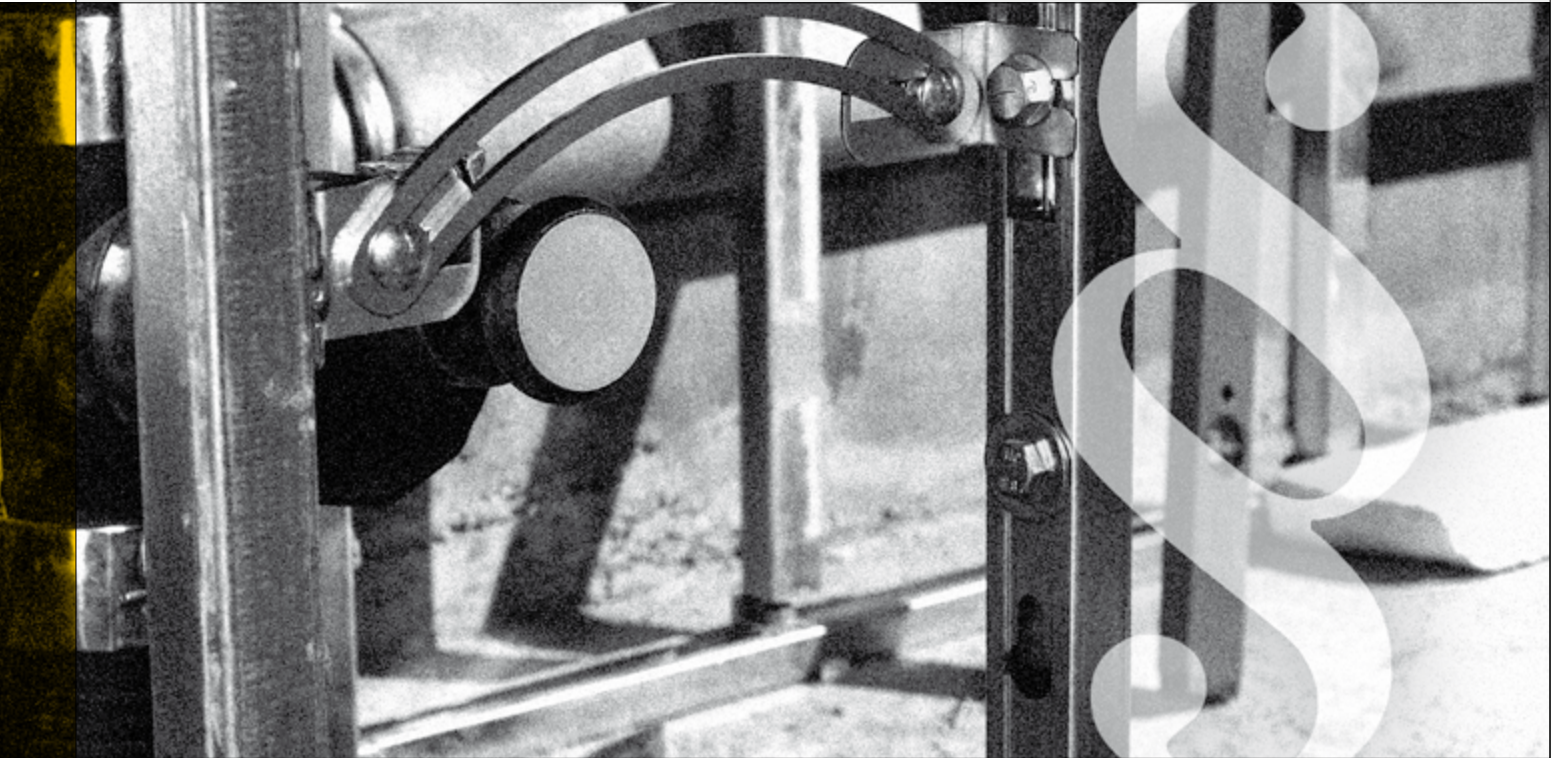


Missel Merkblatt Werkvertragsrecht



Worauf Verarbeiter und Planer der Sanitär-
und Heizungstechnik achten müssen



SCHWAB



Stille ist unser Erfolg.



Fast 120 Jahre Erfahrung stecken in den Produkten von Missel. Qualitätsbewusste Planer und Verarbeiter wissen die Vorteile unserer Produkte und Leistungen zu schätzen. Patente, innovative Produktideen und die maßgebliche Mitarbeit in Normungsgremien belegen eindrucksvoll unsere führende Stellung. Mit reißfesten Körperschall-Systemdämmungen und Brandschutzsystemen sowie intelligenten Lösungen zur Sanitärinstallation hat sich Missel als Marke etabliert.

Durch die Integration der Markenprodukte von Schwab in das Gesamtprogramm von Kolektor Missel Schwab wird nun ein enormes Spektrum abgedeckt. Es reicht von der Rohrdämmung über raumsparende Kompakt-Sanitärelemente sowie Vorwand- und WC-Spültechnik bis zu durchdachten Montagesystemen. Die Marken Missel und Schwab bieten Planern und Verarbeitern viel Spielraum für hochwertige und kreative Sanitärösungen. Wohnkomfort ist das Ziel – Missel und Schwab weisen den Weg.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	3
1. Öffentliches Baurecht – Privates Baurecht	4
1.1 Das öffentliche Baurecht	4
1.2 Das private Baurecht	4
2. Anerkannte Regeln der Technik	7
3. Werkvertrag nach BGB	9
4. Abnahme – Teilabnahme	11
5. Möglichkeiten der Abnahme	12
6. Zahlungsfristen	14
7. Mangelbegriff	15
8. Mangelbeseitigung	17
9. Verjährungsfristen	20
9.1 Vorsatz	21
9.2 Fahrlässigkeit	21
9.3 Verlängerte Gewährleistung durch arglistiges Verschweigen	21
10. Gleichwertigkeit – Austauschbarkeit	23
11. Literaturverzeichnis	25

Vorwort

Jeder Unternehmer, der am Bau oder bei der technischen Ausrüstung eines Gebäudes tätig ist, bewegt sich während seiner täglichen beruflichen Arbeit im Rahmen vieler baurechtlicher Gesetze und Verordnungen, die die Ausführung eines Werkes und das rechtliche Miteinander sowohl zwischen Staat und Bürger (öffentliches Baurecht) als auch zwischen den Bürgern untereinander (privates Baurecht) regeln. Beim Abschließen eines baurechtlichen Werkvertrages können Formulierungsungenauigkeiten oder falsche Auslegungen jedoch zu Fehlern und Streitigkeiten führen, weil es im „Dschungel der Paragraphen“ am nötigen juristischen Hintergrundwissen fehlt. Dieses „Merkblatt Werkvertragsrecht“ soll deshalb Verarbeitern und Planern der Sanitär- und Heizungstechnik einen Überblick über die wichtigsten juristischen Grundsätze eines Werkvertrages geben und damit Hilfe für ihre tägliche Arbeit sein.

Das Merkblatt kann und soll eine Rechtsberatung durch einen qualifizierten Anwalt nicht ersetzen, weil auf zahlreiche juristische Auslegungen, umfangreiche Sonderregeln, Ausnahmefälle usw. im vorliegenden Merkblatt nicht eingegangen werden kann. Außerdem beschränkt es sich auf die juristische Grundlage aller Werkverträge, das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) in der Fassung vom 1. Januar 2009.

Das BGB ist prinzipiell auch Grundlage für Werkverträge nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB). Dabei wird heute den Werkverträgen nach VOB oft noch der

Vorzug gegenüber denen nach dem BGB gegeben, weil neben den identischen juristischen Grundsätzen eine ausgewogene Anleitung zum Handeln erteilt wird. Nach der aktuellen, höchstrichterlichen Rechtsprechung wird jedoch die Wirksamkeit der VOB zunehmend in Frage gestellt, wie dem BGH-Urteil vom 24. Juli 2008 (Az: VII ZR 55/07) zu entnehmen ist. Nach diesem Urteil können in solchen Fällen, in denen ein Verbraucher Vertragspartner ist, wichtige und besonders benachteiligende Paragraphen der VOB/B nicht mehr wirksam vereinbart werden und müssen durch entsprechende BGB-Regelungen ersetzt werden. Hinzu kommt, dass bei Werkverträgen nach VOB abweichende Formalvereinbarungen nicht zulässig sind, sondern immer schriftliche Individualvereinbarungen verhandelt und protokolliert werden müssen. Mit anderen Worten, ein wirksam vereinbarter VOB-Vertrag muss in seiner Gesamtheit und damit Buchstabe für Buchstabe eingehalten werden. Ein BGB-Vertrag hat dagegen immer den Vorzug, dass individuelle Regelungen zulässig und verschiedene Abläufe wie z. B. die Abschlagszahlungen einfacher bzw. überhaupt geregelt sind, sodass ein Verarbeiter schneller und sicherer an seinen vereinbarten Werklohn gelangt. Die Durchsetzung und Sicherung von Bauunternehmer-Werklohnforderungen wird im Übrigen auch vom Gesetzgeber stärker als bisher unterstützt: per 01. Januar 2009 trat das Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG) in Kraft.

1. Öffentliches Baurecht – Privates Baurecht

Das in Deutschland gebräuchliche Rechtssystem unterscheidet generell zwischen öffentlichem und privatem Recht. Während das öffentliche Recht das hoheitliche Handeln des Staates (Sonderrecht des Staates) darstellt, regelt das private Recht die Rechtsbeziehungen der

Bürger untereinander, z. B. zwischen einem Unternehmer (früher Auftragnehmer, AN) und einem Besteller (früher Auftraggeber, AG). Diese Unterscheidung gilt selbstverständlich auch im Baurecht.

1.1 Das öffentliche Baurecht

Ein Kennzeichen des öffentlichen Baurechts ist die Ausübung hoheitlicher Gewalt in Form von mittelbaren oder unmittelbaren gesetzlichen Regelungen oder Zwängen. Dabei wird das Bundesrecht z. B. mit dem Bauplanungsrecht (BauGB) oder der Musterbauordnung (MBO) und das Landesrecht mit dem Bauordnungsrecht (Landesbauordnung (LBO) wie z. B. Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (BauO NW), Bayerische Bauordnung (BayBO)) verwirklicht, da die öffentliche Sicherheit und Ordnung hoheitliche Aufgaben eines Bundeslandes bzw. einer Kommune sind.

