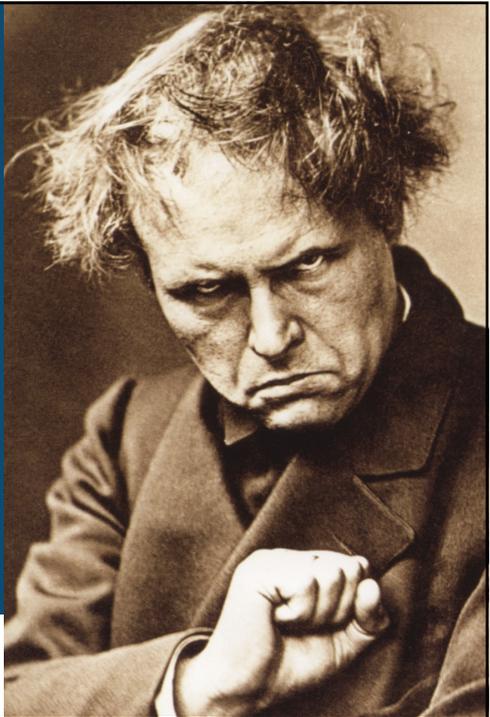


14.05.24

# Baurecht am Morgen, vertreibt Kummer und Sorgen...

BAURECHT – SEMINAR  
ITGA

RA Dr. jur. Hans-Michael Dimanski



1

## Vortragsunterlagen

- [www.ra-dp.de](http://www.ra-dp.de)
  - Service
    - Veranstaltungen
      - ITGA 15.05.2024

14.05.24



2

TEIL I

# Die Abnahme im Baurecht

14.05.24



DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

3

## Die 10 häufigsten Fehler zur Abnahme



14.05.24

- fehlende Sensibilisierung zur Abnahme
- keine schriftlichen Nachweise
- Unklarheiten über Art und Umfang des Vertrages
- AbnahmeprocEDURE fehlerhaft
- Bauvertragsklauseln des Bauherrn zur Abnahme werden kritiklos übernommen
- unkorrekte Dokumentation
- Abnahme von Reparaturleistungen unterschätzt
- Rechtswirkungen der Abnahme unbekannt
- Risiko von Abnahmeverzögerungen verdrängt
- Reaktion auf Abnahmeverweigerung weitgehend unbekannt

4

## Schwerpunkte Teil I



01. Rechtsinhalt der Abnahme
02. Regelungen zur Abnahme
03. Formen der Abnahme
04. Praktische Umsetzung der Abnahme
05. Abnahmeverweigerung
06. Zustandsfeststellung
07. Zusammenfassung

14.05.24

5

## 01. Rechtsinhalt der Abnahme

14.05.24



6

## Bedeutung

- entscheidendes Ereignis bei jedem Bauvorhaben
- von überragender rechtlicher Bedeutung
- wirkt sich nachhaltig auf das Rechtsverhältnis von Auftraggeber und Auftragnehmer aus
- Die Rechtslage verbessert sich mit der Abnahme vor allem für den Auftragnehmer

14.05.24

7

## Abnahme – Hauptpflicht es AG

Was viele Auftraggeber verdrängen:

Die Abnahme ist eine dem Auftraggeber obliegende Hauptpflicht aus dem Werkvertragsverhältnis, auf deren Erfüllung der Auftragnehmer einen Rechtsanspruch hat und auch isoliert klagen kann.

Was viele Unternehmer nicht wissen:

Die Abnahme ist der Dreh- und Angelpunkt im Baurecht; ohne Abnahme, keine Vergütung, kein Gefahrübergang, keine Beweislastumkehr, kein Gewährleistungsstart.

8

## Definition der Abnahme



- Abnahme bedeutet Billigung der Leistung des AN als der Hauptsache nach vertragsgemäß und frei von wesentlichen Mängeln. (körperliche Entgegennahme)
- Abnahme ist Willenserklärung, die ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten erfolgen kann. (subjektive Erklärung)

14.05.24

9

## ...der Hauptsache nach vertragsgemäß...?



- muss bestimmungsgemäß in Gebrauch genommen werden können
- muss funktionell gefertigt sein, (muss nicht völlig fertig gestellt sein)
- noch ausstehenden Leistungen dürfen keine kardinalen Leistungsteile sein
- Achtung bei gewillkürten „wesentlichen“ Leistungen

10

## Rechtsfolgen der werkvertraglichen Abnahme



- Erfüllungsstadium endet, Gewährleistung beginnt
- Beweislastumkehr
- Beginn Gewährleistungsfrist
- Gefahrenübergang
- Ausschlusswirkung bei nicht vorbehaltenen Vertragsstrafen u. Mängeln
- Vergütungsanspruch
- Zinspflicht

14.05.24

11

## Gefahrtragung durch AN



- Gefahrübergang erst mit Abnahme
- vor der Abnahme liegt Gefahr der Zerstörung, Beschädigung oder des zufälligen Untergangs beim Auftragnehmer
- bei einer Beschädigung vor Abnahme ist AN verpflichtet ist, die Schäden auf eigene Kosten zu beseitigen, ggf. sogar das Werk komplett neu herzustellen

14.05.24

12

## Schutz der Werkleistung vor Abnahme

- AN obliegt Sicherung seiner Leistung vor Beschädigung und Diebstahl (§ 4 Abs. 4 VOB/B; § 644 BGB)
- sind die erforderlichen Leistungen in den ATV der VOB/C als Nebenleistungen (jeweils in Tz. 4.1 der ATV DIN 18299 sowie in den ATV der einzelnen Gewerke) angeführt, dann keine gesonderte Vergütung
- sind besondere Leistungen zum Schutz und zur Sicherung nötig, Anspruch auf Vergütung
- werden die Leistungen zusätzlich vom Auftraggeber gefordert, schriftlichen Nachtrag nach § 2 Abs. 6 VOB/B stellen und Anspruch auf gesonderte Vergütung ankündigen

14.05.24

13

## § 4 Abs. 5 VOB/B

Der Auftragnehmer hat die von ihm ausgeführten Leistungen und die ihm für die Ausführung übergebenen Gegenstände bis zur Abnahme vor Beschädigung und Diebstahl zu schützen. Auf Verlangen des Auftraggebers hat er sie vor Winterschäden und Grundwasser zu schützen, ferner Schnee und Eis zu beseitigen. Obliegt ihm die Verpflichtung nach Satz 2 nicht schon nach dem Vertrag, so regelt sich die Vergütung nach § 2 Abs. 6.

14.05.24

14

Heiermann  
Riedl Rusam  
Handkommentar  
zur VOB  
10. Auflage  
VOB Teile A und B,  
Rechtsschutz im  
Vergabeverfahren

## Nutzung vor Abnahme



### Achtung:

- Die Regelung, dass der AN nach § 4 Abs. 5 VOB/B die von ihm ausgeführten Leistungen bis zur Abnahme vor Beschädigungen zu schützen hat, gilt auch dann, wenn der AG (oder durch ihn beauftragte andere Unternehmen) diese „Leistungen“ schon vor der Abnahme nutzen möchte.
- Dabei wächst für den AN das Risiko für die Beschädigung der Leistung und zieht als Folge zusätzliche Schutzmaßnahmen bzw. evtl. notwendige Nachbesserungen nach sich, die dem AN besonders zu vergüten wären

14.05.24

15

## Praxistipp



- schon bei der Vertragsverhandlung Thema „Schutz vor der Abnahme“ ansprechen; Teilabnahmen klären; Benutzung vor Abnahme untersagen...
- beim Einkauf auf Mangelfreiheit achten
- Schutzaufgabe komplex betrachten (Fertigung, Transport, Montage und Zeit bis zur Abnahme)
- Mitwirkungspflicht des Auftraggebers einfordern
- Zeitnahes Abnahmeverlangen und ggf. kurze Nachfristsetzung

14.05.24

16

## Ausnahmetatbestand § 7 VOB/B



14.05.24

- AN hat für die ausgeführten Teile der Leistung einen Anspruch gemäß § 6 Nr. 5 VOB/B, wenn die ganz oder teilweise ausgeführte Leistung vor der Abnahme durch höhere Gewalt, Krieg, Aufruhr oder andere unabwendbare vom AN nicht zu vertretende Umstände beschädigt oder zerstört wird.
- Zu der ganz oder teilweise ausgeführten Leistung gehören alle mit dem Bauwerk in endgültiger Lage körperlich verbundenen, in seine Bausubstanz eingegangenen Leistungen, unabhängig von deren Fertigstellungsgrad.

17

## Nachweise zu § 7 VOB/B



14.05.24

- AN muss nachweisen, dass der Schaden eingetreten ist, obgleich er seine vertragliche Schutzpflicht gem. § 4 Nr. 5 VOB/B in vollem Umfang erfüllt hat
- z.B. durch Fotos, Belege u.a. über:
  - die betroffene Teilleistung,
  - die Art und den Umfang der beschädigten oder zerstörten Leistung,
  - die Schadensursache,
  - die vom AN nicht zu vertretenden unabwendbaren Umstände, und dass ihm ein wirkungsvoller Schutz der ausgeführten Leistungen nach § 4 Nr. 5 VOB/B nicht möglich bzw. nicht zumutbar gewesen ist.

