch nur in der größeren Risikoungewissheit und nicht im Verstoß gegen die Anleitung (*OLG Köln* 20.7.2005 - 11 U 96/04; *OLG Frankfurt* 15.6.2012 - 2 U 205/11); ein Verstoß gegen Herstellervorgaben stellt ferner dann keinen Mangel der Werkleistung dar, wenn der Auftraggeber kein einheitliches System eines einzigen Herstellers vorgibt, sondern vom Auftraggeber gestellte Materialien verschiedener Hersteller zur Ausführung kommen (*OLG Celle* 23.3.2011 - 14 U 89/09). Es wird die Auffassung vertreten, dass die Missachtung von Herstellerrichtlinien jedenfalls dann die widerlegliche Vermutung für einen Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik enthält, wenn neben den Herstellerrichtlinien keine konkurrierenden technischen Regeln existieren (*OLG Jena* 27.7.2006 - 1 U 897/04). Diese Auffassung erscheint - jedenfalls mir - zweifelhaft, weil so der Hersteller neuartiger Materialien diese mittels von ihm verfasster Herstellerrichtlinien gleichsam per Quasi-DIN mit der Folge der Geltung eines ihn begünstigen Anscheinsbeweises ausstatten könnte. Der Auftraggeber darf allerdings erwarten, dass der von ihm beauftragte Unternehmer nicht von den Vorgaben des Herstellers in der Weise abweicht, dass dies den Verlust der Herstellergewährleistung nach sich ziehen könnte (*OLG Brandenburg* 15.5.2013 - 4 U 5/11). Die Herstellerrichtlinie kann nicht die Vereinbarungen zur Funktionstauglichkeit des Werks abbedingen (*Faust BauR* 2013, 363, 368).

4. überragende Bedeutung der Abnahme

Die Abnahme ist eine Spezialität des Werkrechts und stellt sich dar als die **mit der körperlichen Entgegennahme des Werks verbundene Erklärung des Bestellers, dass er die Werkleistung als in der Hauptsache vertragsgemäß anerkennt** (OLG Düsseldorf 22.7.2014 - 21 U 193/13). Sie kann erfolgen wie eine Willenserklärung. Sie ist abzugrenzen von der Bauabnahme durch die Ordnungsbehörde. Ferner darf sie nicht verwechselt werden mit der in § 4 Abs. 10 VOB/B geregelten technischen Abnahme, die lediglich einer gemeinsamen technischen Kontrolle (Zustandsfeststellung) dient. Die Gebrauchsabnahme eines erstellten Kamins durch den Schornsteinfeger ist ebenfalls nicht mit der werkvertraglichen Abnahme gleichzusetzen (OLG Brandenburg 15.5.2013 - 4 U 5/11).

Der Auftragnehmer hat einen Anspruch auf Abnahme gem. § 640 Abs. 1 BGB; die Abnahme ist **als Hauptpflicht einklagbar**. Lehnt der Auftraggeber grundlos die Abnahme ab, kann der Auftragnehmer unmittelbar auf Zahlung klagen; denn mit dem Zahlungsantrag wird konkludent die Abnahme der Werkleistung begehrt (LG Frankfurt/M. 25.9.2013 - 2-16 S 54/13). Die Abnahme kann **nicht wegen unwesentlicher Mängel verweigert** werden; Gleiches gilt, wenn nur unwesentliche Restarbeiten fehlen. Ob ein Mangel wesentlich ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere von der Art des Mangels, seines Umfangs und seiner Auswirkungen ab (OLG Frankfurt 17.9.2013 - 14 U 129/12: Die unzureichende Qualität eines Betonbodens stellt einen wesentlichen Mangel dar, wenn die Nutzbarkeit der betroffenen Flächen für den vertraglich vorausgesetzten Zweck – Befahrung durch Hubwagen mit 2.200 kg Nutzlasten – beeinträchtigt wird.) Die Abnahme hat diese für den Auftragnehmer grundsätzlich vorteilhaften Wirkungen:

Sie ist **Fälligkeitvoraussetzung für den Vergütungsanspruch**, § 641 BGB. Das bedeutet aber auch, dass die gem. §§ 195, 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB mit dem Ende des Jahres startende dreijährige Verjährung des - gegebenenfalls auch restlichen - Vergütungsanspruchs durch die Abnahme in Gang kommt. Eine vertragliche Abweichung von dem Grundsatz, dass die Fälligkeit des Werklohnanspruchs mit der Abnahme eintritt, bedarf einer eindeutigen Abrede; eine Regelung, wonach die Schlussrechnung des Unternehmers von einem Ingenieurbüro zur Zahlung freizugeben ist, erfüllt diese Voraussetzungen nicht (OLG Köln 18.1.2012 - 17 U 61/11). Bringt der Unternehmer zum Ausdruck, dass er keine Mängelbeseitigungsarbeiten mehr ausführen wird, führt dies nicht zur Entbehrlichkeit der Abnahme als Fälligkeitvoraussetzung (OLG Düsseldorf 22.7.2014 - 21 U 193/13: Durch die Weigerung des Unternehmers, Mängel zu beseitigen, wird ein Übergang in das Abrechnungsstadium nicht bewirkt, und zwar auch dann nicht, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung endgültig verweigert.). Verweigert der Besteller die Annahme einer ordnungsgemäßen Nacherfüllung durch den Unternehmer, führt dies dazu, dass er sich nicht auf die fehlende Abnahme als Fälligkeitvoraussetzung berufen kann; scheitert die mangelfreie Herstellung allein daran, dass der Besteller das ordnungsgemäße Nacherfüllungsangebot des Unternehmers ausschlägt, kann der Unternehmer seine Vergütung nach Maßgabe des § 322 Abs. 2 BGB („*Hat der klagende Teil vorzuleisten, so kann er, wenn der andere Teil im Verzug der Annahme ist, auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen.*“) einklagen (OLG Düsseldorf 22.7.2014 - 21 U 193/13).

Mit der Abnahme entfällt die **Schutzpflicht** nach § 4 Abs. 5 VOB/B. Die **Beweislast** für behauptete Mängel kehrt sich mit der Abnahme um. Mit der Abnahme beginnt gem. § 634a

Abs. 1 BGB die **Verjährungsfrist** für Mängelansprüche. Mit der Abnahme ist der Werklohn gesetzlich zu **verzinsen**, sofern er nicht gestundet worden ist, § 641 Abs. 4 BGB.

In vielen Verträgen ist die **förmliche Abnahme** vereinbart. Im VOB-Vertrag kann sie jede Partei verlangen; Details regelt § 12 Abs. 4 VOB/B. Die vertragliche Vereinbarung einer förmlichen Abnahme schließt eine Abnahmefiktion nach § 12 Abs. 5 VOB/B aus. Beim BGB-Vertrag wird die gesetzliche Abnahmefiktion des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB dadurch ausgelöst, dass der Auftragnehmer eine förmliche Abnahme binnen angemessener Frist begehrt, der Auftragnehmer indes innerhalb der Frist nicht abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. Empfehlenswert ist die Führung eines Protokolls über die Abnahme, aus dem sich insbesondere die eindeutige Erklärung ergibt, ob die Abnahme trotz der im Protokoll enthaltenen Mängel erklärt oder ob sie verweigert wird.

Eine **stillschweigende (konkludente) Abnahme** kann vorliegen, wenn die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme seitens des Werkes erfolgt oder das Werk rügelos seiner Bestimmung gemäß in Gebrauch genommen worden ist. Der Einzug des Bestellers in ein weitgehend fertig gestelltes Gebäude stellt klar dann keine stillschweigende Abnahmeerklärung dar, wenn der Besteller zuvor oder zeitgleich erhebliche Mängel gerügt hat (*OLG Düsseldorf* 22.7.2014 - 21 U 193/13). Dabei ist dem Auftraggeber vom Zeitpunkt der ersten Nutzungshandlung an eine Prüfungszeit zuzubilligen, deren Länge von den Umständen des Einzelfalles abhängig ist (*OLG Köln* 7.11.2012 - 17 U 128/11). Bisweilen wird die stillschweigende Abnahme trotz der beim VOB-Vertrag vereinbarten förmlichen Abnahme bereits darin gesehen, dass der Auftraggeber, der die Schlussrechnung des Auftragnehmers erhalten hat, nicht binnen angemessener Zeit eine förmliche Abnahme verlangt (*OLG Düsseldorf* 11.4.2013 - 5 U 127/12). Jedenfalls wenn der Auftraggeber die Rechnung des Auftragnehmers bezahlt, auf ein Schreiben des Auftragnehmers, in dem dieser auf die aus seiner Sicht erfolgte Abnahme hinweist, nicht reagiert und er die erst nach Abnahme zu stellende Gewährleistungsbürgschaft annimmt, ist von dem konkludenten Verzicht auf die vereinbarte förmliche Abnahme und der stattgefundenen Abnahme auszugehen (*OLG Düsseldorf* 19.11.2013 - 23 U 15/13; *OLG Dresden* 21.1.2014 - 5 U 1296/13). Mit der vorbehaltlosen Bezahlung einer Rechnung wird die Leistung aber nicht angenommen, wenn sie erkennbar noch nicht vollfunktionsfähig ist (*BGH* 5.6.2014 - VII ZR 276/13). Werden Baumängel indes fortlaufend gerügt, liegt allein in der Nutzung keine Abnahme (*OLG München* 23.5.2012 - 27 U 3427/11 Bau). Die tatsächliche Nutzung einer Werkleistung oder wesentlicher Teile derselben bringt nur dann den Abnahmewillen des Bestellers zum Ausdruck, wenn es irgendeinen Anhaltspunkt dafür gibt, dass die Nutzung Ausdruck der Absicht ist, das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß zu akzeptieren; daran fehlt es, wenn die vorübergehende Nutzung nur der Minderung des ansonsten drohenden Ausfallschadens dient (*OLG Koblenz* 30.1.2013 - 5 U 324/12). Umgekehrt handelt es sich bei der Angabe in einem Protokoll, dass die Abnahme „vorbehaltlich der laut Anlage aufgeführten Mängel“ erklärt wird, lediglich um einen Mängelvorbehalt, durch den die Abnahmewirkung nicht beseitigt wird (*OLG Hamm* 2.10.2013 - 12 U 5/13). Keine konkludente Abnahme ist anzunehmen, wenn wesentliche Vertragsleistungen noch ausstehen. Allein das Zulassen des Weiterbaus durch einen anderen Unternehmer oder einen Nachfolgeunternehmer hat keinen Abnahme-Erklärungswert. Die erfolgreiche Durchführung einer **Selbstvornahme**, nicht aber bereits die Ankündigung, beinhaltet die Abnahme. Ein **gemeinsames Aufmaß** ist nicht ohne weiteres als Abnahme zu werten.