In den Bauordnungen der Länder sind die Vorschriften und Regeln des Bundeslandes festgelegt, die bei Errichtung und Änderungen an Gebäuden einzuhalten sind. Dabei stellen sie die öffentlich-rechtlichen Mindestanforderungen z. B. an den Brand-, Wärme-, Schall- und Feuchteschutz dar. Das Ziel der Bauordnungen ist u. a. die Abwehr von Gefahr für Leben und Gesundheit der Bürger, wie beispielsweise im § 3 Abs. 1 der Musterbauordnung (MBO) [1] beschrieben: *„Anlagen sind so anzuordnen, zu errichten, zu ändern und instand zu halten, dass die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere Leben, Gesundheit und die natürlichen Lebensgrundlagen, nicht gefährdet werden.“*

Beispiel aus der Praxis für eine öffentlich-rechtliche Mindestanforderung:

Die Bundesrepublik Deutschland will den CO₂-Ausstoß bis 2020 um etwa 30 % reduzieren. Ein Schritt zur Erreichung dieses Zieles war die Einführung der Energieeinsparverordnung (EnEV) am 1. Februar 2002 und ist deren regelmäßige Überarbeitung (z. B. Neufassung EnEV 2009). Die EnEV ist dabei sowohl bei Neu- als auch bei Umbauten oder Altbau-sanierungen zwingend zu beachten und stellt ein Handeln des Gesetzgebers dar.

1.2 Das private Baurecht

Die Grundlage des Werkvertragsrechts (privates Baurecht) ist ein Vertrag, der zwischen Privatpersonen (Besteller und Unternehmer) geschlossen wird. Daraus lassen sich Rechte und Pflichten für beide Parteien ableiten. Gegenstand eines Werkvertrages können sowohl körperliche Werke aller Art sein (z. B. Bauwerke, Installationen, Reparaturen), als auch unkörperliche Werke wie z. B. Planungs- und Überwachungsleistungen durch Architekten und Fachplaner ([2] § 634a, RN 10, 12).

Beachte:

Sowohl der zwischen Architekt und Bauherrn geschlossene Vertrag zur Planung eines Gebäudes (nicht körperliches Werk) als auch der Vertrag zwischen Heizungsbauer und Bauherrn zur Errichtung einer Heizungsanlage (körperliches Werk) werden juristisch als „Werkvertrag“ bezeichnet. Auf die Fertigung eines fassbaren Gegenstandes kommt es dabei nicht an.

Bei Bauleistungen ist die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik das Mindestmaß dessen, was durch den Unternehmer gegenüber dem Besteller geschuldet ist (siehe hierzu auch Kapitel 2.), sofern keine vorrangigen, vertraglichen Individualvereinbarungen zwischen den Parteien getroffen wurden. Wichtig hierbei ist, dass die anerkannten Regeln der Technik (siehe Kapitel 2.) und auch die in einem Vertrag festgelegten Anforderungen an ein Bauwerk oder eine Installation usw. teilweise erheblich über die öffentlich-rechtlichen Mindestanforderungen aus den entsprechenden Regelungen – Bauordnungsrecht wie MBO, LBOs usw., Bauplanungsrecht (BauBG, siehe Kapitel 1.1), Eingeführte technische Baubestimmung (ETB) – hinausgehen können. Dies wird in der Rechtsprechung nachdrücklich hervorgehoben. So heißt es beispielsweise in einem Urteil des Bundesgerichtshofes (BGH) [3] zum werkvertraglich geschuldetem Schallschutz:

„Welcher Schallschutz geschuldet ist, ist durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Sind danach bestimmte Schalldämm-Maße ausdrücklich vereinbart oder mit der vertraglich geschuldeten Ausführung zu erreichen, ist die Werkleistung mangelhaft, wenn diese Werte nicht erreicht sind. Liegt eine derartige Vereinbarung nicht vor, ist die Werkleistung mangelhaft, wenn sie nicht den zur Zeit der Abnahme anerkannten Regeln der Technik als vertraglichem Mindeststandard entspricht.“

Sogar die konsequente Einhaltung einer DIN-Norm kann mitunter für die Erfüllung des Vertrages nicht ausreichen, da sie – zumindest teilweise – von den anerkannten Regeln der Technik oder dem zwischen Besteller und Unternehmer geschlossenen Vertrag abweichen kann. Dabei spielt es keine

Rolle, ob es sich bei der Norm um eine Eingeführte Technische Baubestimmung (ETB) handelt oder nicht. In [4] heißt es dazu:

„Die Bauordnungen der Länder stellen die gesetzliche Vermutung auf, dass alle bauaufsichtlich eingeführten Technischen Baubestimmungen (ETB) den anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Mit der bauaufsichtlichen Einführung werden die ETB aber nicht automatisch anerkannte Regeln der Technik. Normen und Regelwerke sind vielmehr – unabhängig von ihrer bauaufsichtlichen Einführung – anerkannte Regeln der Technik nur dann, wenn sie den zivilrechtlichen Anforderungen an diesen Begriff genügen. Somit haben die DIN-Normen und Regelwerke – ob bauaufsichtlich eingeführt oder nicht – nur die widerlegbare Vermutung für sich, dass sie die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben.“

Diese Erkenntnis wird vom BGH in zahlreichen Urteilen bestätigt, z. B. in [3]:

„DIN-Normen sind keine Rechtsnormen, sondern private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter. Sie können die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben oder hinter diesen zurückbleiben.“

Selbstverständlich sind Planer und Verarbeiter dazu angehalten, die einschlägigen Normen und Regelwerke zu beachten und einzuhalten. Sie müssen sich dabei jedoch immer davon überzeugen, ob die in den Normen und Regelwerken festgehaltenen Erkenntnisse auch den anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Sie sind dazu verpflichtet, die Normen und Regelwerke zu hinterfragen und sich über den aktuellen Stand der anerkannten Regeln der Technik zu informieren.

Beachte:

Die bei Werkverträgen notwendige Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik und die Vereinbarung in den Verträgen können deutlich über öffentlich-rechtliche Mindestanforderungen hinausgehen.

Sind beispielsweise in den Verträgen Zahlenwerte für Schalldämmmaße angegeben, sind diese einzuhalten, auch wenn sie deutlich über den Mindestanforderungen

aus der DIN 4109 liegen. Gleiches gilt auch, wenn sich aus einem Vertrag die Einhaltung von besonderen Schalldämmwerten – entweder durch Beschreibungen („Luxuswohnung ... besonderer Komfort ... ruhige Lage“ etc., siehe Abbildung 1) oder durch technische Maßnahmen („Dämmung für Abwasserrohre, erhöhte Trittschalldämmung im Fußbodenaufbau“ etc.) – ergibt.

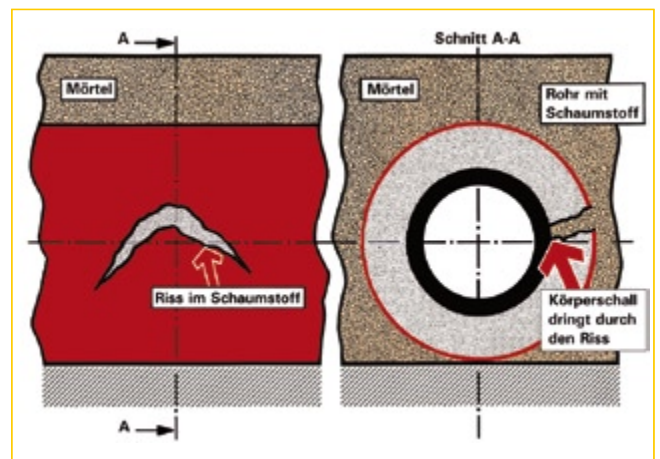


■ **Abbildung 1**

Sämtliche Rohrleitungen und auch der Unterputz-Spülkasten sind lückenlos mit einer weichen, reißfesten Dämmung der Kolektor Missel Schwab GmbH ummantelt. Dabei wurde besonderer Wert darauf gelegt, dass Leitungen, Armaturen und Sanitärelemente auch nach der Einmauerung keinerlei direkten Kontakt (keine Körperschallbrücken) mit dem Baukörper besitzen. Eine solch sorgfältige Ausführung sollte bei „Luxus- oder Komfortversprechen“, die in Werbeunterlagen oder bei Verkaufsgesprächen gegeben werden, die Regel sein. Nur mit dieser Art der Ausführung können geforderte, höchste Schalldämmmaße erreicht werden.

Beispiele aus der Praxis:

Die Abbildung 1 zeigt, wie ein technisch mangelfreies und den anerkannten Regeln entsprechendes Werk erzielt werden kann, in der Abbildung 2 hingegen wird schematisch dargestellt, wie man mit technischen Mängeln schallschutztechnische Anforderungen zerstören kann.



■ **Abbildung 2**

Durch einen Riss in der Dämmung können Mörtel oder andere Baumaterialien an das Rohr gelangen. Dabei entsteht eine Körperschallbrücke, die eine sehr starke, deutlich negative Auswirkung auf die Geräusche im Gebäude hat.

2. Anerkannte Regeln der Technik

Der Begriff der anerkannten Regeln der Technik wurde bereits im Jahre 1910 in einem Gerichtsurteil definiert [5]. Das Gericht stellte fest, dass es sich dabei um Regeln handelt, *„die in der Wissenschaft als theoretisch richtig anerkannt sind und feststehen sowie in dem Kreis der für die Anwendung der betreffenden Regeln maßgeblichen, nach dem neuesten Erkenntnisstand vorgebildeten Techniker durchweg bekannt und aufgrund fortdauernder praktischer Erfahrung als richtig und notwendig anerkannt sind.“*

Bei den anerkannten Regeln der Technik handelt es sich also nicht um eine festgelegte, statische Sammlung von Normen und anderen Regelwerken, sondern vielmehr können sich diese ständig fortentwickeln, ergänzen und ablösen. Die anerkannten Regeln der Technik sind auch dadurch gekennzeichnet, dass sie eine Langzeitbewährung besitzen, d. h., die angewandten Berechnungen, Vorgehensweisen, Verfahren oder Materialien werden schon längere Zeit verwendet und haben sich dabei als richtig erwiesen bzw. haben sich zuverlässig und dauerhaft bewährt.