18

## Einzelfall ist jeweils zu betrachten



- OLG Hamm lockert die strengen Regeln des BGB in den Fällen, in denen der Unternehmer seine Arbeiten fertig gestellt hat und auf ihren Schutz vor Beschädigungen gar keinen Einfluss nehmen mehr kann.
- Der Werkunternehmer trägt auch vor Abnahme nicht das Risiko für Beschädigung seiner Arbeiten durch Dritte, wenn der Auftraggeber die tatsächliche Gewalt und damit die alleinige Schutzmöglichkeit über das Werk des Unternehmers hat und die Abnahme nur unter Berufung auf Mängel verweigert

(OLG Hamm, Urteil vom 20.12.2001 - 24 U 25/00)

14.05.24

19

## Keine Vergütung ohne Abnahme



- Schlussrechnungsforderung des AN erst fällig, wenn Leistung zuvor abgenommen wurde.
- Abnahme ist die Entgegennahme des hergestellten Werks als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung. Sie kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen.
- Für das Vorliegen einer Abnahme ist der Auftragnehmer darlegungs- und beweisbelastet.
- Voraussetzung für eine fiktive Abnahme ist eine zu irgendeinem Zeitpunkt beanstandungsfrei erfolgte Nutzung.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 03.02.2015 - 23 U 34/1)

14.05.24

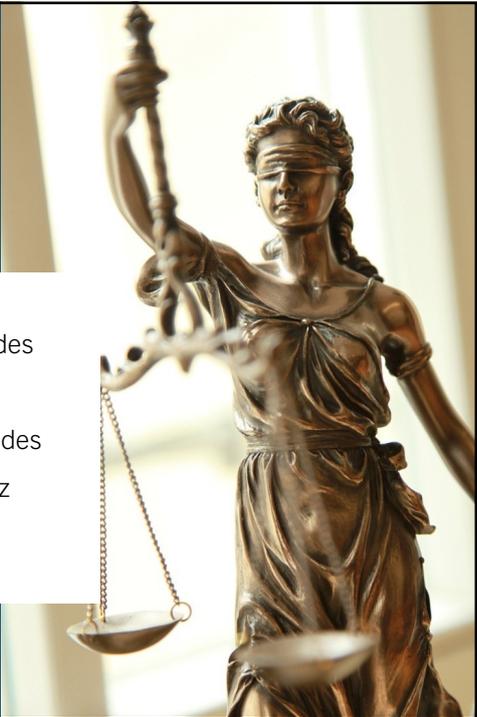
20

URTEIL  
Untergang von Mängeln

14.05.24

Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk trotz Kenntnis des Mangels ab, ohne sich die Mangelgewährleistungsrechte vorzubehalten, steht ihm nur noch der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens zu. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen der Mangelbeseitigungskosten ist ausgeschlossen.

*OLG Schleswig, Urteil vom 18.12.2015 - 1 U 125/14*



21

02.  
Regelungen zur  
Abnahme

14.05.24



22

## BGB-Abnahmeregeln seit 2018

- **Erleichterter Eintritt der Abnahmewirkungen** im unternehmerischen Verkehr, wenn der Besteller einem Abnahmeverlangen nicht unter Angabe von Mängeln binnen der gesetzten Frist zur Abnahme widerspricht (§ 640 Abs. 2 BGB).
- Verbraucher muss auf Rechtswirkungen hingewiesen werden
- Einführung eines Anspruchs des Unternehmers auf „**Zustandsfeststellung**“ bezüglich des Bauwerks bei verweigerter Abnahme durch den Besteller (§ 650g, Abs. 1 BGB).

14.05.24

23

## § 640 BGB

(1) Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.

(2) Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen des Satzes 1 nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen.

(3) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.

14.05.24

24

## Abnahme nach § 12 VOB/B

- Abnahmeverpflichtung für AG
- Fristvorgabe
- Teilabnahmerecht
- Verweigerung nur bei wesentlichen Mängeln
- Regelungen zur Fiktion, sofern nicht ausgeschlossen
- Gefahrübergangsregelung

14.05.24

25

## 03. Artenvielfalt

14.05.24

26

## Arten der Abnahme im Werkvertrag

- tatsächliche Abnahme (ausdrücklich od. stillschweigend)  
§ 640 BGB
- förmliche und fiktive Abnahme (§ 12 VOB/B)

14.05.24

27

## Die ausdrückliche (förmliche) Abnahme

- häufigste Form der Abnahme in der Praxis
- Bauleistung wird durch den AG und AN oder dessen jeweiligen Bevollmächtigten gemeinsam nach vorheriger Terminvereinbarung überprüft und das Ergebnis protokolliert
- ist förmliche Abnahme vereinbart, keine konkludente Abnahme durch Ingebrauchnahme
- Parteien können aber einvernehmlich auf eine förmliche Abnahme verzichten

28

## Abnahmeerklärung

- Abnahme erfolgt durch mündliche oder schriftliche Erklärung des AG oder seines bevollmächtigten Stellvertreters
- das Wort „Abnahme“ nicht zwingend erforderlich
- auch, wenn der AG oder sein bevollmächtigter Stellvertreter das Einverständnis / Anerkenntnis mit den Worten erklärt:
  - „einverstanden“ oder
  - „in Ordnung“ oder
  - „mit den Leistungen zufrieden“ oder
  - „die Nutzung kann nun beginnen“

14.05.24

29

## URTEIL

### Abnahmeerklärung und Mängel

Auch eine Abnahme mit Mängeln ist eine Abnahme.  
Liegt eine ausdrückliche Abnahmeerklärung des Auftraggebers vor, stehen vorhandene Mängel deren Wirksamkeit selbst dann nicht entgegen, wenn es sich um schwerwiegende Mängel handelt.

*OLG Köln, Beschluss vom 17.07.2014 - 11 U 79/14*



14.05.24

30

## Die stillschweigende (fiktive / schlüssige) Abnahme

- im BGB erst seit 2018 inhaltlich, aber nicht vom Begriff geregelt, allerdings anerkannt
- verschiedene Begriffe:
  - stillschweigende,
  - schlüssige
  - konkludente
- setzt ein vom Willen des Auftraggebers getragenes Verhalten voraus
- In der VOB/B klare Fiktionsregelungen

31

## schlüssige Abnahme kommt in Betracht, u. a. durch

- die vorbehaltlose Zahlung auf SR (nicht AR)
- längere beanstandungsfreie Inbenutzungnahme der Bauleistung
- die Auszahlung des Sicherheitsbetrages
- die Veräußerung des Bauwerks
- den Einbehalt eines Betrages für gerügte Mängel
- weiteren Aufbau durch den AG auf die Leistung des Unternehmers

14.05.24

32

## Fiktive Abnahme

- § 12 Abs. 5 VOB/B
- sofern keine Abnahme verlangt wurde, gilt Werk als abgenommen,
  - wenn nach der Fertigstellungsmeldung mehr als 12 Werkzeuge
  - oder der Auftraggeber die Leistung bereits seit 6 Tagen in Benutzung genommen hat.
- Es steht einer Abnahme gleich, wenn eine abnahmereife Leistung innerhalb einer gesetzten angemessenen Frist vom Auftraggeber nicht abgenommen wird, obwohl er dazu verpflichtet ist.
- Rechtslage seit 01.01.2018 dahingehend, dass das BGB das „Hineingleiten“ in eine fiktive Abnahme bei Benennung von mindestens einem wesentlichen Mangel in konkreter Form durch den AG verhindert werden kann

33

## URTEIL

### Abnahme durch Einzug?

Der Anspruch des Auftragnehmers auf Zahlung von (restlicher) Vergütung setzt voraus, dass die Leistung abgenommen wurde bzw. abnahmereif ist.

Von einer stillschweigende Abnahme durch den noch in der Bauphase erfolgten Einzug des Auftraggebers kann nicht ausgegangen werden, wenn bereits während der Bauausführung wesentliche Mängel gerügt wurden.

Abnahmereife besteht nicht, wenn das Bauwerk mit einem wesentlichen Mangel behaftet ist.

*LG Bayreuth, Urteil vom 22.12.2015 - 21 O 957/12*



14.05.24

34

## URTEIL

### Abnahme durch Ingebrauchnahme?

Eine als AGB anzusehende Klausel, nach der die (Teil-) Abnahme allein und damit unweigerlich an die tatsächliche Ingebrauchnahme des Vertragsgegenstands geknüpft wird, ist unwirksam.

Eine konkludente Abnahme durch Ingebrauchnahme ist ausgeschlossen, wenn der Besteller durch das Erheben von Beanstandungen erkennen lässt, dass er das Werk nicht als vertragsgemäß gelten lässt.

