

## **Themenliste zum Vortrag Rechtsprechungsübersicht**

### **1. Keine Abschlagszahlung bei wesentlichen Mängeln (nach altem Recht!!)**

Der AG beauftragt Arbeiten an einer Fassade. Der AN behauptet die Fertigstellung, der AG bemängelt die Arbeiten. Es kommt nicht zu einer Abnahme. Zur Abnahme fordert der AN auch nicht auf. Der AN reicht Klage ein. In der Berufung schwenkt der AN zur Geltendmachung einer Abschlagsrechnung um, da für diese eine Abnahme nicht erforderlich sei (was für sich genommen richtig ist).

Das OLG München weist die Klage ab.

#### **Nach § 632a BGB - alte Fassung -**

In dem Fall der hier dem OLG vorlag ging es noch um die Gesetzesfassung ab dem 01.01.2009. Der § 632a regelt, dass Abschlagszahlungen nur verlangt werden können, wenn unwesentliche Mängel vorliegen und das bedeutet im Umkehrschluss, so das OLG, dass bei wesentlichen Mängeln von vornherein kein Anspruch auf Abschlagszahlungen besteht.

Nach der Neufassung des § 632a BGB, Abs. 1, S. 2 BGB ab dem 01.01.2018 hat sich die Lage für den Handwerker verbessert, denn bei nicht vertragsgemäßen Leistungen kann der AG nunmehr die Abschlagsrechnung um die Mangelbeseitigungskosten angemessen kürzen, muss der zahlen, wenn noch ein Rest an Forderung verbleibt.

Angemessen ist in der Regel das Doppelte der Mangelbeseitigungskosten. Also auch bei wesentlichen Mängeln kann die Abschlagszahlung teilweise durchgesetzt werden, wenn der Abschlagszahlungsbetrag höher ist, als das Doppelte der Mangelbeseitigungskosten.

In dem Zusammenhang wäre noch zu sagen, dass der Schwenk in der Berufung zur Geltendmachung von Abschlagszahlungen, denn die Fälligkeit des Anspruchs aus einer Abschlagszahlung hängt nicht von der Abnahme ab, würde aus einem anderen Grund auch nicht helfen können, denn besteht Schlussrechnungsreife, muss Schluss gerechnet werden.

### **2. Wie muss ein ordnungsgemäßer Bedenkenhinweis formuliert werden?**

Der AG beauftragt einen Raumausstatter -AN- mit dem Ausbau seiner Arztpraxis. Ein Fachplanungsbüro gibt dem AN einen hochwertigen Designbodenbelag vor.

Der AG bemängelt nach Abschluss der Arbeiten im Praxisbetrieb, dass der Bodenbelag zahlreiche Dellen und Verwerfungen aufweist.

Der AN trägt vor, dass der Arzt insbesondere fahrbare Therapie- und Diagnosegeräte einsetzt und ein Produktinformationsblatt auf das er Bezug nimmt, welches er dem Arzt nach Abschluss seiner Arbeiten übergab weist ausdrücklich darauf hin, dass der Fußboden nur bei Verwendung sogenannter weicher Rollen und möglichst nur unter Einsatz von Möbelfilzvlies genutzt werden kann.

Damit kann der Arzt nichts anfangen, da seine Geräte nur mit sogenannten harten Rollen fahren können.

Der AN klagt restlichen Werklohn ein.

Das OLG Hamburg weist die Klage in vollem Umfang ab. Die Arbeit ist mangelhaft.

Der AN kann sich nicht darauf berufen, dass die Vorgabe des Fachplaners falsch war.

Ist die Vorleistung eines anderen Unternehmers, auch eines Fachplaners, (oder eines Architekten) fehlerhaft, entlastet das den AN nicht so ohne weiteres.

Er musste soweit wie es ihm möglich war prüfen, ob die Vorarbeit tauglich ist, dass er seinen geschuldeten Werkerfolg herbeiführen kann.

Ein vom Gericht befragter SV stellte fest, dass der AN aufgrund eigener Fachkunde die Vorgaben hätte überprüfen können und müssen.

So hätte er im Zweifel eigene Erkundigungen einziehen müssen, ob der vorgegebene Stoff überhaupt tauglich ist für das konkrete Gewerk, also Einsatz finden kann in dieser Arztpraxis.

Sonach hätte der AN vor Ausführung der Arbeiten Bedenken anmelden müssen und zwar,

- zur rechten Zeit,
- in der rechten Form,
- in gebotener Klarheit,
- und gegenüber dem richtigen Adressaten.

