

# Mangelhaftung beim Sanieren im Bestand – Probleme und Strategien

---

Dieser Vortrag (inklusive Skript) soll Verständnis für wichtige Grundbegriffe und Rechtsinstitute schaffen und typische Risiken und Probleme beleuchten. Es zeigt konkrete Handlungsmöglichkeiten auf, ist aber keine Gebrauchsanweisung, mit der man anstehende Fälle vollständig bewältigen könnte. Insbesondere ersetzt dieser Vortrag nicht eine fundierte anwaltliche Beratung. Er kann nicht darüber hinweghelfen, dass Justizorgane Rechts- und Tatsachenfragen unterschiedlich bewerten und ihre Entscheidungen daher nicht zuverlässig prognostiziert werden können.

---

## A.- Vertragsgestaltung

Schon bei der Vertragsgestaltung kann ich Fehler vermeiden. Mit Blick auf eine spätere Mängelhaftung sollte ich einige Grundsätze im Blick behalten.

### 1.- Vertragsschluss mit einem Verbraucher

Schließe ich einen Vertrag mit einem Verbraucher, gelten besondere Regelungen.

a.- Ich sollte mir klar sein, ob mein Ag Verbraucher ist. Das richtet sich nach § 13 BGB:

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

Auf diese „Zwecke“ kommt es an, nicht auf die Person. Ein Ingenieur oder Anwalt, der bei mir einen privaten Carport bestellt, ist Verbraucher. Bestellt er einen Carport für sein Bürogebäude, ist er kein Verbraucher. Eine WEG ist Verbraucher, auch wenn ein professioneller Hausverwalter sie vertritt.

b.- Informationspflicht allgemein

Den Verbraucher muss ich vor Vertragsschluss über den wesentlichen Inhalt des Vertrages informieren (§ 312 a, § 312 d BGB i.V.m. Art. 246 EGBGB), und zwar grundsätzlich auf Papier und in verständlicher Form – damit dokumentiere ich zugleich den Vertragsinhalt.

Ich muss meine „**Daten**“ angeben, die wesentlichen Eigenschaften der **Leistung** beschreiben, die **Preis**berechnung transparent machen, **Zahlung**, Leistungs**beding**ungen, Fertigstellung**termine** verständlich darstellen und darauf hinweisen, dass ein gesetzliche **Mangelhaftungsrecht** besteht. Kürzel zum Auswendiglernen: „DLPZ-BTM“

Diese Informationen liefere ich dadurch, dass ich das passende Muster verwende und mit dem Ag durchgehe, das der ZDB zusammen mit Haus und Grund entwickelt hat und unter [www.zdb.de](http://www.zdb.de) aktuell im Netz vorhält, also meist „Verbrauchervertrag für Bauleistungen Einzelgewerk/Handwerkervertrag“.

**Die Informationspflicht ist weniger „lästig“, wenn ich mir klarmache, dass hier meine Chance liegt: Die Eigenschaften der Leistung kann ich nur beschreiben, wenn ich mit dem Kunden hierüber im einzelnen gesprochen und verhandelt habe, und als Faustregel gilt gerade beim Sanieren im Bestand: „Je genauer, desto besser!“. Das beginnt mit der Bedarfsermittlung und Aufklärung: Was braucht der Kunde genau, worauf kommt es ihm an? Welche Probleme sind dafür in Kauf zu nehmen? Mit welchem Grad von Wahrscheinlichkeit ist welcher Erfolg zu erwarten? Ist all dies als**

**Beschreibung der Leistung vollständig dokumentiert, so sind damit alle Aufklärungs- und Hinweispflichten so weit wie nur möglich erfüllt und zugleich dokumentiert und bewiesen (durch die Unterschrift des Kunden).**

c.- Informationspflicht über Widerrufsrecht

Außerhalb von Geschäftsräumen (namentlich auf der Baustelle!) muss ich den Verbraucher zusätzlich über sein Widerrufsrecht belehren.

Anders nur, wenn der Auftrag (um dessen Erteilung es jeweils geht!) ein Neubau oder eine ganz tiefgreifende Umbaumaßnahme wäre (§ 312 Abs. 2 BGB) – darunter fällt eine Innendämmung nicht – oder wenn der Verbraucher meine Leistung als dringende Notfallreparatur bestellt hat (§ 312 g Abs. 2 BGB). Dann aber muss ich den Verbraucher darüber informieren, dass er **kein** Widerrufsrecht hat (Art. 246 a § 1 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB, und zwar – vereinfacht gesagt – praktisch immer auf Papier). Und: Ab dem 1.1.2018 gelten bei tiefgreifenden Umbauten die Bestimmungen des „Verbraucherbauvertrages“ (§§ 650i ff BGB-neu).

Die Informationspflichten erledige ich dadurch, dass ich im „Verbrauchervertrag für Bauleistungen Einzelgewerk/Handwerkervertrag“ die Ziffer 5 in allen Teilziffern mit dem Verbraucher durchgehe und die entsprechenden „Kreuzerl“ mit ihm mache.

Habe ich den nicht verwendet und/oder geht es um einen Nachtrag, kann ich das ZDB-Formblatt „Widerrufsbelehrung“ verwenden, das der ZDB ebenfalls im Netz aktualisiert vorhält: Ausfüllen, vom Ag unterschreiben lassen, diesem ein Exemplar mitgeben, das andere gut aufbewahren!

Ohne die Belehrung beginnt die Widerrufsfrist nicht zu laufen. Außerdem ist die Belehrung meine Pflicht (§ 312 d BGB, Art 246 a § 1 Abs. 2 EGBGB).

*Die ZDB-Muster sorgfältig auszufüllen (und die Ausfüllanleitung durcharbeiten) erscheint beschwerlich, lohnt sich aber, da nur so die baurechtlichen Folgeprobleme der neuen Verbraucherschutzvorschriften einigermaßen umschifft werden können. Wie immer bei Formblättern gilt: Mitdenken, ob die Regelungen auf „diese Baustelle“ passen!*

d.- Widerrufsrecht aushebeln

Das Widerrufsrecht vermeide ich, wenn es mir gelingt, den Vertrag

- in meinen eigenen Geschäftsräumen zu schließen
- oder „im stationären Handel“.

Letzteres heißt: Auf der Baustelle wird nur besichtigt. Mein Angebot mache ich danach vom Büro aus und schicke es dem Ag. Nimmt er es an, hat er kein Widerrufsrecht. Wichtig: Mein Angebot muss die allgemeinen Informationen enthalten (siehe oben b.-).

## 2.- Vertragsinhalt

a.- Art und Umfang meiner Leistung

sollte im Vertrag so genau wie möglich beschrieben sein, damit Haftungsrisiken vorgebeugt wird.

(1.-) Bauleistungen

sind häufig relativ genau beschrieben in einer Fülle von Vertragsunterlagen. Bei mehreren Vertragsbestandteilen gehört sauber geregelt, was wem vorgeht (z.B.: Vertrag, LV, beiliegende Pläne ...). Das wirkt sich später aus.

Sieht der Vertrag eine EPDM-Folie vor, die Vertragspläne dagegen Bitumen, dann gilt: EPDM.

## (2.-) Planungsleistungen, auch Fachplanerleistungen

sind häufig relativ dürftig beschrieben. Das ist verständlich, da die Planung ein dynamischer Prozess ist, in den Zielvorgaben des Auftraggebers einfließen werden, und die kann man nicht alle voraussehen.

Desto wichtiger ist, wenigstens dasjenige zu beschreiben, was man bereits bei Vertragsschluss präzise fassen kann! Dazu gehört vornehmlich die Angabe, was der Auftraggeber mit der Leistung anfangen will. Soll der Fachplaner z.B. einen „Nachweis rechnen“ dann kann das ganz verschiedene Funktionen haben, je nachdem, was der Auftraggeber bezweckt – und entsprechend unterschiedlich fällt die Haftung aus, wenn der Nachweis fehlerhaft ist. Dem Grunde nach haftet der Auftragnehmer für Mängel seiner Berechnungen – vereinfacht gesagt – „immer“. Aber der Höhe nach macht es einen Unterschied, welche Schäden des Bauherrn er damit kausal verursachen kann. Das wird vom vereinbarten Verwendungszweck des „Nachweises“ abhängen:

Der „Nachweis“ kann ein Sachverständigengutachten sein, wenn es darum geht, eine bestimmte technische Frage anhand wissenschaftlicher Kriterien und technisch festgestellter Tatsachen zu beurteilen. Der Gutachter haftet dafür, dass seine Ergebnisse richtig sind. Sind sie falsch, kann dem Auftraggeber daraus Schaden entstehen, beispielsweise Kosten eines verlorenen Prozesses, in dem der Gerichtssachverständige das Gutachten widerlegt hat – und den der Auftraggeber gar nicht erst geführt hätte, wenn der Auftragnehmer den „Nachweis“ richtig gemacht hätte.

Der „Nachweis“ kann eine Planungsleistung sein, nämlich zu ermitteln, welche konkrete Bauweise welche Wirkungen hat – jeweils bezogen auf ein bestimmtes Kriterium oder mehrere. Also sollte der Planervertrag genau angeben, ob es um Schallschutz, Bauphysik, Wärmeschutz oder womöglich alles miteinander geht. Der Nachweis des Fachplaners wird zur Grundlage für die Planungsarbeit des Architekten. Fehler des Nachweises können zu planerischen Fehlentscheidungen und in der Folge zu Baumängeln führen. Aus denen können dem Auftraggeber Schäden entstehen, die er dann von demjenigen ersetzt verlangt, der den „Nachweis“ falsch gerechnet hatte.

Der „Nachweis“ kann eine bloße Dokumentationsleistung sein, wenn die Bauleistung schon abgeschlossen ist und nun dargestellt werden soll, dass das Gebäude z.B. der EnEV entspricht. Hier wird der „Nachweis“ nicht mehr herangezogen, um auf dieser Grundlage etwas zu planen. Ist der „Nachweis“ falsch, können daraus auch irgendwelche Schäden des Auftraggebers resultieren, aber nicht mehr im Zusammenhang mit Baumängeln infolge planerischer Fehlentscheidungen.