*OLG Koblenz, Urteil vom 19.10.2016 - 5 U 458/16*



35

## Abnahme durch Fortführung anderer Gewerke?

- 12 Abs. 5 Nr. 2 Satz 2 VOB/B lautet:
- „Die Benutzung von Teilen einer baulichen Anlage zur Weiterführung der Arbeiten gilt nicht als Abnahme.“



36

## Teilabnahme



- setzt eine vorhandene, in sich funktionsfähige Teilleistung voraus
- nach § 641 Abs.1 Satz 2 BGB sind auch Teilabnahmen möglich; eine Pflicht hierzu besteht jedoch im Gegensatz zu § 12 Abs. 2 VOB/B nicht
- Teilabnahme ebenfalls rechtsgeschäftliche Abnahmeform
- von technischer Teilabnahme unterscheiden
- t.TA nur Feststellung des Zustandes von Teilen einer Leistung, die durch den Baufortschritt weiterer Prüfung entzogen werden
- Teilabnahme kann vertraglich ausgeschlossen werden – verhandeln!

14.05.24

37

## Rechtsmissbräuchlicher Ausschluss von TA

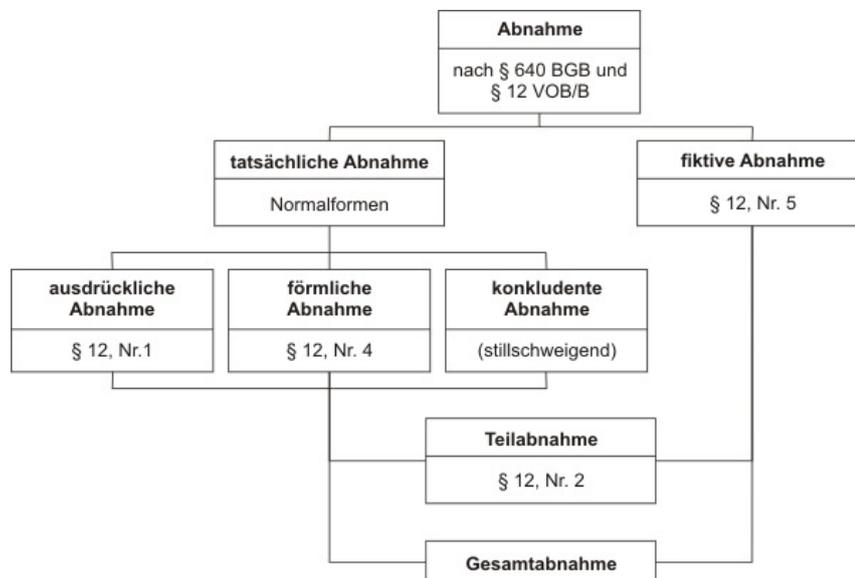


- wenn AG einen Teil der vom AN erstellten Arbeiten bereits in Benutzung genommen hat, dürfte es rechtsmissbräuchlich sein, wenn sich der AG auf den Ausschluss von Teilabnahmen im Bauvertrag beruft.
- AN sollte deshalb in einem solchen Fall unbedingt eine Teilabnahme fordern

14.05.24

38

## Abnahmeformen nach VOB/B



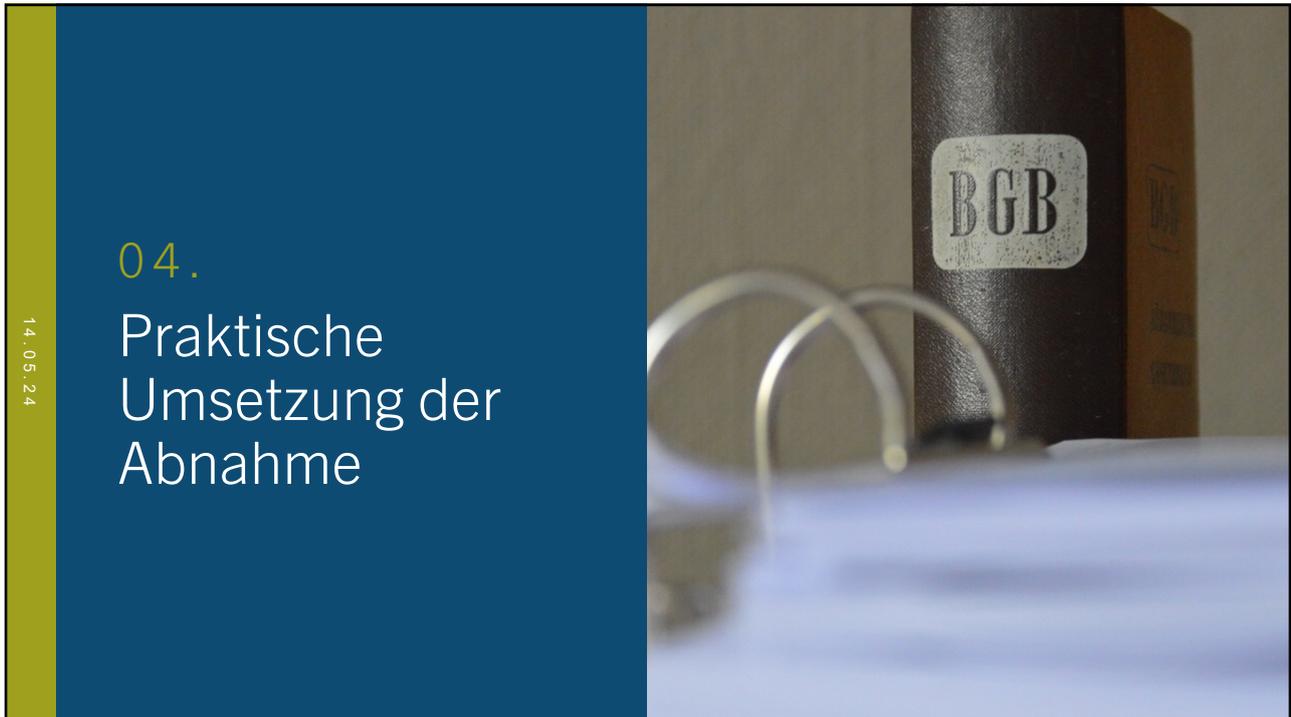
14.05.24

39

## Abnahme - Gewährleistungsstart

- vom Abnahmetermin hängt Start der Gewährleistung ab und somit die Verjährung der Mängelansprüche
- keine Klarheit zum Abnahmezeitpunkt –
  - keine Klarheit zum Gewährleistungsende
  - zur Verjährung
  - zur Rückgabe von Sicherheiten

40



41

**Praxistipp: Abnahme immer aktiv verlangen!**

- Empfehlung: schriftliches Verlangen zur förmlichen Abnahme bereits dann, wenn absehbar ist, wann die Werkleistung fertiggestellt wird
- Ausweichtermin mit Nachfrist zur Abnahme setzen damit Voraussetzungen für Annahmeverzug
- prüfen, ob gerechtfertigte Gründe vorliegen
- ist die Werkleistung tatsächlich nicht oder noch nicht abnahmereif, setzen die Rechtswirkungen der Abnahme nicht ein

42

## Wann ist abzunehmen?

- auf Verlangen ist der Auftraggeber gehalten, binnen (ca.)12 Werktagen eine Abnahme durchzuführen
- förmliche Abnahme ist immer dann durchzuführen, wenn eine der Vertragsparteien dies verlangt
- Abnahmeverlangen kann zu jeder Zeit der Baudurchführung entweder vom Auftraggeber oder auch vom Auftragnehmer erhoben werden, wenn es nicht ohnehin vertraglich fixiert ist.

14.05.24

43

43

## M U S T E R : Abnahmeverlangen nach § 640 BGB

Sehr geehrte Damen und Herren,

die aus dem Bauvertrag \_\_\_\_\_ vereinbarten Leistungen sind am \_\_\_\_\_ fertiggestellt.

Nach § 640 BGB sind Sie zur Abnahme der vertragsgemäß erbrachten Leistungen verpflichtet. Unwesentliche Mängel berechtigen nicht zur Verweigerung der Abnahme. Wir fordern Sie daher auf, unsere Leistung innerhalb einer Frist von 14 Tagen ab Zugang dieses Schreibens abzunehmen. Als Termin zur gemeinsamen Begehung und Abnahme schlagen wir Ihnen daher

den \_\_\_\_\_ um \_\_\_\_\_ Uhr vor.

(Anmerkung: Termin sollte innerhalb der Frist von 14 Tagen liegen).

Freundliche Grüße

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

14.05.24

44

## M U S T E R : Abnahmeverlangen nach § 640 Abs. 2 BGB (Verbraucher)



14.05.24

Sehr geehrte Damen und Herren,

die aus dem Bauvertrag \_\_\_\_\_ vereinbarten Leistungen sind am \_\_\_\_\_ fertiggestellt.  
Nach § 640 BGB sind Sie zur Abnahme der vertragsgemäß erbrachten Leistungen verpflichtet.  
Unwesentliche Mängel berechtigen nicht zur Verweigerung der Abnahme.  
Wir fordern Sie daher auf, unsere Leistung innerhalb einer Frist von 14 Tagen ab Zugang dieses Schreibens abzunehmen. Als Termin zur gemeinsamen Begehung und Abnahme schlagen wir Ihnen daher

den \_\_\_\_\_ um \_\_\_\_\_ Uhr vor.