Ist die VOB/B wirksam vereinbart worden, kann es zu der in § 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B geregelten **fiktiven Abnahme** kommen, wobei diese Abnahmewirkung unabhängig von dem Willen des Bestellers eintritt. Die fiktive Abnahme kommt nicht in Betracht, wenn die Leistung erkennbar nicht fertig gestellt ist oder erhebliche Mängel aufweist. Sie tritt ferner nicht ein, wenn der Besteller ausdrücklich die Abnahme verweigert oder sich aus seinem Verhalten die Weigerung ergibt.

Sofern dies vereinbart worden ist, kann der Unternehmer eine **Teilabnahme** verlangen. Beim VOB-Vertrag hat der Unternehmer Anspruch auf die rechtsgeschäftliche Teilabnahme in sich abgeschlossener Leitungen, § 12 Abs. 2 VOB/B.

Die Leistung wird insgesamt abgenommen, wenn in einer Anlage zum **Abnahmeprotokoll** Mängel aufgelistet werden (*OLG München* 29.10.2013 - 9 U 773/13 Bau). Anders ist es bei einer Teilabnahme; da werden nur die in der Abnahme bezeichneten Teile abgenommen. Bei Abnahme nicht vorbehaltene Ansprüche wegen erkennbarer Mängeln auf Nachbesserung, Kostenerstattung und Vorschuss, ebenso Rechte auf Minderung oder Rücktritt können wegen bekannter Mängel nicht mehr geltend gemacht werden, § 640 Abs. 2 BGB, § 12 Abs. 4 Nr. 1 S. 4, Abs. 5 Nr. 3 VOB/B; nicht verloren geht der Anspruch auf Schadensersatz. Wird der Anspruch auf Vertragsstrafe bei der Abnahme nicht vorbehalten, geht er ebenfalls verloren, § 341 Abs. 3 BGB, § 11 Abs. 4 VOB/B. Der Vorbehalt wegen eines Mangels hat zur Folge, dass der Unternehmer weiterhin die Beweislast dafür trägt, dass der gerügte Mangel nicht vorliegt.

Wird ein Abnahmeprotokoll erstellt und darin der Auftraggeber der Werkleistung aufgeführt, ist diesem Auftraggeber ferner bekannt, dass eine bestimmte Person, z.B. ein von ihm eingeschalteter Sachverständiger, an der förmlichen Abnahme teilnimmt und unterzeichnet diese Person das Abnahmeprotokoll mit „i.A.“, muss der Auftraggeber sich nach den Grundsätzen der Duldungsvollmacht das Handeln dieser Person zurechnen lassen, wenn er diese Person tatsächlich nicht bevollmächtigt hat (*OLG Düsseldorf* 11.4.2013 - I-5 127/12).

In diesem Zusammenhang noch dies: Bisweilen kommt es auf der Baustelle dazu, dass das vom Auftragnehmer fertiggestellte, aber noch nicht abgenommene Werk - etwa durch einen der Nachfolgeunternehmer - beschädigt wird, ohne dass dies von einer Partei zu vertreten ist. Weil die **Leistungsgefahr** mangels Abnahme noch nicht auf den Auftraggeber übergegangen ist, muss der Auftragnehmer dann den verursachten Schaden beseitigen bzw. das Werk neu erstellen. Es stellt sich dann aber die Frage, auf wen die hiermit verbundenen zusätzlichen Kosten gehen, wer also in diesem besonderen Fall die **Vergütungsgefahr** trägt. Insofern gilt, dass der Auftragnehmer bis zur Abnahme grundsätzlich auch die Vergütungsgefahr hat; d.h.: Er kann keine Vergütung verlangen, wenn das Werk vor der Abnahme durch einen nicht von dem Auftraggeber zu verantwortenden Umstand untergeht. Aber: Erfüllt der Auftragnehmer die ihm bei VOB-Vertrag nach **§ 4 Abs. 5 S. 1 VOB/B** obliegenden Schutzpflichten („*Der Auftragnehmer hat die von ihm ausgeführten Leistungen und die ihm für die Ausführung übergebenen Gegenstände bis zur Abnahme vor Beschädigung und Diebstahl zu schützen.*“) und verlangt der Auftraggeber, dass der Auftragnehmer seine noch nicht abgenommene Leistung dem Auftraggeber zur Verfügung stellt, kann die Vergütungsgefahr bereits vor Abnahme auf den Auftraggeber übergehen. Dies folgt indes nicht schon aus **§ 7 Abs. 1 VOB/B**, wonach der Auftragnehmer für die von ihm ausgeführten Leistungen einen Bezahlungsanspruch erhält, wenn die Leistung vor Abnahme durch höhere Gewalt, Krieg, Aufruhr oder andere objektiv vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände beschädigt

oder zerstört wird; denn die Beschädigung nach Überlassung der Leistung vor Abnahme stellt keinen objektiv unabwendbaren Fall i.S.d. § 7 Abs. 1 VOB/B dar. Der Übergang der Vergütungsgefahr folgt aber aus der Anwendung des **§ 645 Abs. 1 S. 1 BGB** („Ist das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer vom Besteller für die Ausführung erfolgten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden, ohne dass ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Unternehmer einen der gelieferten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung oder Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.“); diese Vorschrift gilt auch im VOB-Vertrag (BGH 21.8.1997 - VII ZR 17/96). Zwar entfällt die Pflicht des Auftragnehmers, seine Leistung bis zur Abnahme zu schützen, nicht schon durch die auf Weisung des Auftraggebers erfolgte Überlassung, die in der Regel auch noch nicht als Abnahme zu werten ist; es ist aber zu berücksichtigen, dass die durchweg zu einer Erhöhung des Risikos von Beschädigungen führende Übergabe den Auftragnehmer nun nicht zu nur deshalb inhaltlich gesteigerten Schutzpflichten veranlassen kann. Er braucht weiterhin nur das ihm wirtschaftlich Zumutbare zum Schutze durchzuführen; zu einem gesteigerten Schutz gegen gefährdende Arbeiten Dritter, die auf Weisung des Auftraggebers die Leistung des Auftragnehmers benutzen, ist der Auftragnehmer nicht verpflichtet (OLG Celle 9.6.1999 - 13 U 291/98: Der Auftragnehmer braucht in diesem Fall insbesondere keine Bauschutzmatten auszulegen. Brugger NZBau 2014, 17).

5. Rechnungen des Auftragnehmers

Der sorgfältige Auftragnehmer rechnet prüfbar ab!

a) VOB-Vertrag

Beim VOB-Vertrag gilt gemäß **§ 16 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 VOB/B** dies:

„Der Anspruch auf Schlusszahlung wird alsbald nach Prüfung und Feststellung der vom Auftragnehmer vorgelegten Schlussrechnung fällig, spätestens innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung.“

Die Schlusszahlung ist nach dieser Norm nicht fällig, wenn zwar die Abnahme gegeben ist, aber keine **prüfbare Schlussrechnung** vorliegt und der Auftragnehmer dies substantiiert binnen der Zweimonatsfrist moniert (OLG Brandenburg 25.1.2012 - 4 U 7/10). Um einem Streit über die Prüfbarkeit aus dem Weg zu gehen, orientiert der sorgfältige Unternehmer deshalb jede Rechnung von vorneherein an den konkreten Leistungsverzeichnissen. **§ 14 Abs. 1 VOB/B** bezeichnet bezogen auf den VOB-Vertrag detailliert die Anforderungen an die Prüfbarkeit wie folgt:

„Der Auftragnehmer hat seine Leistungen prüfbar abzurechnen. Er hat die Rechnung übersichtlich aufzustellen und dabei die Reihenfolge der Posten einzuhalten und die in den Vertragsbestandteilen enthaltenen Bezeichnungen zu verwenden. Die zum Nachweis von Art und Umfang der Leistungen erforderlichen Mengenberechnungen, Zeichnungen und anderen Belege sind beizufügen. Änderungen und Ergänzungen des Vertrags sind in der Rechnung besonders kenntlich zu machen; sie sind auf Verlangen getrennt abzurechnen.“

In welchem Umfang die Schlussrechnung aufgeschlüsselt werden muss, damit der Auftraggeber in die Lage versetzt wird, sie in der gebotenen Weise zu überprüfen, ist eine Frage des Einzelfalls, die abgesehen von den Besonderheiten der Vertragsgestaltung und der Vertragsdurchführung auch von den Kenntnissen und Fähigkeiten des Auftraggebers abhängt (*OLG Düsseldorf* 11.4.2013 - 5 U 127/12). Übersendet der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine nicht prüfbare Rechnung und kommt der Auftraggeber dagegen mit einer ebenfalls nicht prüfbaren Rechnung, kann der Auftragnehmer sich auf die Abrechnung des Auftraggebers berufen und damit die Fälligkeit herbeiführen (*OLG Jena* 28.11.2012 - 7 U 348/12). Der sorgfältige Auftragnehmer berücksichtigt ferner dies: Ist die Leistung abgenommen und erstellt der Auftraggeber eine prüfbare Schlussrechnung, setzt deren Übersendung an den Auftragnehmer die Verjährung der Werklohnforderung in Gang (*OLG Stuttgart* 26.3.2013 -10 U 146/12).

