

10. Fachtag Baurecht der Handwerkskammer Dresden

Dresden, den 07.03.2019

Die Rechtsprechung auf dem Gebiet des Baurechts im Jahr 2018

Referent: Rechtsanwalt Bernd Morgenroth
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Schlichter/Schiedsrichter SO-Bau
BSKP Dresden

Kontakt: morgenroth@bskp.de

Inhaltsverzeichnis

- I. Schluss mit fiktiven Mängelbeseitigungskosten**
- II. Förmliche Abnahme vereinbart: keine Abnahme durch Inbetriebnahme!**
- III. Haftung für Mängel trotz Bedenkenanzeige?**
- IV. Mündlicher Bedenkenhinweis reicht!**
- V. Wie hat ein ordnungsgemäßer Bedenkenhinweis auszusehen?**
- VI. Handwerker ohne Rechnung bezahlt: keine Mängelansprüche und kein Geld zurück!**
- VII. Herstellervorgabe eingehalten: Leistung mangelfrei?**
- VIII. Sind Fenster und Rollläden ohne CE-Kennzeichnung mangelhaft?**
- IX. Vorsicht bei funktionaler Baubeschreibung!**

Inhaltsverzeichnis

- X. Nachtragsforderungen werden gänzlich ignoriert: AN darf Arbeiten einstellen?
- XI. Wer die Arbeiten einstellt, lebt gefährlich!
- XII. Der Mangel ist behoben: Verjährung der Mängelansprüche beginnt neu

I. Schluss mit fiktiven Mängelbeseitigungskosten

I. Schluss mit fiktiven Mängelbeseitigungskosten

Ein Auftraggeber, der Mängel nicht beseitigen lässt, kann seinen Schaden nicht mehr nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen.

Dies gilt nicht für vor dem 01.01.2002 geschlossene Verträge.

- BGH, Urteil vom 22.02.2018 - VII ZR 46/17
- BGH Urteil vom 21.06.2018 – VII ZR 173/16
- BGH, Urteil vom 06.12.2018 - VII ZR 71/15
- BGH, Urteil vom 27.09.2018 - VII ZR 45/17

I. Schluss mit fiktiven Mängelbeseitigungskosten

Praxisrelevanz:

Dabei handelt es sich wohl um eines der bedeutendsten Urteile bzw. Urteilsserien des Jahres 2018.

Macht ein Auftraggeber Ansprüche wegen Mängeln geltend, lässt diese aber (noch) nicht beseitigen, sondern macht fiktive Mängelbeseitigungskosten geltend, konnte er damit dem Auftragnehmer rechtlich entgentreten. Dies äußerte sich entweder in einer Aufrechnung gegenüber dem geltend gemachten Werklohnanspruch des Auftragnehmers oder aber einen Zahlungsanspruch gegenüber dem Auftragnehmer. Hier hat der BGH seit dem 22.02.2018 eine vollkommen andere Auffassung entwickelt.

I. Schluss mit fiktiven Mängelbeseitigungskosten

Erst wenn er den Schaden beseitigen lasse und die Kosten hierfür begleiche, entstehe dem Auftraggeber ein Vermögensschaden in Höhe der aufgewendeten Kosten. Stattdessen kann der Auftraggeber Vorschusskosten geltend machen oder seinen Schaden anhand einer faktischen Minderwertberechnung ermitteln.

Sofern dies noch in laufenden Rechtsstreiten so geltend gemacht wird, kann eine Umstellung auf eine andere Schadensberechnung oder die Geltendmachung mit Vorschusskosten erfolgen.

II. Förmliche Abnahme vereinbart: keine Abnahme durch Inbetriebnahme!

II. Förmliche Abnahme vereinbart: keine Abnahme durch Inbetriebnahme!

Haben die Parteien eine förmliche Abnahme eines Werks - hier Ausführung einer Heizungsanlage - vereinbart, scheidet eine konkludente Abnahme des Werks durch Inbetriebnahme desselben aus.

Hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer mehrere Abnahmetermine vorgeschlagen, ist es Sache des Auftragnehmers, hierauf zu reagieren und mit dem Auftraggeber einen förmlichen Abnahmetermin zu vereinbaren.

OLG Koblenz, Beschluss vom 01.03.2018 – 1 U 1011/17

II. Förmliche Abnahme vereinbart: keine Abnahme durch Inbetriebnahme!

Praxisrelevanz:

Dauerthema Abnahme: ist einstmals eine förmliche Abnahme vereinbart, ist es nur schwer davon loszukommen.

In der Praxis können die Parteien aber auf eine förmliche Abnahme einvernehmlich verzichten. Dieser Verzicht auf eine förmliche Abnahme kann zum Beispiel durch schlüssiges Verhalten der Parteien oder durch Erstellung der Schlussrechnung auf Anforderung des Auftraggebers sowie Austausch von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaften erfolgen.

III. Haftung für Mängel trotz Bedenkenanzeige?

III. Haftung für Mängel trotz Bedenkenanzeige?

Der Auftragnehmer haftet trotz Bedenkenanmeldung für Mängel an einer Fassade, wenn er durch eine spezielle Befestigungs konstruktion auf der Unterseite der Verkleidungselemente sowie durch Verklebungen (erfolglos) versucht, von ihm festgestellte Verformungen auszugleichen.

BGH, Nichtzulassungsbeschwerde durch Beschluss vom 24.01.2018 - VII ZR 153/16 zurückgewiesen, vorhergehend Kammergericht, Urteil vom 18.05.2016 - 26 U 56/05

Ein Fassadenbauer stellt nach den Vorleistungen eines anderen Unternehmers fest dass er infolge unzureichender Unterkonstruktionen seine Leistungen nicht mangelfrei erbringen kann. Er meldet ordnungsgemäß Bedenken an. Infolge des Zeitdrucks sah er sich jedoch veranlasst eine spezielle Befestigungs konstruktion sowie Verklebungen an den von ihm festgestellten Verformungen vorzunehmen. Dies misslang. Die Verkleidung wurde nicht abgenommen, der Fassadenbauer will dennoch seine Vergütung haben.

III. Haftung für Mängel trotz Bedenkenanzeige?

Praxisrelevanz:

Zwar hat der Auftragnehmer hier die Bedenken angemeldet, er hat aber unter dem Zeitdruck versucht mit Kreativität, Kundenorientierung und Außerachtlassung der Eigeninteressen zu handeln. Das mag sicherlich nicht verwerflich sein, fällt ihm jedoch hinterher wieder auf die Füße. Er hat durch eigenes Handeln den Mangel verursacht. Davon entlastet ihn die vorherige Bedenkenanzeige nicht.

III. Haftung für Mängel trotz Bedenkenanzeige?

Wie könnte man besser vorgehen?

1. Nach der Bedenkenanzeige Erarbeitung eines Lösungsvorschlags, wenn der AG dies wünscht.
2. Hinweis an den AG, dass damit der Erfolg möglicherweise nicht erreicht werden kann, mit Aufzeigen möglicher Folgen.
3. Einfordern einer ausdrücklichen Anordnung des AG zur Ausführung der Variante, vorher kein Beginn der Leistung. Es darf nicht der Eindruck entstehen, als folge der AG lediglich dem Wunsch des AN.
4. Vor Ausführung nochmaliger Hinweis auf das Risiko.
5. Alternativ oder ergänzend: Einfordern einer ausdrücklichen Erklärung des AG, dass er die Abnahme nicht verweigern und gegebenenfalls auszuführende Mängelbeseitigungsleistungen gesondert vergüten wird und dass er den AN von damit im Zusammenhang stehenden Kosten freistellt. Immer für den Laien verständlich formulieren!