Das technische Informationsblatt hatte er erst nach Verlegung der Bodenarbeiten übergeben, wobei ohnehin die Übergabe eines sogenannten Produktinformationsblattes schon grundsätzlich kein richtiger Bedenkenhinweis ist, denn es handelt sich nicht um einen eigenen ausdrücklichen Hinweis des Handwerkers (das halte ich für zu streng, denn er macht sich dadurch die Ausführung in dem Blatt zu eigen).

Eine Enthaftung des Handwerkers kommt nicht in Betracht.

Der AG müsste sich das Planungsverschulden seines Fachplaners mit 5 % anrechnen lassen.

### **Hierzu noch einmal:**

Der Verstoß gegen die Verpflichtung rechtzeitig und in richtiger Form Bedenken zu erklären stellt selbst keinen Mangel dar, sondern ein rechtzeitiger und richtiger Bedenkenhinweis an den richtigen Adressaten, enthaftet lediglich im Bereich des Schadensersatzes.

### **3. Ersatzvornahme und Prognoserisiko**

#### Grundproblem:

Ein Mangel wird festgestellt, der AG fordert den AN unter Fristsetzung zur Mangelbeseitigung auf. Die Mangelbeseitigung scheitert, bzw. der AN reagiert nicht, die Frist verstreicht fruchtlos.

Der AG entzieht das Nachbesserungsrecht und wählt die Ersatzvornahme.

Der AN behauptet, die Arbeiten die mit der Ersatzvornahme vorgenommen werden sollen seien in dem Umfang gar nicht erforderlich, im Übrigen entstehen dadurch unangemessen hohe Kosten, es geht viel billiger, ferner hätte der AG ausschreiben müssen um die Kosten zu senken.

Findet das Gehör?

#### **Fall**

Der AG beauftragt den AN mit der Neueindeckung eines Daches -Stehfalzdach- er rügt Mängel. Das Angebot erstellte der AN.

Der AN beseitigt die behaupteten Mängel nicht, da es nach seiner Sicht der Dinge keine gibt.

Im Beweissicherungsverfahren werden erhebliche Mängel festgestellt

Der Gutachter führt aus, dass das Dach vollständig rückgebaut werden muss.

Im Zuge der Mangelbeseitigung trifft die Baurechtsbehörde eine Anordnung, da sich eine maßgebliche DIN-Vorschrift änderte, und forderte die Nachrüstung von Haften zur Befestigung.

Das hatte die Folge, dass das Dach auch dann rückgebaut hätte werden müssen, da die Haften nicht anders einzubauen waren, selbst wenn es sonst keine Mängel gegeben hätte.

Genau das trägt der AN vor und führt an, dass seine mangelhafte Werkleistung letztendlich nicht ursächlich war, denn das Dach hätte ohnehin zurückgebaut werden müssen, und die Haften waren nicht im LV benannt, und daher nicht geschuldet.

#### **OLG Celle**

Im Fall der Doppelkausalität haftet der Handwerker trotzdem.

Das Prognoserisiko wie auch das Kostenrisiko trägt derjenige der im doppelten Verzug ist, einmal im Verzug mit einer ordnungsgemäßen vertraglich geschuldeten Werkleistung, und im zweiten Fall mit der unterbliebenen ordnungsgemäßen und fachgerechten Nachbesserung.

#### **4 . Nachtrag oder Bausoll, Beweislast**

Begehrt der AN für behauptete zusätzliche Mehrleistungen eine zusätzliche Vergütung trägt er, der AN, die Beweislast?

##### **Fall**

Der AG lässt seine alten Fenster tauschen. Die Parteien vereinbaren einen Detailpauschalpreisvertrag.

Der AN bricht die alten Fenster aus, liefert und montiert die neuen Fenster.

Der AN möchte eine Mehrvergütung mit dem Argument, er habe neue Fensterbänke einbauen müssen, da diese entgegen der ursprünglichen Planung nicht mehr zur verwenden waren, da der AG durch den im Zuge des Bauablaufs veränderten Wunsch hinsichtlich der Positionierung der Rollläden eine Vergrößerung der Fenster einherging, und daher die Fensterbänke insgesamt nicht mehr passten. Die vergrößerten Fenster zahlt der AG, nicht aber die Mehrkosten wegen der Fensterbänke.

Im Übrigen - so der AG - erfolgte auch kein Hinweis, dass hier Mehrkosten auf ihn zukommen.

Im Vertrag selbst stand nichts von Fensterbänken, dass diese getauscht oder verändert werden müssen.

Der AN hatte das LV in seinem Angebot erstellt.

Es gilt der Grundsatz, dass wer das LV - also das Bausoll erstellt -, trägt auch das Formulierungsrisiko.