Beachtlich ist aber noch dies: Dem Eintritt der Fälligkeit steht das Fehlen einer den Anforderungen des Umsatzsteuergesetzes entsprechenden Rechnung nicht entgegen (*LG Frankfurt/M.* 25.9.2013 - 2-16 S 54/13); allerdings steht dem Leistungsempfänger einer umsatzsteuerpflichtigen Leistung i.S.d. Umsatzsteuergesetzes gegen den Leistungserbringer ein - dann aber auch zu bringendes - Zurückbehaltungsrecht bezüglich der gesamten Rechnungssumme zu, wenn die Angaben in der Rechnung nicht den Anforderungen aus § 14 UStG entsprechen (*AG Brake* 13.6.2013 - 3 C 309/12: Zurückbehaltungsrecht, wenn ein falscher Leistungszeitpunkt in der Rechnung genannt wird).

b) BGB-Vertrag

Obwohl das **BGB** keine weitere Fälligkeitsvoraussetzung für die Vergütungsforderung vorsieht als die Abnahme, die Prüfbarkeit der Rechnung also beim BGB-Vertrag keine Fälligkeitsvoraussetzung ist (*AG Bonn* 31.7.2012 - 105 C 349/11), ist auch dort die Erstellung einer hinreichend prüfbaren Rechnung dringend anzuraten. Denn spätestens bei einem Streit betreffend die Bezahlung und erst recht in einem Rechtsstreit darüber ist eine schlüssige Darstellung des Vergütungsanspruchs erforderlich (*BGH* 14.6.2007 - VII ZR 230/06). Kommt es zu einem Rechtsstreit über die Bezahlung und liegt bis dahin noch keine detaillierte Rechnung vor, ist die erst dann durchgeführte Substantiierung der Forderung erfahrungsgemäß weitaus aufwändiger als wäre diese Ausführlichkeit von vorneherein beachtet worden. Nach der Rechtsprechung einiger Oberlandesgerichte sind an die schlüssige Darstellung der Vergütungsforderung eines BGB-Einheitspreisvertrages dieselben Anforderungen zu stellen wie an die Prüfbarkeit einer entsprechenden Schlussrechnung beim VOB-Vertrag (*OLG Hamm* 25.3.1996 - 17 U 117/94; *OLG Celle* 6.3.1997 - 14 U 93/96). Indes: Die Anforderungen an die Schlüssigkeit orientiert sich nicht in jedem Fall zwingend an der sehr weitgehenden Regelung des § 14 Abs. 1 VOB/B, sondern richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der Substantiierung, die bisweilen unter den Anforderungen dieser VOB-Regelung bleiben können (*Kniffka/Pause/Vogel* Bauvertragsrecht 2012 § 641 Rdn. 30).

Der umsichtige Unternehmer verlässt sich nicht unbedingt auf die Zahlung. Denn einer Zahlung wohnt in der Regel nur dann **eine stillschweigende Annahme** inne, wenn der Auftraggeber zuvor die Gelegenheit hatte, das Werk auf seine vollständige und vertragsgerechte Herstellung zu untersuchen; ohne die Möglichkeit einer Prüfung des Werkes durch den Auf-

traggeber kann der Auftragnehmer redlicherweise nicht erwarten, dass sein Werk mit der Zahlung abgenommen werden soll (*OLG Stuttgart* 15.11.2011 - 10 U 66/10).

6. Entschädigungsansprüche des Auftragnehmers im Falle witterungsbedingter Stilliegezeiten?

Angenommen: Der Auftragnehmer verpflichtet sich, die im September des Vorjahres begonnenen Bauarbeiten bis zum 15. Mai des nachfolgenden Jahres fertigzustellen. Im Winter kommt es zu einer ungewöhnlich langen Frost-, Eis- und Schneeperiode, während der die eingerichtete Baustelle still steht. Die Parteien einigen sich auf die Verlängerung der Bauzeit; insoweit greift nämlich **§ 6 Abs. 2 Nr.1 c) VOB/B** („Ausführungsfristen werden verlängert, soweit die Behinderung verursacht ist: ... durch höhere Gewalt oder andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände.“). Hat der Auftragnehmer gegen den Auftraggeber einen Anspruch auf Erstattung der Kosten der verlängerten Baustelleneinrichtung? Selbst bei Geltung der VOB/B ergibt sich kein Anspruch aus § 6 Abs. 6 VOB/B („Sind die hindernden Umstände von einem Vertragsteil zu vertreten, so hat der andere Teil Anspruch auf Ersatz des nachweislich entstandenen Schadens, des entgangenen Gewinns aber nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Im Übrigen bleibt der Anspruch des Auftragnehmers auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB unberührt, sofern die Anzeige nach Absatz 1 Satz 1 erfolgt oder wenn Offenkundigkeit nach Absatz 1 Satz 2 gegeben ist.“), denn ein Verschulden des Auftragnehmers an der Schlechtwettersituation liegt nicht vor. Dann könnte allenfalls **§ 642 BGB** (Überschrift: *Mitwirkung des Bestellers*) als Anspruchsgrundlage in Betracht kommen. Diese Norm lautet wie folgt:

Abs. 1: „Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.“

Abs. 2: „Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.“

Die Rechtsprechung tendiert dazu, bei witterungsbedingten Verzögerungen zu eine Differenzierung: Ist das Wetter ursächlich dafür, dass eine weitere Mitwirkung des Auftraggebers erforderlich wird oder der Auftraggeber eine schon vorgesehene Mitwirkung nicht erbringen kann, kommt ein Anspruch aus § 642 BGB in Betracht; das Wetter als solches reicht aber nicht aus, einen solchen Anspruch zu begründen (*OLG Brandenburg* 26.6.2013 - 11 U 36/12: Der Bauherr muss nicht auch noch für schönes Wetter sorgen.). Eine Entscheidung zu dieser Problematik steht aktuell beim BGH unter dem Aktenzeichen VII ZR 194/13 an.

7. Sicherung der Vergütung

Gemäß der Im Jahre 2009 neu gefassten Regelung des **§ 648a BGB** („Bauhandwerkersicherung“) hat der Auftragnehmer - gegen seinen Auftraggeber auch der Subunternehmer (*LG*

Darmstadt 31.5.2012 - 13 O 61/12) - ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses und dann bis zur vollständigen Bezahlung der Vergütung einen Anspruch auf Sicherheit, gegen den der Auftraggeber nahezu keine effiziente Verteidigungsmöglichkeit hat (Rodemann/Bschorr BauR 2013, 845 ff.; Retzlaff BauR 2013, 1184 ff.; Schmidt NJW 2013, 497 ff.). Diese Norm, die den Abschluss eines Werkvertrages voraussetzt und die auch zugunsten der Architekten, Statiker und sonstigen Sonderfachleute Anwendung findet (OLG Naumburg 29.1.2014 - 12 U 149/13: dies selbst dann, wenn die Planung noch nicht umgesetzt und nicht im Bauwerk verwirklicht wird) hat diesen - zugestanden: nicht einfachen - Wortlaut:

Abs. 1: *„Der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon kann vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die mit 10 vom Hundert des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, verlangen. Satz 1 gilt in demselben Umfang auch für Ansprüche, die an die Stelle der Vergütung treten. Der Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Besteller Erfüllung verlangen kann oder das Werk abgenommen hat. Ansprüche, mit denen der Besteller gegen den Anspruch des Unternehmers auf Vergütung aufrechnen kann, bleiben bei der Berechnung der Vergütung unberücksichtigt, es sei denn, sie sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt. Die Sicherheit ist auch dann als ausreichend anzusehen, wenn sich der Sicherungsgeber das Recht vorbehält, sein Versprechen im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers mit Wirkung für Vergütungsansprüche aus Bauleistungen zu widerrufen, die der Unternehmer bei Zugang der Widerrufserklärung noch nicht erbracht hat.“*

Abs. 2: *„Die Sicherheit kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. Das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer darf Zahlungen an den Unternehmer nur leisten, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf.“*

Abs. 3: *„Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 vom Hundert für das Jahr zu erstatten. Dies gilt nicht, soweit eine Sicherheit wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.“*

Abs. 4: *„Soweit der Unternehmer für seinen Vergütungsanspruch eine Sicherheit nach den Absätzen 1 oder 2 erlangt hat, ist der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 648 Abs. 1 ausgeschlossen.“*

Abs. 5: *„Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit nach Absatz 1 bestimmt, so kann der Unternehmer die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen. Kündigt er den Vertrag, ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt. Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.“*

Abs. 6: „Die Vorschriften der Absätze 1 bis 5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller

1. eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist, oder

2. eine natürliche Person ist und die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lässt.

Satz 1 Nr. 2 gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer.“

Abs. 7: „Eine von den Vorschriften der Absätze 1 bis 5 abweichende Vereinbarung ist unwirksam.“

Nach dieser Norm kann hinsichtlich noch nicht gezahlter Werklohnvergütung Gestellung einer Sicherheit in dieser Höhe zuzüglich eines 10%-igen Zuschlags für Nebenforderungen verlangt werden. Das Gesetz lässt dem Unternehmer die Wahl: Er kann eine den vollen Vergütungsanspruch abdeckende Sicherheit fordern oder bloß eine Teilsicherheit; hatte er eine Teilsicherheit verlangt, kann er bis zur Vollsicherung nachfordern (*LG Koblenz* 26.11.2013 - 4 HK 25/13: Das Nachfordern von Sicherheit kann nicht treuwidrig sein, denn dies würde der nach § 648a Abs. 7 BGB unwirksamen abweichenden Vereinbarung über § 242 BGB zum Erfolg verhelfen. Aber: *OLG Düsseldorf* 19.7.2013 - 22 U 211/12: Gibt der Auftragnehmer im Rahmen einer Vereinbarung mit dem Auftraggeber ein vorheriges auf § 648a BGB gestütztes Sicherungsverlangen auf bzw. modifiziert er es erheblich, stellt dies - auch unter Berücksichtigung von § 648a Abs. 7 BGB - keinen unzulässigen Verzicht auf seine Rechte aus § 648a BGB, sondern eine zulässige Selbstbeschränkung des Auftragnehmers dar.).

