

# ZAHLUNGS- VERWEIGERUNG BEI VORGESCHOBENEN MÄNGELN

**Kanzlei am  
Steinmarkt**

RECHTSANWÄLTE  
FACHANWÄLTE

Kanzlei am Steinmarkt  
Steinmarkt 12  
93413 Cham

**Dr. Andreas Stangl | Rechtsanwalt**

Fachanwalt Bau- und Architektenrecht  
Fachanwalt Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Telefon: 0 99 71 / 85 40 – 0  
Telefax: 0 99 71 / 4 01 80  
E-Mail: [info@kanzlei-am-steinmarkt.de](mailto:info@kanzlei-am-steinmarkt.de)

## Zahlungsverweigerung bei vorgeschobenen Mängeln

<b>INHALTSVERZEICHNIS</b>	<b>02</b>
<b>1. Einleitung / Ausgangslage</b>	<b>03</b>
<b>2. Ausgangslage</b>	<b>04</b>
<b>3. Fragestellung</b>	<b>06</b>
3.1. Mangelbeschreibung	08
3.2. Mangelbegriff	09
3.3. Mangelbewertung (Höhe und Sowiesokosten)	17
3.4. Mängelbeseitigung anbieten	18
3.5. Zusammenfassung	19
<b>4. Ziel</b>	<b>20</b>
4.1. Beseitigung / Reduzierung des Leistungsverweigerungsrechts	20
4.2. Sicherung der Vergütung	22
4.2.1. Arbeitseinstellung, § 16 Abs. 5 Nr. 5 VOB/B	23
4.2.1.1. Bedeutung für die Praxis	23
4.2.1.2. Voraussetzungen der Arbeitseinstellung	24
4.2.1.3. Einwendungen des Auftraggebers	25
4.2.2. Unsicherheitseinrede, § 321 BGB	27
4.2.2.1. Bedeutung für die Praxis	27
4.2.2.2. Voraussetzungen der Unsicherheitseinrede	28
4.2.3. Sicherungshypothek des Bauunternehmers, § 648 BGB	30
4.2.3.1. Bedeutung für die Praxis	31
4.2.3.2. Vereinbarung der Sicherheit	32
4.2.3.3. Stellung der Sicherheit	32
4.2.3.4. Verwertung der Bauhandwerkersicherungshypothek	35
4.2.4. Bauhandwerkersicherung, § 648a BGB	36
4.2.4.1. Bedeutung für die Praxis	38
4.2.4.2. Vereinbarung der Sicherheit	39
4.2.4.3. Stellung der Sicherheit	40
4.2.4.4. Rechtsfolgen der Nichtstellung	46
4.2.5. Sperrkonto, § 17 Abs. 6 VOB/B	48
4.2.5.1. Bedeutung für die Praxis	48
4.2.5.2. Voraussetzungen der Sperrkontoeinzahlung	48
4.3. Zusammenfassung	50
<b>5. Zusammenfassung</b>	<b>51</b>

## Zahlungsverweigerung bei vorgeschobenen Mängeln

### 1. Einleitung/Ausgangslage

„Baust Du noch oder klagst Du schon?“, so könnte die provokante Ausgangsfrage lauten. Es ist leider immer häufiger zu beobachten, dass Auftragnehmer mit „unsinnigen“ bzw. kaum nachvollziehbaren Mängelrügen überhäuft werden. Damit wird versucht, die Schlussrechnung mit Mängeleinwendungen zu bezahlen.

Es ist müßig, die gesetzlichen Regelungen zu kritisieren. Es sind die gegebenen Spielregeln für das „Gesellschaftsspiel Mangel am Bau und im Garten“. Deshalb sollte sich der Auftragnehmer besser darauf konzentrieren, das Beste aus der Situation zu machen.

Die am Bau Beteiligten sollten über ein Basiswissen im Umgang mit Mängeln am Bau verfügen. Es gilt eine Art „Knigge“ im Umgang mit Mängeln am Bau zu beherrschen. Mängel am Bau können vorkommen, weshalb es wichtig ist, zu wissen, wie man hierauf reagieren muss. Nur wer die rechtlichen Rahmenbedingungen kennt, kann Fehler vermeiden. In der Baupraxis treten zahlreiche Fehlerquellen auf, die auftraggeberseitig ausgenutzt werden, insbesondere das „Leistungsverweigerungsrecht“, umgangssprachlich als „Zurückbehaltungsrecht“ bezeichnet, wird missbraucht. Nachfolgende Übersicht zeigt einige Problemfelder auf.

