

BAURECHTS-REPORT 1/2011

Aktuelle Baurechtsinformationen für die Praktiker am Bau

Wichtige Urteile

Zu welchem Zeitpunkt muss der Auftragnehmer die allgemein anerkannten Regeln der Technik erfüllen?

Das Problem

Wenn keine besondere Beschaffenheit im Bauvertrag vereinbart ist, muss die Leistung zumindest den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen, um mangelfrei zu sein.

Da sich diese Regeln der Technik im Zeitraum zwischen dem Vertragsabschluss und der Abnahme der ausgeführten Leistung jedoch verändern können, fragt es sich, welcher Zeitpunkt hier maßgeblich ist.

Fall:

Der Auftragnehmer hat eine Badezimmerwand zu fliesen. Während zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Jahr 1997 nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik unter dem Fliesenbelag noch eine Abdichtung als Schutz gegen eindringende Feuchtigkeit erforderlich war, ist nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme der Leistung keine Abdichtung mehr erforderlich.

Dementsprechend hat der Auftragnehmer die Verfliesung ohne Feuchtigkeitsabdichtung erstellt.

Der Auftraggeber rügt dies als Mangel.

Hat der Auftraggeber Recht?

Die Entscheidung

Das OLG Nürnberg – Az.: 13 U 194/08 – gibt nicht dem Auftraggeber, sondern dem **Auftragnehmer** mit Urteil vom 23. 09. 2010 **Recht**.

Ist für eine Bauleistung keine besondere Beschaffenheit vereinbart, dann ist sie **mangelfrei**, wenn sie zum Zeitpunkt der **Abnahme** voll gebrauchstauglich ist und damit auch den zu diesem Zeitpunkt **geltenden Regeln der Technik entspricht**.

„Wollte man eine Festschreibung der Soll-Beschaffenheit auf den Stand der Technik **bei Vertragsschluss** annehmen, so könnte der Werkunternehmer seine vertraglichen Pflichten auch mit der Fertigung eines Werks erfüllen, welches nach den zum Zeitpunkt der Abnahme vorliegenden Kenntnissen **nicht uneingeschränkt tauglich** wäre.“

Das würde jedoch keineswegs der Interessenlage des Auftraggebers entsprechen. Dieser kann erwarten, dass das Werk zum Zeitpunkt der Übergabe (Abnahme) mangelfrei ist. Dies ist hier der Fall.

Auf der anderen Seite kann dies im umgekehrten Fall aber auch bedeuten, dass der Auftragnehmer einen **höheren Aufwand** betreiben muss, als dies nach dem technischen Kenntnisstand bei Vertragsabschluss erforderlich war.

Baurechts-Report-Seminare
jetzt im Internet unter
www.baurechts-seminare.de

§ 13 Abs. 1 VOB/B
Allgemein anerkannte
Regeln der Technik
– maßgeblicher Zeitpunkt

Ist für eine Bauleistung keine besondere Beschaffenheit vereinbart, dann ist sie mangelfrei, wenn sie zum Zeitpunkt der Abnahme den geltenden allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht.

B Bauinnung
München

Information für Mitglieder



§ 17 Abs. 3 VOB/B,
§ 401 BGB
Abtretung
– Sicherheitseinbehalt

Mit der Abtretung des Anspruchs auf Auszahlung des vom Auftraggeber eines Bauvertrags als Sicherheit für seine Mängelansprüche nach Abnahme einbehaltenen Restwerklohns geht das Recht, den Einbehalt durch Bürgschaft abzulösen, in entsprechender Anwendung des § 401 BGB auf den Zessionar über.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Ob ein **finanzieller Ausgleich** einer durch Veränderung der allgemein anerkannten Regeln der Technik veränderten Kalkulationsgrundlage zu erfolgen hat, hängt von der Ausgestaltung des Vertrages ab.
- ▶ Ist die **Leistung detailliert** gemäß der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses anerkannten Regel der Technik beschrieben und ändert sich diese i. S. einer erforderlichen zusätzlichen oder aufwendigeren geänderten Leistung, so ist der Auftragnehmer zur Bedenkenanmeldung verpflichtet (§ 4 Abs. 3 VOB/B).
Erteilt der Auftraggeber daraufhin eine Änderungsanordnung, ist ein **neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten** zu vereinbaren (§ 2 Abs. 5 VOB/B).
- ▶ Bei nur funktionaler Leistungsbeschreibung dürfte dagegen kein Anspruch auf Preisanpassung bestehen.

