

Prof. Jürgen Ulrich,

Vorsitzender Richter a.D.

Leiter der Bauschlichtungsstelle bei der Handwerkskammer Dortmund
und der Bauschlichtungsstelle bei der Handwerkskammer Südwestfalen

Strategien zur Vermeidung eines Rechtsstreits
- Was der erfolgreiche Unternehmer heute wissen muss -

Vorweg:

Juristisch kann ein Baugeschehen in **drei Phasen** aufgeteilt werden:

- die **Vertragsphase**: sie endet mit dem Abschluss eines Vertrages;
- die **Bauphase**: sie endet mit der Abnahme;
- die **Gewährleistungsphase**: sie endet mit Ablauf der Gewährleistungsfrist.

1. Vertragsphase

= es besteht Obliegenheit zum Abschlusses eines „wasserdichten“
Vertrages!

→ sorgfältige Bestimmung des Inhaltes der Vereinbarungen (z.B.
betreffend Vertragspartner / Auftragsgegenstand / Preise /
Vollmachten)

OLG Celle 19.7.2018 - 13 U 39/18:

Verlangt der Unternehmer die **übliche Vergütung**, muss er beweisen,
dass eine vom Besteller behauptete Vereinbarung über eine niedrigere
Höhe der Vergütung nicht getroffen worden ist.

Gelingt ihm das nicht, steht ihm nur der geringere Werklohn zu, der
sich aus der behaupteten Preisvereinbarung ergibt.

OLG Brandenburg 23.1.2019 - 7 U 251/14:

1. Kann der Auftragnehmer die von ihm behauptete Vergütungsabrede nicht beweisen, ist die **übliche Vergütung** als vereinbart anzusehen.
2. Die Höhe der üblichen Vergütung kann das Gericht im Wege der Schätzung ermitteln, soweit die vollständige Aufklärung aller maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden ist, die in keinem Verhältnis zur Bedeutung der Forderung stehen.

brutto ↔ netto?

OLG Brandenburg 11. 1.2019 - 11 U 69/18:

Generell gilt für Verträge jeglicher Art, dass die **Umsatzsteuer** als rechtlich unselbstständiger Teil des zu zahlenden Preises auch bei Vereinbarungen zwischen vorsteuerabzugsberechtigten Vertragsparteien im Zweifel im Gesamtpreis enthalten ist.

→ Schriftform (§ 650i Abs. 2 BGB: „Der **Verbraucherbauvertrag** bedarf der Schriftform.“)

§ 650a BGB **Bauvertrag**

Abs. 1: „Ein Bauvertrag ist ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. ...“

Abs. 2: „Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.“

§ 13 BGB **Verbraucher**

„Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.“

OLG München 7.6.2016 - 9 U 1677/15 Bau; BGH 20.2.2019 - VII ZR 179/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen):

1. Wollen die Parteien einen **schriftlichen Bauvertrag** abschließen, kommt der Vertrag im Zweifel erst zu Stande, wenn die Vertragsurkunde erstellt ist.
2. Besprechungsergebnisse aus der Verhandlungszeit können nur dann Bestand haben, wenn dies zu dem zuletzt niedergelegten Vertragsinhalt passt. Der schriftliche Bauvertrag hat die (widerlegbare) **Vermutung der Vollständigkeit** für sich.

→ § 650I BGB **Widerrufsrecht:**

„Dem Verbraucher steht ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu, es sei denn, der Vertrag wurde notariell beurkundet. Der Unternehmer ist verpflichtet, den Verbraucher nach Maßgabe des Artikels 249 § 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch über sein Widerrufsrecht zu belehren.“

→ § 357d BGB **Rechtsfolgen des Widerrufs bei Verbraucherbauverträgen**

„Ist die Rückgewähr der bis zum Widerruf erbrachten Leistung ihrer Natur nach ausgeschlossen, schuldet der Verbraucher dem Unternehmer Wertersatz. Bei der Berechnung des Wertersatzes ist die vereinbarte Vergütung zugrunde zu legen. Ist die vereinbarte Vergütung unverhältnismäßig hoch, ist der Wertersatz auf der Grundlage des Marktwertes der erbrachten Leistung zu berechnen.“

BGH 30.8.2018 - VII ZR 243/17:

Dem Unternehmer steht nach wirksamem Widerruf des Werkvertrags **kein Wertersatzanspruch für bis zum Widerruf erbrachte Leistungen** zu, wenn er den Verbraucher über die Bedingungen, die Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts **nicht hinreichend unterrichtet** hat.