#### **Cham, den 11. April 2012, Rechtsanwalt Dr. Andreas Stangl**

- Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
- Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht
- Dozent IHK Akademie in Ostbayern GmbH

#### **Freizeichnung:**

Dieses Skript wurde in bestmöglicher Sorgfalt erstellt. Es kann aber nicht das Spruchmaterial aller deutschen Gerichte berücksichtigen. Folglich ist je nach den Einzelfallumständen mit abweichenden Gerichtsentscheidungen zu rechnen. Hinzu kommen technische Neu- bzw. Weiterentwicklungen. Der Autor übernimmt hinsichtlich Sach- und Vermögensschäden keinerlei Gewährleistung für evtl. vorhandene Unvollständigkeiten, ungenaue Angaben oder Fehler sowie hinsichtlich einer Änderung von Gesetzen, Rechtsprechung, Vorschriften, technischen Normen und Regeln.

Die Verwendung dieses Skripts oder einzelner Teile davon geschieht ausschließlich auf eigene Verantwortung des Erwerbers oder Verwenders.

Dieser vorstehende Haftungsausschluss gilt nicht, soweit die vorgenannten Mängel bzw. Risiken auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Autors zurückzuführen sind.

## 2. Ausgangslage

Die Situation am Bau ist davon gekennzeichnet, dass Auftraggeber durch vorgeschobene Mängel relativ einfach die Zahlung verweigern können.

### Beispiel:

Auftragnehmer (AN), ein „Galabauer“, hat Anspruch auf Werklohn in Höhe von € 10.000,00. Der Auftraggeber (AG) kann einen angemessenen Teil der Vergütung verweigern; angemessen ist in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten, § 641 Abs. 3 BGB. Der AG kann die Vergütung zunächst undifferenziert einbehalten, d. h. € 10.000,00. Der „Druckzuschlag“, gedacht, um den AN zur Mängelbeseitigung anzuhalten, wird missbraucht zur Zahlungsverzögerung, obwohl aus Sicht des AN der Beseitigungsaufwand überschaubar wäre. Der AN muss die Mängel beseitigen bzw. zumindest den Umfang der zu erwartenden Mängelbeseitigungskosten reduzieren, um die Vergütung bzw. einen Teil der Vergütung zu erhalten.

Es droht die „Bezahlung“ der Schlussrechnung mit Mängeln.

Die maßgebliche Vorschrift, die den Mängleinwand zu Lasten des Auftragnehmers potenziert, ist § 641 Abs. 3 BGB, der nicht nur beim BGB-Vertrag, sondern auch beim VOB/B-Vertrag gilt:

### **§ 641 Abs. 3 BGB – Fälligkeit der Vergütung:**

*(3) Kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen, so kann er nach der Fälligkeit die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern, angemessen ist in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.*

Dabei zeichnet sich das Grundproblem bereits ab. Liegt überhaupt ein Mangel vor, wenn ja, welche Kosten der Mängelbeseitigung sind angemessen? Der angemessene Teil der Vergütung beträgt in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten. Dabei wird nicht auf die vereinbarten Kosten abgestellt, sondern auf die Kosten der Mängelbeseitigung, was nicht identisch ist!

Dabei verfolgen die Vertragspartner in einer derartigen Situation verschiedene Taktiken, um ihr Ziel zu erreichen.

Auftraggebertaktik	
<b>Ziel des Auftraggebers</b>	Zahlung unberechtigt verzögern oder verweigern
<b>Mittel</b>	Mängel behaupten
<b>Wirkung</b>	Leistungsverweigerungsrecht des Auftraggebers

Auftragnehmertaktik	
<b>Fragestellungen</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Existenz des behaupteten Mangels?</li> <li>- Existenz des einbehaltenen Geldes?</li> </ul>
<b>Ziel</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Beseitigung/Reduzierung des Leistungsverweigerungsrechts</li> <li>- Sicherung der Vergütung</li> </ul>

Nachfolgend soll die Situation übersichtsartig aus Sicht des Auftragnehmers näher betrachtet werden.