Lässt sich letztendlich nicht mehr der Umfang der Leistungspflicht klären, trägt derjenige der das LV - also das Bausoll - formulierte das Risiko, und bekommt im Zweifel keine Mehrvergütung (Ich halte das Urteil für falsch, da der Preis durch den Umfang des LV gebildet wird).

#### **5. Hat die AG einen Anspruch auf Übergabe der Elektroinstallationspläne auch ohne ausdrückliche Vereinbarung?**

##### **Fall**

Es wird ein Einfamilienhaus neu gebaut.

Der AG verlangt vom Elektriker Pläne. Der AN bietet diese für Geld an.

Der AG behauptet es gibt eine sekundäre Verpflichtung als Nebenpflicht aus dem Werkvertrag, und daher müssen Installationspläne vorgelegt werden, auch wenn im Vertrag selbst nichts dazu geregelt ist.

Das OLG Zweibrücken meint nein.

Die E-Pläne sind nicht zwingend erforderlich.

Die DIN-Vorschriften sagen im Detail wie im Einfamilienhaus der Leitungsverlauf aussehen muss.

Daher gibt es kein "besonderes berechtigtes Interesse" an der Vorlage der Dokumentation.

Das mag bei einem Mehrfamilienhaus viel komplexer und komplizierter sein.

Ein solches Interesse an einer Dokumentation wurde bejaht für den Energieausweis, Kanaldichtheitsnachweis, oder Bedienungsanleitungen bei einem Bussystem.

Diese Arbeiten erschließen sich nicht von selbst, sondern das bedarf der näheren Dokumentation.

## **6. Was geschieht, wenn man den Ausführungsfehler letztendlich nicht nachweisen kann. Ist dann der AG im Nachteil?**

Achtung: Es ist zu differenzieren!

Wir stellen uns vor, der AN liefert eine Werkleistung mit einem Mangel ab, der AG verlangt Nachbesserung.

Die Nacherfüllung die der AN im Zuge der Nachbesserung schuldet ist verschuldens-unabhängig.

Daher kann es offenbleiben, ob der Ausführungsfehler letztendlich nachweisbar ist.

Verlangt der AG Schadensersatz, z. B. einen Kostenvorschuss, muss geklärt werden, ob tatsächlich der AN schlecht erfüllt hat oder nicht.

### **Fall**

Eine Abdichtung muss dauerhaft dicht sein.

Der AG beauftragt eine Terrassenabdichtung, der AN 1 bringt die Bitumenschweißbahn auf, darauf bringt der AN 2 den Estrich ein, und der AN 3 die Fliesen.

Bevor der AN 1 die Wandanschlüsse dicht schließen kann, zeigen sich die an der Terrasse aufgehenden, angrenzenden Wände Feuchtigkeit.

Im Gerichtsverfahren kann der Gutachter nicht zur Klärung beitragen, eventuell liegt der Mangel in der Abdichtung, eventuell hat sich die Terrasse gesenkt oder das Haus. Es kann auch ein Verlegefehler beim Estrich die Ursache für den Feuchteschaden sein.

### **Folge**

Verlangt der AG Nachbesserung kommt es nicht darauf an, ob der AG den Mangel nachweisen kann. Verlangt er Schadensersatz (Kostenvorschuss), dann muss er beweisen können, wer den Mangel verursacht hat, es sei denn wir haben eine gesamtschuldreife Haftung!

## 7. Fälle zur Altbausanierung

Ist der trockene Keller geschuldet oder zumindest eine Abdichtung des Kellers?

Dazu zwei interessante Urteile des OLG Düsseldorf und des KG Berlin:

Es ging in beiden Fällen um eine Kernsanierung mit tiefgreifenden Eingriffen in die Bausubstanz. In der Baubeschreibung fehlt jedoch der Hinweis auf eine Trockenlegung des Kellers, bzw. auf Abdichtungsarbeiten am Keller.

Bei den Arbeiten die den Charakter einer Neuerrichtung eines Gebäudes haben bzw. mit denen vergleichbar sind, kann der Erwerber davon ausgehen dass die Altbausubstanz soweit wie möglich in den aktuellen Stand der Technik geführt wird.

Auf die neuen Regelungen zum Bauträgervertrag ist die alte Besprechung anwendbar.

Will der Bauträger das vermeiden, muss er einen Negativkatalog aufstellen, also muss er klar sagen, was er nicht leistet, was er nicht in seine Sanierung/Renovierungsmaßnahmen einbezieht auch nicht mittelbar, dies in klarer und verständlicher Form.