## (3.-) Als Bauunternehmer wie auch als Planer sollte ich beachten:

Wünscht der Auftraggeber (z.B. aus Kostengründen) eine Lösung, die den allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht entspricht, dann erkläre ich ihm bereits im Vertragstext, dass und warum (genau) das so ist. Damit ist der Bedenkenhinweis dokumentiert und die Reaktion des Auftraggebers ebenfalls – sobald er den schriftlichen Vertrag unterschrieben hat.

### Beispiel-1:

Ich soll eine Innendämmung als Zwischensparrendämmung in einem Dachstuhl machen. Der Auftraggeber will sie nur eingeklemmt (nicht verklebt, nicht verkleidet). Nehmen wir an, ich kann wegen ungünstiger Randbedingungen nicht sicher sein, ob die Zwischensparrendämmung hält oder nach Jahren eine Platte herausfällt. Dann schreibe ich dies schonungslos in den Vertrag und beschreibe möglichst genau das Risiko „Es können Platten herausfallen“. Ich schreibe nicht bloß rein „Wegen des Bestandes kann nicht garantiert werden, dass das Gesamtergebnis hernach den allgemein anerkannten Regeln der Technik und der EnEV entspricht“ – denn was das konkret heißt, kann sich der Auftraggeber nicht vorstellen!

(4.-) Als Bauunternehmer wie auch als Planer – gerade beim Sanieren im Bestand – muss mir klar sein:

Erstens sollte ich schon im eigenen Interesse auf klare Vereinbarungen hinarbeiten. Zweitens habe ich schon bei Anbahnung des Vertrages (vorvertragliche) Aufklärungs- und Beratungspflichten (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB). Dazu muss ich

(a.-) vorher gut **hinsehen** (Rahmenbedingungen, bauliche Gegebenheiten)

(b.-) **hinhören** (was will der Bauherr, warum will er es, was erwartet er von der Sanierung, was kann er dafür ausgeben?) und

(c.-) **aufklären** (Welche Alternativen gibt es, und welche Vor- und Nachteile haben sie? Welche Fragen kläre ich in eigener Verantwortung, wo muss ein Sonderfachmann her? Welche konkreten Risiken sind denkbar, wenn wir Produkte ohne Langzeitbewährung verbauen?)

## b.- Vertragstyp und Vergütungsgrundlage

sollten so genau wie möglich geregelt sein. Das hat zwar mit Haftungsrisiken im engeren Sinne nichts zu tun, gehört aber unbedingt zu einer sinnvollen Vertragsgestaltung, denn hier lauern Gefahren, die wirtschaftlich oft vergleichbar groß sind wie die der Mängelhaftung. So sollte z.B. kein Zweifel bestehen, ob

- ein Einheitspreis- oder
- Stundenlohnvertrag vorliegt.

Wird „pauschaliert“, so muss klar sein, ob

- es eine Globalpauschale sein soll (z.B. „1 Stück Innendämmung“) oder
- ob – wie meist – ein Detailpauschalvertrag gemeint ist. Der besteht darin, dass ein Leistungsverzeichnis zugrunde liegt, auf dessen Basis die Auftragssumme ermittelt wird und anschließend (leider meist abrundend) pauschaliert wird.

Beim Globalpauschalvertrag (= Total-Pauschalvertrag) übernehme ich in weitestgehendem Umfang das Risiko, dass ich, um den werkvertraglichen Erfolg zu schaffen, Leistungen erbringen muss, die nicht bedacht waren. Leistung *und* Preis werden pauschaliert. Die Leistung wird nur funktional beschrieben (nicht nach Arbeitsschritten). Eine Komplettheitsklausel (s.u.) ist in einem Globalpauschalvertrag auch als AGB wirksam, denn dort unterstreicht sie bloß den Vertragscharakter.

Beim Detailpauschalvertrag übernehme ich immer das Risiko, dass die Mengen nicht stimmen (und habe die Chance, mit weniger auszukommen). Verlangt der Ag zusätzliche Leistungen, dann kann ich diese hernach auch zusätzlich abrechnen (§ 2 Abs.6 VOB/B bzw. § 631 BGB). Denn pauschaliert wird nicht die Leistung, sondern *nur* der Preis. Ändert sich die Leistung durch zusätzliche Anforderungen, dann führt auch ein Weg zur Vergütungsanpassung nach § 2 Abs. 5 VOB/B – wenn die VOB/B vereinbart ist.

Aus einem Detailpauschalvertrag wird *dann* ein Globalpauschalvertrag, wenn ich den Vertrag mit dem Ag zwar als Detailpauschalvertrag verhandelt habe, aber am Ende mit ihm vertraglich eine so genannte Komplettheitsklausel vereinbare. Die dreht dann den Charakter des Vertrages um: Der löst sich von dem LV so weit ab, dass ich jetzt wieder alles tun muss, um den Erfolg zu bringen, gleich ob einzeln beschrieben oder nicht.

Beispiel für eine solche Komplettheitsklausel:

„Dieser Preis ist ein Festpreis und umfasst alle Leistungen, die nötig sind, damit der Erfolg gemäß den allgemein anerkannten Regeln der Technik herbeigeführt wird – unabhängig davon, ob die Leistungen und Lieferungen in den Vertragsunterlagen nicht oder nicht näher beschrieben sind“.

Will mir der Ag eine solche Komplettheitsklausel in seinen AGB „aufdrücken“, so ist sie nach verbreiteter Ansicht unwirksam (OLG München Baurecht 1990, 776), wenn ohne sie ein Detailpauschalvertrag vorläge. Aber in der Rechtsprechung wird auch die Gegenansicht vertreten, darum: Vorsicht!

Aber auch schon beim Detailpauschalvertrag ist Vorsicht geboten:

Häufig versucht der Auftraggeber, mir bei den Vertragsverhandlungen in letzter Minute noch eine „Pauschalierung“ abzuhandeln – und regelmäßig will er dabei die Auftragssumme nach unten abrunden. Als Bieter bemerke ich sofort (und voller Bitterkeit), dass mir hier „natürlich mal wieder ein Nachlass“ abgerungen werden soll. Viel einschneidender und gefährlicher als der bloße Nachlass ist aber das Wort „Pauschalierung“: Bevor ich meine Unterschrift unter eine „Pauschalierung“ setze, werde ich das Mengengerüst nochmals sorgfältig prüfen, denn nach der Unterschrift habe ich das Mengenrisiko!

### c.- Einbeziehung der VOB/B

Die VOB/B (und mit ihr die VOB/C!) sind Allgemeine Geschäftsbedingungen. Ich kann sie leicht wirksam vereinbaren, wenn der Ag Kaufmann oder Bauerehrling ist: Wir schreiben die Geltung der VOB/B in den Vertrag.

Mit einem Verbraucher geht das nicht so leicht: Ich müsste ihm zusätzlich die gesamte VOB/B und die VOB/C (zumindest soweit ich mich auf diese nachher berufen will) vor Vertragsschluss zur Verfügung stellen (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Täte ich das, dann gälte – grob vereinfacht – schon einmal alles aus der VOB/B, was mir schadet; ob umgekehrt auch all dasjenige aus der VOB/B gilt, was schlecht für den Ag ist, wäre im Einzelfall zu prüfen und streckenweise zweifelhaft. Darum ist es besser, bei Verbrauchern die VOB/B gleich „zu vergessen“ und den Auftrag so zu kalkulieren, dass ich die Abrechnungsvorschriften der VOB/C nicht brauche (also z.B. Preise bilde in dem Bewusstsein, dass ich nachher nichts übermessen kann).

Anders aber, wenn der Verbraucher beim Vertragsschluss durch einen Architekten vertreten oder beraten ist: Dann kann ich die VOB/B (samt VOB/C) einbeziehen, weil die Rechtsprechung annimmt: Der Verbraucher kann sich hier von seinem Architekten beraten lassen. Dass der Architekt berät oder/und vertritt, gehört dann aber unbedingt in den schriftlichen Vertrag geschrieben, damit ich es später gut beweisen kann!

### d.- Ausführungsfristen

sollten klar geregelt sein, denn gesetzlich würde „im Zweifel“ gelten, dass ich sofort beginnen muss (§ 271 Abs. 1 BGB).

Bei Verbrauchern sollte ich die Beginnfrist so regeln, dass vorher die Widerrufsfrist des Verbrauchers abgelaufen ist (sonst fange ich an und bekomme bei Widerruf keinen Wertersatz nach § 357 BGB). Die Widerrufsfrist beträgt 14 Kalendertage und beginnt mit Vertragsschluss (§ 355 Abs. 2 BGB), aber nur dann, wenn ich den Verbraucher über sein Widerrufsrecht belehrt hatte.

Habe ich das versäumt, kann ich die Belehrung später geben. Erst das setzt dann die Widerrufsfrist in Lauf.

Der Verbraucher wahrt die Widerrufsfrist, wenn er eine Widerrufserklärung rechtzeitig losschickt. Bis sie bei mir eingeht, kann es dauern. Darum sollte meine Beginnfrist nicht nur 14, sondern besser mindestens 16 Kalendertage hinter dem Beginn der Widerrufsfrist liegen.

Der ZDB-Mustervertrag enthält hierzu unter Ziffer 5.2 die nötigen Ankreuz-Optionen.

## B.- Bauausführung

Einige typische Haftungsfallen kann ich nur vermeiden, wenn ich mich dazu überwinde, die nötigen Beweismittel zu schaffen, damit später Streit vermieden wird.

### 1.- Nachträge beweisbar dokumentieren

Besonders typisch beim Bauen im Bestand ist, dass unvorhergesehene Leistungen erforderlich sind.