### 3. Fragestellung

Der Auftragnehmer muss sich zunächst überlegen, ob es im konkreten Fall sinnvoll ist, Mängel zu beseitigen. Wirtschaftlich betrachtet ist es notwendig, sich die Frage zu stellen, ob die Mängel nur vorgeschoben sind bzw. ob durch Beseitigung der Mängel auch tatsächlich die Vergütung realisiert werden kann. Deshalb sollte, wenn man nicht schon von Beginn an den Vertragspartner hinsichtlich der Bonität überprüft hat, spätestens nun ernsthaft über diese Fragen der Liquidität des Auftraggebers nachgedacht werden.

#### **MERKE:**

Der Auftragnehmer sollte die Bonität des Auftraggebers stets prüfen, da grundsätzlich der Auftragnehmer in Vorleistung geht. Dabei ist die Prophylaxe das wichtigste Instrument. Auftragnehmer sollten es sich daher zur Gewohnheit machen:

- vorteilhafte Zahlungspläne zu vereinbaren,
- Sicherheiten zu vereinbaren (kleine Bürgschaft als „Lackmustest“),
- Zahlungsanreize durch geschickte Skontovereinbarungen schaffen,
- Teilabnahme vereinbaren, da Pflanzarbeiten wesentlich später als Bauarbeiten erfolgen.

Ausgangspunkt aus Sicht des Auftragnehmers ist – wenn eine Mängelrüge vorliegt – zunächst einmal, die Mängelbehauptung des Auftraggebers zu prüfen. Keinesfalls „Kopf in den Sand“ stecken und in die Defensive drängen lassen.

Risiken des Auftragnehmers sind beispielsweise:

- Recht auf Nacherfüllung geht mit Fristablauf verloren, damit droht eine teure Ersatzvornahme durch Dritte.
- Durchsetzung der Vergütung nicht möglich bzw. reduziert sich, da Situation nicht geklärt wird.

### Prüfung der Mängelbehauptung

Mangel genau beschreiben lassen (Ort, Art, Umfang)

Mangel am Mangelbegriff prüfen, Abgrenzung zur Garantie!

- Vereinbarte Beschaffenheit + anerkannte Regeln der Technik
- Vertraglich vorausgesetzte Verwendung
- Gewöhnliche Verwendung

Mangelbewertung

(Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten, Sowiesokosten)

Vergütung in „unstreitige“ und „streitige“ Forderung trennen  
(zusätzlich Druckzuschlag x 2)

Mängelbeseitigung anbieten bzw. durchführen

(Nacherfüllungsrecht, Wahl der Mängelbeseitigung, Annahmeverzug des AG)

Nachfolgend wird auf die einzelnen Punkte der vorstehenden Übersicht näher eingegangen, um Sinn und Zweck der Auftragnehmermaßnahmen besser zu verstehen.

### **3.1. Mangelbeschreibung**

Der Auftragnehmer sollte unverzüglich nach einer Mängelbehauptung den Kontakt mit dem Auftraggeber suchen und sich die Mängelsymptome nach Ort, Art, Umfang näher beschreiben lassen.

Dies dient dazu:

- a) die Mängelbehauptung einzugrenzen bzw. zu konkretisieren, um deren „Wahrheitsgehalt“ besser einschätzen zu können. Es gibt Mängelbeschreibungen, die für das Gewerk unpassend sind, weil sie entweder darauf schließen lassen, dass sie erfunden oder aber einem anderen Gewerk zuzuordnen sind.
- b) die Konkretisierung auch für gezielte Mängelbeseitigungsmaßnahmen hilfreich ist, um diese wirtschaftlich durchführen zu können. Es macht wenig Sinn, vor Ort zu erscheinen um feststellen zu müssen, dass das richtige Werkzeug bzw. nicht ausreichend Personal vorhanden ist, um die Mängelbehauptung abzuarbeiten.
- c) die Konkretisierung auch für die gezielte Weitergabe der Mängelrüge an etwaige Nachunternehmer erforderlich.
- d) die Konkretisierung der Mängelsymptome hilft, den Auftraggeber „festzunageln“, was das Mangelbild betrifft. Es kann hilfreich sein, nach einer Mängelbehauptung unverzüglich vor Ort (unangemeldet) zu erscheinen, um den Auftraggeber zu überraschen bzw. von Mitarbeitern zu erfahren, dass die beschriebenen und behaupteten Mängel unbekannt sind.

Sofern die Mängelbeschreibung einen „Wahrheitsgehalt“ hat, sollte auch in rechtlicher Hinsicht überprüft werden, ob ein Mangel im Rechtssinn vorliegt.