(Anmerkung: Termin sollte innerhalb der Frist von 14 Tagen liegen).

Wir weisen Sie darauf hin, dass unsere Leistung als abgenommen gilt, wenn Sie innerhalb der oben genannten Frist keinerlei Erklärung abgeben oder aber die Abnahme wegen eines Mangels verweigern.

Freundliche Grüße

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

45

## M U S T E R : Abnahmeverlangen nach VOB/B



14.05.24

Sehr geehrte Damen und Herren,

gemäß § 12 Abs. 1 VOB/B hat der Auftraggeber die Abnahme der Leistung binnen 12 Werktagen durchzuführen, wenn dies der Auftragnehmer nach der Fertigstellung - gegebenenfalls auch vor Ablauf der vereinbarten Ausführungsfrist - verlangt.

Gemäß § 12 Abs. 2 VOB/B sind auf Verlangen besonders abzunehmen:

- a) in sich abgeschlossene Teile einer Leistung,
- b) andere Teile der Leistung, wenn sie durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden.)

Dementsprechend bitten wir hiermit um Abnahme

-der gesamten vertraglichen Leistung

-folgender iSv. § 12 Abs. 2 a VOB/B abgeschlossener Teile der Leistung:

1.) \_\_\_\_\_

2.) \_\_\_\_\_

...

46

## M U S T E R : Teilabnahmeverlangen



Sehr geehrte Damen und Herren,  
für das Bauvorhaben \_\_\_\_\_ haben wir Teile unserer vertraglichen Leistungen am \_\_\_\_\_ fertig gestellt, die einer späteren Prüfung bzw. Feststellung nicht mehr zugänglich sein werden. Es handelt sich hierbei um folgende in sich abgeschlossene Teilleistungen: \_\_\_\_\_

Wir bitten hiermit um förmliche Abnahme der vorgenannten Teilleistungen wegen des Fortgangs der Arbeiten und des Entzuges späterer Feststellungsmöglichkeiten bis zum \_\_\_\_\_ .

Mit freundlichen Grüßen

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

14.05.24

47

## Umgang mit unwirksamen Abnahmeklauseln



- AG versuchen, durch vertragliche Gestaltungen den Abnahmezeitpunkt hinauszuzögern
- z.B.:
  - ...AN kann Abnahme erst nach der Abnahmeerklärung des Bauherrn verlangen...
  - ...Abnahme erst nach Gesamtabnahme des Bauobjektes...
- Klauseln i.d.R. unwirksam, jedenfalls dann, wenn die Klausel keinerlei zeitliche Höchstgrenze enthält und der AN auf „St. Nimmerleinstag“ vertröstet wird
- Klauseln, die den Abnahmezeitpunkt irgendwie hinauszögern, unbedingt auf ihre Wirksamkeit prüfen lassen
- Abnahmeverlangen immer stellen, egal, wie die Klausel aussieht

14.05.24

48

05.

Wann darf durch  
den AG eine  
Abnahme  
verweigert werden?



49

## Abnahmeverweigerung



- AG ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen (§ 640 Abs.1, Satz 1 BGB)
- Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden (§ 640 Abs. 1, Satz 2 BGB)
- Folge der Verweigerung: Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist
- Rechtsverluste für bekannte Mängel, die zur Abnahme nicht vorbehalten werden

14.05.24

50

## Wesentliche oder unwesentliche Mängel

- über die „Wesentlichkeit“ wird in der Praxis trefflich gestritten
- im Einzelfall wird wesentlicher Mangel bestimmt nach Art, Umfang und Auswirkungen
- es kommt auf Zumutbarkeitsgrenze aus objektiver Sicht im Verhältnis zwischen dem Vertragszweck und dem erbrachten Erfolg an

14.05.24

51

## URTEIL

### Unwesentliche Mängel – keine Abnahmeverweigerung

Ein Werk ist fertiggestellt, wenn alle wesentlichen Mängel behoben sind, so dass es abnahmefähig ist.

Unwesentlich sind Mängel, die an Bedeutung so weit zurücktreten, dass es unter Abwägung der beiderseitigen Interessen für den Auftraggeber zumutbar ist, eine zügige Abwicklung des Vertragsverhältnisses nicht länger aufzuhalten.

*OLG Köln, Beschluss vom 18.11.2015 - 11 U 33/15*



14.05.24

52

## URTEIL: Kündigung und Abnahme

14.05.24

Auch nach einer Kündigung des Bauvertrages wird die Werklohnforderung grundsätzlich erst mit der Abnahme der bis dahin ausgeführten Werkleistung fällig (Änderung der BGH-Rechtsprechung).

Eine Abnahme ist nur noch ausnahmsweise entbehrlich, etwa weil nicht mehr Erfüllung des Vertrages, sondern Minderung oder Schadensersatz verlangt wird oder die Abnahme durch den Auftraggeber ernsthaft und endgültig abgelehnt wird.

BGH, Urteil - VII ZR 146/04 - vom 11.05.2006



53

## M U S T E R : Nachfristsetzung Abnahme BGB



14.05.24

Sehr geehrte Damen und Herren,

für das Bauvorhaben \_\_\_\_\_ hatten wir Sie mit Schreiben vom \_\_\_\_\_ um Abnahme unserer

- fertig gestellten Leistungen innerhalb der nächsten 12 Werktage.
- fertig gestellten in sich abgeschlossenen Teilleistungen am/bis \_\_\_\_\_ gebeten.

Die gesetzte Frist bzw. die Termine sind ergebnislos verstrichen, so dass wir Ihnen eine Nachfrist setzen und darum bitten, die Abnahme nunmehr bis spätestens \_\_\_\_\_ durchzuführen.

Sollte die vorgenannte Frist wiederum ungenutzt ablaufen, machen wir auf die Folgen des Verzugs aufmerksam.

Freundliche Grüße

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

54

## MUSTER: Nachfristsetzung Abnahme VOB/B



14.05.24

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Schreiben vom \_\_\_\_\_ haben wir um Abnahme unserer Leistungen gemäß § 12 VOB/B innerhalb einer Frist von 12 Werktagen gebeten und als Abnahmetermine den \_\_\_\_\_ vorgeschlagen. Bisher hat weder die Abnahme stattgefunden noch wurde, wie erbeten, ein Ausweichtermin vereinbart.

Deshalb wird Ihnen hiermit letztmalig eine Nachfrist zur Durchführung der Abnahme bis zum \_\_\_\_\_ gesetzt. (Dazu schlagen wir nochmals folgende Termine vor:)

Da die Abnahme der Leistung zu den Hauptpflichten des Auftraggebers zählt, befinden Sie sich nach fruchtlosem Fristablauf in Schuldnerverzug und gehen die daraus entstehenden Nachteile zu Ihren Lasten.

Freundliche Grüße

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

55

## Abnahme von Mangelbeseitigungsarbeiten



14.05.24

- nach Mangelbeseitigungen – Abnahmeverlangen für Mangelbeseitigungsarbeiten verlangen
- Für VOB-Verträge bietet das Vergabe- und Vertragshandbuch (VHB-Bund, Ausgabe 2017, Stand 2019) das Formblatt 443 zur Abnahme von Mängelbeseitigungsleistungen einschließlich von ergänzenden Aussagen in der Richtlinie zum Formblatt an. Es kann als Hilfestellung dienen.
- Als Abnahmeform wird in der Baupraxis meistens eine förmliche Abnahme vertraglich vereinbart. Sie sollte auch für die Leistungen zur Mängelbeseitigung vorgesehen werden, sofern es der Bedeutung der Leistungen entspricht.

56

## M U S T E R : Abnahmeverlangen nach Mangelbeseitigung



14.05.24

Sehr geehrte Damen und Herren,  
die zu dem Bauvorhaben \_\_\_\_\_ von Ihnen am \_\_\_\_\_  
angezeigten Mängel haben wir zwischenzeitlich behoben, so dass wir  
Sie zur Abnahme der Mangelbeseitigungsarbeiten auffordern.

Als Termin schlagen wir Ihnen den \_\_\_\_\_ vor. Sofern Ihnen der  
Termin nicht genehm ist, bitten wir bis zum \_\_\_\_\_ um einen  
anderen Vorschlag. Spätestens sollte die Abnahme bis zum  
\_\_\_\_\_ stattfinden.

Mit freundlichen Grüßen

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

57

## Abnahmeverweigerung hat Folgen

14.05.24

(1) Verweigert der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln,  
hat er auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen  
**Feststellung des Zustandes** des Werks mitzuwirken. Die gemeinsame  
Zustandsfeststellung soll mit Angabe des Tages der Anfertigung  
versehen werden und ist von beiden Vertragsparteien zu  
unterschreiben.

(§ 650g BGB)

58



59

## Zustandsfeststellung

- AG verpflichtet, an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken
- Dokumentation vorgeschrieben
- ersetzt nicht die Abnahme
- führt aber zu der **günstigen Vermutungswirkung**
  - dass offenkundige Mängel, die in dem Protokoll nicht genannt sind, erst nach der Zustandsfeststellung entstanden und
  - daher vom Besteller zu vertreten sind
- außer Mängel, die nach ihrer Art nicht vom Besteller verursacht worden sein können

60

## M U S T E R : Zustandsfeststellung nach § 650g Abs. 2 BGB



Sehr geehrte Damen und Herren,  
die \_\_\_\_-Arbeiten am Bauobjekt \_\_\_\_ haben wir am \_\_\_\_ vertragsgerecht fertig gestellt und übergeben.