Besonderheit: „AGV“

LG Coburg 9.8.2018 - 21 O 175/18:

Ein **außerhalb von Geschäftsräumen** mit einem Verbraucher geschlossener Werkvertrag (= „AGV“) kann widerrufen werden.

BGH 10.4.2019 - VIII ZR 82/17:

Bei einem **Messestand** kann es sich um einen „beweglichen Gewerberaum, an dem der Unternehmer seine Geschäfte für gewöhnlich ausübt,“ handeln so dass ein da zustande gekommener - hier: Kauf- - Vertrag nicht außerhalb eines Geschäftsraums geschlossen wurde und damit dem Verbraucher ein Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 BGB nicht zusteht.

→ **§ 357 BGB Rechtsfolgen des Widerrufs von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen mit Ausnahme von Verträgen über Finanzdienstleistungen**

Abs. 8: „Widerruft der Verbraucher einen Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen ..., so schuldet der Verbraucher dem Unternehmer Wertersatz für die bis zum Widerruf erbrachte Leistung, wenn der Verbraucher von dem Unternehmer ausdrücklich verlangt hat, dass dieser mit der Leistung vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt. Der Anspruch aus Satz 1 besteht nur, wenn der Unternehmer den Verbraucher nach Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 und 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche ordnungsgemäß informiert hat. Bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen besteht der Anspruch nach Satz 1 nur dann, wenn der Verbraucher sein Verlangen nach Satz 1 auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt hat. Bei der Berechnung des Wertersatzes ist der vereinbarte Gesamtpreis zu Grunde zu legen. Ist der vereinbarte Gesamtpreis unverhältnismäßig hoch, ist der Wertersatz auf der Grundlage des Marktwerts der erbrachten Leistung zu berechnen.“

2. Bauphase

= bloß schön bauen reicht nicht!

→ Bedenkenhinweise /
Behinderungsanzeigen:

OLG Celle 4.8.2016 - 13 U 104/12; *BGH* 7.11.2018 - VII ZR 219/16
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen):

1. Der Bedenkenhinweis des Auftragnehmers muss **gegenüber dem Auftraggeber** selbst oder dessen befugtem Vertreter erfolgen. Er muss inhaltlich so **eindeutig** sein, dass dem Auftraggeber die Tragweite einer Nichtbefolgung klar wird.
2. Wird nicht der Auftraggeber, sondern sein bevollmächtigter Vertreter belehrt und verschließt sich dieser den vorgebrachten Bedenken, muss sich der Auftragnehmer **unmittelbar an den Auftraggeber selbst** wenden.

OLG Hamburg 28.9.2018 - 11 U 128/17:

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 Auftraggeber in die Lage versetzt wird, die Tragweite der Nichtbefolgung klar zu erkennen.

LG Bonn 17.10.2018 - 1 O 79/11:

1. Allein die Beteiligung des Auftragnehmers an der Festlegung des Leistungsinhalts vor Auftragsvergabe verwehrt es ihm nicht, sich später durch Bedenkenanmeldung von seiner Mängelhaftung zu befreien.
2. Die Mitteilung von Bedenken muss **inhaltlich richtig** sowie **erschöpfend** sein, damit der Auftraggeber klar ersieht, worum es sich handelt und er demgemäß in eine ordnungsgemäße Prüfung eintreten bzw. diese veranlassen kann.
3. Bedenken können wirksam gegenüber dem örtlich beauftragten Ingenieurbüro des Auftraggebers geltend gemacht werden.