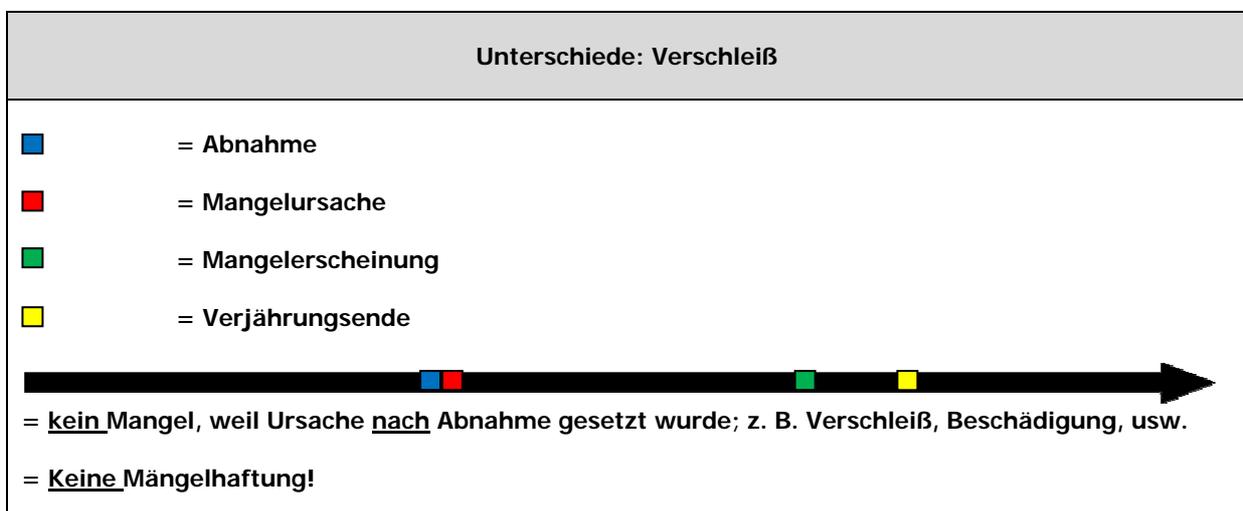
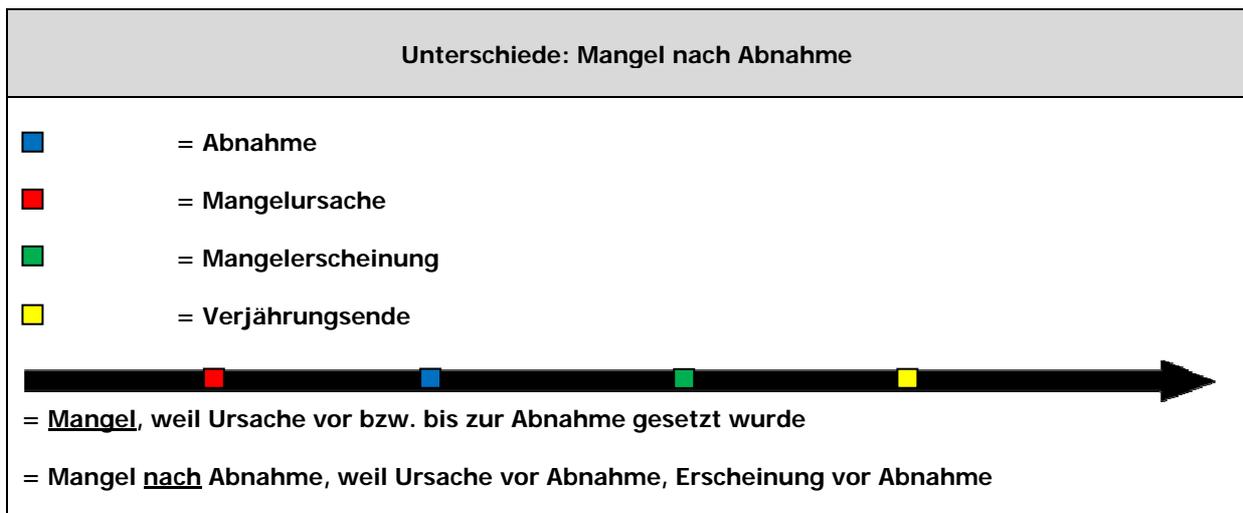
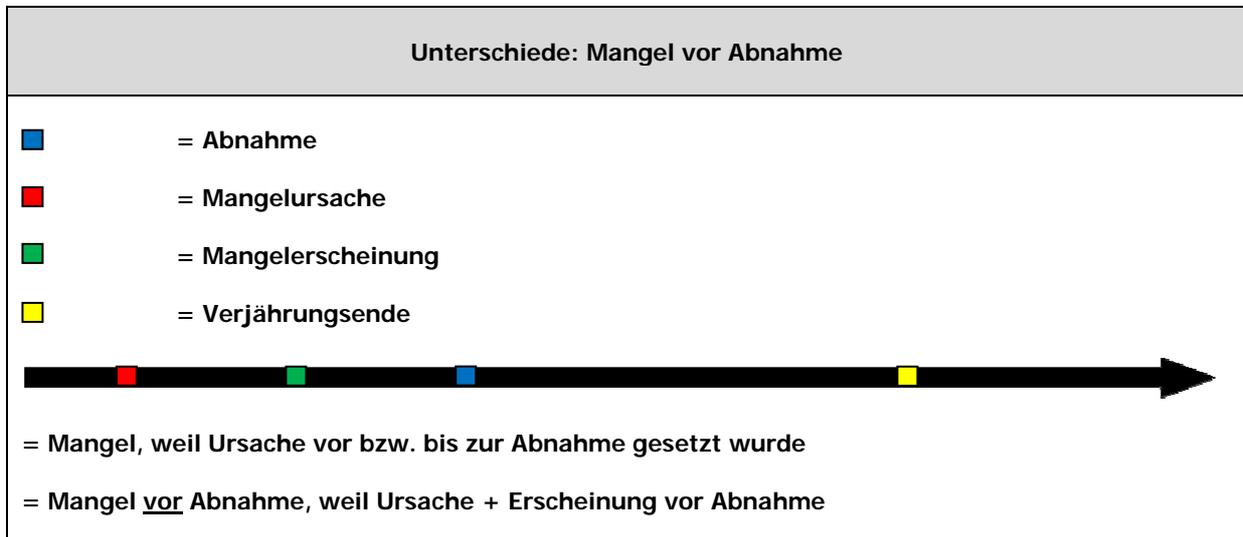
### 3.2. Mangelbegriff