Fehlt diese Langzeitbewährung, handelt es sich nicht um eine anerkannte Regel der Technik und man spricht dann richtiger nur vom „Stand der Technik“. Dies kann z. B. bei der Verwendung von neu entwickelten Produkten der Fall sein. Der Einbau dieser neuen Produkte, die zwar technisch umfassend geprüft und marktreif sind, bei denen man aber erst die praktische Erfahrung im Alltag sammeln muss, erfordert üblicherweise eine individuelle Vereinbarung mit dem Besteller. Nur mit einer solchen individuellen Vereinbarung ist es möglich, die anerkannten Regeln der Technik ausnahmsweise nicht

einhalten zu müssen. Dem Besteller (z. B. Bauherr) muss dabei bewusst sein, dass er bei dem vom Unternehmer (z. B. Installateur) eingebauten Produkt ein gewisses Risiko eingeht. Es ist Aufgabe des Unternehmers, den Besteller auf diese Tatsache deutlich hinzuweisen (am besten durch ein qualifiziertes Beratungsgespräch) und sich dessen Einverständnis zur Abweichung zu den anerkannten Regeln der Technik (und damit ggf. auch zu einschlägigen Normen und Regelwerken) schriftlich bestätigen zu lassen. Erfolgt diese nachzuweisende Beratung nicht, stellt der Einbau eines Produktes ohne Langzeitbewährung einen Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik dar und führt juristisch damit üblicherweise bereits zu einem Mangel.

Für die Beurteilung, ob ein Mangel (siehe auch Kapitel 7.) vorliegt, ist zunächst einmal von dem zwischen Besteller und Unternehmer geschlossenen Vertrag auszugehen. In diesem Vertrag wird die vom Besteller gewünschte Werkleistung primär zum Ausdruck gebracht. Der Unternehmer schuldet danach dem Besteller ein funktionstaugliches, zweckentsprechendes und mangelfreies Werk. Die unternehmerische Leistung ist nur dann vertragsgerecht, wenn sie die Beschaffenheit aufweist, die für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch tauglich ist. Vereinfacht ausgedrückt, der Unternehmer hat dem Besteller ein Werk zu erstellen und dabei vorrangig die Bestimmungen des vereinbarten Vertrages, mindestens aber die anerkannten Regeln der Technik, einschließlich einschlägiger Normen und Regelwerke und öffentlich-rechtlicher Mindestanforderungen einzuhalten (vgl. [2] § 633, RN 6).

Merke: Zivilrechtlich geschuldet ist ein mangelfreies Werk!

Die bloße Einhaltung von Normen und Richtlinien kann hinter den zivilrechtlich geforderten Ansprüchen an das zu erstellende Werk weit zurückbleiben.

Um spätere „Missverständnisse“ und langwierige, kostenintensive (Rechts-) Streitigkeiten zu vermeiden, empfiehlt es sich deshalb dringend, alle Wünsche des Bestellers und alle untereinander getroffenen Vereinbarungen schriftlich und

(möglichst) detailliert in einem Vertrag zu fixieren. Die Angabe von Zahlenwerten (z. B. beim Schallschutz in Form von Schallpegeln) ist sehr zu empfehlen, da es spätere Interpretationsmöglichkeiten ausschließt.

Beachte:

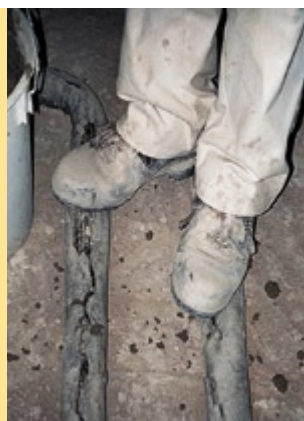
Die anerkannten Regeln der Technik gelten dann, wenn keine anderweitigen, ausdrücklichen vertraglichen Regelungen, z. B. feste Zahlenwerte für den Schallschutz, getroffen wurden.

Sie verändern sich ständig, da sich auch die technischen Kenntnisse weiterentwickeln. Daraus leitet sich auch eine Pflicht zur Weiterbildung ab, um mit der laufenden technischen Entwicklung Schritt zu halten.

Die Einhaltung einer öffentlich-rechtlichen Mindestanforderung kann eine anerkannte Regel der Technik sein, muss aber nicht. Beispielsweise ist die DIN 4109 „Schallschutz im Hochbau“ eine öffentlich-rechtliche Mindestanforderung. Die Einhaltung der DIN 4109 stellt also das absolute Minimum dar, bildet aber nicht die Grundlage für Komfort und Luxus, wie er in vielen Werbeprospekten der Bauunternehmer beschrieben ist. Für Luxus und Komfort sind höchste Anforderungen zu erfüllen, auch wenn dazu keine besonderen Vereinbarungen zum Schallschutz getroffen wurden.

Beispiele aus der Praxis:

Die Abbildung 3 ist ein besonders drastisches negatives Beispiel dafür, wie anerkannte technische Regeln missachtet werden können. Abbildung 4 zeigt dagegen ein positives Beispiel.



■ Abbildung 3
Diese stark beschädigten Dämmungen für Rohrleitungen im Fußbodenaufbau entsprechen ganz sicher nicht den anerkannten Regeln der Technik und sind werkvertraglich ein Mangel.



■ Abbildung 4
Eine saubere Arbeit, die auch den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Die Verwendung von hochwertigen Materialien und Produkten auch für Rohrdämmungen, wie die Missel Kompakt-Dämmhülse von der Kolektor Missel Schwab GmbH, kann häufig entscheidend helfen, Mängel zu vermeiden.

3. Werkvertrag nach BGB

Verträge werden primär nach den rechtlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) geschlossen. Indes gibt es bei Werkverträgen, die die Errichtung eines Gebäudes zum Ziel haben (= Bauverträge) die Möglichkeit, eine Sondervereinbarung nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) zu treffen. (Werkverträge nach VOB werden in diesem Merkblatt nicht explizit behandelt, siehe Vorwort.)

Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf die seit dem 1. Januar 2009 gültige Fassung des BGB, inkl. der Änderungen durch das Forderungssicherungsgesetz (FoSiG). Zielsetzung der aktuellen Neufassung war u. a. eine Stärkung der Bauunternehmer und Handwerker, die zukünftig auf eine schnellere und sichere Zahlung vor allem von Abschlagsrechnungen hoffen können. Die folgende Übersicht enthält die wichtigsten Änderungen:

- Neuregelung der Abschlagszahlungen: Statt wie bisher lediglich „für in sich abgeschlossene Teile des Werkes“ kann der Unternehmer eine Abschlagszahlung bereits „für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung in der Höhe verlangen, in der der Besteller durch die Leistung einen Wertzuwachs erhalten hat.“ Das gilt beispielsweise für an eine Baustelle bereits bestelltes und geliefertes Material. Dabei sind allerdings einem privaten Bauherrn Sicherheiten zu leisten (§ 632a BGB).
- Subunternehmer können gegenüber ihrem Auftraggeber (Bauträger, Generalübernehmer) ihren Werklohnanspruch erleichtert durchsetzen, wenn dessen Auftraggeber (Bauherr) das Werk abgenommen hat bzw. dieses als abgenommen gilt (siehe auch Kapitel 4). Auf eine gesonderte Abnahme des Werkes durch den direkten Auftraggeber (Bauträger, Generalübernehmer) kommt es dabei nicht an. Der Sicherheitseinbehalt bei Mängeln (= Druckzuschlag) wurde vom Dreifachen auf das Doppelte der vermuteten Mangelbeseitigungskosten gesenkt (§ 641 BGB).

Beachte:

Bei Bauleistungen können der Besteller und der Unternehmer zusätzlich zum üblichen BGB-Recht, welches zunächst bei Verträgen immer gilt, die Regelungen der VOB vereinbaren. Die sich dabei ergebenden Änderungen sind seit den Überarbeitungen des BGB in den Jahren 2002 und 2009

- Der mit der Änderung des BGB im Jahre 2000 aufgenommene § 641 a wurde ersatzlos gestrichen, da er sich in der Praxis nicht bewährt hat. Die Abnahme mittels einer Fertigstellungsbescheinigung ist nicht mehr möglich.
- Der in der Regel vorleistungspflichtige Bauunternehmer hat Anspruch auf Sicherheitsleistungen seitens des Bestellers. Um das Risiko für einen Unternehmer zu verringern, gibt es zwei Möglichkeiten: Sicherheitshypotheken und Sicherheiten (z. B. Bürgschaft nach § 648a BGB). Sicherheitshypotheken haben eine relativ geringe Bedeutung, Sicherheiten nach § 648a BGB sind dagegen einklagbar und können nicht über vertragliche Vereinbarungen oder AGBs außer Kraft gesetzt werden. Wird eine Sicherheit nicht innerhalb einer angemessenen Frist bereitgestellt, kann der Unternehmer die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen. Er ist bei Kündigung berechtigt, die vereinbarte Vergütung abzüglich des ersparten Aufwands zu verlangen. „Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenen vereinbarten Vergütung zustehen.“ Außerdem wird klargestellt, dass der Besteller nicht eigene Forderungen gegen die Sicherheitsleistung aufrechnen kann. Der Anspruch auf Sicherheitsleistungen gilt allerdings nicht gegenüber privaten Bestellern („Häuslebauer“) zur Herstellung oder Instandhaltung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung (§ 648a BGB) bzw. gegenüber der öffentlichen Hand.
- Kündigt der Besteller den Vertrag, steht dem Unternehmer, wie bisher, die vereinbarte Vergütung abzüglich des ersparten Aufwands zu. Neu ist der eingefügte Passus: „Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenen vereinbarten Vergütung zustehen.“ (§ 649 BGB)

eher marginal. Das BGB bietet im Gegenteil durch die größere Freiheit bei der Vertragsgestaltung und durch die Verpflichtung zur Abnahme von Bauleistungen trotz unwesentlicher Mängel erhebliche Vorteile für einen Unternehmer.

Beispiele aus der Praxis:

Die in Abbildung 5 und 6 dargestellten Mängel mögen auf den ersten Blick klein erscheinen, aber unwesentlich sind sie nicht. In beiden Situationen führen die Mörtelreste zu Körperschallbrücken und in der Regel zu erheblichen

Geräuschbelästigungen. Solche Probleme können durch eine bessere Qualitätskontrolle oder durch den Einsatz einer lückenlosen Körperschalldämmung für Abwasserrohre gelöst werden (siehe Abbildung 7).