Die von uns am \_\_\_\_ geforderte Abnahme

haben Sie bislang nicht vorgenommen

haben Sie unter Angabe von Mängeln verweigert.

Deshalb fordern wir Sie zur gemeinsamen Zustandsfeststellung gem. § 650g Abs. 1 BGB auf. Bitte benennen Sie uns einen Termin, so dass die gemeinsame Zustandsfeststellung bis spätestens \_\_\_\_\_ (14 Werktage) stattfinden kann.

Auf die Rechtsfolgen gem. § 650g Abs. 2 BGB machen wir aufmerksam.

Mit freundlichen Grüßen

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

14.05.24

61

## Form der Zustandsfeststellung



- soll schriftlich protokolliert werden (§ 650g Abs. 1 BGB)
- soll Datum der Protokollierung und Unterschriften der Vertragspartner enthalten
- Kosten trägt jeder selbst
- dient der Streitvorbeugung zum erbrachten Leistungsstand und als Grundlage für geänderte Gefahrtragung
- Einseitige Zustandsfeststellung möglich, wenn andere Partei fernbleibt

14.05.24

62

## 07. Zusammenfassung: Abnahme

- Voraussetzungen:
  - Werk muss fertiggestellt sein
  - Angemessene Frist muss gesetzt sein
  - AG reagiert nicht auf Abnahmeverlangen oder widerspricht ohne Angabe von Mängeln
  - bei ausdrücklicher Verweigerung der Abnahme, Pflicht des AG zur Zustandsfeststellung (gilt nur für Bauvertrag)
- Verbraucherschutz: Hinweis auf Rechtsfolgen bei einer fiktiven Abnahme in Textform
- wesentliche Mängel sind kein Hinderungsgrund für Eintritt der fiktiven Abnahme

## TEIL II

# Gewährleistung und Garantie



## ...vorausgeschickt...

- kein baurechtliches Thema wird mit so vielen Mißverständnissen begleitet, wie das Thema „Gewährleistung“
- 90 % aller Gewährleistungsanzeigen haben mit Gewährleistung nichts zu tun
- Rechthaberei durch den AN führt zum „kundenfreien“ Betrieb

14.05.24

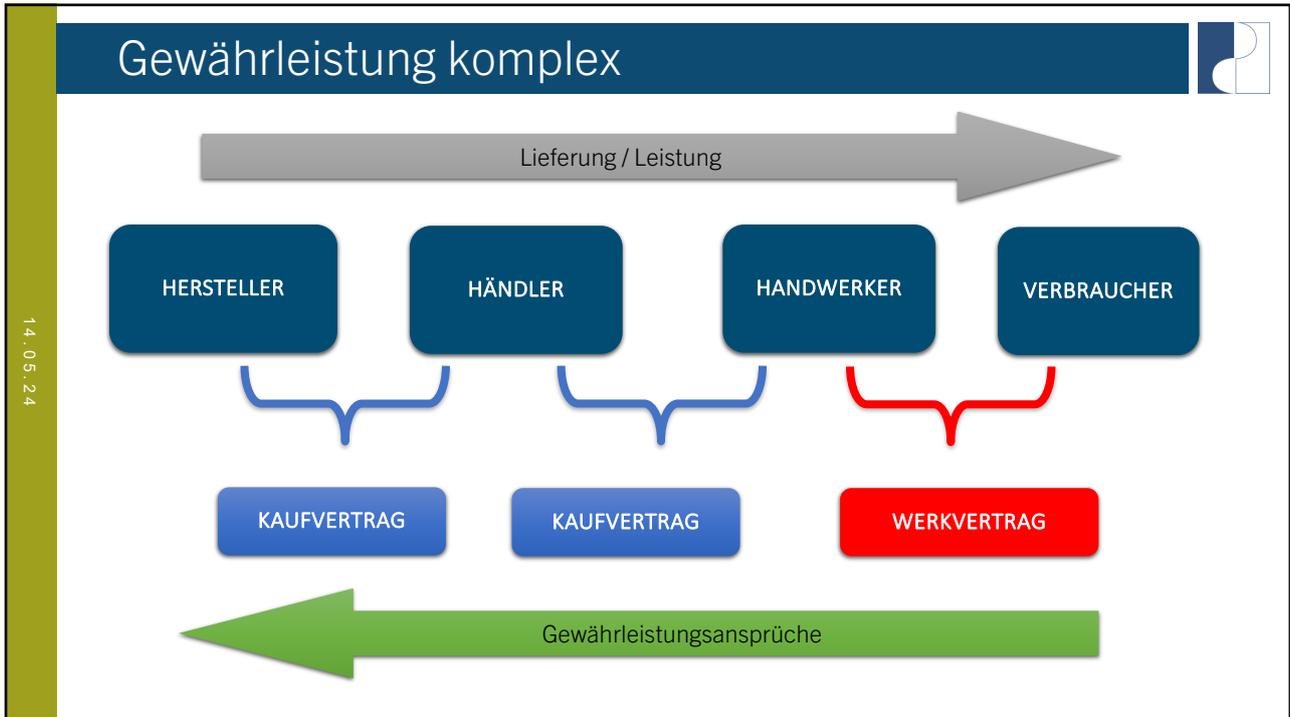
65

## Schwerpunkte Teil II

01. Inhalt der Gewährleistung
02. Gewährleistungshaftung
03. Fristen im Gewährleistungsrecht
04. Das Märchen vom „versteckten“ Mangel
05. Garantie
06. Regressansprüche gegenüber Lieferanten

14.05.24

66



67



68

## Hauptpflicht des Werkunternehmers

- Werkleistungen müssen mangelfrei erbracht werden

## Sachmängelfreiheit im BGB



- § 633, Abs. 2, Satz 1: ein Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit aufweist
- § 633, Abs. 2, Satz 2: falls Beschaffenheit nicht vereinbart ist, wenn es sich für die nach Vertrag vorausgesetzte, sonst für die gewöhnliche Verwendung eignet und so beschaffen ist, wie es bei Werken gleicher Art üblich ist und die der Besteller nach Art des Werkes erwarten kann

## Sachmängelfreiheit in der VOB/B

- § 4 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B  
„Der AN hat seine Leistung unter eigener Verantwortung nach dem Vertrag auszuführen. Dabei hat er die anerkannten Regeln der Technik und die gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen zu beachten...“
- § 13 Nr. 1 VOB/B  
„Der AN hat dem AG seine Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln zu verschaffen. Die Leistung ist zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht...“

14.05.24

71

## Gebot der Sachmängelfreiheit

- Manifestiert zu Lasten des Auftragnehmers eine auf den Zeitpunkt der Abnahme der Bauleistung bezogene Erfolgshaftung
- Haftung also auch dann, wenn bei Baubeginn geltende a.a.R.d.T. beachtet werden, diese sich jedoch bis zum Zeitpunkt der Abnahme ändern

14.05.24

72

## Beschaffensvereinbarung

- AN schuldet vertragsgerechte Ausführung
- Vertrag weist Beschaffenheit aus
- bei Nichteinhaltung: Mangel (unabhängig davon, ob die Abweichung für den AG einen technischen Nachteil bedeutet)
- bei Abweichung, die technisch aber in Ordnung ist (z.B. Abweichung vom LV aber gleichwertige Leistung), ggf. keine Mangelbeseitigungsverpflichtung durch den AN (OLG Düsseldorf, 03.07.2012; Az.: 21 U 150/09)

14.05.24

73

## Anerkannte Regeln der Technik

Technische Regeln für den Entwurf und die Ausführung baulicher Anlagen, die in der Wissenschaft als richtig anerkannt sind und feststehen, sowie in dem Kreise der für die Anwendung der betreffenden Regeln maßgeblichen, nach dem neuesten Erkenntnisstand vorgebildeten Techniker durchweg bekannt und aufgrund fortlaufender praktischer Erfahrungen als technisch geeignet anerkannt sind.