OLG Hamm 3.12.2018 - 17 U 186/16:

1. Stellt der **Estrichleger** fest, dass Haustür und bodentiefe Fenstertüren unterschiedliche Einbauhöhen aufweisen, so dass der Estrich nicht fachgerecht eingebaut werden kann, hat er dem Auftraggeber **unverzüglich** Bedenken anzuzeigen.
2. Ein Bedenkenhinweis muss mit hinreichender **Klarheit** erfolgen. Die Mitteilung, dass man „mit dem Estrich höher gehen“ müsse, ist nicht ausreichend.
3. Schließt der Estrichleger den Estrich aufgrund vorgefundener baulicher Gegebenheiten nicht fachgerecht an fremde Vorgewerke an, ohne Bedenken anzuzeigen, ist seine Leistung nicht funktionstauglich und deshalb mangelhaft.

OLG Oldenburg 20.8.2019 - 2 U 81/19:

1. Eine Behinderungsanzeige muss alle Tatsachen enthalten, aus denen sich für den Auftraggeber **mit hinreichender Klarheit** und **erschöpfend** die dem Auftragnehmer bekannt zu gebenden Hinderungsgründe ergeben.
Die Angaben müssen sich auch darauf erstrecken, ob und **warum** seine Arbeiten, die nach dem Bauablauf nunmehr ausgeführt werden müssten, nicht oder nicht wie vorgesehen ausgeführt werden können.
2. Die Mitteilung des Auftragnehmers im Rechtsstreit, seine Mitarbeiter hätten regelmäßig mündlich Behinderungsanzeigen geäußert, genügt nicht; zwar können Behinderungsanzeigen **mündlich** erfolgen; allerdings erfüllt dieser Vortrag ohne Bekanntgabe des konkreten Inhaltes der Äußerungen ohne Nennung der Person des Adressaten nicht die Anforderungen.

→ Sorgfalt bei der Abnahme:

OLG Hamburg 27.12.2016 - 8 U 62/13; BGH 5.6.2019 - VII ZR 28/17
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen):

1. Ansprüche auf Mängelbeseitigung und Aufwendungsersatz sind ausgeschlossen, wenn der Auftraggeber (= Besteller) die Leistung des Auftragnehmers (= Unternehmers) in **Kenntnis der Mängel** abgenommen hat, ohne sich seine Rechte bei der Abnahme vorzubehalten.
2. Der Auftraggeber trägt die **Beweislast**, dass er bei Abnahme einen entsprechenden Vorbehalt erklärt hat.

OLG Brandenburg 29.8.2017 - 12 U 149/16; BGH 3.4.2019 - VII ZR 233/17
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen):

1. Nach der Abnahme muss der Auftraggeber (= Besteller) den Mangel der Werkleistung **beweisen**.
2. Entspricht das Werk in einem solchen Fall grundsätzlich der von den Parteien vorausgesetzten Funktion, gehen Zweifel darüber, ob ein Mangelsymptom auf einen Ausführungsmangel oder aber auf andere Ursachen zurückzuführen ist, zu Lasten des Auftraggebers (= Bestellers).

OLG Köln 11.10.2017 - 16 U 48/16; *BGH* 11.10.2018 - VII ZR 257/17
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen):

1. Die Abnahme der Werkleistung kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent, d.h. durch **schlüssiges Verhalten** des Auftraggebers, erklärt werden.
2. Die konkludente Abnahme kann darin liegen, dass der Auftraggeber nach Erbringung der Leistung und Ablauf einer angemessenen Prüffrist keine Mängel rügt.

OLG Koblenz 11.5.2016 - 5 U 1270/15; *BGH*, 26.9.2018 - VII ZR 146/16
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen):

1. Konkludent handelt der Auftraggeber, wenn er dem Auftragnehmer gegenüber ohne ausdrückliche Erklärung erkennen lässt, dass er dessen Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß billigt; ein typischer Sachverhalt, auf den eine konkludente Abnahme gestützt werden kann, ist in dem **Einzug** und in der **Nutzung** eines Gebäudes zu sehen.
2. Eine Abnahme durch Nutzung der Leistung setzt voraus, dass der Auftraggeber Gelegenheit hatte, das Werk innerhalb einer angemessenen Frist zu prüfen und zu bewerten; im Regelfall ist eine **Prüfungsfrist** von **sechs bis acht Wochen** angemessen.