5



6



7



8

Beispiele aus der Praxis:

- (5) Körperschallbrücke durch Mauerwerksbruchstück und Mörtelreste – ein wesentlicher Mangel.
- (6) Körperschallbrücke durch Mörteltropfen – ein wesentlicher Mangel.
- (7) Reißfeste Körperschalldämmung für Abwasserrohre MSA der Kolektor Missel Schwab GmbH, die den rauen Baustellenbedingungen standhält und selbst durch Armierungen nicht beschädigt wird.
- (8) Dämmung im Abzweigbereich mit schalltechnisch riskanten Lücken.
- (9) Lückenlose Körperschalldämmung durch ein passendes Formteil des Misselsystem-Abwasser MSA der Kolektor Missel Schwab GmbH.



9

Auch an Bögen, Abzweigen und anderen Formstücken einer Rohrleitung können durch unvollständige Dämmungen wesentliche Mängel produziert werden (Abbildung 8).

Es ist deshalb wichtig, dass die Rohrleitung auch in diesen Bereichen lückenlos ummantelt wird. Das lässt sich am leichtesten und sichersten mit einem Körperschall-Dämm-Formteil erreichen, siehe Abbildung 9.

4. Abnahme – Teilabnahme

Ist das Werk erstellt bzw. die Werkleistung erfüllt, muss die Leistung des Unternehmers durch den Besteller abgenommen werden (§ 640 BGB), wenn der Unternehmer hierzu auffordert. Dabei bietet der Unternehmer seine vertraglich geschuldete Leistung dem Besteller an. Zu diesem Zeitpunkt sollte das Werk bzw. die Leistung vom Besteller dahingehend überprüft werden, ob sie tatsächlich mangelfrei und vertragsgerecht ist.

Die Abnahme stellt einen wichtigen Schritt bei der Erfüllung eines Werkvertrages dar und setzt eine Reihe von Auswirkungen in Gang. Abnahme bedeutet, dass die Herstellungs- bzw. Erfüllungsphase des Unternehmers beendet ist. Damit wird die Vergütung des Unternehmers fällig. Mit der Abnahme gilt das Werk als vertragsgemäß hergestellt. Bei nun auftretenden Mängeln kann der Besteller künftig lediglich die gesetzlichen Gewährleistungsrechte (Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz) geltend machen. Gleichzeitig beginnt die Verjährungsfrist und die Beweislast kehrt sich um. Beweislastumkehr bedeutet, dass bei Auftreten eines Mangels

Merke:

Die Abnahme ist die körperliche Annahme (Besitzübertragung) der vollendeten (geschuldeten) Leistung, verbunden mit der Anerkennung (Billigung) des Werkes als in der Hauptsache vertragsgemäß (vgl. [2] § 640, RN 3).

während der Verjährungsfrist es Aufgabe des Bestellers ist, zu beweisen, dass dieser Mangel bereits zum Zeitpunkt der Abnahme (latent) vorhanden war, ([2] § 641, RN 14). Außerdem übernimmt der Besteller mit der Abnahme das Risiko und die Gefahr für das Werk. Bis zur Abnahme ist dagegen der Unternehmer in der Regel verpflichtet, die Gefahr für Beschädigung und Diebstahl zu tragen, d. h., wird das Werk während der Erfüllungsphase beschädigt oder gestohlen, muss der Unternehmer auf seine Kosten das Werk ersetzen bzw. die Beschädigung beseitigen (§ 644 BGB).

Beachte:

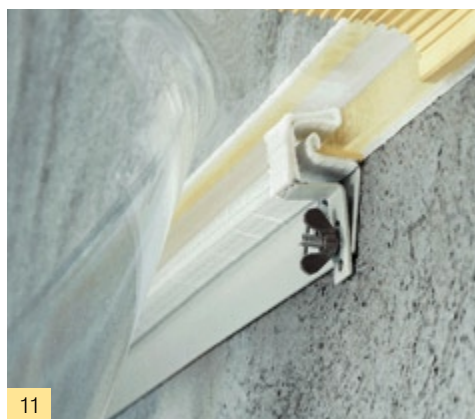
Die Abnahme ist ein wichtiger Schritt bei der Erfüllung eines Werkvertrages. Der Unternehmer zeigt durch seine Bereitschaft zur Abnahme an, dass das Werk aus seiner Sicht vertragsgemäß und mangelfrei ist. Wird das Werk abgenommen, beginnt u. a. die Verjährungsfrist für Mängel und der Besteller muss beweisen, dass auftretende Mängel bereits während der Abnahme (latent) vorhanden waren (Beweislastumkehr).

Bei der Abnahme zeigen sich häufig vorhandene Fehler und Mängel, die auch durch die Verwendung von ungeeig-

neten Baustoffen und Bauteilen entstanden sein können. Die Mängelbeseitigung ist dabei nicht nur ärgerlich, sondern sie kann für den Unternehmer auch noch teuer werden, da bei einem Gebäude in der Regel nicht nur die eigene Werkleistung, sondern oft auch die von Fremdgewerken rückgebaut und später wieder errichtet werden muss. Die Verwendung von verlässlichen Baustoffen und -teilen kann die Wahrscheinlichkeit der Mangelhaftigkeit stark reduzieren, wie Abbildung 10 und Abbildung 11 zeigen.



10



11

■ Abbildung 10

Hochwertige Produkte – wie hier das Universal-Trägersystem für Badewannen der Kolekor Missel Schwab GmbH – helfen, Mängel auszuschließen und ...

■ Abbildung 11

... die Details zeigen, dass es sich um eine durchdachte, körperschallentkoppelte und montagefreundliche Konstruktion handelt.

5. Möglichkeiten der Abnahme

Beim BGB-Werkvertrag gibt es mehrere Möglichkeiten der Abnahme (§ 640 BGB):

- **Ausdrückliche Abnahme als Grundsatz:** Der Besteller erklärt mündlich oder schriftlich, dass das Werk abgenommen ist ([2] § 640, RN 3 ff.).
- **Stillschweigende (konkludente) Abnahme:** Der Besteller gibt durch sein Verhalten „in irgendeiner Weise zu erkennen“, dass das Werk als vertragsgemäß betrachtet wird (z. B. vorbehaltlose Zahlung des Restwerklohnes, anstandsloser Einzug in ein fertiggestelltes Haus). Das Werk gilt nicht automatisch als abgenommen, wenn der Besteller die Leistung „unter Druck“ in Gebrauch nimmt, beispielsweise weil die bisherige Wohnung geräumt werden muss. Ebenfalls führt eine probeweise Inbetriebnahme oder das Einräumen einer angemessenen Prüfzeit nicht automatisch zur Abnahme ([2] § 640, RN 6 ff.).
- **Abnahme kraft Gesetz (führt zur Abnahmefiktion):** Die Setzung einer angemessenen Frist führt zur Abnahme durch den Unternehmer (z. B. kann die 12-Tage-Frist der VOB/B analog herangezogen werden, ([2] § 640, RN 10).

Bei einem BGB-Vertrag stellt es für den Besteller im Rahmen des gegenseitigen Werkvertrages eine Vertragspflicht dar, das Werk des Unternehmers abzunehmen, es sei denn, es ist offensichtlich, dass das Werk noch nicht fertiggestellt oder mit wesentlichen Mängeln behaftet ist.

Durch die Überarbeitungen des BGB 2002 und 2009 wurde die Position des Unternehmers auch bezüglich der Abnahme nachhaltig verbessert, weil es mit den vorher gültigen BGB-Fassungen beispielsweise möglich war, dass der Besteller die Abnahme mit einer Mangelbehauptung verweigerte, obwohl das Werk tatsächlich mangelfrei war bzw. obwohl kein wesentlicher Mangel vorlag. Der Besteller hat jedoch selbstverständlich auch mit der aktuellen BGB-Fassung von 2009 weiterhin das Recht, die Abnahme bei wesentlichen Mängeln zu verweigern und kann verlangen, dass die Mängel für die Abnahme beseitigt werden (siehe auch Kapitel 7.).

Beachte:

Bei Bauleistungen sollte eine gemeinsame Begutachtung des fertiggestellten Werkes mit anschließender ausdrücklicher, schriftlicher Abnahme erfolgen, da dies in der Regel für beide Parteien den wenigsten Interpretationsspielraum und damit die wenigsten Streitmöglichkeiten bietet. Dazu ist es nötig, dass der Unternehmer gegenüber dem Besteller sein Werk nach Vollendung als abnahmebereit, d. h. als vertragsgerecht erstellt anzeigt. Der Besteller ist daraufhin verpflichtet, das Werk innerhalb einer angemessenen Frist abzunehmen.

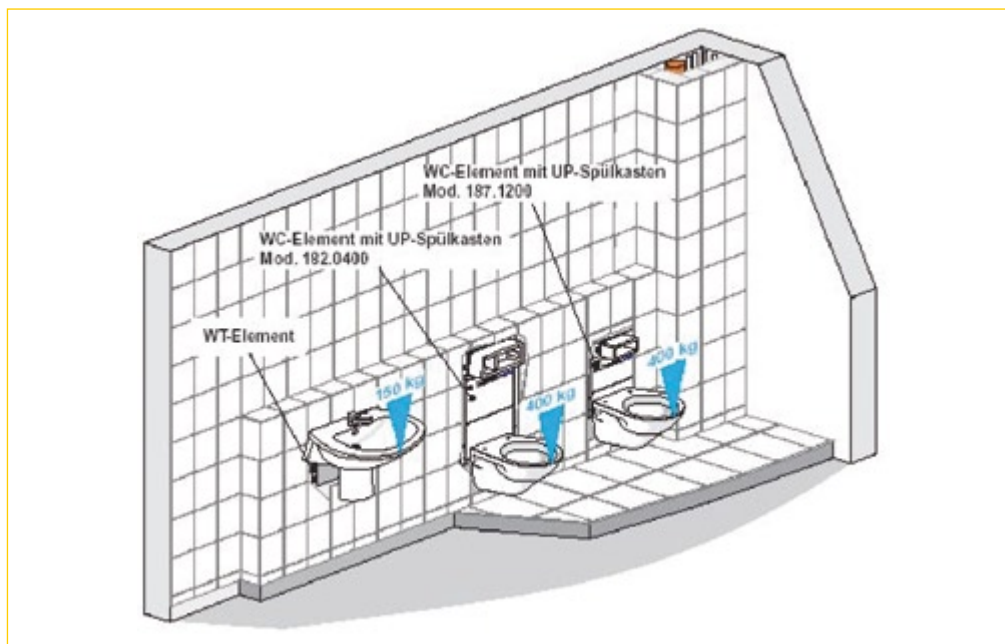
Nimmt der Besteller das Werk nicht innerhalb einer angemessenen Frist ab, kann der Unternehmer – je nach Situation – entweder von einer stillschweigenden Abnahme ausgehen (z. B. bei Ingebrauchnahme „ohne äußeren Druck“), oder er kann eine Abnahme „kraft Gesetz“ erreichen, indem er eine Frist setzt, vgl. dazu auch Abbildung 12, Abbildung 13 und Abbildung 14.