(Ingenstau/Korbion)

14.05.24

74

## a.a.R.d.T. Gewährleistungsvoraussetzung



- Verstoß gegen a.a.R.d.T. ist Beschaffenheits- bzw. Gebrauchsbeeinträchtigung des Bauwerks und führt zur Gewährleistungshaftung

14.05.24

75

## Linien der Rechtsprechung



- von den Fachleuten wird erwartet, dass sie den fachlich Unkundigen zu den Varianten aufklären, mit denen eine mangelfreie und dem Stand der anerkannten Regeln entsprechende Leistung hergestellt werden kann
- bei DIN-Verletzungen wird Mangelhaftigkeit unterstellt
- Abweichungen mit Hinweisen begegnen, Konsequenzen aufzeigen
- Verletzungen des öffentlichen Baurechts führen zu Ordnungsstrafen
- Verletzungen von Hinweispflichten führen zum Schadenersatz

14.05.24

76



77

## Prüfpflichten des AN

- Prüfpflicht des AN hinsichtlich vorliegender Mängel
  - im LV
  - in den Anordnungen des AG
  - in den vom AG beigestellten oder vorgeschriebenen Materialien
  - in den Leistungen der Vorgewerke
- Schriftliche Bedenkenanmeldung (§ 4 Abs. 3 VOB/B)
- Prüfungsmaßstab
  - branchenübliches Fachwissen
  - bei Spezialkenntnissen: Verschärfung
  - weitergehende Untersuchungen nur bei Anhaltspunkten
  - keine Übernahme von Planungsrisiken

78

## Anforderungen an Bedenkenmeldung

- rechtzeitig
- eindeutig (auch hinsichtlich der Konsequenzen)
- an den richtigen Adressaten
- bei VOB/B schriftlich!

14.05.24

79

## Gewährleistungshaftung nur, wenn:

- Mangel bzw. Mangelursache im Verantwortungsbereich des AN liegt
- Mangel oder Mangelursache zum Zeitpunkt der Abnahme vorliegt

14.05.24

80

## M U S T E R : Kostenfolge bei unberechtigten Mangelanzeigen



14.05.24

Sehr geehrte Damen und Herren,

gern sind wir bereit, Ihre Mangelanzeige vom \_\_\_\_\_ zu prüfen.

Sollte es sich um einen Gewährleistungsmangel handeln, werden wir den Mangel selbstverständlich kostenfrei beseitigen.

Sollte sich aus der Prüfung allerdings ergeben, dass die Mangelursachen nicht unserem Haftungsbereich zuzuordnen sind, müssen wir Ihnen die Kosten für An- und Abfahrt, die Fehlersuche ... berechnen.

Bitte teilen Sie uns einen Termin mit, zu dem wir die Mangelprüfung vornehmen sollen.

Freundliche Grüße

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

81

## URTEIL: Verschleiß

14.05.24

Der normale verbrauchsbedingte Verschleiß einer Werkleistung stellt auch dann keinen Fehler dar, wenn er sich innerhalb der 5-jährigen Gewährleistungsfrist realisiert.

(LG Stuttgart; 01.06.87)



82

## Pflicht zur Mangelprüfung

- Wichtig: Maßnahmen zur Mangelprüfung nicht davon abhängig machen, dass AG eine Erklärung abgibt, ggf. für Kosten zu haften, falls der Mangel kein Gewährleistungsmangel ist (BGH, Urteil vom 02.09.2010, Az.: VII ZR 110/09)
- Mangelprüfung immer – aber Beweislast bleibt nach der Abnahme beim AG

14.05.24

83

## M U S T E R : Antwortmöglichkeiten auf Mangelanzeigen

Sehr geehrte Damen und Herren

Unter Bezugnahme auf Ihre Mängelrüge vom \_\_\_\_\_ teilen wir Ihnen mit, dass wir Ihrem Nachbesserungswunsch aus den nachstehend aufgeführten Gründen nicht/nicht kostenlos/nicht in vollem Umfang (kostenlos) nachkommen können:

- Die gerügten Mängel konnten (anlässlich des Besichtigungstermins) nicht festgestellt werden.
- Die von Ihnen geltend gemachten Mängelansprüche sind verjährt.
- Die gerügten Mängel wurden von Ihnen/Ihrem Bevollmächtigten, Frau/Herrn \_\_\_\_\_, bereits bei der Abnahme festgestellt, aber nicht gerügt.
- Die gerügten Mängel haben wir aus folgenden Erwägungen nicht/nur teilweise zu vertreten: ...

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

14.05.24

84



## 03. Fristen im Gewährleistungsrecht

14.05.24

85

## Kleine Fristenlehre im Werkvertragsrecht



- Verjährungsfristen im Werkvertrag
  - 2 Jahre für eine Werkleistung, die der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht (§ 634 a Abs. 1 Nr. 1)
  - 5 Jahre bei Herstellung eines Bauwerks bzw. Arbeiten an einem Bauwerk sowie dazugehörigen Planungsleistungen (§ 634 a Abs. 1 Nr. 2)

14.05.24

86

## Kleine Fristenlehre im Kaufrecht



14.05.24

- Verjährungsfristen im Kaufvertrag
  - 2 Jahre für bewegliche Sachen (§ 438/1 Nr. 3, Abs. 4 und 5) unabhängig davon ob Käufer Verbraucher oder Unternehmer ist und ob Kaufsache neu oder gebraucht ist
  - 5 Jahre für Baumaterialien, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise in ein Bauwerk eingebaut werden bzw. bei der Umsetzung eines Werkvertrages Verwendung finden (§ 438, Abs. 1 Nr. 2 b)

87

## Achtung „Baumaterial“



14.05.24

- Sachen, die üblicherweise in ein Bauwerk eingebaut werden
- alle Sachen, die für die Erbringung einer Werkleistung beim Vorlieferanten eingekauft werden und die der Neuerrichtung eines Bauwerks oder Erneuerungs- und Umbauarbeiten mit wesentlicher Bedeutung für Bestand und Erhaltung des Gebäudes dienen
- ob klein oder groß, billig oder teuer spielt keine Rolle
- Baustoffe, Materialien, Anlagenteile, Zusatzgeräte, Nachrüstsätze etc.
- Haftungszeit nach § 438, Abs. 1 Nr. 2 b – 5 Jahre

88

## Verkürzung der Fristen in AGB

- bei neuen beweglichen Sachen, wenn Verkäufer Unternehmer ist und der
  - Käufer Verbraucher – 2 Jahre (keine Reduzierung möglich)
  - Käufer ebenfalls Unternehmer und es sich um bewegliche Sachen handelt – 1 Jahr (Reduzierung)
- bei Baumaterialien, wenn der Verkäufer Unternehmer ist und der
  - Käufer Unternehmer oder Verbraucher – 5 Jahre (keine Reduzierung möglich)

14.05.24

89

04.

Das Märchen vom  
„versteckten“  
Mangel



14.05.24

90

## Hartnäckige Irrtümer:

„Die vereinbarte bzw. die gesetzliche Gewährleistungsfrist gilt nicht für sogenannte versteckte Mängel!“

„Auch noch nach dem Ablauf der gesetzlichen Gewährleistungsfrist können mit dem Hinweis auf versteckte Mängel Rechtsforderungen durchgesetzt werden!“

14.05.24

91

## Verlängerte Haftung nur bei Arglist

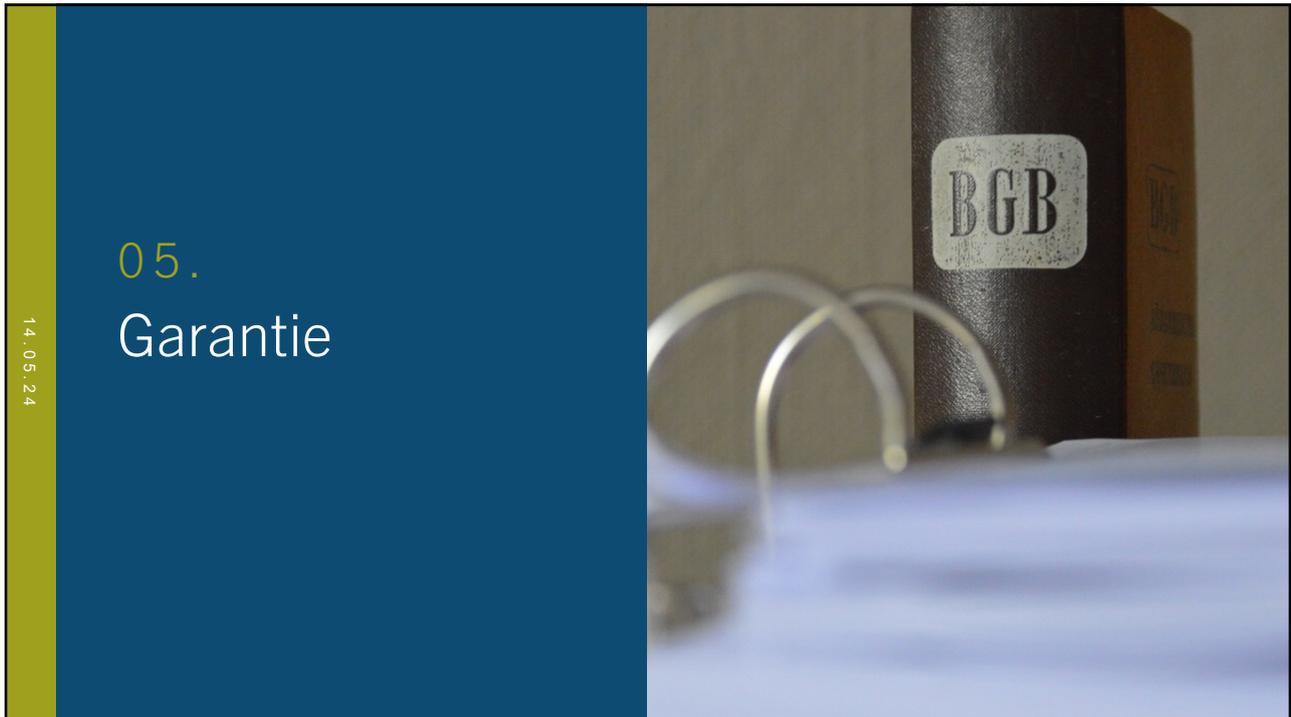
- Regelverjährung für Baumängel: 5 Jahre
- Verlängerung auf 10 Jahre, wenn der AN „arglistig“ gehandelt hat (§ 634 a Abs. 3, § 195 BGB)
- „Ein Unternehmer verschweigt einen offenbarungspflichtigen Mangel arglistig, wenn ihm dieser bei der Abnahme bekannt ist und er ihn dennoch nicht offenbart. Dabei reicht es für die Kenntnis des Mangels aus, wenn dass der Unternehmer die für den Mangel ursächliche, vertragswidrige Ausführung der Werkleistung erkannt hat.“