Der Auftragnehmer hat auch nach Kündigung des Bauvertrages durch den Auftraggeber, nach der Annahme der Leistung und nach der Stellung der Schlussrechnung einen - gegebenenfalls parallel zur Werklohnklage klageweise, aber nicht im Urkundenprozess durchsetzbaren, jedoch durch Teilurteil entscheidbaren (*OLG Frankfurt* 19.6.2012 - 14 U 1/12) - Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB. Beim gekündigten Werkvertrag reicht aber nicht aus, dass der Auftragnehmer betreffend sein Sicherungsbegehren auf die vereinbarte Vergütung abstellt; er muss zusätzlich die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen, darüberhinaus den ersparten Aufwand und den anderweitigen Erwerb darstellen (*BGH* 6.3.2014 - VII ZR 349/12: Sind die tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung des nach Kündigung dargelegten Vergütungsanspruchs streitig, ist dem Unternehmer für seine schlüssig dargelegte Vergütung eine Sicherheit ohne Klärung der Streitfragen zu gewähren, es sei denn, die Klärung der Streitfragen führt nicht zu einer Verzögerung des Rechtsstreits; der Streit über das Vorliegen der Kündigungsgründe gehört nicht in den Sicherungsprozess.). Beim ungekündigten Werkvertrag hat der Unternehmer im Rahmen des klagweisen Anspruchs nach § 648a BGB allein das Bestehen des Werkvertrages und dessen Inhalt einschließlich etwaiger Zusatzaufträge sowie die Höhe des Vergütungsanspruchs zu beweisen (*LG Freiburg* 5.4.2012 - 2 O 350/11). Von dem Werklohnanspruch sind nur solche Abzüge vorzunehmen, die unstreitig sind (*LG Düsseldorf* 21.6.2012 - 21 O 27/12; *LG Frankfurt/M.* 23.8.2012 - 2/26 O 77/12; *OLG Schleswig* 30.8.2013 - 1 U 99/12), auf rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen beruhen oder über die ohne eine weitere Verzögerung dieses auf Sicherung der Vergütung gerichteten Verfahrens entschieden werden kann (*LG Darmstadt* 20.9.2011 - 12 O 12/11; *OLG Celle* 25.4.2012 - 7 U 234/11).

Beachtlich ist noch, dass die Verpflichtung des Bestellers zur Leistung einer Sicherheit grundsätzlich eine wirksame Geltendmachung seitens des Unternehmers voraussetzt, d.h. ein Verlangen, welches die Berufung auf § 648a BGB erkennen lässt und die Höhe der begehrten Sicherheit angibt, nicht aber deren Art. Eine Aussetzung des von Unternehmer eingeleiteten Verfahrens betreffend seinen Anspruch nach § 648a BGB bis zur Entscheidung im Hauptsacheverfahren scheidet aus (*LG Frankfurt/M.* 23.8.2012 - 2/26 O 77/12). Verweigert der Auftraggeber die Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer, ohne zuvor die fällige Sicherheit nach § 648a BGB zu stellen, bleibt er trotz vorbehaltenen Mängelrechte zur Zahlung des vollen Werklohns verpflichtet (*OLG Karlsruhe* 18.7.2013 - 8 U 42/12). Leistet der Auftraggeber keine ausreichende Sicherheit, darf der Auftragnehmer, der seine Leistung in vollem Umfang zurückhalten, also nicht nur erst ab dem Anteil, der nicht mehr gesichert ist (*OLG Jena* 19.12.2012 - 2 U 34/12).

Der Auftragnehmer hat indes keinen Anspruch auf Einsicht in die Vereinbarung zur Bürgschaftsgewährung zwischen Auftraggeber und Bürgen (*LG Mannheim* 8.10.2012 - 24 O 33/12).

8. Werklieferungsvertrag

Die **Abgrenzung des Werkvertrages vom Kaufvertrag** ist im Zivilrecht weiterhin ein Dauerbrenner.

a) grundlegende Norm des § 651 S. 1 BGB

Diese Vorschrift hat diesen Wortlaut:

„Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung.“

Seit dem „**Silourteil**“ (*BGH* 23.7.2009 - VII ZR 151/08) steht fest, dass Verträge über die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen aufgrund dieser Norm auch dann dem Kaufrecht zuzuordnen sind, wenn es die Zweckbestimmung der gelieferten beweglichen Sache ist, in ein Gebäude eingebaut zu werden. Dazu diese Beispiele:

Der Fensterbauer erhält den Auftrag zur **Lieferung und zum Einbau** bestimmter industriell gefertigter Dachfenster; selbst in Fällen, in denen die VOB/B ausdrücklich mitvereinbart wird oder der schriftliche Vertrag gar als „*Werkvertrag*“ überschrieben ist, nimmt die Rechtsprechung durchweg die Anwendung von Kaufrecht an. Aber: Verpflichtet sich der Fensterbauunternehmer nach Vornahme eines Aufmaßes zur Lieferung und zum Einbau von passgenauen und nicht genormten Fenstern, die individuell für das Bauvorhaben hergestellt werden müssen, handelt es sich dabei um einen Werklieferungsvertrag mit nicht vertretbaren Sachen (*OLG Koblenz* 4.6.2013 - 3 U 1521/12). Der Rückbau von alten Fenstern und die Lieferung und der Einbau industriell gefertigter neuer Fenster und Türen ist als Werkvertrag zu qualifizieren (*OLG Hamburg* 24.10.2012 - 1 U 80/11). Auf einen Vertrag über die Herstellung und Lieferung von Tankbehältern ist Werkvertragsrecht anzuwenden, wenn der Lieferant diese Behälter in eine vom Besteller beigestellte Aufgabereinheit zu integrieren hat (*OLG Naumburg* 26.6.2014 - 2 U 131/13).

Der Vertrag über Lieferung und Montage eines speziellen Umluftsystems für eine Lackiererei zum Preise von 50.000 Euro, von denen rund 10% auf den Einbau entfallen, kann als Kaufvertrag gewertet werden (*OLG Düsseldorf* 6.11.2012 - 21 U 75/11; zweifelnd: *Stiens* IBR 2013, 376).

Für die Einordnung eines Vertragsverhältnisses als Kaufvertrag mit Montageverpflichtung oder als Werkvertrag kommt es darauf an, auf welcher der beiden Leistungen der **Schwerpunkt** liegt (*BGH* 16.4.2013 - VIII ZR 375/11). Wird die Lieferung und die Anpassung von Handscannern an die betrieblichen Besonderheiten des Vertragspartners geschuldet, liegt der Schwerpunkt des Vertrages bei der Anpassung, sodass insgesamt ein Werkvertrag vorliegt (*LG Frankenthal* 13.1.2014 - 2 HKO 79/12). Beachtlich sind neben der Art des zu liefernden Gegenstands auch das Wertverhältnis von Lieferung und Montage (*OLG Stuttgart* 24.7.2012 - 10 U 47/12). Sind über die bloße Herstellung der beweglichen Sache hinaus Leistungen erforderlich, die den Schwerpunkt des Vertrages bilden, insbesondere eine planerische Tätigkeit des Unternehmers als Vorstufe der Herstellung, liegt ein Werkvertrag vor; steht hingegen nach dem Vertragsinhalt die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz im Vordergrund, ist ein Werklieferungsvertrag nach § 651 BGB mit der Konsequenz eines Kaufvertrages gegeben (*OLG Hamm* 29.10.2012 - 17 U 130/11). Ein Vertrag über die Lieferung und Montage einer Photovoltaikanlage auf einem Dach ist regelmäßig als Kaufvertrag mit Montageverpflichtung zu werten (*OLG Naumburg* 20.2.2014 - 1 U 86/13; *OLG München* 14.1.2014 - 28 U 883/13 Bau); wird die Photovoltaikanlage individuell zusammengestellt und montiert, kann ein Werkvertrag gegeben sein (*OLG München* 10.12.2013 - 9 U 543/12 Bau). Ein Werkvertrag ergibt sich insbesondere nicht daraus, dass die Vertragsparteien ihn in der Vereinbarung als solchen bezeichnet oder dass sie die Geltung der VOB/B verabredet haben (*Joussen* BauR 2014, 1195: Vereinbarung der VOB/B bei Werklieferungsverträgen).

Die Anwendung von Kaufrecht hat Vor- und Nachteile; genannt werden sollen hier nur diese Punkte: Beim Kaufvertrag bedarf es für die Fälligkeit des Zahlungsanspruchs keiner Abnahme. Beim Kaufvertrag scheidet aber auch die Anwendbarkeit des § 648a BGB aus (*OLG Naumburg* 20.2.2014 - 1 U 86/13).

b) Handelsrecht

Bei dem so rechtlich angenommenen Kaufvertrag greift - die sehr gefährliche Vorschrift des - **§ 377 HGB**. Diese Norm hat folgenden Wortlaut:

Abs. 1: *„Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsgemäßem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.“*

Abs. 2: *„Unterlässt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, dass es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.“*

Abs. 3: *„Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muss die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; andernfalls gilt die Ware auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt.“*

Abs. 4: „Zur Einhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige.“

Abs. 5: „Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschrift nicht berufen.“

Dazu diese jüngere Entscheidung: Die Mängelanzeige muss unverzüglich nach der Entdeckung übersandt werden, andernfalls gilt die Ware auch Ansehung dieses Mangels als genehmigt; eine **Frist von ein bis zwei Tagen ist für das Absenden der Rüge nach Kenntnis des Mangels** in der Regel ausreichend, wobei das Wochenende nicht eingerechnet wird (*OLG Brandenburg* 12.12.2012 - 7 U 102/11).