Der Begriff des Mangels ist abzugrenzen von Begriffen wie Garantie und Verschleiß. Gerade im Gartenbau kommt dieser Abgrenzung besondere Bedeutung zu. Schnell wird der Auftragnehmer für einen eingegangene Pflanze zur Verantwortung gezogen bzw. wegen Verfärbungen des Naturproduktes Stein oder Holz. Der Auftragnehmer sollte sich im eigenen Interesse in sprachlicher Disziplin üben. Insbesondere der Begriff „Garantie“ sollte „tabu“ sein und nur dort eingesetzt werden, wo er auch bewusst eingesetzt werden soll.

Die am Bau Beteiligten verwechseln häufig – unbewusst – diese Begriffe, was insbesondere auftragnehmerseitig zu einer ungewollten Fehlinterpretation führt mit der Konsequenz, dass jede nachteilig auftretende Erscheinung innerhalb der Mängelfrist automatisch einen Mangel im Rechtssinn darstellt. Die Begriffe sind zu unterscheiden:

<b>Unterschiede Mängel, Verschleiß, Garantie</b>
<b>Mangel (= Gewährleistung kraft Gesetz)</b>
Ein Mangel liegt nur vor, wenn bei Abnahme bereits vorhanden bzw. dieser dem Keime nach angelegt war
<b>Verschleiß (= keine Haftung; Auftraggeberrisiko)</b>
Ein Verschleiß liegt vor, wenn nach Abnahme durch Abnutzung oder Witterung nachteilige Veränderungen auftreten.
<b>Garantie (= Haftung kraft Versprechen/Vereinbarung)</b>
Eine Garantie liegt vor, wenn unabhängig vom Zeitpunkt der Abnahme durch den Auftraggeber beispielsweise eine besondere Eigenschaft oder eine Mangelfreiheit für einen bestimmten Zeitraum versprochen wird

Nachfolgende Grafiken sollen die Unterschiede verdeutlichen, die sich durch Unterscheidung „Mangelursache“ und „Mangelercheinung“ und zeitliche Abfolge ergeben.



### Unterschiede: Garantie

- = Abnahme
- = Mangelursache
- = Mangelercheinung
- = Verjährungsende
- = Garantieende



= kein Mangel, weil Ursache nach Abnahme gesetzt wurde, z. B. Verschleiß, Beschädigung, usw.