– Rechtsanwalt Eckhard Frikell, Lehrbeauftragter für Baurecht, München –

Abtretung des Sicherheitseinbehalts: Geht auch das Austauschrecht des § 17 Abs. 3 VOB/B auf den neuen Gläubiger über?

Das Problem

Haben die Vertragspartner eines VOB-Vertrags eine Sicherheitsleistung vereinbart, so ist der Auftragnehmer nach § 17 Nr. 3 VOB/B berechtigt, eine Sicherheit durch eine andere zu ersetzen. Der Auftragnehmer kann also beispielsweise einen vom Auftraggeber vorgenommenen Bareinbehalt durch eine Bürgschaft ablösen. Kann dies auch ein neuer Gläubiger, dem die Ansprüche des Auftragnehmers abgetreten wurden?

Fall:

Der Auftragnehmer (A) wird insolvent. Der Insolvenzverwalter tritt den noch ausstehenden vom Auftraggeber des A als Gewährleistungssicherheit einbehaltenen Restvergütungsanspruch an B (Zessionar) ab. B fordert vom Auftraggeber des A die Auszahlung des Bareinbehalts, Zug um Zug gegen Übergabe einer vertragsgerechten Bankbürgschaft.

Hat B diesen Anspruch?

Die Entscheidung

Der BGH hat dies in seinem Urteil vom 25. 11. 2010 – Az.: VII ZR 16/10 **bejaht**.

Das Austauschrecht des § 17 Abs. 3 VOB/B dient allein dazu, dem Auftragnehmer die Möglichkeit zu eröffnen, die Auszahlung des einbehaltenen Restwerklohns vor Ablauf der Gewährleistungszeit zu erreichen. „Dem Austauschrecht kommt daher eine wirtschaftliche Bedeutung nur in der Hand des Inhabers der einbehaltenen Restwerklohnforderung zu. **Das Austauschrecht ist daher ein „Hilfsrecht“, das „der Verwirklichung der Werklohnforderung dient und daher dem Forderungsinhaber zusteht. Es geht deshalb ... ohne Weiteres mit der Forderung auf den Zessionar über.“**

Der BGH wendet dabei den § 401 BGB analog an, wonach Nebenrechte mit der abgetretenen Forderung übergehen.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Ist zum Zeitpunkt des Austauschbegehrens der Sicherungsfall bereits eingetreten (**Beispiel: Der Auftraggeber will gegen den Zahlungsanspruch mit einem fälligen Vorschussanspruch wegen Mängeln aufrechnen**) sollte der Auftraggeber Folgendes beachten:

Der Auftraggeber hat hier das Wahlrecht, ob er die Bürgschaft als Austauschsicherheit annimmt oder den Sicherheitseinbehalt verwertet. **Er muss sich jedoch „unverzüglich darüber erklären, ob er den Bareinbehalt verwertet. Geschieht dies nicht, muss er die angebotene Bürgschaft annehmen und den Sicherheitseinbehalt auszahlen.“**

– Rechtsanwalt Dr. Olaf Hofmann, Lehrbeauftragter für Baurecht, München –

Kann die Schlussrechnung auch ohne Abnahme fällig werden?

§ 12 VOB/B,
§ 640 BGB

Fälligkeit der
Vergütung
– ohne Abnahme

Das Problem

Nach § 641 BGB ist die Vergütung „bei der Abnahme“ zu entrichten. Auch nach der VOB/B (§ 16 Abs. 3 Nr. 1) ist die Abnahme – neben der prüffähigen Schlussrechnung und einer maximal 2-monatigen Prüfungsfrist – Fälligkeitsvoraussetzung für die Schlusszahlung. Fraglich ist, ob die Abnahme im Einzelfall verzichtbar ist.