Vor Gericht werden Nachträge selten streitig, wenn sie nach Grund und Höhe vereinbart sind und der Auftragnehmer dies leicht beweisen kann. Das heißt: Zusatzaufträge lasse ich mir (vom Ag – nicht bloß vom Architekten!) schriftlich bestätigen und vereinbare möglichst auch gleich eine Vergütung. Das gleiche gilt für Änderungsanordnungen.

### 2.- Nachträge bei Verbrauchern

Ist mein Ag Verbraucher und beauftragt „eilig“ einen Nachtrag auf der Baustelle, so gilt erst recht: „Nur schriftlich!“. Denn der Nachtrag ist ein Vertrag, den ich außerhalb meiner Geschäftsräume schließe. Der Verbraucher hat also ein Widerrufsrecht § 312 g Abs. 1 BGB. Und darüber muss ich ihn informieren (§ 312 d Abs. 2 BGB i.V.m. Art 246 a § 1 Abs. 2 EGBGB). Widerruft der Ag später, dann habe ich einen Wertersatzanspruch (§ 357 Abs. 8 S.2 und S.3 BGB), aber nur dann, wenn mir der Ag „auf einem dauerhaften Datenträger“ (also am besten auf Papier) die Anweisung gibt, vor Ablauf der Widerrufsfrist mit der Ausführung zu beginnen!

Hier kann ich das ZDB-Formblatt „Widerrufsbelehrung“ verwenden, siehe oben.

### 3.- Bedenkenhinweise beweisbar dokumentieren

Bekomme ich (erst) während der Bauausführung technische Bedenken, so gilt das gleiche wie in Abschnitt A.-: Ich schildere genau, was passieren kann, wenn so gebaut wird, wie der Ag sich das vorstellt. Ich schildere es dem Ag (nicht bloß dem Architekten!). Nicht formelhaft, sondern verständlich.

### 4.- Reaktion des Ag auf Bedenkenhinweise beweisbar dokumentieren

Besteht der Ag auf der Bauweise, so muss ich das später beweisen können. Ich brauche das am besten schriftlich. Denn sonst ergibt sich das „Bild“, dass ich sehenden Auges eine Leistung ausgeführt habe, die nicht funktioniert.

## 5.- Behinderungen genau dokumentieren

Sanierungen im Bestand stoßen überanteilig oft auf unvorhergesehene Hindernisse. Das kann zu Behinderungen im Rechtssinne führen (auch wenn nicht jedes Hindernis eine „Behinderung“ ist).

Behinderungen können sich in zweierlei Hinsicht auswirken: Erstens könnte ich einen Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB haben oder einen Schadenersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B. Zweitens könnte sich zu meinen Gunsten eine Ausführungsfrist verlängern (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a VOB/B) – hier geht es also darum, einer Haftung für Verzug vorzubeugen.

Behinderungen bestehen selten darin, dass ich auf der Baustelle schlicht gar nichts mehr machen kann. Komme ich an einer Stelle nicht weiter (z.B. weil eine notwendige Vorleistung fehlt), dann kann ich meist an anderer Stelle weiterbauen. Ein Behinderungsschaden oder eine Verlängerung meiner Ausführungsfrist wird daraus nur dann, wenn ich darlegen kann, welche Zeit und was für Kosten ich aufwenden musste, um mich „um die Behinderung herum“ umzuorganisieren (Geräte versetzen, Kolonne umleiten).

Später werde ich angeben müssen, was mich woran genau gehindert hat und wie ich darauf reagiert habe. Ich werde vorrechnen müssen, um wieviel Stunden/Tage/Wochen sich durch die jeweilige Einzelbehinderung die Ausführungszeit verlängert hat. Kann ich das nicht, werde ich keinen Erfolg haben mit der Behauptung, ich hätte wegen „zahlreicher Behinderungen nicht kontinuierlich arbeiten“ können. Dokumentiere ich all dies sofort, dann kann ich die jeweiligen Behinderungen auch konkret und deutlich dem Ag anzeigen (was nach § 6 Abs. 1 VOB/B grundsätzlich Voraussetzung für meinen Schadenersatzanspruch ist).

## 6.- Haftungsfälle nicht anbrennen lassen. Zum Anwalt damit!

Werde ich in die Haftung genommen, ist die Sachlage gelegentlich komplex, zumal wenn ich gegenläufig noch eine Bauwerklohnforderung verfolge. Das spricht dafür, die Sache frühzeitig einem guten Rechtsanwalt zu übergeben – nicht erst, wenn ich unter Zeit- oder Fristendruck stehe oder bereits schwerwiegende taktische Fehler gemacht habe.

a.- Woran erkenne ich einen guten Rechtsanwalt?

Er hört mir zu, weist mich schon früh auf Beweisschwierigkeiten hin, sieht Einwendungen des Schuldners voraus, zwingt mich zur gründlichen Schilderung von Tatsachen, fordert Unterlagen von mir. Er sagt mir, auf welche Sachverhalte es rechtlich ankommt und welche ich „vergessen“ kann. Er weckt keine übertriebenen Erwartungen. Er fühlt mir auf den Zahn.

Ans Gericht schreibt er gut gegliederte, übersichtlich aufgebaute und gründlich durchdachte Schriftsätze. Darin wiederholt er nicht unablässig dasselbe, sondern trägt konzentriert vor. Beweisangebote bringt er sofort (und kündigt nicht bloß an, den Beweis „im Bestreitensfall“ nachzureichen).

Er wappnet sich nicht nur für den Rechtsstreit, sondern denkt mit mir auch über einen möglichen Vergleich nach und verhandelt hierüber mit dem Gegner. Er achtet auf eine professionelle Kommunikation mit dem Gericht. Auf Hinweise und Vorschläge des Gerichts und des Gegners reagiert er zügig und bedacht.

Er besitzt Erfahrung in Bausachen und ein gewisses Maß an technischem Verständnis.

b.- Wie finde ich einen guten Rechtsanwalt?

So wie ich einen guten Zahnarzt finde. Ich erkundige mich gründlich und ausführlich bei anderen, die bereits Erfahrungen gemacht haben. Dass ein Rechtsanwalt „Fachanwalt für Baurecht“ ist, besagt – leider – für sich genommen nichts. Markiges Auftreten, eine imposante Kanzleiausstattung oder sonstige Äußerlichkeiten sind ebenfalls keine zuverlässigen Indizien.

c.- Was kostet ein guter Rechtsanwalt?

Die Anwaltsgebühren regelt das RVG. Sie hängen vom Streitwert ab, zum Teil auch von der Schwierigkeit der Angelegenheit. Sie hängen nicht vom schieren Arbeitsaufwand des Anwalts ab. Ein guter Rechtsanwalt wird mir frühzeitig ungefähr sagen können, was er mich kostet.

Der Anwalt kann mit dem Mandanten vereinbaren, dass abweichend vom RVG abgerechnet wird, z.B. nach Stunden. Dann kommt es auf den Stundensatz und die angefallenen Stunden an.

## C.- Wie „kommt“ der Mangel im Prozess?

Macht mich der Auftraggeber wegen Mängeln oder sonstigen Fehlleistungen haftbar, dann interessiert das den Richter nur, wenn seine Entscheidung davon abhängt. Das tut sie in der Regel dann, wenn es entweder auf die Frage einer Abnahmefähigkeit ankommt (von der die Fälligkeit meines Werklohns abhängt) oder wenn der Auftraggeber eigene konkrete Gegenansprüche einwendet – typischerweise sind das ein Zurückbehaltungsrecht oder eine Aufrechnung.

### I.- „Zurückbehaltungsrecht“

1.- Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts (ZBR)

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB)/ „Zurückbehaltungsrecht“ (273 BGB) stützt der Ag in der Regel darauf, dass noch Mängel bestünden.

Für das Bestehen der Einrede/ZBR ist der Ag beweisbelastet, wenn er Mängel einwendet, die er sich bei der Abnahme nicht vorbehalten hat. Hat er sich Mängel bei Abnahme vorbehalten oder noch nicht abgenommen, so bin **ich** beweisbelastet.

2.-Höhe des ZBR (**häufig übersehen**)

Ich bleibe stets beweisbelastet dafür, dass mir selbst dann noch ein einrededefreier Werklohnanteil verbleibt, wenn die Einrede/das ZBR besteht. Das bedeutet beim „ZBR wegen Mängeln“: Ich muss darlegen und beweisen, dass etwa erforderliche Mangelbeseitigungskosten die Werklohnforderung selbst dann nicht erreichen, wenn der „Druckzuschlag“ des § 641 Abs.3 BGB berücksichtigt wird (= i.d.R. Faktor 2). Das begreifen selbst Anwälte oft nicht.

### II.- Aufrechnung (§ 389 BGB)

Rechnet der Ag mit behaupteten eigenen Geldzahlungsansprüchen auf, dann achte ich darauf, ob er zu deren formellen Voraussetzungen überhaupt ausreichend vorträgt:



Will der Ag nämlich nach §§ 637 Abs. 1, 3, 638, 634 BGB Ersatzvornahmekosten (ggf. als Kostenvorschuss) oder Minderung oder Schadenersatz, dann muss er vorher

- einen Mangel konkret gerügt haben,
- mir eine Frist zur Beseitigung gesetzt haben, was
- nur ausnahmsweise entbehrlich ist in den Fällen der § 636, 637 Abs. 2 S. 2 BGB,
- und die Frist muss erfolglos abgelaufen sein.

Ist die VOB/B vereinbart, so gilt dasselbe gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B für Ersatzvornahmekosten nach Abnahme.

Fehlt es an solchen Voraussetzungen, weise ich das Gericht darauf hin und bestreite sie. Zu behaupteten Mängeln kann ich dennoch Stellung nehmen, ebenso zur Höhe des Gegenanspruchs.