■ **Abbildung 12**
 Fehlt die Dämmung an den Rohrleitungen oder ist sie unzureichend, ist das Werk noch nicht fertiggestellt und damit noch nicht abnahmefähig.



■ **Abbildung 13**
 Die Rohrleitung ist mit Misselon-Robust der Kolektor Missel Schwab GmbH gedämmt, aber die Armaturen müssen noch nachgedämmt werden, erst dann kann eine Abnahme erfolgen.



■ **Abbildung 14**
 Auch das wird erwartet bei der Abnahme – hochwertige Installationselemente, die fachgerecht montiert wurden, müssen bis zu 400 kg statisches Gewicht sicher in das Bauwerk ableiten können, ohne dass sie sich verformen oder Fliesen brechen. In der Regel prüfen Gutachter, ob die eingebauten Elemente und Keramiken übliche Belastungen ohne Schäden überstehen.

6. Zahlungsfristen

Ein Unternehmer hat bei größeren Werkleistungen nicht nur Anspruch auf eine Vergütung, wenn das Werk fertiggestellt ist, sondern er darf auch Teilleistungen abrechnen.

Durch die seit dem 1. Januar 2009 gültige Fassung des BGB kann der Unternehmer jedoch nicht mehr nur in sich geschlossene Teilleistungen des Werkes abrechnen, sondern jederzeit auch unvollendete Teilleistungen. Die Höhe des möglichen Abschlags richtet sich dabei nach dem Wertzuwachs, den der Besteller durch die Leistung des Unternehmers erfahren hat. Die Abschlagszahlung darf wegen geringfügiger Mängel nicht verweigert werden. Der Unternehmer ist bis zu diesem Zeitpunkt vorleistungspflichtig. Der Zahlungsanspruch entsteht und wird fällig bei Fertigstellung und Abnahme des Gesamtwerkes, aber auch bei Fertigstellung und Abnahme von Teilleistungen. Eine Rechnung ist deshalb mit ihrem Zugang beim Besteller zu begleichen. Die Beweispflicht für den Zugang einer Rechnung

liegt beim Unternehmer. Ein Beweis ist z.B. durch Einschreiben mit Rückschein möglich ([2] § 268, RN 29; § 641, RN 2).

In Zahlungsverzug kommt der Besteller dann durch Mahnung und Fristsetzung; ohne diese „Instrumente“ spätestens 30 Tage nach Rechnungszugang. Auf diese letztgenannte Folge muss der Unternehmer, sofern der Besteller eine Privatperson (bzw. Verbraucher im Sinne des § 13 BGB) ist, zu ihrer Wirksamkeit in der Rechnung besonders hinweisen ([2] § 286, RN 28).

Voraussetzung für die Zahlung bzw. den oben genannten Verzugseintritt ist eine nachprüfbare Teil- oder Schlussrechnung. Insbesondere mit der Schlussrechnung muss der Besteller in die Lage versetzt werden, zu überprüfen, ob die abgerechneten Positionen, Materialien und Löhne tatsächlich aufgewendet worden sind ([2] § 641, RN 9a).

Beachte:

Eine in sich geschlossene Teilleistung wäre beispielsweise, wenn ein Unternehmer mehrere Gewerke zur Ausführung erhalten hat (Heizung, Lüftung, Sanitär) und eines dieser Gewerke fertigstellt, z. B. die Heizungsanlage. Er kann für diese fertiggestellte Teilleistung eine Abnahme verlangen und eine Rechnung stellen, auch wenn die übrigen beiden Gewerke noch nicht fertiggestellt sind.

Durch die aktuelle Änderung des BGB 2009 ist es nunmehr möglich, auch für nicht abgeschlossene Teilleistungen eine Abschlagszahlung zu vereinbaren. Deren Höhe richtet sich nach der Höhe des Wertzuwachses für den

Besteller. Auch für gelieferte Materialien kann der Unternehmer Abschlagsrechnungen stellen, beispielsweise für die Anlieferung von Sanitärelementen auf die Baustelle, wenn dem Besteller nach dessen Wahl entweder das Eigentum über die Materialien übertragen oder entsprechende Sicherheit dafür geleistet wird (§ 632a BGB). Wichtig ist aber, dass die Rechnungen so aufgestellt sind, dass der Besteller ohne großen Aufwand die abgerechneten Positionen prüfen kann. Ist die Rechnung nicht nachprüfbar, muss der Besteller diese auch zunächst nicht begleichen, bis der Unternehmer eine prüfbare Rechnung vorlegt.

7. Mangelbegriff

Jeder Unternehmer ist dem Besteller nach dem Werkvertrag dazu verpflichtet, dass das Werk die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit hat. Sofern keine derartigen vertraglichen Regelungen getroffen wurden, muss das Werk zumindest für den vorausgesetzten bzw. gewöhnlichen Gebrauch tauglich sein. Dazu muss es aber den anerkannten Regeln der Technik,

mindestens aber den öffentlich-rechtlichen Mindestanforderungen, entsprechen (siehe unten). Der Unternehmer muss deshalb für sein Werk und für die an den Besteller überlassenen Materialien Gewährleistung übernehmen.

Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Gewährleistungsrechten ist das Vorliegen eines Mangels.

Merke:

Jede für den Besteller ungünstige Abweichung der Ist- von der vertraglich vereinbarten Sollbeschaffenheit des Werkes ist ein **Mangel** ([2], § 633, RN 5).

Ein **unwesentlicher Mangel** liegt vor, wenn es dem Besteller zumutbar ist, die Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäß anzunehmen und sich mit den Mängelrechten aus § 634 zu begnügen ([2] § 640, RN 9).

Der Begriff „Mangel“ wird in § 633 BGB näher erläutert:

„Der Unternehmer hat dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

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

- a) wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst*
- b) 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 Werks erwarten kann.*

Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringer Menge herstellt.“

Das Werk entspricht der vereinbarten Beschaffenheit, wenn die im Werkvertrag zwischen Unternehmer und Besteller festgehaltenen Punkte eingehalten wurden.

Unter der Beschaffenheit sind – neben der natürlichen Beschaffenheit wie z. B. Farbe, Gewicht, verwendete Materialien – alle dem Werk auf Dauer anhaftenden Merkmale zu verstehen, die von Einfluss auf die Wertbildung sind ([2] § 633, RN 5; § 434, RN 10 f.).

Zu dieser Beschaffenheitsvereinbarung gehören auch etwaige Leistungsbeschreibungen, Ausschreibungen, Angebote, Zeichnungen, Bilder etc. ([2] § 633, RN 6), aus denen der Wille des Bestellers für die gewünschten Eigenschaften an das Werk ersichtlich wird. Eine vom Unternehmer veranlasste Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit stellt einen Sachmangel dar, den der Unternehmer zu vertreten hat (siehe auch Kapitel 10.).

Fehlen individuelle vertragliche Vereinbarungen, so ist zu beachten, dass sich das zu erstellende Werk für die vorausgesetzte Verwendung eignen muss, was sich primär an der Funktions- bzw. Gebrauchstauglichkeit zu orientieren hat. Deshalb kann auch die alleinige Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik unzureichend sein und damit einen Mangel darstellen (siehe auch [2] § 633, RN 7).

Sind Angaben über bestimmte Eigenschaften des Werkes nicht erkennbar, greift der Anspruch an die „gewöhnliche Verwendung“. Diese orientiert sich an dem, was in Fachkreisen üblich ist, also in erster Linie an den anerkannten Regeln der Technik (siehe auch Kapitel 2.). Der Unternehmer darf also keine Produkte einsetzen, die den anerkannten Regeln der Technik widersprechen (für Ausnahmen siehe ebenfalls Kapitel 2.).

Merke: Zivilrechtlich geschuldet ist ein mangelfreies Werk.

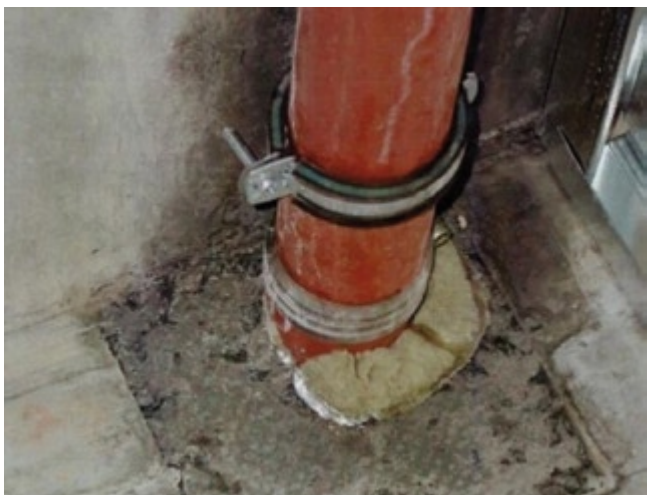
Der Unternehmer haftet gegenüber dem Besteller dafür, dass das Werk

- die (vertraglich) vereinbarte Beschaffenheit aufweist oder
- für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung geeignet ist, sonst zumindest
- für eine Eignung zur „gewöhnlichen Verwendung“ tauglich ist.

Beachte:

Bei Mängeln vertreten Besteller und Unternehmer häufig gegensätzliche Standpunkte, die auch dadurch bedingt sind, dass oft nur mündliche Vereinbarungen oder Veränderungen am Vertrag getroffen wurden. Gerade bei großen und komplexen Werkverträgen sollten möglichst sowohl der eigentliche Vertrag als auch etwaige Änderungen schriftlich festgehalten und vom Besteller und

Unternehmer bestätigt werden. Kommt es zu einem Mangel, siehe auch Abbildung 15 und Abbildung 16, kann es passieren, dass sich eine Partei nicht mehr an mündliche Vereinbarungen erinnern kann (oder will). Dann kann nur ein Beweis die eigene Position rechtfertigen und dieser erbringt sich am leichtesten schriftlich.