Fall:

Die Vertragspartner schließen einen Pauschalvertrag auf der Basis der VOB/B. Sie vereinbaren die Durchführung einer förmlichen Abnahme. Nachdem der Auftragnehmer die Arbeit am 14. Februar abnahmereif hergestellt hat, stellt er am 3. März die Schlussrechnung. Kurz davor – am 22. Februar – rügt der Auftraggeber unter Bezugnahme auf § 4 Nr. 7 VOB/B (der die Mängelbeseitigung **vor der Abnahme** behandelt) einzelne Mängel. Seine Mängelrüge ist allerdings unbegründet.

Weil der Auftraggeber innerhalb der 2-monatigen Prüffrist nicht bezahlt, klagt der Auftragnehmer den Schlussrechnungsbetrag ein. Der Auftraggeber verlangt Klageabweisung. Unter Hinweis auf seine Mängelrüge verweigere er die Abnahme. Deshalb sei die Schlussrechnung auch nicht fällig.

Hat der Auftraggeber Recht?

Die Entscheidung

Das OLG Düsseldorf hat diese Frage mit Urteil vom 23. 04. 2009 – Az.: 5 U 142/08, BauR 2011,118 – verneint. Die Schlussrechnung des Auftragnehmers ist hier auch ohne Abnahme fällig.

Eine Abnahmeerklärung des Auftraggebers ist dann nicht notwendig,

- wenn die vom Auftragnehmer erbrachte Werkleistung abnahmereif ist, also keine „wesentlichen Mängel“ aufweist,
- und die Abnahmeverweigerung durch den Auftraggeber unberechtigt ist.

Weil hier die Leistung abnahmereif hergestellt war und die vom Auftraggeber erhobene Mängelrüge zu Unrecht erfolgte, ist die Schlussrechnung auch ohne Abnahme fällig geworden.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Diese Grundsätze sind auch dann anzuwenden, wenn der Auftraggeber zwar zu Recht Mängel rügt, diese Mängel jedoch so gering sind, dass die Abnahmereife nicht infrage gestellt ist.
- ▶ Es empfiehlt sich, bei vereinbarter, aber nicht durchgeführter förmlicher Abnahme auch zu prüfen, ob die Abnahme auf andere Weise eingetreten ist. Insbesondere kommen hier zwei Fälle in Betracht:
 - Setzt der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine angemessene Frist zur Abnahme der vertragsgemäß erstellten Leistung und kommt der Auftraggeber innerhalb dieser Frist dem Abnahmeverlangen nicht nach, so gilt die Leistung als abgenommen (§ 641 Abs. 1 S. 3 BGB).
 - Haben die Vertragspartner zwar eine förmliche Abnahme vereinbart, „vergessen“ sie jedoch, diese durchzuführen, kann darin auch ein Verzicht auf diese Abnahmeform liegen und die Abnahme „stillschweigend“ eintreten. Hierzu sind jedoch besondere Voraussetzungen nötig.¹⁾

Die Werklohnforderung wird auch ohne Abnahme fällig, wenn die Leistung abnahmereif ist und deshalb die Abnahmeverweigerung durch den Auftraggeber unberechtigt ist.

– HO –

¹⁾ Siehe hierzu KG Berlin vom 04. 04. 2006, Baurechts-Report 9/2006, S. 34.

Im kaufmännischen Geschäftsverkehr genügt für die Einbeziehung von AGB deren Bezugnahme beispielsweise in der Auftragsbestätigung, wenn der Vertragspartner dies hinnimmt, ohne um Zusendung der Bedingungen oder um Einsichtnahme zu bitten.

Wie werden Allgemeine Geschäftsbedingungen unter Kaufleuten wirksam in einen Vertrag einbezogen?

Das Problem

Gerade beim Kauf von Baumaterial oder Bauteilen verweisen Lieferanten häufig auf ihre „Allgemeinen Vertragsbedingungen“.

Reicht ein solcher Hinweis aus, diese wirksam in den Vertrag einzubeziehen, oder gilt das nur dann, wenn sie dem Käufer auch **ausgehändigt** werden?