IV. Mündlicher Bedenkenhinweis reicht!

IV. Mündlicher Bedenkenhinweis reicht!

1. Auch mündliche Bedenkenhinweise führen im VOB-Vertrag dazu, dass der Auftragnehmer von seiner Haftung für Mängel frei wird.
2. Der Auftragnehmer muss den Auftraggeber nicht ausführlich darauf hinweisen, dass die geplante Ausführung nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Es genügt, wenn er den AG in die Lage versetzt, die Tragweite der Nichtbefolgung des Hinweises zu erkennen.
3. Der AN hat in seinem Bedenkenhinweis nur auf die nachteiligen Folgen der geplanten Ausführung hinzuweisen. Möglichkeiten der Abhilfe muss er nicht aufzeigen.

OLG Schleswig, Urteil vom 18.07.2018 - 12 U 8/18

IV. Mündlicher Bedenkenhinweis reicht!

Praxisrelevanz:

Im vorliegenden Fall hat der AN auf die mit dem Verzicht auf eine Unterspannbahn verbundenen Risiken inhaltlich ausreichend hingewiesen. Es reicht dazu aus, wenn er dem AG die relevanten Gefahren und deren mögliche Folgen erläutert. Nur mündliche Bedenkenanzeigen sind unschädlich, wenn auch allein schon aus Beweisgründen es sich immer empfiehlt diese schriftlich, möglichst per Telefax oder im Rahmen einer gemeinsamen Beratung (Protokoll) abzugeben. Die Bedenkenanzeige muss dem AG möglichst anschaulich vor Augen führen, welche Risiken bestehen, wenn so gebaut wird wie geplant. Besondere Sorgfalt bei AG, die in baufachlichen Fragen unerfahren sind.

Das hiesige Vorgehen des AN sollte daher nicht als Vorbild dienen.

V. Wie hat ein ordnungsgemäßer Bedenkenhinweis auszusehen?

V. Wie hat ein ordnungsgemäßer Bedenkenhinweis auszusehen?

Der Bedenkenhinweis auf eine unzureichende Vorunternehmerleistung hat grundsätzlich zur rechten Zeit , in der gebotenen Form, in der gebotenen Klarheit und gegenüber dem richtigen Adressaten zu erfolgen, damit der AG in die Lage versetzt wird, die Tragweite der Nichtbefolgung klar zu erkennen.

OLG Hamburg, Urteil vom 28.09.2018 - 11 U 128/17

V. Wie hat ein ordnungsgemäßer Bedenkenhinweis auszusehen?

Praxisrelevanz:

Im vorliegenden Fall gilt die Leistung als mangelhaft, der AN kann sich wegen des Mangels nicht dadurch umfassend entlasten, dass die Fachberatungsfirma das Material des Bodenbelags konkret vorgegeben hat und ein Produktinformationsblatt vorher übergeben wurde. Darin liegt nach Auffassung des Gerichts kein ordnungsgemäßer Bedenkenhinweis. Der Hinweis erfolgt im Übrigen auch erst nach Verlegung des Bodenbelags.

Das Verschulden des Unternehmers liegt hier begründet, dass er die fehlerhaften Vorgaben oder Vorleistungen nicht oder nicht genügend geprüft oder erkannt hat, obwohl ihm dies möglich war und er einen unzureichenden Bedenkenhinweis erteilt hat.

Die Haftung des AN kann auch dann entfallen, wenn er beweist, dass er die fehlerhaften Vorgaben oder Vorleistungen nicht erkennen konnte.

VI. Handwerker ohne Rechnung bezahlt: keine Mängelansprüche und kein Geld zurück!

VI. Handwerker ohne Rechnung bezahlt: keine Mängelansprüche und kein Geld zurück!

Zur Schwarzarbeit zählt auch die Erbringung und Ausführung von Werkleistungen, wenn dabei vom Unternehmer eine sich aufgrund der Werkleistungen ergebende steuerliche Pflicht nicht erfüllt wird.

Wird ein selbständiger Unternehmer durch den AG ohne Rechnungstellung entlohnt, liegt regelmäßig ein Verstoß des AN gegen seine steuerlichen Erklärungs- und Anmeldepflichten sowie gegen die Rechnungslegungspflicht vor.