(BGH, 08.03.2012, Az.: VII ZR 116/10)

- Risikohinweise nötig

14.05.24

92



93

## Die Garantie

- ist eine durch den Verkäufer oder Hersteller freiwillig eingeräumte Einstandspflicht dafür, dass innerhalb eines bestimmten Zeitraumes kein Mangel an einer Sache auftritt
- erfasst auch Mängel, die erst nach der Übergabe entstehen
- oft länger als die gesetzliche Gewährleistung gewährt
- freiwillig, deshalb auch inhaltlich gestaltbar
- beschränkbar, z.B. keine Übernahme von Versand- oder Arbeitskosten
- Garantieerklärung muss ausdrücklich erfolgen - keine automatischen Ansprüche

94

## Die Garantie



- Garantiegeber verpflichtet sich grundsätzlich zu einem bestimmten Handeln in einem bestimmten Fall
- Erklärung ist freiwillig und dient dazu, das Vertrauen des Kunden in das Produkt oder die Herstellerfirma zu stärken
- beinhaltet also eine freiwillige Selbstverpflichtung des Händlers oder Herstellers, die über gesetzliche Gewährleistungsrechte hinaus geht

14.05.24

95

## Wirksamkeitsvoraussetzungen für Garantie



- Erklärung des Garantiegebers
- einseitige Bindung des Garantiegebers
- bestehen unabhängig von gesetzlichen Mängelansprüchen (ggf. „on top“)

14.05.24

96

## MUSTER: Ausschluss von Herstellergarantien



Sehr geehrte/r

zu dem Bauvorhaben: \_\_\_\_\_ ist der Einsatz von Produkten vorgesehen, für die Hersteller ggf. Garantieerklärungen abgeben. Welche Produkte das im Einzelnen sind, geht aus der von uns übergebenen Dokumentation hervor.

Bitte lesen Sie die Garantieerklärung bzw. den Garantieschein genau durch. Die hierin zu Ihren Gunsten gewährten Rechte, werden Ihnen vom Produkthersteller auf eigener Rechtsgrundlage gewährt...

Wir machen ausdrücklich darauf aufmerksam, dass diese Aussagen des Herstellers ...nicht zum Bestandteil unseres mit Ihnen abzuschließenden Werkvertrages werden, insbesondere nicht als stillschweigende Beschaffenheitsvereinbarung in den zwischen uns bestehenden Werkvertrag aufgenommen werden.

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

14.05.24

97

06.

Regressansprüche  
gegenüber  
Lieferanten



14.05.24

98

## Kaufrechtliche Mangelansprüche

- entstammen direkt aus dem Kaufvertrag selbst oder Kraft Gesetzes
- Voraussetzung ist allerdings, dass tatsächlich ein Mangel an der Sache vorhanden ist

Was ist ein Mangel?

- ein Mangel liegt bspw. vor, wenn die Sache nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat, sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet oder eine zu geringe Menge geliefert wird (§§ 434, 435 BGB Sach- oder Rechtsmangel)

14.05.24

99

## Mangelhaftung

- Haftung für Mängel, die zum Zeitpunkt des Verkaufs bestanden
- auch für nicht sichtbare Mängel, die bereits vorhanden waren, jedoch erst später entdeckt wurden
- Vertragsbeziehungen beachten
- Vorsicht, wenn Verkäufer versuchen, die Haftung im Rahmen der freiwillig gegebenen Garantie auf den Hersteller abzuwälzen
- Materialbedingte Mangelanzeigen immer auch zügig dem Verkäufer anzeigen (Verjährungsproblematik)

14.05.24

100

## M U S T E R : Mangelanzeige an Lieferanten



14.05.24

Sehr geehrte Damen und Herren,

zu dem Bauvorhaben \_\_\_\_\_ haben wir von unserem Auftraggeber am \_\_\_\_\_ eine Mangelrüge erhalten, die sich auf ein von Ihnen geliefertes Bauteil (Aggregat / Material etc.) bezieht. Es handelt sich dabei um \_\_\_\_\_. Dieses Bauteil (Aggregat / Material etc.) wurde von uns im Rahmen eines sog. Bauvertrages eingebaut, wofür unsere Firma grundsätzlich eine 5-jährige Gewährleistungshaftung trifft.

Die von Ihnen bezogenen Bauteile (Aggregate / Materialien etc.) stellen kaufrechtlich „Baumaterial“ gem. § 438, Abs. 1 Nr. 2 b BGB dar, wofür den Verkäufer ebenfalls eine 5-jährige Gewährleistungshaftung ab Übergabe der Sache zu übernehmen hat. Diese Frist ist noch nicht um, so dass wir Mängelansprüche anmelden.

Bitte liefern Sie uns im Rahmen Ihrer Gewährleistungsverpflichtung die o.g. mangelhaften Bauteile (Aggregate / Materialien etc.) bis zum \_\_\_\_\_ nach.

Ferner machen wir auf der Grundlage des § 439 BGB für die von uns geleisteten Aufwendungen folgende Kosten geltend:

Wir bitten Sie, sich dafür einzusetzen, dass im Zusammenhang mit der Abwicklung der Angelegenheit eine schnelle und tragfähige Vereinbarung im Interesse der Kunden und aller Beteiligten getroffen werden kann.

Mit freundlichen Grüßen

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

101

## Was sind notwendige Kosten?



14.05.24

- Anfahrtskosten zum Kunden, Fehlersuche zur Verifizierung des Mangels
- Ausbau/Demontage der mangelhaften Sache
- Abwicklung des Umtausches gegen eine mangelfreie Sache oder Zurücksendung der mangelhaften Sache an den Lieferanten (zur Nachbesserung oder zur Rückgabe)
- Ggf. weitere Anfahrtskosten für den Wiedereinbau (soweit sich der Mangel nicht sofort beheben ließ)
- Ggf. Anpassung des neu gelieferten mangelfreien Bauteils bzw. des nachgebesserten Bauteils Wiedereinbau/erneute Montage der mangelfreien Sache
- Ggf. neue Funktionsproben und Änderung der Dokumentationen
- Ggf. Aufwendungen für die Abwicklung (Sachbearbeitung für die Abwicklung des Mangelgewährleistungsfalles, sonstige Administrationskosten)

102

## Haftungsausschluss / Beweislast



14.05.24

- wenn der Käufer Kenntnis von dem Mangel hatte
- Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers beim Handelskauf gemäß § 377 HGB verletzt
- bei Abnutzung, natürlichem Verschleiß oder unsachgemäßen Verbrauch, keine Haftung
- Vorsicht bei Garantieverprechen
- innerhalb von 1 Jahr ab Übergabe an den (Verbraucher-) Käufer - Beweislast beim Verkäufer
- danach bzw. im Geschäftsverkehr muss Käufer beweisen, dass der Mangel schon bei Übergabe vorlag

103

TEIL III

## Vertragsklarheit: Nachträge; Stundenloharbeiten

14.05.24



DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

104

## Was ist ein Nachtrag?

Änderung des vertraglichen Bausolls im Nachhinein

- hat unterschiedliche Ursachen
  - Änderungsanordnungen des Auftraggebers
  - Bauablaufstörungen und Behinderungen
  - verspätete Pläne, Genehmigungen oder fehlerhafte Leistungen von Vorunternehmern
  
- führt zu differenzierten Wirkungen
  - verändern die vertraglich vereinbarte Leistung
  - offenbaren unterschiedliche Interessenlagen
  - begründen verschiedenen Ansprüche bei den Vertragspartnern

105

105

## Widersprüche zwischen LV und Zeichnung

- je genauer die Leistungsbeschreibung, desto geringer der Wert beigefügter Bauzeichnungen und
- je allgemeiner die Leistungsbeschreibung, desto mehr Gewicht hat eine beigefügte Bauzeichnung oder auch nur eine allgemeine zeichnerische Darstellung
- bei verbleibenden Zweifeln geht dies zu Lasten des Erstellers des Vertrages

14.05.24

106

## MUSTER: Fehlerhafte Unterlagen



14.05.24

Sehr geehrte Damen und Herren,

zu dem Bauvorhaben \_\_\_\_\_ sind uns in den von Ihnen übergebenen Unterlagen, hier insbesondere in \_\_\_\_\_ Mängel bzw. Unstimmigkeiten aufgefallen. Diese zeigen wir Ihnen wie folgt an: \_\_\_\_\_

Bitte teilen Sie uns umgehend mit, ob die Leistungen trotz unseres Hinweises so, wie in Ihren Unterlagen vorgegeben, ausgeführt werden sollen oder ob bis zur Klärung unserer Bedenken eine Unterbrechung der Arbeiten erfolgen soll.