Ist die VOB/B vereinbart und geht es um Ersatzvornahmekosten wegen Mängeln, die vor der Abnahme bereits gerügt waren, dann gilt das Gleiche - nur hat es der Ag noch etwas schwerer: Nach §§ 4 Abs. 7, 8 Abs. 3 VOB/B bekommt er von mir Ersatzvornahmekosten nur, wenn er

- Mangelrüge,
- Fristsetzung
- Androhung einer entsprechenden (Teil-)Kündigung und
- Ausspruch der Kündigung vor der Ersatzvornahme

darlegt und beweist.

## D.- Der Mangelbegriff beim Sanieren im Bestand

Immer wieder geht es darum, ob ein bestimmter Zustand einen Mangel begründet. Um in der Diskussion mithalten zu können, sollte ich folgendes juristisches Grundwissen haben:

### 1.- Gesetz

Der Mangelbegriff ergibt sich aus § 633 Abs. 2 BGB und – weitgehend identisch - § 13 Abs. 1 S. 2+3 VOB/B; beide laufen in der Praxis gleich:

Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit 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.

### 2.- Was ist der „funktionale Mangelbegriff“?

Nichts anderes sagt der „funktionale Mangelbegriff“ des Bundesgerichtshofs (BGH 8.11.2007, VII ZR 183/05, „Forsthaus-1“): „Ein Werk entspricht nicht der vereinbarten Beschaffenheit, wenn es nicht die vereinbarte Funktionstauglichkeit aufweist“.

Das bedeutet:

(1.-) Ein Mangel kann vorliegen, obwohl das Werk die vereinbarten einzelnen Beschaffenheitsmerkmale hat (Beispiel: Ich habe das LV Position für Position genau abgearbeitet, die Dämmung hält trotzdem nicht).

(2.-) Ein Mangel kann vorliegen, obgleich das Bauwerk öffentlich-rechtlich zulässig und in allen Stücken DIN-konform ist (Tiefgaragenrampe, die trotz allem nicht gefahrlos befahren werden kann).

(3.-) Ein Mangel kann vorliegen, obwohl ich mich genau an die Planung gehalten habe, die der Architekt oder Sonderfachmann des Auftraggebers mir gegeben haben. Er kann vorliegen, obwohl ich genau das gemacht habe, was der Auftraggeber von mir wollte – unberaten wie er war.

(4.-) Ein Mangel kann vorliegen, obgleich meine Leistung für sich genommen handwerklich in Ordnung ist: Aufbau auf ungeeignetem Vor-Gewerk; herstellerbedingte Eigenheiten der Sache. BGH (ebd): Beruht der Mangel der Funktionstauglichkeit auf einer unzureichenden Vorleistung eines anderen Unternehmers, wird der An (auch nach dem neuen Werkvertragsrecht) von der Mängelhaftung ausnahmsweise frei, wenn er seine Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt hat.

### 3.- Bedenkenanmeldung (als Teil der Hauptleistungspflicht)

Das ist bitter! Denn es heißt: Ich trage die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ich meine Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt habe (BGH ebd., so auch § 13 Abs. 3 VOB/B). Es kommt darauf an,

- a.- was ich mit dem bei mir zu erwartenden Vorwissen im konkreten Fall erkennen konnte,
- b.- ob ich entsprechende Hinweise rechtzeitig ...
- c.- ... dem Bauherrn unmittelbar und ...
- d.- ... hinreichend deutlich gegeben habe (insbesondere beschrieben habe, welche Probleme entstehen können oder werden, wenn nach den Vorstellungen des Ag gebaut wird); ferner
- e.- ... wie der Bauherr reagiert hat (nämlich einverstanden war damit, dass meine Haftung in diesem Punkt ausgeschlossen sein soll).

Habe ich alle diese Punkte sorgfältig dokumentiert, dann „rettet“ mich das. „Gerettet“ bin ich auch, wenn sich das Gericht davon überzeugt, dass ich mit meinem üblichen Handwerkerwissen das Problem nicht voraussehen konnte (das muss ich beweisen, also Sachverständigengutachten hierzu anbieten).

### 4.- Hinweispflichten als Nebenpflicht

Hiervon zu trennen, sind Hinweise, die ich als Nebenpflicht schulde, nämlich

- im Rahmen meiner vorvertraglichen Aufklärungspflicht (siehe oben)
- oder ggf. sogar nach Ausführung meiner Arbeiten (Beispiel: Ich sehe, dass der Auftraggeber auf meine Innendämmung tapezieren lässt, diese muss aber diffusionsoffen bleiben – das sage ich ihm!).

### 5.- vereinbarte Beschaffenheit

Im Prozess wird – gerade beim Thema Mangel - häufig fraglich, welche Beschaffenheit vereinbart ist. Dies ist rechtlich zu bestimmen (Vertrag, LV, ZTV, ...). Bei Widersprüchen ist nach einer „Hierarchie“ im Vertrag zu suchen; fehlt diese, so „hilft“ § 1 Abs. 2 VOB/B. Ergibt die Vertragslage nichts Eindeutiges, wird danach gefragt, welche Erwartungen an die Beschaffenheit üblicherweise gestellt werden.

### 6.- Regeln der Technik

Im Prozess wird – ebenfalls beim Thema Mangel - sehr häufig danach gefragt, ob eine Leistung den „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ entspricht, die während der Bauzeit/bei Abnahme galten. Denn § 13 Abs. 1 S.2 VOB/B stellt u.a. auf die „anerkannten Regeln der Technik“ ab; § 633 Abs. 2 BGB tut dies – wie gezeigt – nicht ausdrücklich, aber nach h.M. implizit. Allgemein anerkannt sind Regeln der Technik, wenn sie

- in der technischen Wissenschaft als theoretisch richtig feststehen (Wissenschaftskriterium)
- im Kreise der maßgeblichen Techniker durchweg bekannt sind (Praxiskriterium)

- aufgrund fortdauernder Erfahrung als technisch geeignet, angemessen und notwendig anerkannt sind (Langzeitkriterium).

Merkwort „Wissenschaft, Praxis, Langzeit“, abgekürzt WPL

Das Praxiskriterium bedeutet insbesondere: Was in Fachkreisen diskutiert oder/und von Experten empfohlen wurde, ist nicht schon deshalb allgemein anerkannt.

Beispiel für eine Kontrollfrage an einen Gerichtssachverständigen:

„Stellen Sie sich 10 Baustellen im Großraum Y im Jahre 2010 vor, auf denen Deckenuntersichten in X-Platten ausgeführt werden. Bei wie vielen dieser 10 Baustellen wurde schon damals eine algizide/fungizide Beschichtung ausgeführt; was schätzen Sie?“.

Hierher gehören die DIN-Normen, soweit sie nicht Abrechnung regeln, sondern sich damit beschäftigen, was technisch richtig und notwendig ist. Aber Vorsicht:

- Nicht immer spiegeln sie den erreichten Standard wieder, sie können der technischen Entwicklung hinterherhinken oder aber vorausgehen
- Nicht für alles gibt es eine 1:1 einschlägige DIN-Norm.

Ein verbreitetes Missverständnis besteht darin, Regeln nur als allgemein anerkannt zu akzeptieren, wenn sie irgendwo geschrieben stehen. Auch ungeschriebene Regeln sind anerkannt, wenn sie sich am Bau durchgesetzt haben!

Hierher gehören öffentlich-rechtliche Bauvorschriften, die einerseits Geltung als sicherheitsrechtliche Mindeststandards beanspruchen, andererseits meist den Maßstab dafür abgeben, was der Ag an Funktionstauglichkeit erwarten kann:

- ETB im Sinne von Art. 3 BayBO
  - abZ (VGH Baden-Württemberg 12.11.1993, 3 S 1449/91) des DIBt oder andere Prüfstellen.
- Diese „retten“ den An aber nicht, wenn sein Werk nicht funktioniert.

Hierher gehören Fachregeln dann, wenn sie keine DIN sind, aber sich durchgesetzt haben.

Hierher gehören mittelbar auch die Hersteller-Merkblätter, denn selbst wenn deren Geltung nicht vereinbart ist (z.B. im LV), kann der Ag u.U. erwarten, dass der An sich an diese hält (OLG Jena 27.7.2006, 1 U 897/04; BGH 23.7.2009, VII ZR 164/08); z.B. wenn davon eine Herstellergarantie abhängt (OLG Brandenburg 15.6.2001, 4 U 144/10). Herstellervorschriften können spezielle Anweisungen enthalten als allgemeinere DIN-Verarbeitungsvorschriften (Beispiel: Klebverfahren). Die Herstellerangaben befolgt zu haben, nützt mir aber nichts, wenn das Werk nicht funktioniert oder/und das System des Herstellers nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht.

Hierher gehörten WTA-Merkblätter, soweit deren Inhalte sich bereits seit langem in der Baupraxis durchgesetzt haben (Wissenschaftlich-Technische Arbeitsgemeinschaft für Bauwerkserhaltung und Denkmalpflege).

## 7.- Problem: Innovative Techniken am Bau

Gerade beim Sanieren im Bestand werden gerne innovative Techniken erprobt und genutzt. Das führt direkt in eine juristische Klemme: Eine neue Technik kann sich in der Praxis noch nicht lange Zeit bewährt haben (sonst wäre sie nicht „neu“). Also kann das Werk auch nicht den „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ entsprechen. Für dies Problem gibt es zwei Lösungsansätze:

### (1.-) „Begriffs-Lösung“:

Man versucht darzustellen, dass es für die gestellte Bauaufgabe „allgemein anerkannte Regeln der Technik“ (noch) nicht gibt. Wenn und soweit es die nicht gibt, kann das Werk nicht gegen anerkannte Regeln der Technik verstoßen. „Geniale Argumentation“, denkt man auf den ersten Blick. Auf diesen Lösungsansatz sollten wir uns aber nicht verlassen!