## 8. Der Mangelverdacht stellt sich als unbegründet dar, wer trägt die Kosten der Fehlersuche?

### Fall

Der AN reagiert auf eine Mängelrüge des AG.

Er erklärt: Ich überprüfe aber den Mangel nur, wenn der AG erklärt die Kosten zu übernehmen, wenn sich herausstellen sollte, dass der gerügte Mangel entweder gar nicht vorhanden ist, oder nicht auf seiner Werkleistung beruht. Der AN bestätigt diese Vorgabe. Ein Mangel wird aufgefunden, den ein anderer Handwerker verursacht hat. Die Leistung des AN war dagegen einwandfrei.

Der AN will die Vergütung.

Das OLG Koblenz ist der Auffassung, dass eine solche Regelung hält.

BGH erklärt, dass er eine solche Regelung für unwirksam hält.

Es ist die elementarste Aufgabe des AN einer Mangelbehauptung nachzugehen, und dies zu prüfen, um den Grund und den Umfang seiner Leistungspflicht selbst zu beurteilen.

Das ist nur dann anders, wenn die AN fahrlässig für ihn erkennbar den AN "zum Kaffee" bestellt.

Dann schuldet der AG Schadensersatz.

## **9. Welche Rechte hat der AG gegen den AN bei Mängeln die vor(!) der Abnahme entstanden sind.**

### **Achtung:**

Nach Auffassung des BGH können sogenannte Mängelrechte durch den AG vor der Abnahme gegen den AN nicht geltend gemacht werden, aber es bleibt, das allgemeine Leistungsstörungenrecht, also Schadensersatz ist schon denkbar.

Wir unterscheiden hier den Schadensersatz statt der Leistung vom dem Schadensersatz neben der Leistung.

Der Schadensersatz statt der Leistung betrifft die Beseitigung der Schlechtleistung selbst.

Es geht darum, dass das vertraglich Geschuldete, die Arbeit selbst, die auch durch die Mangelbeseitigung verändert werden kann, nachgebessert wird.

Das ist der Schadensersatz statt der Leistung.

### Beispiel 1:

Das Rohr ist undicht, die Wand ist nass. Das Rohr ist zu tauschen und alle Arbeiten die damit einhergehen, also Wand aufschlagen, Schlitze ziehen, neues Rohr mit Anschlussarbeiten, Wand verschließen und streichen - alles statt der Leistung -.

Schadensersatz neben der Leistung betrifft in der Regel die Schäden als Folgeschäden am sonstigen Eigentum des AG, oder der Mangel selbst lässt sich gar nicht beheben. Dann haben wir den Schadensersatz neben der Leistung.

### Beispiel 2:

Das Wasser drang aus der Wand in den unterliegenden Raum und beschädigte dort Decken, Wände und den Parkett.

Alles neben der Leistung.

Der Unterschied besteht darin, dass beim Schadensersatz statt der Leistung unbedingt eine Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt werden muss (Davon gibt es Ausnahmen wie die endgültige ernsthafte Verweigerung des AN - beweisen Sie das erst einmal!! - oder die Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung).

Beim Schadensersatz neben der Leistung braucht man das nicht.

Der Bundesgerichtshof spricht in neuerer Rechtsprechung von sogenannten Vorfinanzierungsansprüchen als Unterfall der Ersatzvornahmekosten.

Der AG ist nicht vorfinanzierungspflichtig, sondern vielmehr der Handwerker für die Beseitigung seiner Mängel und deshalb gewährt man dem AG, den der AN im Stich lässt auch für solche Ansprüche vor der Abnahme einen Vorfinanzierungsanspruch für die Mangelbeseitigungskosten über die er später nach Beseitigung des Mangels, aber auch abrechnen muss.

### **10. Muss der AN prüfen oder hinweisen, ob und wie die bestellte Leistung optimiert werden kann?**

#### **Fall nach dem OLG Karlsruhe - stark vereinfacht**

Der AG beauftragt einen Fachunternehmer mit Heizung- und Sanitärarbeiten unter Einbindung einer thermischen PV-Anlage.

Der AN erstellt ein Angebot. Eine konkrete Funktionalitätsbeschreibung, also Ergebnis einer konkreten Energieeinsparung ist - nicht geschildert -, bzw. nicht vereinbart.

Der AG führt nach der vollständigen Leistungserbringung an, dass mit einem entsprechenden Pufferspeicher ein viel besseres Ergebnis hätte erzielt werden können - was tatsächlich auch richtig ist - daher der AN eine wesentlich bessere Lösung hätte anbieten müssen, die er auch bezahlt hätte.