■ **Abbildung 15**
Mangelhafte brandschutztechnische Rohrdurchführung mit zusätzlicher Körperschallbrücke. Diese Ausführung stellt einen erheblichen Mangel dar und gefährdet Leben und Gesundheit der Gebäudenutzer.



■ **Abbildung 16**
Mangelfreie Durchdringungen mit Missel Brandschutz-Dämm-Manschetten der Kolektor Missel Schwab GmbH (siehe Abbildung 17) durch eine Brandabschnittsbegrenzung (Deckendurchführung)

■ **Abbildung 17**
Missel Brandschutz-Dämm-Manschetten von der Kolektor Missel Schwab GmbH (von links nach rechts BSM-S, BSM-S 13, BSM-R90, MSA4-BSM und BSM-L) sind weich und besitzen eine Feuerwiderstandsdauer von bis zu 120 Minuten. Damit sind sie für nahezu jede Rohrdurchführung durch Brandabschnittsbegrenzungen ideal geeignet.



8. Mangelbeseitigung

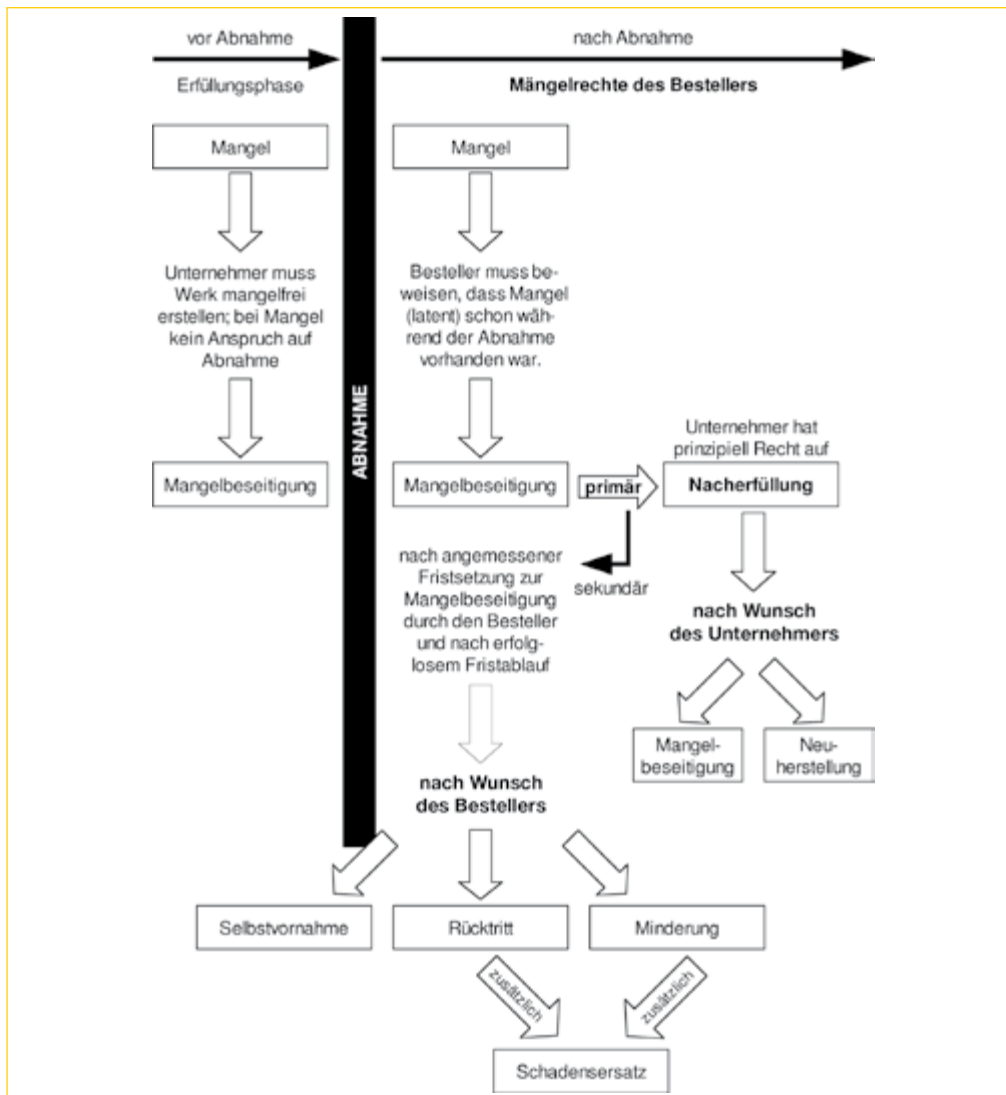
Wenn bei einem Werk ein Mangel festgestellt wurde, muss dieser Mangel beseitigt werden. Dazu billigt § 634 BGB **dem Besteller** mehrere Möglichkeiten zu:

„Ist das Werk mangelhaft, kann der Besteller...

- nach § 635 Nacherfüllung verlangen,
- nach § 637 den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen [auch mit Vor-schuss (§ 637 Abs. 3)]
- nach den §§ 636, 323 und 326 von dem Vertrag zurück-treten oder nach § 638 die Vergütung mindern und
- nach den §§ 636, 280, 281, 283 und 311a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.“

Der Primäranspruch des Bestellers ist dabei die Nacherfüllung (= Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes). Dazu hat **der Unternehmer** jedoch das Recht, nach seiner Wahl entweder den Mangel zu beseitigen oder das Werk neu zu erstellen.

Dieses Recht besitzt der Unternehmer aber nicht für einen beliebig langen Zeitraum. Der Besteller kann ihm zur Besei-tigung des Mangels eine angemessene Frist setzen. Lässt der Unternehmer die Frist verstreichen, ohne dass er den Mangel beseitigt oder zumindest Anstalten dazu trifft, hat er sein Recht auf Nacherfüllung verwirkt. Der Besteller kann dann, ebenso bei Scheitern oder Unmöglichkeit der Nacher-füllung, sekundär die anderen in § 634 BGB genannten Maß-nahmen wie Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz ergreifen. In der Abbildung 18 sind diese Zusammenhänge einfach und übersichtlich dargestellt.



■ **Abbildung 18**
Vorgehensweise bei Mängeln

Eine angemessene Frist muss sowohl den Interessen des Bestellers (schnelle Mangelbeseitigung) als auch denen des Unternehmers (Zeitaufwand für eine ordnungsgemäße Nacherfüllungsleistung) entsprechen. Die für die Nacherfüllung anfallenden Kosten, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, muss der Unternehmer selbst aufwenden. Lässt der Besteller im Wege der Selbstvornahme den Mangel von einer Drittfirma beseitigen, ohne zuvor dem Unternehmer das ihm zustehende Recht auf Nacherfüllung einzuräumen, hat der Besteller keinen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen gemäß § 637 BGB.

Der Unternehmer hat allerdings auch das Recht, die Nacherfüllung zu verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten durchführbar wäre. In diesem Fall hat der Besteller aber trotzdem die weiteren in § 634 BGB genannten Rechte. Gleichfalls kann aber auch der Besteller eine Nacherfüllung durch den Unternehmer verweigern, wenn sie für ihn unzumutbar ist ([2] § 635, RN 5; § 636, RN 16).

Bei einem vorliegenden Mangel steht es im Sinne des § 641 Absatz 3 dem Besteller zu, neuerdings nur noch die doppelte Summe der vermuteten Mangelbeseitigungskosten von einer fälligen Zahlung (siehe Kapitel 6.) zurückzubehalten. Darüber hinausgehender Restwerklohn muss dem Unternehmer ausgezahlt werden. Zahlt der Besteller bei einer Abschlagszahlung den Werklohn nicht, hat der Unternehmer wiederum ein (vorübergehendes) Leistungsverweigerungsrecht, bis der Werklohn ausbezahlt wurde.

Bei der Selbstvornahme (§ 637) hat der Besteller das Recht, den Mangel selbst zu beseitigen bzw. beseitigen zu lassen. Die dafür erforderlichen finanziellen Aufwendungen einschließlich Vorschuss müssen vom Unternehmer erstattet werden.

Der Besteller kann gemäß § 636 auch vom Vertrag zurücktreten. In diesem Fall muss der Unternehmer das erbrachte Werk rückstandsfrei entfernen und dem Besteller eine eventuell bereits erbrachte Vergütung zurückerstatten. Sollte der Unternehmer dieser Verpflichtung nicht nachkommen wollen oder können, so kann der Besteller dafür Schadensersatz verlangen.

Anstelle zurückzutreten, kann der Besteller das mangelhafte Werk aber auch behalten und eine Minderung (§ 638) geltend machen. Zur Berechnung werden u. a. die zu erwartenden Mängelbeseitigungskosten zugrunde gelegt (siehe übernächster Absatz).

Zusätzlich zu Minderung und Rücktritt kann der Besteller auch Schadensersatz verlangen. In diesem Fall ist jedoch das Verschulden des Unternehmers durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit (siehe Kapitel 9.) Voraussetzung.

Minderung und Schadensersatz beinhalten u. a. (siehe dazu auch [10]):

- a) den technischen Minderwert: Dazu zählen alle Nachteile, die trotz oder infolge der Nacherfüllung dem Werk anhaften wie eingeschränkte Benutzbarkeit, Herabsetzung der Lebensdauer, Beeinträchtigung der Gebrauchssicherheit, nachteilige Beeinflussung des Aussehens.
- b) den merkantilen Minderwert: Die nachgebesserte Bauleistung besitzt auf dem Immobilienmarkt einen verminderten Verkaufswert. Gleiches gilt, wenn Nachbesserung nicht möglich ist, wie häufig beim Schallschutz.
- c) die mangelbedingten, erhöhten Unterhaltskosten: Der behobene Mangel führt zukünftig zu erhöhten Aufwendungen des Bestellers.
- d) die Kostendifferenz zwischen der erbrachten und geschuldeten Leistung.
- e) weitere Kosten, z. B. für Gutachter, Rückbau, Schäden an anderen Gewerken etc.