= Garantiefall, wenn Ursache + Ereignis innerhalb Garantizeit

### Unterschiede: Garantie + Mangel nach Abnahme

- = Abnahme
- = Mangelursache
- = Mangelercheinung
- = Verjährungsende
- = Garantieende



= Mangel, weil Ursache vor bzw. bis zur Abnahme gesetzt wurde

= Mangel nach Abnahme, weil Ursache vor Abnahme, Erscheinung nach Abnahme

= Garantiefall, wenn Ursache + Ereignis innerhalb Garantizeit

Unterschiede: keine Garantie + kein Mangel

- = Abnahme
- = Mangelursache
- = Mangelerrscheinung
- = Verjährungsende
- = Garantieende



= kein Mangel, weil Ursache nach Abnahme gesetzt wurde

= kein Garantiefall, weil Ursache + Ereignis nach Garantizeit

Aus der vorstehend genannten Unterscheidung ergibt sich, dass nicht jede nachteilige Erscheinung innerhalb der Mängelfrist nachzubessern ist. Ein Mangel liegt nur vor, wenn diese Erscheinung bereits *bei* der Abnahme vorhanden war.

Der Mangelbegriff hat sich zum Nachteil des Auftragnehmers verändert. Mit der Schuldrechtsreform vom 01.01.2002 wurde das BGB erheblich verändert. Im Zuge dieser Gesetzesänderung wurde auch die VOB/B, beginnend mit der Ausgabe 2002, entsprechend überarbeitet.

Bei der Neuregelung wurden einige Veränderungen vorgenommen; wobei nachfolgend zwischen BGB und VOB/B 2009 differenziert wird. Vorab aber ein Schaubild zu den Veränderungen in den Mangelbegriffen bei den Mangelatbeständen in BGB und VOB/B. Dabei gibt es kaum sprachliche Unterschiede:

§ 633 BGB a. F.	§ 633 BGB	§ 13 Nr.1 VOB/B 2000	§ 13 Abs.1 VOB/B 2009
Fehlen einer vertraglich zugesicherten Eigenschaft	Fehlen der <i>vereinbarten</i> Beschaffenheit	Fehlen einer vertraglich zugesicherten Eigenschaft	Fehlen der <i>vereinbarten</i> Beschaffenheit
<i>Fehler</i>	Fehlen der Eignung zur <i>vertraglich vorausgesetzten</i> Verwendung	<i>Fehler</i>	Fehlen der Eignung zur <i>vertraglich vorausgesetzten</i> Verwendung
	Fehlen der Eignung für die <i>gewöhnliche</i> Verwendung		Fehlen der Eignung für die <i>gewöhnliche</i> Verwendung
		Verstoß gegen die <i>anerkannten Regeln der Technik</i>	Verstoß gegen die <i>anerkannten Regeln der Technik</i>
	<i>Rechtsmangel</i>		.
	<i>Falschherstellung</i>		.
	<i>Teilhaerstellung</i>		.

Der Mangelbegriff ist nahezu deckungsgleich, sowohl in der Altfassung als auch in der Neufassung.

Der Mangelbegriff des BGB unterscheidet sich inhaltlich aber nicht vom Mangelbegriff der VOB/B.

**MERKE:**

Der Mangelbegriff unterscheidet sich im BGB und bei der VOB/B nicht.

Lediglich die „Anerkannten Regeln der Technik“ werden in der VOB/B selbständig aufgeführt, was aber keine inhaltliche Abweichung zum Mangelbegriff des BGB darstellt.

Im Ergebnis erfolgt zumindest dem Wortlaut nach eine

**wesentliche Ausdehnung des Mangelbegriffs**

durch den Wegfall der Einschränkung

**„Aufhebung oder Minderung der Gebrauchstauglichkeit“**

Die Leistung ist nun bereits dann mangelhaft, wenn sie **nicht die vereinbarten Beschaffenheitsmerkmale** aufweist,

- **unabhängig** davon, ob ihre Gebrauchstauglichkeit dadurch vermindert oder sogar aufgehoben wird und
- **unabhängig** davon, ob der Auftraggeber hierdurch Nachteile erleidet.