Schwarzarbeit führt zur Nichtigkeit des Werkvertrages, wenn der AN vorsätzlich handelte und der AG dieses weiß und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt. Mängelansprüche des AG bestehen in diesem Falle ebenso wenig wie ein Anspruch auf Rückzahlung des gezahlten Werklohns.

**OLG Düsseldorf, Verfügung vom 20.07.2017 - 21 U 21/16
(Nichtzulassungsbeschwerde im Jahr 2018 zurückgenommen).**

VI. Handwerker ohne Rechnung bezahlt: keine Mängelansprüche und kein Geld zurück!

Praxisrelevanz:

Wer aufgrund ausdrücklich oder konkludent getroffener „ohne-Rechnung-Abrede“ arbeiten lässt oder arbeitet, geht im Streitfall leer aus. Der beidseitige Verstoß verstößt gegen § 1 Abs. 2 Nummer 1 SchwarzArbG und führt zu Nichtigkeit des Vertrages. Wer Schwarzarbeit zulässt, hat keine Mängelansprüche. Wer Schwarzarbeit zulässt, hat nicht nur keinen Vergütungsanspruch, sondern auch keinen Anspruch auf Wertersatz. Wer Schwarzgeld erhalten hat, muss dieses nicht zurückzahlen. Eine Vereinbarung, nur einen Teil der vereinbarten Vergütung abzurechnen und den Rest ohne Rechnung zu bezahlen, führt zu Nichtigkeit des gesamten Vertrages.

Dies alles gilt auch, wenn die Schwarzgeldabrede nachträglich getroffen wird.

VII. Herstellervorgaben eingehalten: Leistung mangelfrei?

VII. Herstellervorgaben eingehalten: Leistung mangelfrei?

Ein Werkmangel liegt nicht vor, wenn die Herstellervorgaben eingehalten wurden und die allgemein anerkannten Regeln der Technik keine höheren Anforderungen an das Werk stellen.

OLG Hamm, Urteil vom 09.11.2018 - 12 U 20/18

VII. Herstellervorgaben eingehalten: Leistung mangelfrei?

Praxisrelevanz:

Die Einhaltung der Herstellervorgaben stellt keinen Mangel dar, wenn die allgemein anerkannten Regeln der Technik keine höheren Anforderungen an das Werk stellen als die Herstellervorgaben. Zum anderen kann ein Mangel vorliegen, wenn die Anforderung der Herstellervorgaben über die allgemein anerkannten Regeln der Technik hinausgehen, um ein bestimmtes Risiko abzuwenden, und diese nicht eingehalten wurden.

VII. Herstellervorgaben eingehalten: Leistung mangelfrei?

Wichtig:

Aus dieser Entscheidung dürfen Handwerker nicht schließen, dass allein das Einhalten der Herstellervorgaben die Mangelfreiheit gewährleistet. Denn Herstellervorgaben sind speziell auf das jeweilige Produkt und mögliche Interessen des Herstellers abgestimmt. Erforderlich ist jedoch stets ein Abgleich mit den anerkannten Regeln der Technik!

VIII. Sind Fenster und Rollläden ohne CE-Kennzeichnung mangelhaft?

VIII. Sind Fenster und Rollläden ohne CE-Kennzeichnung mangelhaft?

Das Fehlen der CE-Kennzeichnung an Fenstern und Rollläden allein rechtfertigt nicht die Annahme einer mangelhaften Leistung des Fensterbaus.