Wer nun meint, dass Handwerker von dieser handelsrechtlichen Vorschrift nicht betroffen seien, irrt gewaltig; **§ 1 HGB** enthält nämlich diese Regelung:

Abs. 1: „Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.“

Abs. 2: „Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb nicht erfordert.“

Eben diese Norm des § 1 Abs. 2 HGB gilt für alle Handwerker und nicht nur für Warenhandwerker: Bei Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung ist jeder Handwerker, sofern er nicht ein Kleingewerbe im Sinne des § 2 HGB betreibt, ein Gewerbetreibender mit der Folge der Anwendung des § 377 HGB auf seine Einkäufe, und zwar auch ohne ein Kaufmanns-Eintragung in das Handelsregister (*Hopt* Handelsgesetzbuch 35.A. 2012 § 1 Rdn. 26). Einzelheiten zur Problematik bringt *Lakkis* „Das unerkannte Damoklesschwert über der Baustelle“ NZBau 2012, 665.

II. (kaufvertragliches) Verhältnis zum Materialverkäufer / Materialhersteller

1. handelsrechtliche Prüfungs- und Rügepflicht

Auch in Ihrem Verhältnis zu Ihren Lieferanten greift dieser **§ 377 HGB**:

Nach dieser Vorschrift muss der Käufer bei einem **Handelskauf** die gelieferte Ware unverzüglich untersuchen, was bei **Sukzessivlieferungen** grundsätzlich eine zumindest stichprobenweise Untersuchung jeder Lieferung beinhaltet, und jeden dabei erkannten Mangel unverzüglich anzeigen. Unterlässt der Käufer die Rüge, gilt die Ware als genehmigt, und er muss trotz etwaiger Mängel den vollen Kaufpreis bezahlen, es sei denn, es handelt sich um einen Mangel, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war. Dem Bauunternehmer - Kaufmann i.S.d. HGB - steht gegenüber dem Baustofflieferanten auch kein Schadensersatzanspruch zu, wenn er die gelieferte Ware nicht unverzüglich nach Anlieferung prüft und etwaige Mängel anzeigt (*OLG Dresden* 7.10.1999 - 7 U 1972/99). Diese kaufmännische Rügepflicht gilt auch, wenn der Käufer eine aus Vollkaufleuten bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist (*OLG Brandenburg* 22.2.2012 - 4 U 69/11).

Deshalb gilt für den Wareneinkauf insbesondere des Unternehmers unbedingt dies:

Er hat unverzüglich und hinreichend sorgfältig das von ihm angekaufte Material zu prüfen. Er hat **Materialmängel (ebenfalls Fehlmengen!)** - auch nachträglich erkannte - unverzüglich und konkret (am besten schriftlich) zu rügen; dabei hat er zusätzlich den Nachweis des Zugangs dieser Rügen zu sichern. Wenn er sich Material durch einen von ihm dazu beauftragten Spediteur ab Werk bzw. Lager abholen lässt, läuft die - ohnehin kurze - Prüfungs- und Rügepflicht in der Regel ab dem Zeitpunkt der Beladung dieses Lieferfahrzeugs; in einem solchen Fall kann geboten sein, vertraglich eine verlängerte Prüfungs- und Rügefrist zu vereinbaren.

2. Hersteller und Lieferanten als potenzielle Unterstützer des Unternehmers

Jedenfalls bei Problemen mit Baumaterialien einbezieht der umsichtige Unternehmer seine Hersteller und Lieferanten so früh wie möglich „in die Baustelle“!

Die richterliche Erfahrung geht dahin, dass die Auftragnehmer ihre Lieferanten und / oder Hersteller in den Baurechtsstreitigkeiten vielfach erst während des gerichtlichen Verfahrens und damit „zu einem Zeitpunkt, in dem das Kind bereits in den Brunnen gefallen ist“, etwa über komplizierte **Streitverkündungen**, beteiligen. Stattdessen sollte das Interesse der den Bauvertrag schließenden Personen dahin gehen, diese Lieferanten und / oder Hersteller von vorneherein, also möglichst schon bei Vertragsabschluss, spätestens aber im Zeitpunkt der Materialverarbeitung, „ins Boot zu holen“. In der Praxis finden sich Freistellungs- / Garantiezusagen einiger Lieferanten oder Hersteller betreffend gemäß ihren Vorgaben verarbeitetes Material.

Beachtlich ist, dass ein den Auftraggeber als Dritten schützender **Beratungsvertrag zwischen dem Auftragnehmer und dem Hersteller / Lieferanten** in Betracht kommen kann, wenn dieser um Auskunft darüber ersucht wird, ob ein bestimmtes von ihm hergestelltes / verkauftes Material geeignet ist, in einem konkreten Bauwerk verwendet zu werden. Konkulent (= stillschweigend) kommt dieser Beratungsvertrag indes allenfalls dann zustande, wenn die Gesamtumstände unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und des Verkehrsbedürfnisses den sicheren Rückschluss dahin zulassen, dass beide Vertragsteile nach dem objektiven Inhalt ihrer Erklärungen die Auskunft zum Gegenstand selbständiger Rechte und Pflichten gemacht haben. Die Herausgabe von Gebrauchsanleitungen / technischen Informationen / Merkblättern usw. für sich allein kann noch nicht als Ausdruck des Willens des Baustoffherstellers gedeutet werden, mit dem Endabnehmer einen Auskunfts-, **Beratungs- oder Garantievertrag** schließen zu wollen; selbst wenn der Baustoffhersteller eigene persönliche Kontakte mit dem Endabnehmer aufnimmt, lassen ergänzende mündliche oder schriftliche Informationen, die er dabei abgibt, nur unter besonderen Voraussetzungen den Schluss auf den Willen zum Abschluss eines zur Haftung führenden Beratervertrages nach § **675 Abs. 2 BGB** zu (*OLG Düsseldorf* 25.10.2013 - 22 U 27/13). Für einen Verpflichtungswillen des Auskunft gebenden Herstellers / Lieferanten spricht sein erkennbar gewordenes wirtschaftliches Interesse am Einbau, sein persönliches Engagement in der Form der Zusage und insbesondere seine unmittelbare Beteiligung an den Vertragsverhandlungen des Auftraggebers und des Auftragnehmers (*BGH* 18.12.2008 - IX ZR 12/05). Bei der Abgrenzung kommt es auf sämtliche Details an: Erscheint der Auskunftserteilende bloß als Hilfs-

person des Auftragnehmers, was gewiss dann der Fall ist, wenn seine Zugehörigkeit zum Hersteller / Lieferanten nicht offengelegt wird, kann der Auskunftsempfänger nicht von dem Entstehen einer rechtsgeschäftlichen ihn als Dritten einbeziehenden Bindung ausgehen (*BGH* 13.2.1992 - III ZR 28/90).

D. Strategien

I. Bedeutung der „Vertragsphase“

1. größtmögliche Sorgfalt bei der Fixierung des Vereinbarten

Jede Mühe, die sie auf die **Formulierung des Vertragstextes** verwenden, zahlt sich aus. Bedeutsame Vertragstexte werden vor Unterzeichnung **anwaltlich** - und natürlich entgeltlich - **gescreeent**; jedenfalls bei größeren Bauvorhaben sollte eine baurechtliche **Due Diligence** (= externe Prüfung der Ordnungsgemäßheit) **sich auch auf die technischen Vertragsunterlagen beziehen**.

An dieser Stelle noch dies: Dem Auftragnehmer ist bekannt, dass der BGH sein Rechtsprechung zur Wirksamkeit einer **Scharzgeldabrede** geändert hat: Nach der nun geltenden Auffassung sind solche Verträge unwirksam; d.h.: Der ganz oder teilweise „schwarz arbeitende“ Unternehmer erlangt keinen Werklohnanspruch, er hat auch keinen Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag, er kann die Erstattung des Wertes der von ihm erbrachten handwerklichen Leistungen ferner nicht aus Leistungskondition, also per ungerechtfertigter Bereicherung, verlangen. Umgekehrt schuldet er allerdings auch keine Gewährleistung (*LG Mannheim* 16.5.2014 - 8 O 84/13).

2. Möglichkeit der Vereinbarung alternativer Streitschlichtungsmodelle

Sollten diese Parteien die Auffassung vertreten, dass die staatlichen Gerichte zu langsam und zu teuer arbeiten sowie, weil diese wegen der sehr beschränkten und durchweg nicht mehr die da anfallenden Kosten deckenden Vergütungsregelungen des JVEG auch gar nicht mehr die Premium-Sachverständigen erreichen (= einbeziehen) können, gar nicht ausreichend fachlich beraten sind, so bedenken sie die jedenfalls bei den werthaltigen Streitigkeiten in Betracht kommenden Möglichkeiten der **Vereinbarung durchweg vereinfachender und unmittelbarer Lösungswege** durch Schiedsgerichts- oder zumindest Schiedsgutachtenabrede bzw. Absprache anderer alternativer Streitschlichtungsmodelle.