Erstens regelt das Gesetz nicht, was „mangelhaft“ heißt, sondern sagt leider nur, was „mangelfrei“ bedeutet (siehe oben, § 633 Abs. 2 BGB, ebenso § 13 Abs. 1 S. 2 VOB/B). Zu den Voraussetzungen der *Mangelfreiheit* gehört (etwas vereinfacht gesagt) auch, dass das Werk den anerkannten Regeln der Technik entsprechen muss. Rechtsanwender sind deshalb verständlicherweise darauf trainiert, anzunehmen, dass ein Werk, das diese Voraussetzung nicht erfüllt, daher generisch mangelhaft sein muss: **Was nicht „mangelfrei“ im Sinne des Gesetzes ist, kann nur mangelhaft sein** – so werden die sagen.

Außerdem ist selbst an der innovativsten Technik vermutlich nicht alles neu: Auch eine noch so neue Platte wird man verkleben müssen, und dafür gibt es anerkannte Verfahren, die in DIN-Normen erfasst sein werden. Wir bewegen uns voraussichtlich nie im völlig regelfreien Raum.

### (2.-) „Aufklärungs-Lösung“:

Als Bauschaffender fahre ich daher weit besser, wenn ich den Auftraggeber schon im Vertrag über genau das aufkläre, was der Rechtsanwender später „nicht einsehen wird“. Dazu schreibe ich bereits in den Vertrag hinein, dass meine Bautechnik innovativ ist und es damit noch keine Langzeiterfahrung gibt und verbindliche Aussagen zur Lebensdauer des Werks nicht möglich sind – usw. usf., so plastisch und konkret wie möglich. Will der Auftraggeber dann die Leistung dennoch, dann unterschreibt er den Vertrag, und ich kann hernach beweisen, dass ich die nötigen Hinweise gegeben habe.

Bekomme ich während der Bauausführung Bedenken, so bringe ich diese sofort beim Auftraggeber (direkt) an, kläre ihn konkret über die Risiken auf (z.B. nicht hinterdämmte Steckdosen) und vereinbare, wenn der Auftraggeber auf seiner Planung beharrt, einen entsprechenden Haftungsausschluss.

## 8.- Haftungsfallen für Bauüberwacher

Habe ich Bauarbeiten zu überwachen, dann muss ich nicht ständig daneben stehen, aber stichprobenweise kontrollieren.

a.-

Ein häufiges Missverständnis besteht darin anzunehmen, der Objektüberwacher brauche „handwerkliche Selbstverständlichkeiten“ nicht zu überprüfen. Sehr wohl muss er das, wenn es sich um kritische Arbeiten handelt, die besonders wichtig für das Gelingen der Bauleistung sind und aus denen üble Schäden folgen, wenn sie falsch gemacht werden!

b.-

Ist die Baufirma von zweifelhafter Zuverlässigkeit, so muss ich als Bauüberwacher desto intensiver kontrollieren. Ich kann später schlecht sagen, der Auftraggeber sei (zum Teil) selbst schuld an einem bestimmten Mangel, weil er eine unzuverlässige Baufirma ausgewählt habe. Denn ein

Mitverschulden des Auftraggebers interessiert nur, soweit es kausal gerade zu diesem konkreten Mangel geführt hätte – das wird sich in der Regel nicht darstellen lassen.

## 9.- Der neue Verbraucherbaupertrag

Wer im Bestand saniert, hat es häufig mit Verbrauchern zu tun. Ab dem 1.1.2018 gibt es im BGB spezielle Regeln für den „Verbraucherbaupertrag“. Darunter fällt eine Sanierung im Bestand, wenn sie in einem wesentlichen Umbau des Bestandsgebäudes besteht. Die neuen Regeln müssen wir kennen.

### 9.1 Das neue Gefüge der Vertragstypen

Ein wesentliches Merkmal des Reformgesetzes ist es, dass das Werkrecht mehrere Unter-Vertragstypen erhält. Wir bekommen

- den Baupertrag (§§ 650a bis 650 g BGB-neu)
- den Verbraucherbaupertrag (§§ 650h bis 650 n BGB-neu)
- den Architekten- und Ingenieurvertrag (§§ 650p bis 650t BGB-neu)
- den Bauträgervertrag (§§ 650u, 650v BGB-neu)

### 9.2 erster Schritt: Was ist der Baupertrag?

Der Baupertrag wird in § 650a Abs. 1 S.1 BGB-neu definiert als *„Vertrag über die Herstellung, Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon“*.

Der Baupertrag verlangt also nicht, dass ein komplettes Bauwerk (oder eine komplette Außenanlage) geschuldet sein muss.

Werden Instandhaltungsarbeiten beauftragt, so ist das ein Baupertrag nur dann, wenn *„das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist“*. Hier ist also nach der Wesentlichkeit abzugrenzen. Der Gesetzgeber (BT-Drs. 17/8486) lässt erkennen, dass er (auch) darauf abstellen will, ob es *„sich nach Vertragsdauer und –umfang um einen auf längerfristige Zusammenarbeit angelegten Vertrag handelt, bei dem die Anwendung der ... speziellen baupertragsrechtlichen Vorschriften gerechtfertigt ist“*. Instandhaltung definiert er als *„Arbeiten, die zur Erhaltung des Soll-Zustandes des Bauwerks dienen“*. Bei den Instandhaltungsarbeiten *„von wesentlicher Bedeutung“* denkt der Gesetzgeber beispielhaft an Pflege, Wartung und Inspektion, wenn solche Leistungen der Erhaltung oder Funktionsfähigkeit des Bauwerks dienen (ebd.).

Die Sonderregeln für den Baupertrag treten ergänzend (§ 650a Abs. 1 S.2 BGB-neu) neben das allgemeine Werkrecht, wie es §§ 631 ff regeln (bis einschließlich § 650 BGB-neu). Die wesentlichen Sonderregeln sind:

- das neue Anordnungsrecht des Bestellers (§ 650b Abs. 1,2 BGB-neu),
- die korrespondierende Vergütungsanpassung (§ 650c BGB-neu),
- flankiert durch ein erleichtertes Verfahren der einstweiligen Verfügung (§ 650d BGB-neu i.V.m §§ 935, 920 Abs. 2 ZPO): Der Verfügungsgrund (etwa: Eilbedürftigkeit) muss nicht extra glaubhaft gemacht werden (wohl aber der Verfügungsanspruch!).
- Neu (und wichtig) ist auch: Jede Kündigung bedarf jetzt der Schriftform (§ 650g BGB-neu), bloße Textform genügt nicht (BT-Drs. 18/8486 S. 61).
- Neu (und weniger wichtig): Regelungen zur Zustandsfeststellung bei Abnahmeverweigerung (§ 650g BGB-neu).

- Ausdrücklich legt sich der Gesetzgeber auf den Grundsatz fest (§ 650g Abs. 4 S.1 Nr. 2 BGB-neu), dass eine prüffähige Schlussrechnung Voraussetzung für die Fälligkeit des Werklohns ist. Er definiert alsdann den Begriff „prüffähig“ (S.2) und lässt Prüfbarkeitsrügen nach 30 Tagen präkludieren (Satz 3).

### 9.3 zweiter Schritt: Was ist nun ein „Verbraucherbauvertrag“?

Definiert ist der (in § 650i BGB-neu) als Vertrag, „durch den ein Unternehmer von einem Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird“.

Damit ist „Verbraucherbauvertrag“ ein juristischer Fachausdruck eigener Art. Das sieht man dem Wort nicht an. Es ist aber eminent wichtig: Nicht jeder Bauvertrag, den ich mit einem Verbraucher abschließe, ist schon deshalb ein „Verbraucherbauvertrag“. Ein „Verbraucherbauvertrag“ im Rechtssinne liegt vielmehr nur dann vor, wenn ein **komplettes Gebäude** Auftragsgegenstand ist (das errichtet oder erheblich umgebaut werden soll).

Die Sonderregeln für den Verbraucherbauvertrag gelten „ergänzend“ (§ 650i Abs. 3 BGB-neu), d.h. sie treten

- neben das allgemeine Werkrecht, wie es §§ 631 ff regeln (bis einschließlich § 650 BGB-neu) und
- neben die Regeln des Bauvertrages (§§ 650a bis 650 h BGB-neu).

Die Sonderregeln für den Verbraucherbauvertrag sind größtenteils *ius strictum*: Von ihnen kann nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden, auch nicht durch Umgehungsgestaltungen. Das statuiert § 650o BGB-neu für alle Paragraphen des Verbraucherbauvertrages. Nur § 650m BGB-neu (betreffend Abschlagszahlungen und Besicherung der Parteien) ist dabei ausgespart, aber soweit § 650m Abs.2 BGB-neu Grenzen für die Besicherung des Unternehmers vorschreibt, ergibt sich die Unabdingbarkeit dieser Grenzen bereits aus dieser Vorschrift selbst.

Im Bereich des Verbraucherbauvertrages sind auch Vereinbarungen unwirksam, die von § 640 Abs. 2 S. 2 BGB-neu zulasten des Verbrauchers abweichen, d.h. vereinfacht gesagt: Es bleibt dabei, dass der Auftragnehmer eines Verbraucherbauvertrages die Abnahmefiktion (des § 640 Abs. 2 S.1 BGB-neu) nur dann bekommt, wenn er den Verbraucher darauf vorab in Textform hingewiesen hat, als er ihn zur Abnahme aufforderte.

### 9.4 Baubeschreibung (§§ 650j, 650k BGB-neu)

Ein wesentliches Merkmal des Verbraucherbauvertrages ist, dass der Unternehmer (An) dem Verbraucher vor Vertragsschluss eine Baubeschreibung zur Verfügung stellen muss (§ 650j BGB-neu).

#### 9.4.1

Die muss dem (gleichfalls neu angefügten) Art. 249 EGBGB-neu entsprechen, d.h. sie muss

- der dort geforderten Textform genügen (Art. 249 § 1) und
- inhaltlich jene Angaben enthalten, die Art. 249 EGBGB-neu (dort § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 9) mehr oder minder zwingend verlangt.

Intention des Gesetzgebers: Klarheit für beide Parteien, und: der Verbraucher kann das Preis-Leistungs-Verhältnis privatsachverständig überprüfen lassen, bevor er abschließt (BT-Drs. 18/8486 S.62).

