

# NewsLetter

2013-6 Seite 1

Schäferstraße 7  
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06  
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de  
www.dr-schwertfeger.de

## Bauvertragsrecht

### Tour d'Horizon

Im Fall des Oberlandesgerichts (OLG) Naumburg (Urteil vom 8. Januar 2013, Az. 1 U 57/12) hatte sich der Auftragnehmer (AN) gegenüber dem Auftraggeber (AG) zu Estricharbeiten in einem Pflegeheim verpflichtet.

Das Urteil beschäftigt sich mit dem eingeklagten Restwerklohn des AN und den Einwänden des AG dagegen und enthält dazu zahlreiche wissenswerte Aussagen, die ich wegen ihrer Vielzahl nachfolgend nur thesenhaft wiedergeben kann.

#### *Einbeziehung der VOB/B*

Selbst wenn beide Vertragsparteien Unternehmer sind, ist die VOB/B nicht automatisch Vertragsbestandteil.

Für die Einbeziehung der VOB/B genügt es nicht, wenn der schriftliche Bauvertrag nur bei der Gewährleistung die „VOB“ erwähnt.

#### *Prüfbarkeit der Schlussrechnung*

Der Ablauf der Zweimonatsfrist nach § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 VOB/B (*neu*: 30 Tage!) schließt nur den Einwand der fehlenden Prüfbarkeit der Schlussrechnung aus, nicht hingegen den Einwand, die Schlussrechnung sei inhaltlich unrichtig, weil z. B. überhöhte Massen abgerechnet worden seien.

#### *Schlüssige Abnahme*

Der AG hatte es unter Hinweis auf die vorhandenen Mängel ausdrücklich abgelehnt, die Bauleistung des AN abzunehmen. Später ließ der AG die Mängel im Wege der Ersatzvornahme beseitigen. Das Pflegeheim wurde sodann fertiggestellt und bezogen.

Die Fertigstellung und der Bezug des Objektes und sogar seine längere Nutzung können nicht als schlüssige Abnahme gewertet werden, nachdem der AG die Abnahme wegen der vorhandenen Mängel ausdrücklich und zu Recht abgelehnt hatte. Der AG musste seinen fehlenden Abnahmewillen nicht ständig wiederholen.

#### *Abnahmereife*

Es ist jedoch Abnahmereife (i. S. v. § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB) anzunehmen. Nachdem der AG die Mängel am Gewerk des AN durch Selbstvornahme beseitigt hatte, wurde der vertraglich geschuldete Erfolg erreicht. Abnahmereife kann auch durch die Selbstvornahme des AG erreicht werden.

Durch die vom AG herbeigeführte Abnahmereife wurde der Restwerklohnanspruch des AN (grundsätzlich) fällig.

Die Abnahmereife führt aber (anders als die Abnahme) nicht zu einer Umkehr der Beweislast im Hinblick auf die Mangelfreiheit des Gewerkes des AN.

Wenn der AG den AN pflichtwidrig daran gehindert hätte, die Mängel an seinem Gewerk zu beseitigen und damit Abnahmereife herbeizuführen, hätte sich der AG so behandeln lassen müssen, *als wenn* Abnahmereife eingetreten wäre. Fehlende Terminvorgaben des AG genügen für eine pflichtwidrige Verhinderung der Mängelbeseitigung noch nicht. Es ist der AN, der sich um die Mängelbeseitigung bemühen muss. Der AG muss dafür nur die Möglichkeit schaffen und die Mängelbeseitigung dulden.

## *Mangel*

Der AN schuldet stets ein funktionstüchtiges Werk.

Außerdem schuldet der AN stillschweigend stets die Beachtung der anerkannten Regeln seines Fachs als Mindeststandard. Das Werk muss dem entsprechen, anderenfalls liegt auch ohne Schaden und ohne konkrete Beeinträchtigung der Funktion ein Mangel vor.

Der AN wird nur dann von der Mängelhaftung frei, wenn er seiner Prüfungs- und Hinweispflicht genügt, also den AG auf Bedenken, die ihm kamen oder kommen mussten, hingewiesen hatte.

## *Beweislast für Mängel*

Bis zur Abnahme hat grundsätzlich der AN die Mangelfreiheit seiner Bauleistung darzulegen und zu beweisen. Eine Abnahme erfolgte hier nicht. Die Herbeiführung der Abnahmereife durch den AG führt materiell-rechtlich nicht zu einer Umkehr der Beweislast.

Und da der AN vor der Ersatzvornahme des AG Gelegenheit hatte, die Beanstandungen des AG zu besichtigen und insoweit Beweise zu sichern, also keine Beweisvereitelung durch den AG vorliegt, kommt dem AN auch prozessrechtlich keine Beweiserleichterung zugute.

Im Prozess ist die Beweiserhebung über bereits beseitigte Mängel auch beispielsweise durch Vernehmung von Zeugen und sachverständige Feststellungen auf der Grundlage von Zeugenaussagen und Augenscheinsobjekten (Fotos) möglich.

## *Fristsetzung zur Mängelbeseitigung*

Erklärt der AN nach Aufforderung des AG zur Mängelbeseitigung, notwendige Nacharbeiten gesondert in Rechnung stellen zu wollen, ist das eine eindeutige Verneinung der eigenen Nacherfüllungspflicht, die jedenfalls im vorprozessualen Stadium jede weitere Fristsetzung zur Mängelbeseitigung als überflüssig und die Selbstvornahme als berechtigt erscheinen lässt.

## *Mängelbeseitigungskosten*

Die Höhe der Selbstvornahmekosten i. S. v. § 637 Abs. 1 BGB orientiert sich an den Aufwendungen für Lohn und anteilige Gemeinkosten ohne Gewinn.

## *Schadenersatz*

Nach § 635 Abs. 2 BGB hat der AN die Schäden zu ersetzen, die im Zuge der Mängelbeseitigung am sonstigen Eigentum des AG entstehen.

## **Praxishinweise**

Selten äußert sich ein obergerichtliches Urteil zu einer solchen Vielzahl von Einzelfragen. Aus diesem Grunde lohnt die Lektüre dieser – im Übrigen leider recht schwer verständlichen – Entscheidung in besonderem Maße.

*RA Dr. Christian Schwertfeger*