3. Geltung der Regelungen der VOB/B

Vorweg dies: Die VOB/B sind kein Gesetz; vielmehr stellen sie eine Art Allgemeine Geschäftsbedingungen dar, für deren Geltung eine ausdrückliche und eindeutige vertragliche Einbeziehung der VOB/B vonnöten ist. Gegenüber einem weder im Baugewerbe tätigen noch sonst im Baubereich bewanderten Vertragspartner kann die VOB/B grundsätzlich nicht durch bloßen Hinweis auf ihre Geltung **in den Vertrag einbezogen** werden (*OLG Düsseldorf* 26.10.2010 - 21 U 159/09); der Auftragnehmer als Verwender muss den zukünftigen Vertragspartner in die Lage versetzen, sich in geeigneter Weise Kenntnis des Inhaltes der VOB/B zu verschaffen (*OLG Koblenz* 4.1.2013 - 8 U 87/12). Üblicherweise drucken Auftragnehmer den Text der 18 Paragraphen der VOB/B auf der Rückseite der Angebotstexte ab

und weisen auf der Vorderseite deutlich lesbar darauf hin, dass die Rückseitig abgedruckten VOB/B Gegenstand der vertraglichen Beziehung sind. Bekanntermaßen sind die VOB/B inhaltlich verändert worden, deshalb wird darauf geachtet, dass die aktuelle Fassung der VOB/B bekannt gegeben wird.

Ist der Vertragspartner ein Unternehmen, reicht es für die Einbeziehung der VOB/B aus, dass der Verwender auf ihre Geltung verweist; erforderlich ist aber, dass das Unternehmen in Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit handelt (*OLG Stuttgart* 24.7.2012 - 10 U 56/12: Es ist nicht erforderlich, dass dieses Unternehmen aus der Baubranche kommt.).

Werden über die Einbeziehung der VOB/B hinaus weitere Allgemeine Geschäftsbedingungen des Auftragnehmers in den Vertrag einbezogen, die den nicht aus der Baubranche kommenden Auftraggeber im Verhältnis zu den Regelungen der VOB/B benachteiligen, führt diese **Widersprüchlichkeit** üblicherweise dazu, dass allein diejenigen Regelungen der VOB/B gelten, die den Auftraggeber begünstigen. Wenn diese Vertragsparteien - ob das in jedem Fall geboten ist, darf allerdings sehr ernsthaft bezweifelt werden, - die Geltung der - übrigens auch für den Juristen nicht immer so ganz einfachen - Regelungen der VOB/B wirksam vereinbart haben, müssen sie **den Inhalt dieser 18 Paragraphen ständig und ganz sicher draufhaben**.

4. Klärung der wirtschaftlichen Potenz neuer Vertragskandidaten

Fremden schaut man vorher auf die Finger - und möglichst auch mal ins Portemonnaie. Ergeben sich dann nur die geringsten Zweifel an der **Solvenz** solcher Kandidaten, verzichtet insbesondere der so angegangene Auftragnehmer tunlich auf dieses Geschäft. Gleiches gilt für Auftraggeber; es kann zweckmäßig sein, die vom Auftragnehmer bekannt gegebenen Referenzobjekte (= zeitnah abgewickelte Aufträge) näher zu prüfen.

II. umfassende Aufmerksamkeit während der „Bauphase“

1. Gefährlichkeit von Zusatzvereinbarungen

Beim Bauen ist es bisweilen wie im sonstigen Leben: Quickies können einen teuer zu stehen kommen! Deshalb finden **Zusatzabsprachen und Vertragsänderungen** nicht mal eben zwischen Tür und Angel mündlich auf der Baustelle statt, sondern werden ohne Zeitdruck im Büro sorgfältig von den Vertragsparteien bzw. deren dazu klar bevollmächtigten Vertretern vollständig und bezüglich Preise und Bauzeiten angepasst an die bisherigen Vereinbarungen ausgehandelt und nachfolgend schriftlich umfassend fixiert.

2. ständige Beweissicherung

Beim Bauen wird nicht nur gebaut. Der umfassend sorgfältige Unternehmer **sichert fortlaufend den aktuellen Bauten(zu)stand**; schon deshalb ist sein ständiger Begleiter auch ein

Fotoapparat. Hinzuweisen ist auch auf diese Konstellation: Löst sich der aufgebrauchte Fliesenbelag nach zwei Jahren und sechs Monaten nach Beendigung der Arbeiten, besteht immer noch ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der insoweit ausgeführten Werkleistung und dem Auftreten des Mangels; aufgrund dessen wird vermutet, dass die Leistung nicht fachgerecht war (*OLG Frankfurt* 25.9.2013 - 12 U 96/12). Auch hieraus ergibt sich für den Unternehmer, der den Streit mithin nur gewinnt, wenn er diese Vermutung widerlegen kann, dass er anderweitige Umstände als Mangelursache sichert.

Ergibt sich aufgrund von Umständen aus der Sphäre des Auftraggebers und / oder Dritter, dass der Auftragnehmer seine Arbeiten nicht zeitgemäß oder nicht mit dem üblichen Aufwand erledigen kann, kommt der Auftraggeber mit einer klaren an den Auftraggeber gerichteten **Behinderungsanzeige**, die beim VOB-Vertrag schriftlich kommen muss. Er beachtet dies: Will er gegen den Auftraggeber wegen einer Behinderung Schadensersatzansprüche oder eine Entschädigung nach § 642 Abs. 1 BGB (§ 642 Abs. 1 BGB „*Mitwirkung des Bestellers*“ hat diesen Wortlaut: „*Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.*“) geltend machen muss er darlegen und im Streit darüber beweisen, ob und inwieweit die Behinderung tatsächlich auch eine Störung bei der Ausführung verursacht hat (*OLG Hamm* 30.7.2013 - 21 U 84/12: Der Auftragnehmer muss ferner darlegen und beweisen, wie lange die Behinderung angedauert hat; dabei muss er auch auf Tatsachen eingehen, die gegen eine Behinderung, etwa aufgrund der Möglichkeit der Arbeitsumstellung, sprechen. *OLG Köln* 28.1.2014 - 24 U 199/12; *Overbuschmann BauR* 2014, 1313: Im Rahmen der Berechnung des Anspruchs wegen Bauzeitverzögerung sind die vom Auftragnehmer verursachten Verzögerungen ebenso zu berücksichtigen wie die durch die Beauftragung von Nachträgen aufgetretenen Verzögerungen.).

Über die bereits hinreichend dargestellten inhaltlich klar und betreffend den Zugang bei dem Auftraggeber nachweisbar anzubringenden Bedenkenhinweise und Behinderungsanzeigen hinaus gilt, dass insbesondere

Auch der Auftraggeber kümmert sich gegebenenfalls um eine hinreichende Beweissicherung, die bisweilen in der **Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens** bestehen kann. Der vom Auftraggeber engagierte Architekt ist gehalten, diesen Bauherren auf die Besonderheiten - bisweilen Vorteile - dieses besonderen Verfahren hinzuweisen.

3. Forderungsmanagement

Begleitend läuft immer ein **sorgfältiges, kritisches, konsequentes und zügiges Forderungsmanagement**. Dies kann die Forderung nach Sicherheit gemäß § 648a BGB sein.

III. „Gewährleistungsphase“

Schließlich: Die **Gewährleistung** ist doch - wirtschaftlich - einkalkuliert.

Solche Kundenforderungen können den vernünftigen Auftragnehmer nicht aus der Fassung bringen. Das heißt aber nicht Nichts-Tun, sondern es erfordert eine **wirtschaftlich besonne-**

ne, also in erster Linie unternehmerische, Reaktion. Der Unternehmer nimmt sich deshalb immer die Zeit für ein konstruktives Reklamationsgespräch, das er dann auch persönlich führt.

1. hinzunehmende Unregelmäßigkeiten? / Unverhältnismäßigkeit

Entgegen einer vielfach noch vertretenen - fehlerhaften - Auffassung hat der Auftraggeber sich nicht von vorneherein auf hinzunehmende Unregelmäßigkeiten einzulassen; vielmehr hat der Auftraggeber auch dann einen Gewährleistungsanspruch, wenn es sich um **geringfügige Mängel** handelt (*OLG Karlsruhe* 16.4.2010 - 4 U 146/08). Weicht der Auftragnehmer mithin von den vereinbarten Vorgaben ab, ist die Leistung auch dann mangelhaft, wenn keine Wert- oder Tauglichkeitsminderung vorliegt; allein aufgrund der Beschaffenheitsvereinbarung liegt ein Mangel vor.

Allerdings kann trotz einer bestehenden Abweichung zwischen erbrachter und geschuldeter Leistung keine Mängelrechte geltend machen, wenn die vom Auftragnehmer gewählte Ausführung aus fachlicher Sicht nicht zu beanstanden ist, sie weder optische noch bautechnische Nachteile hat und es dem Auftraggeber erkennbar nicht auf eine bestimmte, sondern lediglich auf eine geeignete Ausführungsart ankommt (*OLG Düsseldorf* 3.7.2012 - 21 U 150/09). Werden Glasscheiben eines Heizkamins bei einer Heizdauer von drei bis fünf Stunden verrusst, ergibt sich daraus kein Baumangel; weil allgemein bekannt ist, dass Glasscheiben eines Kamins bei dessen bestimmungsgemäßer Nutzung verrussen können und auch gereinigt werden müssen, bedurfte es keines allgemeinen Hinweises auf die Reinigungsbedürftigkeit (*OLG Köln* 25.6.2012 - 19 U 35/12).