Das Mängelhaftungssystem des **BGB** und der **VOB/B** zeigen sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede auf. Auf einige der größten **Unterschiede** soll mit nachfolgender Aufzählung hingewiesen werden:

- Nach § 13 Abs. 2 VOB/B wird der Spezialfall einer Leistung nach Probe geregelt und dieser dem Sachmängelhaftungssystem nach § 13 Abs. 1 VOB/B gleichgestellt.
- Nach § 13 Abs. 3 VOB/B wird der AN unter den dort genannten Umständen von der Sachmängelhaftung frei.
- Nach § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B beträgt die Verjährungsfrist für Mängelansprüche bei Bauwerken 4 Jahre, wobei der Anspruch auf Mängelbeseitigung durch schriftliche Mängelrüge verlängert werden kann.
- Nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 VOB/B wird dem AG nur ein Anspruch auf Mängelbeseitigung eingeräumt. Im Gegensatz zum BGB ist der AG nicht berechtigt, nach erfolglosem Ablauf der dem AN gesetzten, angemessenen Nacherfüllungsfrist vom Vertrag zurücktreten oder Minderung zu verlangen. Ein Recht zum Rücktritt scheidet bei VOB/B aus.
- Nach § 13 Abs. 6 VOB/B berechtigt den AG nur in den dort genannten wenigen Fällen zur Minderung.
- Nach § 13 Abs. 7 VOB/B wird der Schadensersatzanspruch des AG eingeschränkt gegenüber BGB.

Der Auftragnehmer schuldet einen funktionalen Werkerfolg, nicht nur die Erbringung der hierfür anfallenden Leistungen<sup>1</sup>. Die zentrale Frage ist die Erfüllung des „Erfolg-Solls“, das sich nicht in der bloßen Abarbeitung der Leistungsbeschreibung erschöpft. Wird das „Erfolg-Soll“ verfehlt, liegt ein Mangel vor.

Beim Mangel muss zwischen Sachmängeln und Rechtsmängeln unterschieden werden, wobei im Baubereich der Streit meist nur Sachmängel, weniger Rechtsmängel betrifft.

Die Definition des Sachmangels ist in § 633 Abs. 2 BGB und § 13 Abs. 1 VOB/B nun **3-stufig** aufgebaut, wobei ergänzend die Fälle der Falschherstellung/Teilhaerstellung mitgeregelt wurden. Die Erfolgsbezogenheit des Werkvertragsrechts darf dabei nicht übersehen werden. Ein Werk muss funktionstüchtig sein, „funktionaler Mangelbegriff“.

Mangelbegriff des Werkvertragsrechts		
Erfolg		
Vereinbarte Beschaffenheit	Vertraglich vorausgesetzte Verwendung	Gewöhnliche Verwendung + übliche Beschaffenheit

Das Werk hat danach unter folgenden Voraussetzungen einen **Sachmangel**, wobei folgende Prüfungsreihenfolge zweckmäßig ist:

Stufen	Soll-Beschaffenheit der Werke
Stufe 1	Vereinbarte Beschaffenheit
Stufe 2	Vertraglich vorausgesetzte Verwendung
Stufe 3	Gewöhnliche Verwendung + übliche Beschaffenheit

<sup>1</sup> Ständige Rechtsprechung BGH-BauR 1995, 230; BGH-BauR 2000, 411; BGH BauR 2001, 823

Dies bedeutet vereinfacht dargestellt:

#### STUFE 1

Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit.

Das Werk ist mangelhaft, wenn es im Zeitpunkt der Abnahme nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat bzw. zumindest die allgemein anerkannten Regeln der Technik (Mindeststandard) einhält.

#### FRAGE:

Was steht im Vertrag, d.h. im LV, den Plänen usw. bezüglich Fabrikats- und/oder Typenvorgaben oder die vereinbarte Ausführungsart?

Anknüpfungspunkt ist immer der Vertrag!

#### STUFE 2

Fehlen der Eignung zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung.

Ein Werk ist mangelhaft, wenn es sich für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung nicht eignet.

Parteien einigen sich nicht über einzelne Beschaffenheitsmerkmale, sondern nur über die Verwendung des Werks.

#### FRAGE:

Was steht im Vertrag, in Bezug auf die Nutzung des Bauvorhabens?

Anknüpfungspunkt ist immer der Vertrag!

#### STUFE 3

Fehlen der Eignung für die gewöhnliche Verwendung und

Fehlen der übliche Beschaffenheit, die der Auftraggeber nach der Art der Leistung erwarten kann.

Liegt weder eine Beschaffenheitsvereinbarung noch eine Abweichung von der vertraglich vorausgesetzten Verwendung, vor, so ist das Werk mangelhaft, wenn es

- sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet oder
- nicht eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art des Werks erwarten kann.