OLG Oldenburg, Urteil vom 04.09.2018 – 2 U 58/18

VIII. Sind Fenster und Rollläden ohne CE-Kennzeichnung mangelhaft?

Praxisrelevanz:

Das Fehlen einer CE-Kennzeichnung allein stellt aus Rechtsgründen keinen Mangel dar. Die CE-Kennzeichnung von Bauprodukten basiert auf einer EU-Verordnung vom 09.03.2011. Deren Regelungszweck liegt nicht in der Bauwerkssicherheit. Nach den nationalen Vorschriften müssen Bauprodukte den deutschen anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Aus der CE-Kennzeichnung eines Bauprodukts ergibt sich nicht der Anscheinsbeweis, dass dieses Bauprodukt übliche Beschaffenheit aufweist. Bauprodukte ohne CE-Kennzeichnung begründen nicht die Vermutung, dass das Werk nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechen würde. Der Maßstab für die beurteilende Mangelhaftigkeit der Leistung sind die anerkannten Regeln der Technik, bei welchen der Besteller eine entsprechende Beschaffenheit des Werks erwarten darf.

Verwendete Bauprodukte müssen den bauordnungsrechtlichen Anforderungen entsprechen und die Beurteilung der Mangelhaftigkeit einer Leistung sind den nationalen Zivilgerichten vorbehalten.

IX. Vorsicht bei funktionaler Baubeschreibung!

IX. Vorsicht bei funktionaler Baubeschreibung!

Wird eine funktionale Baubeschreibung im Generalunternehmervertrag „(Stahl-) Beton“ ausgeschrieben, schuldet der Auftragnehmer zwingend Stahlbeton.

OLG Bremen, Beschluss vom 23.08.2018 - 2 U 120/17

Im vorliegenden Fall kommt es darauf an, welche Arbeiten der AN geschuldet hat und welche Arbeiten mit der vereinbarten Vergütung abgegolten sein sollen. Es kommt insbesondere auf die Leistungsbeschreibung an. Diese ist anhand der Funktionalbeschreibung auszulegen, was, im vorliegenden Fall im Streitfall dann durch das Gericht (nicht durch Sachverständige!) erfolgt. **Im vorliegenden Falle wurde der Klammerzusatz (Stahl-) als eine besondere Hervorhebung dessen dargestellt, was geschuldet ist, also welcher konkrete Beton geschuldet ist.** Der damalige Hinweis auf die fehlende Vorstatik ändert hieran nichts, weil auch bei vorgegebener Bauweise in Stahlbeton verschiedene Dimensionierungen der Sohle möglich sind.

**X. Nachtragsforderungen werden
gänzlich ignoriert: AN darf Arbeiten
einstellen!**

X. Nachtragsforderungen werden gänzlich ignoriert: AN darf Arbeiten einstellen!

Grundlage eines Leistungsverweigerungsrechtes des AN aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) kann auch sein, dass sich der AG hinsichtlich eingereichter Nachtragsangebote unter Verstoß gegen seine Kooperationspflichten völlig passiv verhält, dem Auftragnehmer kann nicht zugemutet werden, Anordnungen des AG gemäß § 1 Abs. 3 bzw. Abs. 4 Satz 1 VOB/B befolgen zu müssen, ohne auf der anderen Seite Klarheit über die ihm dafür zustehende Vergütung zu erhalten.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 02.03.2018 - 22 U 71/17

X. Nachtragsforderungen werden gänzlich ignoriert: AN darf Arbeiten einstellen!

Praxisrelevanz:

Der AG darf sich hinsichtlich eingereichter Nachtragsangebote gerade im Rahmen seiner Kooperationspflicht nicht völlig passiv verhalten. Dem AN kann nicht zugemutet werden, Anordnungen des AG befolgen zu müssen, ohne Klarheit über die ihm dafür zustehende Vergütung zu erhalten, zumal insbesondere die Leistungserweiterung, die den zusätzlichen Vergütungsanspruch auslöst, allein im wohlverstandenen Interesse des AG liegt. Daher ist im Zweifel von einem Leistungsverweigerungsrecht auszugehen, wenn der AG den Abschluss einer (berechtigten) Nachtragsvereinbarung zu einer von ihm angeordneten Zusatzleistung endgültig verweigert.

Auch bei längerer Passivität des AG ist ein Leistungsverweigerungsrecht des AN anzunehmen, wenn die Höhe der streitigen Nachträge im Verhältnis zur Gesamtvergütung einen erheblichen prozentualen Anteil ausmacht.