In vielen baurechtlichen Streitigkeiten ist rasch klar, dass ein Mangel vorliegt. Der Auftragnehmer beruft sich gegenüber dem Nachbesserungsbegehren des Bestellers dann allein auf § **635 Abs. 3 BGB** („Der Unternehmer kann die Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.“); eine entsprechende Regelung findet sich in § **13 Abs. 6 VOB/B** betreffend den VOB-Vertrag. Bei Vorliegen der Voraussetzungen dieser Regelung braucht der Auftragnehmer nämlich nicht mehr nachzubessern, der Auftraggeber kann auch nicht mehr auf Kosten und bei Vorschusspflicht des Unternehmers eine Selbstvornahme durchführen, vielmehr muss der Auftragnehmer sich dann auf die Minderung einlassen. Indes ist beachtlich, dass es sich insoweit um eine **Ausnahmevorschrift** handelt. Grundsätzlich gilt dies: Der Auftraggeber kann redlicherweise vollständige Mangelfreiheit zum Zeitpunkt der Abnahme erwarten; die Mängelbeseitigung ist nicht unverhältnismäßig, wenn der Auftraggeber objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung hat; ist dies der Fall, kann der Auftragnehmer die Nachbesserung nicht wegen zu hoher Kosten verweigern; diese Abwägung zwischen Auftraggeber- und Auftragnehmerinteressen hat ohne Rücksicht auf das Verhältnis von Preis und Gegenleistung zu erfolgen, ebenso ist das Verhältnis von Nachbesserungsaufwand zum Vertragspreis irrelevant (*OLG Hamm* 15.5.2012 - 21 U 113/11). Unverhältnismäßigkeit ist allenfalls anzunehmen, wenn einem objektiv geringen Interesse des Auftraggebers an einer völlig ordnungsgemäßen Leistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht, der unter Abwägung aller Umstände einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt, wobei zu Lasten des Auftragnehmers auch zu berücksichtigen ist, ob und in welchem Ausmaß er den Mangel verschuldet hat (*LG Aachen* 20.9.2013 - 7 O 312/12:

Baut der Auftragnehmer vorsätzlich ein anderes als das vertraglich vereinbarte Material ein, obwohl im Leistungsverzeichnis das einzubauende Material konkret bezeichnet ist, ist die Mängelbeseitigung nicht unverhältnismäßig.). Bei einer geringen optischen Beeinträchtigung kann Unverhältnismäßigkeit angenommen werden, es sei denn, aus der Vereinbarung ergibt sich das berechnete Interesse des Auftraggeber auch an der kompletten optischen Mängelfreiheit (*OLG Stuttgart* 24.7.2012 – 10 U 56/12). Errichtet der Auftragnehmer eine um 18 cm zu kurze Maschinenhalle, wodurch die Fläche um 4% verkleinert wird, soll, wenn die Beseitigung des Mangels nur mit dem für 68.500 Euro zu erstellenden Abriss und Neubau machbar ist, nicht mehr Mängelbeseitigung sondern nur noch Minderung des Werklohns, der hier 33.250 Euro betrug, in Betracht kommen (*OLG München* 24.4.2013 - 13 U 1800/12 Bau). Im Falle einer spürbaren Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit kann die Nachbesserung auch bei hohen Kosten nicht verlangt werden (*OLG Düsseldorf* 18.2.2014 - 233 U 62/13). Führt der eingebaute Niedrigtemperaturkessel im Verhältnis zur vertraglich vorgesehenen Brennertheizanlage zu einem jährlichen Energiemehrverbrauch von 1,5%, kann Unverhältnismäßigkeit angenommen werden (*BGH* 18.7.2013 - VII ZR 231/11). Die dann in Betracht kommende Minderung, welche im Rechtsstreit eigenständig von dem Richter und nicht dem gerichtlichen Sachverständigen festgelegt wird, bemisst sich grundsätzlich nicht nach den Nachbesserungskosten, sondern dem ersparten Aufwand des Auftragnehmers und dem beim Auftraggeber angefallenen technischen und merkantilen Minderwert.

2. Wahrnehmung des Rechts auf Nachbesserung

Auf ein **Nachbesserungsverlangen des Auftraggebers** geht der Auftragnehmer besonnen und zügig ein; denn was dazu in §§ 634 Nr. 1, 635 BGB als das primär geltend zu machende Recht des Auftraggebers installiert wurde, ist im Falle eines Vorhandenseins eines Mangels tatsächlich die gesetzlich abgesicherte „**zweite Herstellungschance des Auftragnehmers**“. (Günstiger wird's für den Auftragnehmer nachfolgend allein in dem - in der Praxis seltenen - Fall, dass sich herausstellt, dass von vorneherein überhaupt kein Mangel gegeben war!) Beachtlich sind dazu im Einzelnen diese Punkte:

a) keine ungeprüfte / vorschnelle Verweigerung (der Gewährleistung)

Dem Auftraggeber steht kein Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Beseitigung von Mängeln zu, wenn es an einer ordnungsgemäßen Fristsetzung zur Nacherfüllung i.S.d. § 637 Abs. 1 BGB fehlt; ein Schreiben des Auftraggebers, dass „*einige Türen*“ klemmen bzw. nicht schließen und dass „*einige Drückergarnituren*“ klemmen, beinhaltet keine ordnungsgemäße Aufforderung zur Mängelbeseitigung, weil diesem Text nicht zu entnehmen ist, auf welche der vom Auftragnehmer eingebauten Türen sich das Nachbesserungsverlangen bezieht (*OLG Köln* 12.3.2013 - 3 U 5/12). Bestimmt der Auftraggeber schriftlich einen Termin zur Abnahme und teilt er in diesem Schreiben auch noch mit, dass, sollten im Abnahmetermin Mängel festgestellt werden, der Auftraggeber sich die Geltendmachung seiner Rechte vorbehalte, beinhaltet keine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung (*OLG München* 13.3.2012 - 9 U 2658/11 Bau). Im Übrigen ist zu beachten, dass der Auftraggeber seiner Darlegungslast betreffend das Vorliegen von Mängeln bereits dadurch genügt, dass er die Mangelerscheinungen so bezeichnet, dass sie der Leistung des Auftragnehmers zugeordnet werden können; zu

den konkreten technischen Ursachen braucht er nichts vorzutragen (BGH 5.6.2014 - VII ZR 276/13).

Ist die vom Auftraggeber gesetzte angemessene Frist zur Durchführung der Nachbesserung vom Auftragnehmer nicht genutzt worden, hat dieser sein Recht auf Nachbesserung verloren. Der Auftraggeber kann dann entscheiden, ob er die ihm zustehenden Mängelrechte (Ersatzvornahme, Kostenvorschuss, Minderung oder Schadensersatz) oder weiterhin die Nacherfüllung seitens des Auftragnehmers wählt; der Auftraggeber ist dann insbesondere nicht mehr verpflichtet, die vom Auftragnehmer nun doch noch angebotene Nachbesserung vornehmen zu lassen (OLG Koblenz 27.3.2014 - 3 U 944/13). Wählt der Auftraggeber dann die Nacherfüllung, kann er bis zur Nacherfüllung die Bezahlung des Werklohns in Höhe eines „Druckzuschlages“ gemäß § 641 Abs. 3 BGB („in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten“) verweigern. Kommt der Auftraggeber allerdings mit der Annahme des Nachbesserungsangebotes in Verzug, entfällt der Druckzuschlag.

Verlangt der Auftraggeber indes ordnungsgemäß fristsetzend die konkrete Mängelbeseitigung und antwortet der Auftragnehmer innerhalb der ihm dazu gesetzten Frist wörtlich wie folgt: „Entschieden müssen wir die Verantwortung für diese Mängel, damit auch die bisherigen und zukünftigen Kosten von uns weisen. Gern sind wir bereit, wie bisher sach- und fachgerecht für den Kunden zu arbeiten.“, ist dies als **klare Erfüllungsverweigerung** zu werten mit der Folge des sofortigen Entfallens des Nachbesserungsrechtes des Auftragnehmers; selbst ein nachfolgendes Erscheinen des Auftragnehmers auf der Baustelle binnen der ihm ursprünglich zur Nachbesserung gesetzt gewesenen Frist ändert an dieser Rechtsfolge nichts mehr (OLG Karlsruhe 17.3.2011 - 13 U 86/10). Der Auftraggeber braucht sich auf die Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer nicht mehr einzulassen, wenn der Auftragnehmer die Nachbesserung dadurch konkludent abgelehnt hat, dass er entweder die Verantwortlichkeit für die Mängel bestritten oder eine Mängelbeseitigung „nur zu meinen Bedingungen“ in Aussicht gestellt hat (OLG Köln 18.9.2013 - 11 U 79/13). Gleiches gilt, wenn der Auftragnehmer die Einrede der Verjährung erhebt (OLG Hamm 2.10.2013 - 12 U 5/13). Bittet indes der Auftragnehmer den Auftraggeber, ihm mitzuteilen, um welche Mängel es sich handelt, und bittet er ferner darum, eine Frist zur Nachbesserung einzuräumen, liegt darin keine Verweigerung der Mängelbeseitigung; auch der auf eine Mängelrüge gebrachte Hinweis, man sei mit den Arbeiten noch nicht fertig, stellt keine Verweigerung der Mängelbeseitigung dar (OLG Düsseldorf 26.10.2010 - I-20 U 159/09). Werden dem Auftragnehmer indes Symptome behaupteter Mängel (z.B. laute Knackgeräusche einer Aluminiumkonstruktion einer Wohnanlage) mitgeteilt und lehnt der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung ab mit der Erklärung, dass kein Mangel vorläge und der Auftraggeber im Übrigen die Leistung des Auftragnehmers vorbehaltlos und in Kenntnis dieser Geräuschbildung abgenommen habe, beinhaltet dies die zweifelsfreie und endgültige Verweigerung der Mängelbeseitigung, mit der Folge, dass eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung seitens des Auftraggebers nicht mehr erforderlich ist (KG 20.1.2012 - 6 U 89/08: Der Verlust von Gewährleistungsansprüchen durch vorbehaltlose Abnahme tritt nur ein, wenn der Auftraggeber im Zeitpunkt der Abnahme nachweislich positive Kenntnis von dem Mangel hatte.) Gegenüber einem Auftragnehmer, der seine Pflicht zur Mängelbeseitigung nicht erfüllt, muss die Höhe der Mängelbeseitigungskosten nach weniger strengen Maßstäben nachgewiesen werden (OLG München 5.5.2011 - 9 U 5060/08).