#### 9.4.2

Das gilt nach § 650j BGB-neu (nur) dann nicht, wenn der Verbraucher selbst „*die wesentlichen Planungsvorgaben macht*“ oder wenn das ein Beauftragter des Verbrauchers tut.

#### 9.4.3

Die Baubeschreibung wird nach § 650k Abs. 1 BGB-neu Vertragsinhalt „*in Bezug auf die Bauausführung*“, außer wenn die Parteien „*ausdrücklich etwas anderes vereinbart*“ haben sollten.

#### 9.4.4 Aus Praktikersicht fällt auf:

Denkbar wäre, dass die Parteien in den Vertrag schlicht hineinschreiben, dass die Baubeschreibung „*nicht Vertragsinhalt ist*“ – ohne die Bauaufgabe anderweitig exakt vertraglich zu beschreiben.

9.4.4.1 Dann wird sich die Frage stellen, ob das nicht eine Umgehung des § 650k Abs. 1 BGB-neu ist. Die wäre nach § 650o S.2 BGB-neu unwirksam mit der Folge, dass nunmehr die Baubeschreibung wieder gälte, obwohl die Parteien sie laut Vertrag ausdrücklich aufgegeben hatten.

9.4.4.2 Wahrscheinlich geht aber als spezielle Regel § 650k Abs. 2 BGB-neu vor: Soweit die Baubeschreibung unvollständig oder unklar ist (erst recht wenn es keine gibt), so „*ist der Vertrag unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände*“ auszulegen, insbesondere des „*Komfort- und Qualitätsstandards nach der übrigen Leistungsbeschreibung*“ (Satz 1). Und Zweifel gehen zu Lasten des Unternehmers (Satz 2).

### 9.5 Angabe zur Vollendung (§ 650k Abs. 3 BGB-neu)

Ein wesentliches Merkmal des Verbraucherbauvertrages ist, dass der Vertrag verbindliche Angaben dazu enthalten muss, wann das Werk vollendet sein wird (§ 650j Abs. 3 S.1 BGB-neu).

Zugleich ist eine solche Angabe als Teil der Baubeschreibung in Art. 249 § 2 Abs. 2 EGBGB-neu vorgeschrieben: „*(1) Die Baubeschreibung hat verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung zu enthalten. (2) Steht der Beginn der Baumaßnahme noch nicht fest, ist ihre Dauer anzugeben*“.

Fehlt eine solche Angabe im Vertrag, dann gilt dasjenige, was der Unternehmer vorvertraglich an Angaben übermittelt hat, betreffend den Zeitpunkt der Vollendung oder die Dauer der Bauausführung (§ 650k Abs. 3 S.2 BGB-neu).

#### Aus Praktikersicht fällt auf:

5.1 Die Bestimmung läuft leer, wenn die Parteien über eine Fertigstellungsfrist oder die Dauer der Bauausführung weder eine vertragliche Vereinbarung getroffen noch darüber jemals gesprochen haben. Der Ag muss nach wie vor darauf achten, etwaige Absprachen oder Mitteilungen des An betreffend die Bauzeit beweisen zu können – umgekehrt wird auch der An darauf achten müssen, Absprachen zur Bauzeit beweisbar zu dokumentieren.

5.2 Die Bestimmung des § 650 k Abs.3 BGB-neu gilt auch, wenn die wesentlichen Planungsvorgaben vom Ag (oder seinem Beauftragten) kommen. Denn dann schuldet der An zwar „erst einmal“ keine verbindliche Angabe zur Bauzeit: Er schuldet die Baubeschreibung nach Art. 249 EGBGB-neu nicht, muss also nicht vorab die Angabe zur Bauzeit machen, die Art. 249 § 2 Abs. 2 EGBGB-neu „abfragt“. Aber im Vertrag muss er sich festlegen (lassen).

## 9.6 Widerrufsrecht

Weiteres wesentliches Merkmal des Verbraucherbaupertrages ist ein speziell ausgestaltetes Widerrufsrecht. Das besteht nur *dann nicht*, wenn der Vertrag notariell beurkundet ist (§ 650I S.1 am Ende BGB-neu, denn dann ist der Übereilungsschutz schon nach § 17 Abs. 2 a Nr. 2 BeurkG gewährt (BT-Drs. 18/8486 S. 63).

### 9.6.1 Ausübung

Für die Ausübung des Widerrufsrechts gelten die allgemeinen Bestimmungen (§§ 355 ff BGB); d.h. u.a., dass der Verbraucher auch hier zu beachten hat: Der Widerruf muss innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsschluss in Textform hinausgehen.

### 9.6.2 Belehrung

Die Belehrungspflichten des An regelt § 650I S.2 BGB-neu i.V.m. Art. 249 § 3 EGBGB: Der An muss den Verbraucher über sein Widerrufsrecht in Textform belehren, bevor der seine „Vertragserklärung“ abgibt (Art. 249 § 3 Abs. 1 S. 1 EGBGB-neu). Der An kann auf eine Muster-Widerrufsbelehrung zurückgreifen, die ihm das EGBGB an die Hand gibt (Anlage 10 zu Art. 249 § 3 EGBGB; BT-Drs. 18/8486 S. 29, 63). Die Widerrufsfrist beginnt nicht, bevor der Verbraucher diese Belehrung bekommt (§ 356e S. 1 BGB-neu).

### 9.6.3 Erlöschen des Widerrufsrechts

Im Sinne einer absoluten Grenze erlischt das Widerrufsrecht (§ 356e S.2 BGB-neu) spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach dem Zeitpunkt, den § 355 Abs. 2 S.2 BGB nennt (also: nach dem „Vertragsschluss, wenn nichts anderes bestimmt ist“).

### 9.6.4 Rechtsfolge des Widerrufs

Die Rechtsfolge des Widerrufs ist allgemein (§ 355 Abs. 3 S. 1 BGB), dass die „empfangenen Leistungen zurückzugewähren“ sind. Für den Verbraucherbaupertrag regelt § 357d BGB-neu ergänzend Folgendes: Wenn der Verbraucher die bis zum Widerruf erbrachte Leistung ihrer Natur nach nicht zurückgewähren kann, dann schuldet er Wertersatz. Der bemisst sich grundsätzlich nach der vereinbarten Vergütung, ausnahmsweise nach dem Marktwert (nämlich dann, wenn die vereinbarte Vergütung „unverhältnismäßig hoch“ ist).

## 9.7 Abschläge und Besicherung (Obergrenze)

### 9.7.1 Obergrenze für Abschläge

Ein wesentliches Merkmal des Verbraucherbaupertrages ist, dass der Unternehmer Abschlagszahlungen nach § 632a BGB nur bis zu einer Obergrenze verlangen darf. Die beträgt 90 % der vereinbarten Gesamtvergütung, wobei letztere sich um jene Vergütung erhöht, die der Unternehmer für Nachtragsleistungen beanspruchen darf (§ 650m **Abs. 1** i.V.m. § 650c BGB-neu).

Wichtig für die Praxis: Dieser Absatz ist abdingbar. Erstens spart § 650o BGB-neu ihn aus. Zweitens wird die Obergrenze hier nicht dadurch verwirklicht, dass das Gesetz eine etwaige Vereinbarung oberhalb der Grenze für unwirksam erklärt.



### 9.7.2 Besicherung des Verbrauchers

Zugleich regelt § 650m **Abs.2** BGB-neu, dass der Unternehmer dem Verbraucher „*bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel*“ zu leisten hat. Die Höhe beträgt grundsätzlich (Satz 1) 5 % der vereinbarten Gesamtvergütung. Wenn die sich durch – vereinfacht gesagt – Nachträge um mehr als 10 % erhöht (Satz 2), muss der Unternehmer bei der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 % des zusätzlichen Vergütungsanspruchs leisten. Der Unternehmer kann nach seiner Wahl die Sicherheit auch dadurch leisten, dass der Verbraucher einen entsprechenden Werklohnanteil einbehält (Satz 3). Er kann aber (Absatz 3) auch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Inland zugelassenen Kreditinstituts oder Kreditversicherers stellen.

Aus Praktikersicht wichtig:

Auch dieser Absatz ist abdingbar (Begründung wie vorstehend 7.1). Unterbleibt die „*rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel*“, dann fällt die Sicherheit nicht automatisch dem Verbraucher an, sondern besichert werden sollen – wohl – konkrete Gegenansprüche des Verbrauchers, die auf Mängeln oder/und darauf beruhen, dass die Herstellungspflicht nicht rechtzeitig erfüllt wird. Verstünde man das anders, so würde die Sicherheit praktisch wie eine Vertragsstrafe wirken, sofern nicht rechtzeitig hergestellt ist, denn die „*Rechtzeitigkeit*“ als solche lässt sich bekanntlich nicht nachholen.

### 9.7.3 Besicherung des Unternehmers

Eine starre Obergrenze für die Besicherung hat der Gesetzgeber erwogen, aber bewusst nicht verwirklicht (BT-Drs. 18/8486 S. 65).

§ 650m Absatz 4 BGB-neu begrenzt aber die Besicherung des Unternehmers *dann, wenn* der Verbraucher Abschlagszahlungen schuldet: In diesem Fall kann der Unternehmer mit dem Verbraucher eine Sicherheitsleistung wirksam nur vereinbaren, wenn diese nicht höher ist als die jeweils nächstfällige Abschlagszahlung; mehr als 20 % der vereinbarten Gesamtvergütung darf die Sicherheit ebenfalls nicht betragen.

Aus Praktikersicht stellt sich die Frage, was die Folge eines Verstoßes hiergegen ist: Ist die Sicherungsabrede komplett unwirksam, oder nur soweit sie die Grenze des § 650m Abs. 4 BGB-neu übersteigt? Der Wortlaut spricht für die Komplet-Unwirksamkeit; die erscheint „an sich“ nicht nötig, soweit man den Zweck der Vorschrift nur in der Durchsetzung der Obergrenze sieht.