Sofern uns nicht bis zum \_\_\_\_\_ Ihre Stellungnahme zu unseren Bedenken zugeht, werden wir davon ausgehen, dass Sie unsere Bedenken nicht teilen und eine Ausführung entsprechend der vorliegenden Unterlagen wünschen. Bis zum Eingang Ihrer Rückäußerung zeigen wir vorsorglich Behinderung an.

Mit freundlichen Grüßen

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

107

## Schriftlicher Auftrag nötig?



108

- Wenn AG Vertragsklauseln verwendet, nach denen Änderungs- oder Zusatzleistungen erst erbracht werden dürfen, nachdem eine schriftliche Beauftragung vorliegt, ist er an die von ihm gestellten Vertragsbestimmungen gebunden
- AN muss in solchen Fällen die Leistung vor einer schriftlichen Beauftragung nicht ausführen

108

## Verhalten bei Zusatzbeauftragungen durch Dritte



- Nachtragsangebot an AG mit Zugangsnachweis
- nicht die Arbeiten einstellen, schon gar nicht kündigen, wenn keine Reaktion durch AG, sondern auf Erteilung NT bestehen
- Arbeitseinstellung nur bei unmissverständlicher Ablehnung jeglicher Zusatzvergütung
- bei Streit über Höhe der Bezahlung, weiter arbeiten
- wenn Zusatzarbeiten hohe Vergütungsansprüche Abschlagsrechnung

14.05.24

109

## Annahme von Nachträgen



- Nachtragsangebote können auch konkludent, beispielsweise durch die bloße Entgegennahme von Nachtragsleistungen, angenommen werden. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Auftraggeber Nachtragsangeboten erst widerspricht, nachdem die zusätzlichen Leistungen bereits ausgeführt wurden.

(KG Berlin, Urteil vom 31. Oktober 2008, Az. 7 U 169/07)

110

110

## Leistungsbestimmungsrecht kontra Nachtragsberechtigung



Problematische Klausel:

»... unbeschadet einer noch zu erfolgenden Prüfung eines Vergütungsanspruchs dem Grunde und der Höhe nach ordnen wir die Ausführung folgender Leistungen an: (...)

Wir weisen Sie darauf hin, dass Sie, soweit Sie eine gesonderte Vergütung beanspruchen, nicht berechtigt sind, Ihre Leistung bis zu einer Einigung über die Vergütung zu verweigern.«

111

111

## Nachtrag dem Grunde nach streitig



- Der AN kann den Bauvertrag unter den Voraussetzungen des § 9 Abs. 1a, Ziff. 2 VOB/B kündigen, wenn der Auftraggeber eine ihm obliegende Handlung unterlässt und den Auftragnehmer dadurch außerstande setzt, die Leistung auszuführen.
- Kündigungsrecht, wenn der AG eine Einigung bereits dem Grunde nach ernsthaft verweigert, nachdem der AN einen Einigungsversuch unternommen hat

112

112

## Kooperationspflicht des AG

- Lässt sich AG alle zukünftigen Handlungsoptionen offen, und zwar sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach, keine Leistungspflicht des AN
- Wenn der Nachtragsanspruch dem Grunde nach besteht und der Höhe nach zutreffend ermittelt worden ist, muss sich der AG äußern und jedenfalls eine vorläufige Mindestvergütung nennen
- Kooperationspflicht: AG muss sich zu einem Nachtragsanspruch, der in vertragsgerechter Art und Weise begründet worden ist, äußern und zwar bevor die Leistung ausgeführt wird

113

113

## Nachtrag - Vergütungsfolge

### Bei BGB-Verträgen

- „Es gibt keine Schenkungsvermutung im deutschen Baurecht!“
- vorherige Vergütungsvereinbarung hilfreich aber nicht zwingend erforderlich
- Abrechnen nach vertraglichen Grundlagen oder nach Ortsüblichkeit
- Grundlage: tatsächlich erforderliche Aufwendungen plus Zuschläge

### Bei VOB/B Verträgen

- Anspruch leitet sich aus § 2 Abs. 6 VOB/B ab
- Zusatzvergütung muss dem AG angezeigt werden, bevor AN mit Zusatzleistung beginnt
- zwingend schriftlich
- Grundlage: Urkalkulation

114

114

## Schriftformerfordernis

(1) Wird eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert, so hat der Auftragnehmer Anspruch auf besondere Vergütung. Er muss jedoch den Anspruch dem Auftraggeber ankündigen, bevor er mit der Ausführung der Leistung beginnt.

(2) Die Vergütung bestimmt sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung. Sie ist möglichst vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren.

(§ 2 Abs. 6 VOB/B)

14.05.24

115

## MUSTER: Nachtragsvergütungsverlangen



Sehr geehrte Damen und Herren

für das Bauvorhaben \_\_\_\_ haben Sie am \_\_\_\_ folgende, im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen verlangt:

\_\_\_\_\_

Die von Ihnen geforderten zusätzlichen Leistungen werden wir ausführen.

Wir bieten Ihnen die Leistungen

q zu nachfolgenden neuen Einheitspreise an: \_\_\_\_

q gemäß des beiliegenden Nachtragsangebotes Nr. \_\_\_\_ an.

Obgleich eine neue Preisvereinbarung nicht zwingend vor Ausführung der Arbeiten zu treffen ist, wollen wir aus Gründen der Rechtsklarheit unmissverständlich auf den uns damit im Zusammenhang stehenden Anspruch aufmerksam machen und Sie bitten, uns die vorgenannten Preise bis zum \_\_\_\_\_ kurz rückzubestätigen.

Mit freundlichen Grüßen

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

14.05.24

116

## Urteil: Nachtragsvergütung

Verlangt der Auftragnehmer im VOB-Vertrag nach § 2 Abs. 6 VOB/B eine besondere Vergütung für im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen, bestimmt sich die Höhe der Vergütung nach der sog. vorkalkulatorischen Preisfortschreibung. Die zusätzliche Leistung muss in gleicher Weise kalkuliert werden wie die Einheitspreise im ursprünglichen Vertrag. Soweit als möglich ist an die Kostenelemente der Auftragskalkulation anzuknüpfen.

*(OLG Nürnberg, Urteil vom 23.10.2014 - 13 U 1907/12)*



14.05.24

117

## Folge der Vergütungsablehnung durch AG

- AN ist zur Leistungsverweigerung berechtigt, wenn AG Vergütung für Zusatzleistung endgültig ablehnt. (BGH, 26.06.2004 VII ZR 271/01)
- endgültige Ablehnung entweder ausdrücklich oder z.B. durch Kündigungsdrohung

118

118

## Vorsicht mit Leistungsverweigerungen

- Leistungsverweigerungsrechte können nur bei begründeten Nachtragsforderungen bestehen
- wenn der Auftragnehmer unberechtigte Forderungen unter dem Druck des Leistungsverweigerungsrechts durchsetzen will, riskiert er eine auftraggeberseitige Kündigung aus wichtigem Grund

119

119

Löse das Problem,  
nicht die  
Schuldfrage.

14.05.24



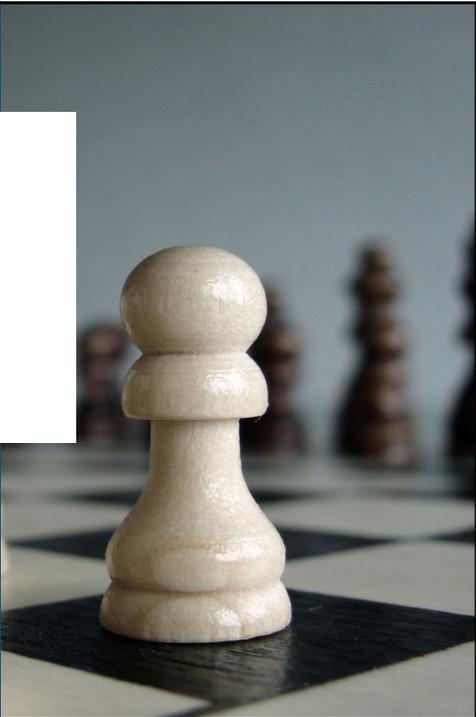
120

14.05.24

Viele Probleme erledigen sich von selbst, wenn man sie nicht dabei stört...

Ernst Waldbrunn

...nur nicht die Abnahme und die Gewährleistung.



121

14.05.24



DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

VIELEN DANK FÜR IHR INTERESSE.

www.ra-dp.de

dimanski@ra-dp.de  
Tel.: 0391-53 55 96-16  
Fax.: 0391-53 55 96-13

122