OLG München 8.5.2019 - 20 U 124/19 Bau:

Die Leistung des Auftragnehmers wird **durch schlüssiges Verhalten abgenommen**, wenn sie abnahmereif ist, der Auftraggeber ohne Beanstandung die Nutzung aufgenommen hat und ein angemessener Prüfungszeitraum verstrichen ist. Bei einer Heizungsanlage stellen sieben Wochen im Winter eine ausreichende Zeitspanne dar, innerhalb derer eine gründliche Überprüfung der Funktionstauglichkeit möglich ist.

BGH 27.9.2018 - VII ZR 45/17:

Wird im Abnahmeprotokoll eine **andere Verjährungsfrist** angegeben als im Bauvertrag vereinbart, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob es sich um eine einvernehmliche Verkürzung bzw. Verlängerung der Gewährleistungsfrist handelt oder ob ein bedeutungsloses Schreibversehen vorliegt.

OLG Düsseldorf 18.12.2018 - 22 U 93/18:

1. Ist eine **förmliche Abnahme vereinbart**, kann sich der Auftragnehmer zwar im Regelfall nicht auf eine stillschweigende Abnahme durch den Auftraggeber stützen; die Parteien können jedoch im Einzelfall auf eine vereinbarte förmliche Abnahme einvernehmlich verzichten.

2. Ein solcher Verzicht kann insbesondere darin liegen, dass der Auftragnehmer die Schlussrechnung stellt und der Auftraggeber die fertige Bauleistung in Benutzung nimmt, ohne dass eine der Parteien dabei deutlich macht, dass sie noch auf die vereinbarte förmliche Abnahme zurückkommen will, wobei unerheblich ist, ob sich die Parteien der Tatsache bewusst waren, dass eine förmliche Abnahme eigentlich vorgesehen war, oder ob sie das nur vergessen haben.

→ § 650g Abs. 4 BGB:

„Die Vergütung ist zu entrichten, wenn

- 1. der Besteller das Werk abgenommen hat oder die Abnahme nach § 641 Absatz 2 entbehrlich ist **und***
- 2. der Unternehmer dem Besteller eine prüffähige Schlussrechnung erteilt hat.*

*Die Schlussrechnung ist **prüffähig**, wenn sie eine übersichtliche Aufstellung der erbrachten Leistungen enthält und für den Besteller nachvollziehbar ist. Sie gilt als prüffähig, wenn der Besteller nicht innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung begründete Einwendungen gegen ihre Prüffähigkeit erhoben hat.“*

OLG Brandenburg 17.1.2019 - 12 U 116/18:

*Die Schlussrechnung des Auftragnehmers ist - hier: bei einem VOB- - **Einheitspreisvertrag** nur prüffähig, wenn ihr **Aufmaßblätter** beigelegt sind, die dem Auftraggeber eine Überprüfung der angegebenen Menge der ausgeführten Leistung ermöglichen.*

OLG Düsseldorf 14.06.2019 - 22 U 248/18:

1. Fehlende Prüffähigkeit darf keinesfalls gleichgesetzt werden mit der Frage der tatsächlichen Unrichtigkeit der Abrechnung. Es besteht ein zwingender **Vorrang der Klärung der Prüffähigkeit gegenüber der Schlüssigkeits- / Erheblichkeits- / Richtigkeitsprüfung einer Schlussrechnung**.
2. Ein Auftraggeber kann sich nicht (mehr) auf die fehlende Prüffähigkeit einer Schlussrechnung berufen, wenn er sie mit Erfolg geprüft hat und (gegebenenfalls mit Sach- / Fachkunde Dritter) in der Lage war, angebliche Unrichtigkeiten der Schlussrechnung aufzuzeigen; es ist unerheblich, ob der Auftraggeber dabei gegebenenfalls „überobligatorisch“ gehandelt und Obliegenheiten des Auftragnehmers erledigt hat, also die Prüfung noch gar nicht hätte durchführen müssen.