Von ihrem Inhalt her umfasst die Nachbesserung alles was erforderlich ist, um den Mangel zu beheben und was nach durchgeführter Mängelbeseitigung erforderlich ist, um den davor bestehenden Zustand wiederherzustellen (*KG* 31.1.2014 - 7 U 30/13: Der Auftragnehmer muss auch für die Schäden an dem sonstigen Vermögen des Auftragnehmers einstehen, die im Zuge der Nachbesserung zwangsläufig entstehen, so z.B. Kosten für ein Hotel, in das der Auftraggeber für die Dauer der Mängelbeseitigung umziehen muss, dies aber erst, wenn der Auftraggeber mit diesen Kosten belastet ist.). Es spricht einiges dafür, dass die Nachbesserung auch die dem Auftraggeber angefallenen notwendigen Kosten eines privat eingeschalteten Sachverständigen erfasst und dies nicht erst von dem Vorliegen eines schuldhaften Verhaltens des Auftragnehmers abhängige Folgekosten sind (so für den Nachbesserungsanspruch bei Kauf: *BGH* 30.4.2014 - VIII ZR 275/13. Kritisch: *Lorenz* NJW 2014, 2319). Lehnt der Auftragnehmer die Erfüllung dieser berechtigten Ansprüche auch nur teilweise ab, kann dies zu dem Verlust seines Rechtes auf Nachbesserung führen.

Im **Bestreiten von Mängeln binnen eines Rechtsstreits** liegt dagegen nicht ohne weiteres eine endgültige Erfüllungsverweigerung, denn das Bestreiten ist ein prozessuales Recht des Schuldners; es müssen weitere Umstände hinzutreten, welche die Annahme rechtfertigen, dass der Schuldner über das Bestreiten der Mängel bewusst und endgültig die Erfüllung seiner Vertragspflichten ablehnt (*OLG Frankfurt* 14.6.2012 - 12 U 185/10; *OLG Düsseldorf* 11.10.2013 - 22 U 81/13).

Der Auftragnehmer beachtet auch noch dies: Beseitigt der Auftraggeber behauptete Mängel selbst, ohne dem Auftragnehmer zuvor hinreichende Möglichkeit zur Nacherfüllung gegeben zu haben, ist er mit Gewährleistungsansprüchen aus allen dafür in Betracht kommenden Rechtsgründen ausgeschlossen (*OLG Düsseldorf* 11.10.2013 - 22 U 81/13).

b) Risiko der Fehlbeurteilung

Allein wenn der vorliegende Mangel nur auf eine einzige bestimmte Art und Weise beseitigt werden kann, braucht der Auftraggeber keine andere Form der Mängelbeseitigung zu akzeptieren, ansonsten bestimmt der Auftragnehmer die Art und Weise der Mängelbeseitigung (*OLG Celle* 17.3.2011 - 6 U 125/10; *OLG München* 21.4.2011 - 9 U 1712/09). Das **Risiko der Fehlbeurteilung** trägt der Auftragnehmer. Äußert sich der Auftragnehmer in einem solchen Fall also nicht hinreichend konkret oder verlangt er vor Beginn seiner Arbeiten vom Auftraggeber gar den Nachweis des Vorliegens des Mangels, geht er seines Rechtes zur Nachbesserung verlustig (*OLG Stuttgart* 30.12.2009 - 9 U 18/09). Der Besteller einer Werkleistung kann erwarten, dass die Leistung entsprechend der in der Zulassung vorgesehenen Bearbeitungsweise ausgeführt wird, soweit die Parteien nicht konkret anderes vereinbart haben; er muss sich auf eine Nachbesserung, mit der der Mangel wegen einer nicht fachgerechten Ausführung nicht beseitigt wird, nicht verweisen lassen (*LG Duisburg* 19.6.2012 - 1 O 354/11). Weisen verlegte Betonwerksteinplatten Risse auf, kann der Auftraggeber den Komplettaustausch verlangen, braucht sich also nicht auf ein Austauschen bloß der betroffenen Platten einzulassen, wenn das entfernen der Platten mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Beschädigung der Nachbarplatten führt (*OLG Düsseldorf* 29.11.2012 - 5 U 129/07). Wurden in der Lagerhalle 700 qm Fliesen verlegt, von denen sich dann einzelne lösen und ergibt sich, dass bei jeder der von dem Sachverständigen durchgeführten acht Bodenöffnun-

gen der Verlegemörtel mangelhaft („bröselig“) ist, kann der Auftraggeber Komplettsanierung des gesamten Bodenbelages verlangen (*OLG München* 3.9.2012 - 28 U 3473/10).

Der nachbessernde Auftragnehmer kann entscheiden, welche der verschiedenen geeigneten Maßnahmen zur Herstellung der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit durchzuführen sind; er gerät nicht in Schuldnerverzug, wenn der Auftraggeber unberechtigt auf eine bestimmte Art der Nacherfüllung beharrt, vielmehr tritt dann **Gäubigerannahmeverzug** ein. In einem solchen Fall ist der Auftragnehmer aber nicht von seiner Nachbesserungsverpflichtung befreit; nach erfolgter Abnahme kann er vielmehr Zahlung des Restwerklohns **Zug um Zug** gegen Mängelbeseitigung fordern (*OLG Düsseldorf* 30.8.2012 - 23 U 143/119). Der die Interessen des Auftragnehmers umfassend besorgende Rechtsanwalt sollte im Rechtsstreit vorsorglich die Feststellung des Annahmeverzuges durch Urteilsausspruch beantragen.

c) Mehrkosten / Sowieso-Kosten / merkantiler Minderwert

Von den Kosten einer vom Auftragnehmer zu bezahlenden Mängelbeseitigung sind die **Mehrkosten** in Abzug zu bringen, um die die Bauleistung bei ordnungsgemäßer Ausführung von vorneherein teurer gewesen wäre; **Sowieso-Kosten** sind nicht abzusetzen, wenn bei ordnungsgemäßer Ausführung der Leistung gegenüber den tatsächlichen Aufwendungen keine höheren Kosten entstanden wären (*OLG Karlsruhe* 16.4.2010 - 4 U 146/08). Der Unternehmer beachtet ferner, dass bei der Berechnung der Höhe der im Rahmen der Mängelbeseitigung zu berücksichtigenden Sowieso-Kosten nicht auf den Zeitpunkt der Mängelbeseitigung, sondern auf das schädigende Ereignis, also bei unterlassenem Bedenkenhinweis auf den Zeitpunkt der Unterlassung, abzustellen ist (*OLG Köln* 14.8.2012 - 3 U 109/09).

Auf einen **Vorteilsausgleich** „neu für alt“ kann sich der Auftragnehmer nicht berufen, wenn er von Anfang an seine Einstandspflicht zur Mängelbeseitigung bestritten hat; der sich daraus zu Lasten des Auftraggebers verstreichende Zeitraum der Nicht-Gewährleistung kann sich wirtschaftlich nicht Gunsten des Auftragnehmers auswirken (*OLG Rostock* 8.6.2010 - 4 U 3/02); der Auftraggeber braucht sich also eine **durch die Nacherfüllung bewirkte längere Lebensdauer des Werkes** nicht im Wege des Vorteilsausgleichs anrechnen zu lassen (*OLG Oldenburg* 5.2.2013 - 2 U 46/12).

Der Auftraggeber, der nachdem eine Nachbesserung am Werk durchgeführt worden ist, auch noch die **Bezahlung eines merkantilen Minderwertes** begehrt, muss die Voraussetzungen substantiiert darlegen und beweisen (*LG Frankenthal* 8.4.2014 - 6 O 361/13).

IV. gerichtlicher Baurechtsstreit

Und wenn's sich dann doch gar nicht mehr vermeiden lässt:

1. Notwendigkeit der anwaltlichen Beratung

Kein Unternehmer zieht heute ganz solo vor Gericht. Baurechtsstreitigkeiten sind nämlich juristisch derart komplex und kompliziert, dass ein Auftragnehmer auch in amtsgerichtlichen

Verfahren, in denen ein **Rechtsanwaltszwang** grundsätzlich nicht besteht, keinesfalls hinreichend sicher ohne begleitende juristische Kompetenz aufschlagen kann. Das gilt erst recht für die **Führung eines selbständigen Beweisverfahrens**. Dasselbe gilt für den Bauunternehmer, dem während des gerichtlichen Streites anderer der Streit verkündet wird.

Dieser Unternehmer engagiert dazu den besten (**Fach-**) **Anwalt**, der sein Unternehmen kennt; er nimmt die juristische Ratschläge - auch Vergleichsvorschläge - dieses Rechtsanwaltes ernst.

2. gerichtliche Sachverständige

Die fachkundige Partei brieft den eingeschalteten Rechtsanwalt betreffend das fachliche **Anforderungsprofil** des benötigten gerichtlichen - und grundsätzlich richterlich ausgewählten - Sachverständigen. Zumindest der Verfahrensbevollmächtigte nimmt an der gesamte von diesem Sachverständigen durchgeführten Ortsbesichtigungen prüfend und, sofern er eine unstatthafte Vorgehensweise erkennt, mit sachlich-kritischer Reaktion teil. Die Partei respektiert - von vorneherein wohlwollend und für den Sachverständigen erkennbar - auf **§ 13 JVEG** gestützte Vergütungserhöhungsbegehren der gerichtlichen Sachverständigen.

3. gerichtliche Verhandlung

Kommt es zu einer **Verhandlung im Gerichtssaal**, soll der Richter diesen Unternehmer - aber bitte ruhig! - mal kennenlernen, einzige Ausnahme: Sein Rechtsanwalt rät ihm von diesem Erscheinen ab. Die erscheinende Partei kennt den Inhalt der gewechselten Schriftsätze.