Beachte:

Liegt ein Mangel an einem Gebäude vor, muss zunächst unterschieden werden, ob die Abnahme bereits erfolgt ist. Wurde das Werk noch nicht abgenommen, muss in der Regel der Unternehmer den Mangel auf seine Kosten beseitigen, da er dem Besteller **zum Zeitpunkt der Abnahme** ein mangelfreies Werk schuldet.

Ist die Abnahme bereits erfolgt, kann der Besteller vom verantwortlichen Unternehmer die Beseitigung des Mangels verlangen. Schlägt die Nacherfüllung trotz mehrmaliger Versuche fehl, ist sie unmöglich, unzumutbar oder weigert sich der Unternehmer seiner Verpflichtung in einer angemessenen Frist nachzukommen, kann der Besteller

entweder den Mangel selbst beseitigen, ihn von einer Drittfirma beseitigen lassen, vom Vertrag zurücktreten oder einen geringeren Preis für das Werk bezahlen.

Wird der Besteller durch den Mangel zudem geschädigt, z. B. wegen höherer Energiekosten bei zu geringer Dämmung oder wegen bleibender Nachteile z. B. durch eine Beeinträchtigung der Optik, kann er zusätzlich noch vom Unternehmer Schadensersatz verlangen.

Häufig liegen die Mangelbeseitigungskosten und der Schadensersatz deutlich über der ursprünglichen Vergütung des Unternehmers für die eigentliche Werkleistung, siehe z. B. Abbildung 19 und Abbildung 20.



■ **Abbildung 19**

Mangelbeseitigung an nicht gedämmten Rohrleitungen und Sanitärinstallationen wird teuer, ...



■ **Abbildung 20**

... wenn der Mangel nur durch Rückbau beseitigt werden kann.

9. Verjährungsfristen

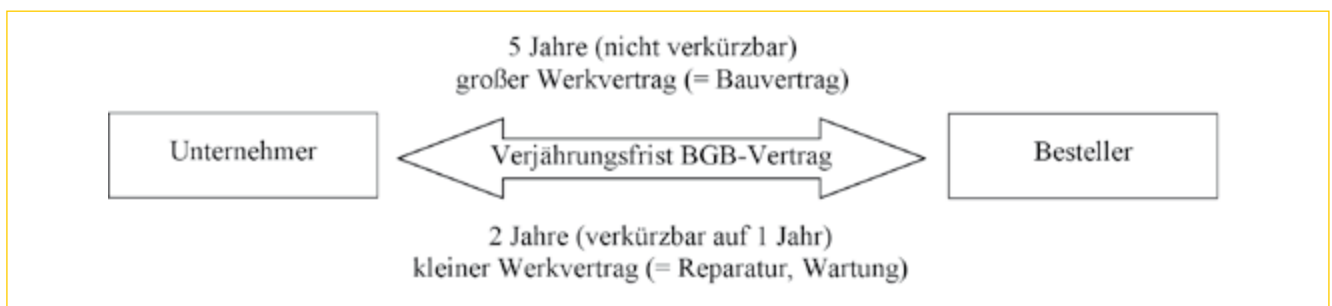
Die Verjährungsfrist ist die Zeit, in der der Unternehmer für die eventuelle Mangelhaftigkeit seines Werkes eintreten und innerhalb der der Besteller seine Gewährleistungsrechte geltend machen muss. Dabei ist unbedingt zu beachten, dass es sich mit den oben genannten Rechten (Nacherfüllung, Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung), die in § 634 ff. niedergelegt sind, um so genannte „verschuldensunabhängige Ansprüche“ handelt (vgl. [2] § 634, RN 1). Das bedeutet, dass der Unternehmer bei einem auftretenden, ausschließlich das Werk selbst betreffenden Mangel, allein für dessen Vorhandensein bzw. für dessen Beseitigung einzustehen hat und es dabei auf ein mögliches Verschulden des Unternehmers gerade nicht ankommt. Dies resultiert aus der Leistungspflicht des Unternehmers im Rahmen des Werkvertrages, dem Besteller ein mangelfreies Werk zu erstellen.

Macht der Besteller seine Gewährleistungsansprüche geltend, so trägt er – wie in Kapitel 7. erwähnt – die Beweislast dafür, dass ein Mangel bzw. die sonstigen Voraussetzungen seines Anspruches vorhanden sind ([2] § 634, RN 12).

Die Verjährungsfrist der Gewährleistungsrechte bei einem Werkvertrag ist abhängig von der Art des Werkvertrages (BGB- oder VOB-Vertrag) und vom Umfang der Arbeiten (kleiner oder großer Werkvertrag). In manchen Fällen kann die Verjährungsfrist auch mittels einer eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingung (AGB) verkürzt werden.

Von einem „kleinen Werkvertrag“ spricht man im Übrigen, wenn es sich um kleine Reparaturen, Wartungsarbeiten oder Arbeiten am Grundstück (z. B. Garten- und Landschaftsbau) handelt. Bei der Neuerstellung eines Werkes (insbesondere Bauwerke einschließlich Planungsleistungen) sowie bei umfangreichen Reparaturen oder Sanierungsarbeiten handelt es sich in der Regel um einen „großen Werkvertrag“.

Die Verjährungsfristen bei einem Werkvertrag nach BGB sind übersichtlich in der folgenden Abbildung 21 dargestellt.



■ **Abbildung 21**

Verjährungsfristen bei einem BGB-Werkvertrag ([2] § 634a, RN 26)

Für unkörperliche Werkverträge wie Planungen von Architekten oder Fachplanern beträgt die Verjährungsfrist im Sinne des § 634a Nr. 2 fünf Jahre ([2] § 634a, RN 10, 11; Beispiele zu Architekten- und Sonderfachleuten: [2] § 634a, RN 14).

Eine Ausnahme von den üblichen Verjährungsfristen besteht dann, wenn der Unternehmer einen Mangel arglistig verschwiegen hat. In diesem Fall greift die regelmäßige Verjährungsfrist ein (siehe Kapitel 9.3).

9.1 Vorsatz

Um Vorsatz handelt es sich, wenn jemand mit Wissen und Wollen in Kenntnis aller Tatumstände handelt oder die Erstellung eines ordnungsgemäßen Werkes pflichtwidrig unterlässt. Dazu zählt auch das Wissen, dass die Unterlassung

rechtswidrig ist und aller Wahrscheinlichkeit nach einem anderen zum Schaden gereicht (vgl. [2] § 276, RN 10). Vorsatz ist auch, wenn ein aus einem bewusst rechtswidrigen Handeln oder Unterlassen entstehender schädlicher Erfolg billigend in Kauf genommen wird.

9.2 Fahrlässigkeit

Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Von grober Fahrlässigkeit spricht man, wenn die erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße verletzt wird und einfachste Überlegungen zu den Folgen einer Handlung nicht angestellt werden ([2] § 276, RN 14; 277, RN 5).

Soweit die Verpflichtung zum Schadensersatz davon abhängt, dass der Unternehmer den Schaden schuldhaft verursacht hat, bedeutet „schuldhaft“ gemäß § 276 BGB „vorsätzlich oder fahrlässig“, wobei oft schon „leichte“ Fahrlässigkeit genügt.

9.3 Verlängerte Gewährleistung durch arglistiges Verschweigen

Am Anfang des Kapitels 9. wurden die Verjährungsfristen für die Gewährleistungsrechte eines Bestellers dargestellt. Zu den genannten, regulären Verjährungsfristen gibt es eine wichtige Ausnahme: § 634a Absatz 3 ordnet die veränderte Verjährung der Ansprüche des Bestellers an, sofern der Unternehmer einen Mangel arglistig verschwiegen hat.

Arglistig verschweigt der Unternehmer einen Mangel, wenn er sich dessen bewusst ist, dass ein bestimmter Umstand (z. B. eine ungeeignete, bauaufsichtlich nicht zugelassene Brandschutzklappe) bzw. ein ihm bekannter Mangel (z. B. Materialfehler) den Besteller u. U. von der Abnahme abhalten würde und er den Umstand nicht offenbart, obwohl er

nach Treu und Glauben hierzu verpflichtet ist. Dabei sind Schädigungsabsichten, Streben nach eigenem Vorteil oder dass der Unternehmer die Folgen der vertragswidrigen Ausführung bewusst in Kauf nimmt, nicht erforderlich (z. B. vertragswidrige Verwendung nicht erprobten Materials, fehlende eigene Sachkunde). Maßgebender Zeitpunkt ist dabei für die Offenbarungspflicht spätestens die Abnahme, ersatzweise die Vollendung des Werkes ([2] § 634a, RN 20).

Die verlängerte Gewährleistung (in der Regel ab Abnahme) kann bei Körper- oder Gesundheitsverletzungen bis zu 30 Jahren, in sonstigen Fällen bis zu 10 Jahren betragen.

Beachte:

Beim BGB-Werkvertrag beträgt die Gewährleistungsfrist in der Regel fünf Jahre. Nur bei kleineren Reparaturen oder Arbeiten verkürzt sich diese auf zwei Jahre und auch nur bei diesen „kleinen“ Werkverträgen dürfen besagte zwei Jahre z. B. mittels AGB auf ein Jahr verkürzt werden. Die Gewährleistungspflicht erhöht sich auf 10 bzw. 30 Jahre, wenn der Unternehmer einen Mangel arglistig verschwiegen hat.

Der Unternehmer hat innerhalb dieser Zeit für sämtliche, seine Gewerke betreffenden Mängel einzustehen.

Die Gewährleistung erstreckt sich allerdings nur auf Mängel, die während der Abnahme bereits (latent) vorhanden waren. Beschädigt beispielsweise der Besteller eine Rohrleitung nach der Abnahme dadurch, dass er mit der Bohrmaschine beim Aufhängen eines Bildes hineinbohrt, muss der Unternehmer diesen Schaden nicht auf seine Kosten beseitigen.

Die Verwendung hochwertiger Produkte kann dabei helfen, Mängel wie z. B. durch Spülkästen erzeugte Körperschallgeräusche zu vermeiden siehe Abbildung 22 und 23.



■ **Abbildung 22**

Bei dieser Spülkastenmontage ohne Schallschutzmaßnahmen muss der Unternehmer mit 5 Jahren Gewährleistung für nicht eingehaltene Schalldruckpegel rechnen, vorausgesetzt der Mangel fällt bei der Abnahme nicht auf.