→ Mehrforderungen des Unternehmers wegen
Mengenmehrung

BGH 8.8.2019 - VII ZR 34/18:

1. In § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B ist nur geregelt, dass **Mehr- oder Minderkosten** bei der Vereinbarung eines neuen Einheitspreises zu berücksichtigen sind, nicht aber, wie die **Vergütungsanpassung** vorzunehmen ist.
2. Einigen sich die Parteien nicht über die Preisbildung des neuen Einheitspreises für Mengenerhöhungen, enthält der Vertrag eine Lücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen ist.
3. Die im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung vorzunehmende Abwägung der beiderseitigen Interessen ergibt, dass der neue Einheitspreis **auf Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge** zu bemessen ist.

3. Gewährleistungsphase

= eigentlich gibt es keinen komplett mangelfreien Bau!

BGH 10.10.2018 - VII ZR 229/17:

1. Maßgeblich für den Umfang der Mängelbeseitigung ist das **vertraglich geschuldete und funktionierende Werk**; diesen Zustand hat der Auftragnehmer herzustellen.
2. Eine Mängelbeseitigung, die nicht den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführt, braucht der Auftraggeber grundsätzlich nicht zu akzeptieren.
3. Der Auftraggeber muss sich nicht darauf verweisen lassen, dass der durch eine nicht vertragsgemäße Nachbesserung verbleibende **Minderwert** durch einen Minderungsbetrag abgegolten wird.

OLG Frankfurt 13.11.2017 - 29 U 174/16; *BGH* 8.5.2019 - VII ZR 286/17
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen):

Sind **Epoxidharzfugen nicht richtig ausgehärtet**, ist die **Leistung** des Auftragnehmers **mangelhaft**, ohne dass es auf die Auswirkungen des Mangels - hier: Schimmelpilzbildung - ankommt.

→ Bedeutung von CE-Kennzeichen

LG Stuttgart 12.6.2015 - 24 O 521/13:

Werden bei der Errichtung eines Wärmedämmverbundsystems Bauprodukte verwendet, für die **eine allgemeine baurechtliche Zulassung nach der Landesbauordnung nicht feststellbar** ist, macht dies das **Werk mangelhaft**.

LG Mönchengladbach 17.6.2015 - 4 S 141/14:

Verwendet der Auftragnehmer Bauprodukte, die entgegen § 20 Abs. 1 BauO NW **kein CE-Kennzeichen** tragen, stellt dies einen **Mangel des Werkes** dar; ob die Produkte die Voraussetzungen für eine entsprechende Kennzeichnung erfüllen, ist in diesem Zusammenhang unbeachtlich.

OLG Oldenburg 4.9.2018 - 2 U 58/18:

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

→ „Abschaffung“ der fiktiven
Mängelbeseitigungskosten im Baurecht

BGH 22.2.2018 - VII ZR 46/17:

Jedenfalls für ab dem 1.1.2002 abgeschlossene Werkverträge kann der in einem Baumangel liegende Vermögensschaden des diesen Mangel nicht beseitigenden Bestellers **nicht mehr nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen** werden; das betrifft auch laufende Verfahren.

Ebenso *BGH* 21.6.2018 - VII ZR 173/16; *BGH* 27.9.2018 - VII ZB 45/17;
BGH 8.11.2018 - VII ZR 100/16; *BGH* 6.12.2018 - VII ZR 71/15

die „Lieferkette“ im Baugeschehen

P/L - § 433 BGH / § 377 HGB - **U** - §§ 631 ff. BGB - **B**

§ 439 n.F. BGB

Abs. 3 S. 1: „Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht, ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen.“

Danke für die Aufmerksamkeit!