Fall:

Die Auftragsbestätigung eines Baustoffhändlers enthält den Hinweis, dass seine „Verkaufs- und Lieferbedingungen“ gelten, ohne dass diese beigefügt sind. Der Käufer – ein Bauunternehmer – beachtet diesen Hinweis nicht, er verlangt insbesondere keine Einsichtnahme in die genannten Bedingungen.

Als der Bauunternehmer später mit einem allerdings nicht unstreitigen Gegenanspruch gegen die Kaufpreisforderung aufrechnen will, beruft sich der Händler auf seine „Verkaufs- und Lieferbedingungen“, nach denen eine Aufrechnung nur mit unstreitigen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen zulässig ist.

Der Bauunternehmer ist der Auffassung, dass diese Klausel nicht wirksam vereinbart worden ist.

Die Entscheidung

Das OLG Celle – Az.: 11 U 133/10 – hat mit Urteil vom 11. 11. 2010 entschieden, dass die **Aufrechnung** des Bauunternehmers **unwirksam** ist, da das in den Bedingungen des Verkäufers geregelte Aufrechnungsverbot **wirksam in den Vertrag einbezogen** worden ist.

„Im Verhältnis zwischen zwei Unternehmern **genügt für die Einbeziehung** auch die Übersendung einer Auftragsbestätigung unter Bezugnahme auf die zu Grunde liegenden AGB, wenn diese **Auftragsbestätigung widerspruchlos entgegengenommen** wird.“

Denn unter Kaufleuten ist es ausreichend, dass der Vertragspartner des Verwenders Allgemeiner Vertragsbedingungen zumindest die **Möglichkeit der Kenntnisnahme** hat.

Hiervon ist auszugehen, wenn er davon **absieht, den Verwender um Aushändigung oder um Zusendung** der Bedingungen zu bitten.

Hinweise für die Praxis

► Anders ist die Rechtslage, wenn Allgemeine Vertragsbedingungen **außerhalb des kaufmännischen Geschäftsverkehrs** – also bei Verträgen mit Verbrauchern (§ 13 BGB) – vereinbart werden sollen.

Dann werden grds. nur diejenigen AGB wirksam in den Vertrag einbezogen, die dem nicht unternehmerisch tätigen Vertragspartner **ausgehändigt** worden sind (§ 305 c Abs. 2 Nr. 2 BGB).

– FRI –

Der wichtige Hinweis

Der Auftragnehmer ist bei Ablösung einer Vertragserfüllungsbürgschaft durch eine Gewährleistungsbürgschaft vorleistungspflichtig

Wurde im Rahmen eines Bauvertrages vereinbart, dass eine Vertragserfüllungsbürgschaft nach erfolgter Abnahme durch eine Gewährleistungsbürgschaft ersetzt werden soll, so ist der **Auftragnehmer** bezüglich der Übergabe der Gewährleistungsbürgschaftsurkunde nach einem Urteil des OLG Frankfurt, vom 01. 10. 2010 – Az.: 19 U 209/09 – **vorleistungspflichtig**.

Das bedeutet, dass er die **Auszahlung** des Bürgschaftsbetrages erst verlangen kann, **nachdem** er dem Auftraggeber die **Gewährleistungsbürgschaftsurkunde ausgehändigt** hat.

– FRI –

BAURECHTS-REPORT

Druck+Verlag Ernst Vögel GmbH
Kalvarienbergstr. 22 · 93491 Stamsried
Tel. (09466) 9400-0 · Fax (09466) 1276
Internet: <http://www.vob-buecher.de>
<http://www.voegel.com>
E-Mail: voegel@voegel.com

Verantwortlich für den Inhalt:
RA Eckhard Frikell und Dr. Olaf Hofmann
Erscheint 1x monatlich
Bezugspreis: 29,40 Euro pro Jahr
(einschl. MwSt., zzgl. Versand)

Wiedergabe des Inhalts – auch auszugsweise – nur mit Genehmigung des Verlags

Trotz gewissenhafter Bearbeitung aller Beiträge kann keine Haftung für deren Inhalt übernommen werden.

ISSN 1433-4127

© VOB-Verlag Ernst Vögel OHG,
D-93491 Stamsried, 2011