■ **Abbildung 23**

Die Verwendung von hochwertigen Produkten wie dieser Schwab-Spülkasten mit Missel Körperschalldämmung der Kolektor Missel Schwab GmbH kann den Mangel in Abbildung 22 grundsätzlich vermeiden.

10. Gleichwertigkeit – Austauschbarkeit

Ein oft unterschätztes Gefährdungspotenzial besteht für viele Unternehmer beim Thema „Gleichwertigkeit und Austauschbarkeit“ von geplanten bzw. ausgeschriebenen Produkten und Bauteilen. Entgegen einer weit verbreiteten Meinung gibt es kein eigenmächtiges, technisches Austauschrecht für einen Unternehmer. Ein solches Austauschrecht hat es auch bisher noch nie gegeben, weder nach dem BGB, noch nach der VOB. Jedes in einem Leistungsverzeichnis aufgeführte und vereinbarte Produkt stellt eine Beschaffenheitsvereinbarung im Rahmen eines Werkvertrages dar. Daher begründet auch eine unbedeutende Abweichung vom Leistungsverzeichnis durch eigenmächtigen Austausch eines Produktes einen Mangel (siehe Kapitel 7.), selbst wenn das verwendete Produkt möglicherweise sogar besser als das vereinbarte ist ([2] § 633, RN 6).

Richtig ist, dass für öffentliche Ausschreibungen die VOB/A und der Zusatz „oder gleichwertig“ vorgeschrieben sind. Hier kann ein Unternehmer ein seiner Meinung nach gleichwertiges Produkt als Alternative vorschlagen. Dazu ist in VOB/A § 21 Nr. 2 zu lesen:

„Eine Leistung, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen abweicht, darf angeboten werden, wenn sie mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist. Die Abweichung muss im Angebot eindeutig bezeichnet sein. Die Gleichwertigkeit ist mit dem Angebot nachzuweisen.“

Gleichwertig bedeutet „in allen wesentlichen Punkten gleich“. Das hat der Unternehmer durch Unterlagen von dritter Seite, (Prüfberichte, Zulassungen usw.) nachzuweisen. Ist beispielsweise eine reißfeste Wärmedämmung für Rohrleitungen ausgeschrieben, ist der Austausch mit anderen Dämmungen, die diese Eigenschaft nicht besitzen, unzulässig, da eine wesentliche Eigenschaft – die Reißfestigkeit – nicht eingehalten wird.

In einem Urteil des OLG Düsseldorf [11] heißt es dazu unmissverständlich:

„Gibt der AG im LV zu erkennen, dass er Wert auf die Einhaltung eines bestimmten Produktes legt, dann stellt der Einbau des Produktes einer anderen Marke einen Mangel dar. In diesem Falle kann der AG Nacherfüllung in Form des Ausbaus und Neueinbaus verlangen.“

Damit ist klargestellt, dass die „vereinbarte Beschaffenheit“ und somit die Mangelfreiheit der Leistung nur dann erreicht wird, wenn das vereinbarte Produkt eingebaut wurde. Wird ein anderes Produkt eingebaut, sei es nun gleichwertig oder höherwertig, ist die vereinbarte Beschaffenheit nicht erreicht und das Werk mangelhaft. Der AG hat in diesem Falle Anspruch auf Nacherfüllung.“

Der Fachverband SHK Bayern informierte daraufhin seine Mitglieder [12]:

„Ein Sachmangel liegt vor, wenn der Auftragnehmer [Unternehmer] ein „anderes“ als das bestellte Werk herstellt. Ein „anderes“ als das bestellte Werk liegt vor, wenn der AN ein anderes Fabrikat, ein anderes Material, eine andere Beschaffenheit, aber auch eine andere Farbe usw. einbaut. Damit ist nunmehr gesetzlich geregelt, dass der AN, insbesondere bei einer vereinbarten Beschaffenheit der Werkleistung, kein technisches Austauschrecht hat; er hat auch dann kein Austauschrecht, wenn die eingebaute Sache „gleichwertig“ oder gar „höherwertig“ ist.“

Grundsatz:

Wird ein anderes als das bestellte Werk hergestellt, ist das Werk von vornherein mangelhaft. Dies wird damit begründet, dass mit der Herstellung des „anderen“ Werkes die subjektive Erwartung des AG [Bestellers] nicht erfüllt wird.“

Bietet ein Unternehmer bei einer Ausschreibung mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ also ein anderes Produkt an, weist die Gleichwertigkeit gegenüber dem Bauherrn bzw. dessen Erfüllungsgehilfen (z. B. Planer) glaubhaft nach und wird der Werkvertrag mit dieser Vereinbarung geschlossen, dann gilt das von ihm vorgeschlagene Alternativprodukt als nunmehr vertraglich festgelegte Leistung und entspricht damit dem Willen des Bestellers. Aber Vorsicht: Ein eigenmächtiger Austausch gegen ein weiteres, drittes Produkt ist auch hier wiederum nicht zulässig.

Beachte:

Kein vernünftiger Kunde würde ein hochwertiges, neues Premium-Auto bezahlen und dann aber mit einem alten, klapprigen Kleinwagen nach Hause fahren. Trotzdem scheinen viele Unternehmer genau das zu glauben. Nichts anderes bedeutet es, wenn ein ausgeschriebenes und angebotenes Produkt ohne Kenntnis und Einverständnis des Bestellers ausgetauscht wird.

Leider ist auf der Baustelle diese Vorgehensweise relativ häufig anzutreffen. Manche Unternehmer versprechen sich einen höheren Gewinn durch einen eigenmächtigen Austausch, andere nehmen etwas anderes, weil der Großhändler das Gewünschte gerade nicht auf Lager hat.

Es können Materialien und Fabrikate auf der Baustelle ausgetauscht werden, aber nur dann, wenn der Besteller von der Gleichwertigkeit überzeugt wurde und den Austausch (schriftlich) genehmigt hat. Ein eigenmächtiges Austauschen des Unternehmers von Produkten, die er angeboten hat, ist nicht zulässig.

Die Begründung liegt in § 633 BGB. Demnach hat der Unternehmer zum Zeitpunkt der Abnahme ein mangel-freies Werk abzuliefern. Zur Mangelfreiheit zählt u. a. auch, dass die Materialien und Produkte verbaut wurden, die zwischen Besteller und Unternehmer vereinbart wurden (Beschaffensvereinbarung, siehe u. a. auch Kapitel 7.). Das vom Unternehmer unterbreitete Angebot wird, wenn es vom Besteller so beauftragt wird, damit Bestandteil dieser Beschaffensvereinbarung und darf damit eigenmächtig vom Unternehmer nicht mehr geändert werden. Der Nachweis der Gleichwertigkeit betrifft alle Eigenschaften des Produktes. Wenn das ausgeschriebene Produkt beispielsweise reißfest und mit einer weißen Farbe sein soll, ist ein nicht reißfestes, graues Produkt nicht gleichwertig, siehe dazu Abbildung 24 und 25.



■ **Abbildung 24**

So war das nicht ausgemacht... Anstatt der vereinbarten, hochwertigen Dämmung hat der Installateur eigenmächtig ein anderes, billigeres Dämmmaterial verwendet bzw. Teile der Dämmung weggelassen.



■ **Abbildung 25**

Nach Einspruch des Bauherrn und Einschaltung eines Gutachters musste der Installateur das vorherige Dämmmaterial auf seine Kosten entfernen und entsorgen und die vereinbarte Dämmung der Kolektor Missel Schwab GmbH, inklusive der Körperschall-dämmung für den Spülkasten, neu montieren.

11. Literaturverzeichnis

- [1] Musterbauordnung (MBO)
Fassung vom November 2002
- [2] Palandt, O.: Bürgerliches Gesetzbuch
C. H. Beck - Verlag, 65. Auflage, 2006.
- [3] BGH, Urteil vom 14.05.1998, VII ZR 184/97
- [4] Bohl, T.
VDI-Bericht Nr. 599, Seite 91
- [5] Urteil des Reichsgerichtes vom 11. Oktober 1910,
IV 644/10, RGSt 44, 76, (79)
- [6] IKZ Haustechnik Heft 14/2004
Fachverband SHK Bayern, Info Recht 5/2004
BGH, Urteil vom 22.01.04, VII ZR 419/02
BGH, Urteil vom 15.04.04, VII ZR 129/02
Immobilien Wirtschaft und Recht 7+8/2004
- [7] BGH, Urteil vom 22.01.04, VII ZR 419/02
- [8] Fachverband SHK Bayern, Info Recht 4/2005
- [9] Englert, K.; Katzenbach, R.; Motzke, G.: Kommentar
zur VOB/C Syst V, Rdziff. 1ff.; C.H.Beck-Verlag
BGH, Urteil vom 17.06.04, VII ZR 75/03
- [10] BGH, Urteil vom 09.01.03, VII ZR 181/00
Baurechts-Report 4/03
Institut Technischer Ausbau, Info 31.10.03
- [11] OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.06.02, 5 U 61/01
Baurechts-Report 12/02
Institut Technischer Ausbau, Info vom 31.10.03
siehe auch BGH, Urteil vom 07.03.02, VII ZR 1/00
- [12] Fachverband SHK Bayern, Info 3/2002
- [13] Werner, U.; Pastor, W: Der Bauprozeß
Werner-Verlag, 11. Auflage, 2000
- [14] BGB – Fassung 2009

Kolektor Missel Schwab GmbH
Siemensstraße 5
D-70736 Fellbach/Stuttgart
Telefon +49 711 53080
Telefax +49 711 5308128
info@missel.de



Herausgeber: Kolektor Missel Schwab GmbH

© Kolektor Missel Schwab GmbH, Fellbach/Stuttgart

Nachdruck – auch auszugsweise – nur mit Genehmigung der Kolektor Missel Schwab GmbH
2. Auflage 2009-07

Autoren: Alexander von Ahnen, Dipl.-Ing. (FH), Freiberuflicher Ingenieur und Sachverständiger
Dr. Bernd Hanel, Leiter Forschung und Entwicklung der Kolektor Missel Schwab GmbH

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr und nach bestem Wissen. Änderungen auf Grund neuer Erkenntnisse und gesetzlicher Änderungen behält sich der Herausgeber vor. Juristische Einzelfälle werden durch das Merkblatt nicht abgedeckt.



SCHWAB