## 9.8 Unterlagen

Ein wesentliches Merkmal des Verbraucherbauvertrages ist eine Regelung darüber, welche Unterlagen dem Verbraucher zu übergeben sind.

### 9.8.1 Nach § 650n Abs. 1 BGB-neu

muss der Unternehmer schon „*rechtzeitig vor Beginn der Ausführung*“ diejenigen Planungsunterlagen liefern, die der Verbraucher braucht, um gegenüber Behörden nachzuweisen, dass beim Bau die öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten werden. Das gilt ausdrücklich nicht, wenn der Verbraucher selbst (oder ein von ihm Beauftragter) „*die wesentlichen Planungsvorgaben*“ erstellt.

### 9.8.2 Nach § 650n Abs. 2 BGB-neu

muss der Unternehmer spätestens „mit der Fertigstellung“ solche Unterlagen liefern, diesmal bezogen auf das tatsächlich ausgeführte Bauwerk.

### 9.8.3 Nach § 650n Abs. 3 BGB-neu

gilt beides entsprechend, wenn ein Dritter Nachweise über die Einhaltung bestimmter Bedingungen verlangt und der Unternehmer die berechnete Erwartung des Verbrauchers geweckt hat, diese Bedingungen einzuhalten. Der Gesetzgeber nennt hier als Beispiel für den „Dritten“ einen Darlehensgeber. Gemünzt ist das darauf, dass Unternehmer gerne die Einhaltung z.B. eines bestimmten KfW-Standards in Aussicht stellen und der Verbraucher sich auf dieser Basis einen Kredit besorgt hat, der mit Auflagen verbunden ist (BT-Drs. 18/8486 S.65/66).

### 9.8.4 Aus Praktikersicht ist anzufügen:

9.8.4.1 Es sollte nicht vergessen werden, dass die Lieferung von Unterlagen verschiedenster Art auch aus anderen Gesichtspunkten geschuldet sein kann. Vielfach enthält bereits der Vertrag dazu Regelungen. Eine ganze Reihe von Plänen, Berechnungen und Unterlagen kann auch konkludent vereinbart sein, wenn die Bauleistung ohne diese Unterlagen technisch nicht bestimmungsgemäß auf Dauer betrieben werden kann. Das hat der Anspruchsteller aber jeweils genau zu begründen, soweit die Lieferverpflichtung zwischen den Parteien umstritten ist. Hier empfehlen sich frühzeitige (§ 139 Abs. 4 ZPO) Rückfragen und Hinweise. Gelegentlich gelingt es, damit ein Unterlagen-Problem auszuräumen, bevor das Verfahren damit weiter befrachtet wird.

9.8.4.2 Denn das ist sonst zu befürchten. Beweisanträge z.B. enthalten als Mangelbehauptung vielfach die Rüge, dass Unterlagen oder „Nachweise“ fehlen würden. Wird das „Fehlen“ unter Sachverständigenbeweis gestellt, so ist der SV gleichwohl kaum ein geeignetes Beweismittel für die Frage, ob der Gegner die Unterlage übergeben hat. Der SV kann aber aus technischer Sicht angeben, ob die Unterlage für den Betrieb des Gebäudes erforderlich ist (siehe vorstehend 8.4.1).

9.8.4.3 Unterlagen sind im Verfahren häufig eine „Prozessbremse“, unabhängig davon, ob sie materiellrechtlich geschuldet wären. Desto wichtiger ist es, auf allen Ebenen kritisch damit umzugehen, wenn jemand vom anderen Unterlagen verlangt:

9.8.4.3.1 Typisches Problem: SV fordert Unterlagen an und bekommt sie (lange) nicht.

Hier kann der SV helfen, indem er die Anforderung schlüssig und nachvollziehbar begründet:

- **Was genau wird gebraucht**
- **und wozu genau?**
- **Was passiert, wenn die Unterlage nicht vorgelegt wird?“**

9.8.4.3.2 Als SV sollte man sich nicht scheuen, den Beteiligten für die Vorlage von Unterlagen selbst eine (auskömmliche) Frist zu setzen. Danach sollte der SV auf Unterlagen nicht mehr warten! Denn selbst wenn er hierüber die Beweisfrage nicht beantworten kann, gilt für den Zivilprozess: „Kein Ergebnis ist auch ein Ergebnis“.

Als Richter ermächtige ich SV in der Regel bereits im Beweisbeschluss dazu, den Beteiligten gleich mit der Anforderung eine Frist zu setzen. Weiter schreibe ich „Legen die Parteien bis zum Fristende Unterlagen ganz oder zum Teil nicht vor, so möge der SV die Begutachtung dessenungeachtet abschließen, auch wenn hierüber

- Aussagen auch bei Ausschöpfung aller anderen Erkenntnismittel nicht möglich sind,
- Aussagen nur mit einem geringem Grad an Wahrscheinlichkeit getroffen werden können.
- der Begutachtungsaufwand sich erhöht und/oder
- die Begutachtungskosten sich erhöhen.“

## D.- Fälle aus der Praxis

Es drängt mich, Ihnen an Rechtsprechungsbeispielen nachzuweisen, welche enorme praktische Bedeutung die

- Aufklärung des Auftraggebers und
- der rechtzeitige Bedenkenhinweis sowie
- dessen professionelle Handhabung

gerade beim Sanieren im Bestand haben.

### I.- „abgesoffen“ (OLG Naumburg 9.2.2012, 2 U 125/11 zur Aufklärung des Ag)

Der Ag will eine Gründerzeitvilla sanieren. Mit der Architektur (Phasen 1 bis 8) beauftragt er den Planer (P). Der Ag hat schon etliche Gründerzeitvillen saniert, einige bereits in Zusammenarbeit mit P. Und immer blieb dabei der Keller unabgedichtet.

Auch beim klagegegenständlichen Projekt kommt es nicht zu einer Kellerabdichtung. Nur an der Entwässerung des Grundstücks wird gearbeitet. Im Keller werden bloß Putz- und Anstricharbeiten ausgeführt und der Boden gefliest. Es wird ein Waschmaschinenraum eingerichtet, ferner ein Heizraum sowie einzelne „Mieter-Keller“. Der Ag nimmt die Arbeiten des GU ab; auch hier kommt keine Kellerabdichtung zur Sprache.

Der Ag veräußert das Objekt an Wohnungseigentümer. Die WEG beanstandet nun, dass der Keller nicht trocken ist, sondern feuchtet und Salz bildet. Die WEG verklagt den Ag erfolgreich auf Kostenvorschuss für eine Trockenlegung des durchfeuchteten Kellergewölbes.

Der Ag will jetzt Rückgriff beim Planer nehmen und sagt:

Der habe eine umfassende Sanierung planen sollen, also auch dafür sorgen müssen, dass der Keller den aktuellen DIN-Anforderungen an die Bauwerksabdichtung entspricht (damit meinte er die DIN 18195). Sollte man zu der Auffassung kommen, dass die DIN-Anforderungen nicht in allen Stücken einzuhalten waren, so habe der Planer dennoch so planen müssen, dass die Räumlichkeiten im Keller (Waschmaschinenraum, Heizungsraum, „Mieter-Keller“) risikolos nutzbar sein würden. Wer unterkellerte Bestandsbauten saniert, müsse als Planer immer prüfen, welche Abdichtungsarbeiten nötig sind – auch wenn der Bauherr dazu keine konkreten Vorgaben macht. Der Planer habe den Ag bei diesem Projekt auf die Risiken hinweisen müssen, d.h. unabhängig davon, wie bei früheren Projekten verfahren wurde. Hätte er hingewiesen, so wäre der Ag gesonnen gewesen, eine Kellerabdichtung ausführen zu lassen nach DIN 18195.

Der Planer kontert:

Man habe das Thema beim ersten Projekt diskutiert, und der Ag habe sich seinerzeit entschieden, den damals betroffenen Keller zunächst nicht abzudichten, sondern erst einmal abzuwarten, wie sich die Entwässerung und die Nutzung des Gebäudes auswirkt. Dafür habe der Ag wirtschaftliche, technische und denkmalschutzrechtliche Gründe gehabt. Diese „grundsätzliche Handhabung“ sei bei den nachfolgenden Projekten „ohne weitere ausführliche Gespräche jeweils wiederholt“ worden. Die DIN 18195 sei auf Gründerzeitvillen mit Kellern aus Sand- oder Ziegelsteinen übrigens gar nicht ohne weiteres anwendbar. Das sei aber letztlich einerlei, denn: Hätte der Planer den Ag gewarnt, so hätte der nicht anders bauen lassen als geschehen. Im übrigen seien die Kosten einer nachträglichen Abdichtung natürlich Sowiessokosten.

Das OLG Naumburg hilft hier dem Planer. Es sagt:

1.-

Der Planer hat vertraglich keinen Auftrag des Ag gehabt, eine Kellerabdichtung zu planen.

Der Vertrag sieht nur die Sanierung des Bestands vor. Von einer Kellerabdichtung ist darin nicht die Rede, weder ausdrücklich noch in sonstiger Weise. Die Kellerabdichtung folgt auch nicht etwa aus „der Natur der Sache“: Vielmehr ist es eine Frage der Vereinbarung, ob die Parteien „alle baulichen Maßnahmen“ ins Werk setzen wollen „um ein heutigen Standards in jeder Hinsicht gerecht werdendes Bauwerk herzustellen“. Das Gericht gibt zu bedenken: Teilsanierungen sind durchaus üblich und zulässig, gerade bei Sanierungen im Bestand kommt es maßgeblich auf die individuellen Vorstellungen der Parteien an“. Auch wenn der Planervertrag die Leistungsphasen 1 bis 8 aus der HOAI in Bezug nimmt, dann ist dadurch nicht die „umfassende Sanierungsplanung“ vereinbart, die der Ag für geschuldet ausgibt. Denn die HOAI ist reines Preisrecht und „kennt“ unser Bauvorhaben nicht. Erwähnt ein Bauvertrag die HOAI, dann kann daraus nicht darauf geschlossen werden, was Gegenstand des Bauvorhabens und somit der Planungsaufgabe ist.