X. Nachtragsforderungen werden gänzlich ignoriert: AN darf Arbeiten einstellen!

Praxisrelevanz:

Besonders zu beachten sind die Neuregelungen des Nachtragsrechts im seit dem 01.01.2018 geltenden Vertragsrecht des BGB. Hierzu gibt es vorläufige Sicherungs- und Anordnungsmöglichkeiten, notfalls über die Gerichte.

XI. Wer Arbeiten einstellt, geht ein hohes Risiko ein!

XI. Wer Arbeiten einstellt, geht ein hohes Risiko ein !

Wird der Auftragnehmer durch Umstände aus der Risikosphäre des Auftraggebers in der Ausführung eines Teils an der Leistung behindert, berechtigt ihn das nicht dazu, die Arbeiten insgesamt einzustellen.

Stellt der AN seine Arbeiten auf unbestimmte Zeit ein, weil der AG ein Nachtragsangebot nicht angenommen hat, kann der AG den Bauvertrag aus wichtigem Grund kündigen, wenn die Nachtragsforderung unberechtigt ist.

BGH, Beschluss vom 16.05.2018 - VII ZR 260/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); vorhergehend OLG Dresden, Urteil vom 27.09.2016 – 6 U 564/16

XI. Wer Arbeiten einstellt, lebt gefährlich!

Nachtragsstreitigkeiten berechtigen den AN grundsätzlich nicht zur Einstellung seiner Arbeiten.

Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn der AG sich endgültig weigert, eine berechnete Nachtragsforderung zu bezahlen, eingereichte Nachtragsangebote komplett ignoriert werden oder sich der AG mit der Bezahlung einer fälligen Abschlagsrechnung in Verzug befindet und eine ihm gesetzte angemessene Frist fruchtlos verstrichen ist.

Eine Arbeitseinstellung wegen Zahlungsverzuges ist aber aufgrund etwaiger berechtigter Einbehalte aufgrund von Mängeln nicht ratsam.

XII. Der Mangel ist behoben: Verjährung der Mängelansprüche beginnt neu!

XII. Der Mangel ist behoben: Verjährung der Mängelansprüche beginnt neu!

Erklärt der AN, dass die Mängelbeseitigung stattgefunden hat und der Mangel behoben worden ist, liegt darin ein die Verjährung der Gewährleistungsansprüche unterbrechendes Anerkenntnis.

Das Anerkenntnis erfasst die sich aus der eigentlichen Mangelursache ergebenden Ansprüche, nicht nur die erkannten Mangelperscheinungen.

BGH, Beschluss vom 25.04.2018 - VII ZR 222/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen), vorhergehend OLG München, Beschluss vom 08.08.2016 - 28 U 1483/16

XII. Der Mangel ist behoben: Verjährung der Mängelansprüche beginnt neu!

Praxishinweis:

Aufgepasst!

Auch wenn der Unternehmer das vielleicht nicht wollte, durch seine Erklärung, die Mangelbeseitigung sei durchgeführt worden bzw. der Mangel sei behoben, hatte er ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis abgegeben und somit dazu beigetragen, dass für die von ihm beseitigten Mängel die Gewährleistung wieder von neuem zu laufen begann.

Daher die Empfehlung, bei angezeigten Mängeln während des Gewährleistungszeitraumes sich immer auf Kulanz oder Entgegenkommen beziehen, das beseitigt zumindest die ersten Wirkungen eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses und eines Neubeginns der Gewährleistung, welche sicherlich vom Auftragnehmer nicht gewollt war.

Noch Fragen?



Wir bedanken uns für Ihre Aufmerksamkeit!

BSKP Dr. Broll · Schmitt · Kaufmann und Partner
Steuerberater · Wirtschaftsprüfer · Rechtsanwälte

Fetscherstraße 29 · 01307 Dresden
Tel. 0351 31890-0 · www.bskp.de