Zwar funktioniert die Anlage so wie eingebaut, so wie vom AN auch geplant, aber das hätte besser gemacht werden können.

#### **Das OLG Karlsruhe:**

Ist ein bestimmter Erfolg nicht vereinbart und daher keine konkrete Beschaffenheitsvereinbarung getroffen worden, gibt es keine Pflicht zur Optimierung.

In einem solchen Fall schuldet der AN nur mittlere Art und Güte.

eine derartige Planungspflicht mag der Architekt haben, nicht der Handwerker.

#### **Achtung:**

Beim Architekten ist das anders.

Der Architekt muss abklären, was der AG eigentlich will - also Zielfindungsphase -, insbesondere welches Entgelt der AG dafür zur Verfügung haben muss.

### **11. Ist ein Nachtrag trotz funktionaler Leistungsbeschreibung überhaupt möglich?**

#### **Fall**

Der AG beauftragt den AN mit einem Generalpauschalpreisvertrag mit Detail LV mit der Lieferung und Montage von Aufzügen. Im Leistungsverzeichnis heißt es, das Lüftungsgitter ist im LV technisch genau beschrieben, dass das Lüftungsgitter im Treppenhaus eingebaut werden soll, vorbehaltlich der Zustimmung des Brandschutzsachverständigen.



Vereinbart war weiter, dass Nachträge ausgeschlossen sind, sich der AN zuvor über die Aufgaben auch vor Ort informiert habe und in seinen Leistungen alles Notwendige, auch besondere Leistungen nach den einschlägigen DIN-Vorschriften beinhaltet sei ..... (sogenannte All-in-Klausel).

Im Fortgang stimmte der Brandschutzsachverständige dieser Entlüftung nicht zu und forderte eine andere Lösung ein.

Der AN bot ein gesteuertes Lüftungssystem an, was die SV absegnet hat.

Der AG fordert den Einbau dieses Gerätes.

Das OLG Brandenburg führte aus, dass die Klausel: "Nachträge sind ausgeschlossen" durchaus wirksam sei, aber das würde im Zuge der Auslegung nur dann gelten, wenn das nur Leistungen betrifft die von vornherein erkennbar und kalkulierbar waren, und es eben nicht solche Leistungen trifft die nachgängig verändert werden mussten, denn das ist eben nicht kalkulierbar.

## **12. Wann ist ein Rücktritt vom Bauträgervertrag möglich: Bei 5 % oder bei 10 % der Mangelbeseitigungskosten?**

### **Fall**

Der Bauträger veräußert zwei Eigentumswohnungen an einen Käufer, der erhebliche Mängel rügt, die sich auch im Prozess beweisen lassen.

Der Kaufpreis von rund Euro 400.000 für die beiden Wohnungen war schon bezahlt.

Die Mängel am Gemeinschaftseigentum beliefen sich auf rund Euro 45.000. Das Anwesen hat insgesamt sechs Wohneinheiten. Der Käufer tritt zurück – wirksam?

Der Bauträger führte ein, dass die Miteigentumsanteile für die zwei Eigentumswohnungen in die Berechnung einzulegen sind, daher liegen die Kosten der Mangelbeseitigung unter 5 %.

OLG Dresden meint nein.

Maßgeblich sind nicht die Eigentumsanteile, sondern die Mängelbeseitigungskosten, denn jeder Eigentümer kann die Mängel am Gemeinschaftseigentum insgesamt verlangen.

Daher sind nicht die Miteigentumsanteile maßgeblich, sondern nur die Kosten.

Diese liegen hier über 10%(Kaufpreissumme/Beseitigungskosten) und daher kann er vom Vertrag zurücktreten.

### **13. Ist erhöhter Wartungsaufwand ein Werkmangel?**

#### **Grundproblem:**

Der AN bietet eine günstigere Variante an die zwar funktioniert, aber mit einem erhöhten Wartungsaufwand und erhöhter Mangelanfälligkeit einhergeht, als eine teurere Variante.

#### **Fall**

Der AG beauftragt den AN mit der Errichtung einer Dachterrasse. Das Wasser läuft nicht in Gänze ab.

Es bleiben teilweise großflächige Pfützen auf der Abdichtung, da keine Ausgleichsmaßnahmen u.a. durch Estrichauftragung erfolgten, sodass sich Schmutzwasser an einer Stelle der Dachfläche ansammelte, was einen erhöhten Wartungsaufwand nach sich zog, als auch mit einer erhöhten Mangelhaftigkeit einhergeht.

Das OLG Frankfurt bejaht einen Mangel.

Der AN hätte Hinweis erteilen müssen.