Auch als Bauüberwacher (Phase 8) hat P nicht darauf hinweisen müssen, dass die Planung unvollständig sei, solange sie keine Abdichtung des Kellers vorsieht, denn P hat allenfalls prüfen müssen, ob alle bestellten Planungsleistungen erbracht sind, und zu denen gehörte die Kellerabdichtung gerade nicht.

2.-

Das OLG Naumburg ist auch nicht überzeugt, dass der Ag – bei entsprechender Aufklärung – diese Abdichtung hätte ausführen lassen („in welchem Umfange auch immer“). Es sagt:

Der Ag trägt schon widersprüchlich vor, wenn er einerseits eine Abdichtung als Planungsaufgabe ausgibt (also beauftragt haben will) und andererseits hilfsweise einwendet, er sei nicht aufgeklärt worden, dass die Abdichtung nötig ist. Hier gebe es auch keine Vermutung „aufklärungsrichtigen“ Auftraggeberverhaltens: Hätte P den Ag vorliegend vollständig beraten, dann hätte der Ag ebensogut andere Lösungen als eine sofortige Kellerabdichtung wählen können, etwa: gegenüber den Erwerberrn seine Leistung oder/und Haftung beschränken, oder einplanen, dass im Bedarfsfall nachträglich abgedichtet wird.

Außerdem sind hier die früheren Projekte zu werten: Beim ersten war der Ag aufgeklärt, und nie hat er eine Kellerabdichtung ausführen lassen. Bei dieser Gewohnheit ist er auch dann noch geblieben, als bei mehreren der früheren Projekte nachträglich Rügen von den Nutzern kamen wegen Feuchtigkeitsschäden im Keller. Der Ag hat auch diese Schäden nicht durch eine nachträgliche Abdichtung behoben, sondern es mit einer Elektro-Osmose-Behandlung probiert.

Es spricht danach alles dafür, dass der Ag selbst im Falle eines Warnhinweises des P weitergemacht hätte wie bisher, d.h. auch bei dem klagegegenständlichen Projekt auf eine Abdichtung verzichtet hätte, um die erheblichen Kosten einer Horizontal- und Vertikalsperre zu vermeiden, die im übrigen Sowiesokosten wären, soweit man diese Maßnahmen nunmehr nachholen wollte.

3.-

Trotzdem: Kein Anlass zu Entwarnung

Der Fall hat ein happy-end für den Planer. Das OLG Naumburg nutzt aber die Gelegenheit, in diesem Urteil jeden zu warnen, der Sanierungen im Bestand plant. Generell gilt nämlich:

Der Architekt ist typischerweise verpflichtet, „auch ungefragt und ohne Ansehung der Vorgaben des Bauherrn“ dessen Vorstellungen auf Plausibilität zu prüfen: Welche Sanierungsmaßnahmen sind nötig, damit ein funktionstaugliches Objekt im Sinne der zukünftigen Nutzung entsteht? Reicht das Konzept des Ag dazu nicht aus, so muss der Planer „warnende Hinweise“ geben. Das gilt einmal

während der Grundlagenermittlung (LP 1) und ggf. auch während der Entwurfsplanung (LP 3), wo nochmals auf die beabsichtigte Nutzung einzugehen ist. Einer solche Bedenken- und Warnhinweispflicht genügt der Planer generell nicht dadurch, dass er den Ag bei einem früheren Projekt schon einmal ausführlich beraten hat und darauf beim späteren Projekt nur noch Bezug nimmt. Für eine geschuldete „Risikobelehrung“ braucht es grundsätzlich ein Aufklärungsgepräch zum konkreten Bauvorhaben.

Gerettet hat den Planer, dass der Ag selbst höchst erfahren war. Einem anderen Ag (zumal einen Verbraucher) hätte das Gericht höchstwahrscheinlich die Behauptung geglaubt, dass er bei richtiger Aufklärung auch sofort richtig abdichten hätte lassen. Der Sowiesokosteneinwand hilft dann nur noch teilweise, denn nachträglich ist eine Abdichtung voraussichtlich teurer als wenn man sie gleich bei der Erst-Sanierung mitgemacht hätte.

Der Fall lehrt also, dass man den Ag gründlich beraten muss und gehalten ist, diese Beratung auch gründlich zu dokumentieren, z.B. gleich im Vertragstext selbst.

## II.- „angefressen“ (OLG Saarbrücken vom 17.12.2015, 4 U 140/14 zum Bedenkenhinweis)

Der Ag kauft eine gebrauchte Wohnimmobilie und möchte deren Dach sanieren lassen. Für die Planung engagiert der Ag einen Architekten (nachfolgend: Planer). Mit den Zimmerer-, Klempner und Dachdeckerarbeiten beauftragt der Ag eine Baufirma (nachfolgend: An). Der An und der Planer übersehen beide, dass der Dachstuhl fortgeschrittenen Befall mit Hausbock (Holzwurm) aufweist. Nach den Dachsanierungsarbeiten wird festgestellt, dass der Dachstuhl nicht standsicher ist. Der Ag sieht darin einen Mangel der Sanierungsarbeiten und verlangt vom An Kostenvorschuss.

1.-

Der An meint,

er habe doch alle beschriebenen und vom Planer vorgegebenen Leistungen erbracht. Den Hausbock habe er nicht erkennen können.

2.-

Damit dringt der An beim OLG Saarbrücken nicht durch.

Es nützt nichts, ein LV minutiös abzuarbeiten, wenn der werkvertragliche Erfolg hernach nicht eintritt. Der nicht standsichere Dachstuhl erfüllt den funktionalen Mangelbegriff des BGH. Der An würde von der Mangelhaftung frei, wenn er Bedenken angemeldet hätte – das hat er aber nicht. Frei würde er, wenn er das Problem nicht bemerken konnte – das konnte er aber. Denn das Gericht hat einen **Sachverständigen** gehört, der sagt: Der Fachmann (Zimmerer) hätte den fortgeschrittenen Befall mit einer einfachen Prüfmethode auch ohne vorherige Anhaltspunkte erkennen können: Bohrlöcher? Mehlauswurf? Hohlklang beim Hammerschlag? Fraßgeräusche? Ausflugslöcher? Insekten sichtbar?

3.-

Auch der Ag dringt nicht komplett durch.

Das Gericht kürzt seinen Anspruch auf ein Drittel herunter: Das Planungsverschulden des Architekten wiegt hier doppelt so schwer wie die Tatsache, dass der An ebenfalls mit Scheuklappen über die Baustelle gelaufen ist. Das Planerverschulden muss sich der Ag (im Verhältnis zum An) zurechnen lassen (§ 278 BGB) und daher einen Abzug von zwei Dritteln hinnehmen.

### III.- „ausgerutscht“ (OLG Karlsruhe vom 12.4.2016, 8 U 174/14: zur richtigen Anmeldung)

Der Ag beauftragt den An mit der Errichtung von Schrägböden in einem bestehenden Pelletraum. Die VOB/B ist vereinbart. Der Ag übergibt dem An Pläne. Die sind fehlerhaft: Der Pelletraum wird zu klein werden, man wird häufig nachfüllen müssen und die Pellets unnötig teuer bezahlen, weil man keine großen Mengen wird abnehmen können.

Der An erkennt das und weist darauf in einem Schreiben deutlich hin. Diesen schriftlichen Bedenkenhinweis schickt er (leider) nur an den Bauleiter, den der Ag eingesetzt hat. Der wäre zwar vorliegend für den Ag „empfangsbevollmächtigt“ (sagt das Gericht). Aber der Bauleiter schlägt die Bedenken in den Wind, und auch das hat der An erkannt und (leider) weitergebaut.

1.-

Das OLG Karlsruhe sagt:

Wenn der Bauleiter nicht reagiert, „muss der Ag selbst informiert werden“. Das hat der An nicht getan und schuldet daher jetzt wegen des Mangels Schadenersatz.

2.-

Der Fall zeigt:

Auch beim VOB/B-Vertrag sollte man eine Reaktion des Ag selbst herbeiführen, siehe oben. Eine Empfangsvollmacht des Bauleiters oder Architekten lassen die Gerichte gerade dann nicht gelten, wenn die Empfänger sich stur stellen (das ist rechtsdogmatisch zweifelhaft, aber man muss damit leben).

3.-

Das „Glück“ für den An war,

dass das Gericht den Schadenersatzanspruch des Ag halbiert, d.h. um 50 % kürzt wegen Mitverschuldens (§ 254 Abs. 2 BGB ) des Ag. Denn der Ag (genauer: sein Planer, § 278 BGB) hat in zweierlei Weise zum Schaden beigetragen:

- erstens durch eine fehlerhafte Ausschreibung und
- zweitens dadurch, dass er die Werk- und Montagepläne des An nicht ausreichend geprüft hat.

Letzteres würde normalerweise den An nicht entlasten, denn im Regelfall hat der An gegen den Ag keinen Rechtsanspruch darauf, dass ihm der Ag „auf die Finger schaut“. Aber hier stand (zum „Glück“ des An) im Vertrag, dass der An nur nach Plänen bauen darf, die der Ag vorher geprüft und freigegeben hat. Prüfung und Freigabe waren hier also ausnahmsweise eine Mitwirkungsleistung des Ag, auf die der An Anspruch hatte – jedenfalls meint das das OLG.

4.-

Letzteres halte ich für falsch:

Darf der An laut Vertrag „nur“ nach freigegebenen Plänen bauen, dann bedeutet das nicht, dass der Ag eine Haftung dafür übernehmen will, diese Pläne vor Freigabe umfassend auf Funktionstauglichkeit zu prüfen! Der quotaler Abzug wäre bei mir daher niedriger, die Haftung des An höher ausgefallen.