#### FRAGE:

Wie wird der Auftraggeber gewöhnlich die Leistung verwenden?

Was kann der Auftraggeber üblicherweise für eine Leistung erwarten?

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wurde erwogen im Werkvertragsrecht des BGB eine ausdrückliche Regelung des Inhalts einzustellen, dass grundsätzlich die **anerkannten Regeln der Technik** einzuhalten sein sollen. Der Wortlaut der VOB/B erwähnt in § 13 Abs. 1 VOB/b die anerkannten Regeln der Technik ausdrücklich.

#### **Anerkannte Regeln der Technik:**

Dazu gehören alle bautechnischen Regeln, die sich in der **Wissenschaft als richtig** durchgesetzt haben **und** sich auch in der **Baupraxis als richtig** bewährt haben.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Ingenstau/Korbion, VOB, Teile A und B, § 4 Abs. 2 VOB/B, Rn. 40, 47 ff., 17. Auflage 2010; Heiermann/Riedel/Rusam, Handkommentar zur VOB, Teile A und B, § 4 VOB/B, Rn. 36 ff., 11. Auflage, 2008

Dass, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist, die anerkannten Regeln der Technik einzuhalten sind, sah der Gesetzgeber nicht als zweifelhaft an. Eine Erwähnung würde eher zu Missverständnissen verleiten, wonach der Auftragnehmer seine Leistungspflicht schon dann erfüllt hat, sobald nur diese Regeln eingehalten sind, auch wenn das Werk dadurch nicht die vertragsgemäße Beschaffenheit erlangt hat. Deshalb wurde von einer **Ergänzung im BGB Abstand genommen**.<sup>3</sup>

Obwohl im **BGB** nicht erwähnt, wird man den Begriff der „anerkannten Regeln der Technik“ zusätzlich als eine Art Mindeststandart in den § 633 BGB mit hineinlesen müssen.<sup>4</sup>

In der **VOB/B** wird in § 13 Abs. 1 VOB/B nach wie vor ausdrücklich bestimmt, dass die Leistung des Auftragnehmers nur dann mangelfrei ist, wenn sie im Zeitpunkt der Abnahme den anerkannten Regeln der Technik entspricht.

Damit weicht die VOB/B zwar im Wortlaut vom BGB nicht aber vom Inhalt der gesetzlichen Mangeldefinition in § 633 Abs. 2 BGB ab.

In der Baupraxis werden die Begriffe „anerkannte Regeln der Technik“, „Stand der Technik“ und „Stand der Wissenschaft und Technik“ häufig verwechselt. Dies ist risikobehaftet, da sich hinter den Begriffen andere „Anforderungen“ ergeben. Sprachliche Ungenauigkeiten sollten deshalb bei Gericht bzw. Sachverständigen hinterfragt werden.

Der Begriff der allgemein anerkannten Regeln der Technik umfasst alle überbetrieblich technischen Normen, zu denen die DIN-Normen, die ETB (Einheitliche Technische Baubestimmungen des Instituts für Bautechnik), die Richtlinien des VDI, die Flachdachrichtlinien usw. gehören, sowie die mündlich überlieferten technischen Regeln<sup>5</sup>. Geschriebene Regeln können nachrangig sein, wenn sie nicht mehr den neuesten Stand wiedergeben<sup>6</sup>. Nötigenfalls muss dies mit Sachverständigengutachten geklärt werden.

Es besteht eine **Vermutung, dass kodifizierte Regelwerke die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben**. Diese **Vermutung ist widerlegbar**.

Wichtige DIN-Normen für Bauleistungen sind Bestandteil der VOB/C. Kenntnisse über Bedeutung und Inhalt der VOB/C sind daher unabdingbar.

Herstellerrichtlinien, die von einer Reihe von Unternehmen für ihre Produkte bzw. Systeme herausgegeben werden, stehen den anerkannten Regeln der Technik nicht gleich!

**MERKE:**

Herstellerrichtlinien können, müssen aber nicht mit allgemein anerkannten Regeln der Technik übereinstimmen. Auftragnehmer sollte sich selbst informieren und nicht „blind“ den Herstellerangaben vertrauen.

Der Auftragnehmer muss also zunächst prüfen, ob das behauptete Mängelsymptom tatsächlich ein Mangel im Rechtssinn ist.

<sup>3</sup> BT-Drs. 14/1640, 616 f.

<sup>4</sup> Ingenstau/Korbion, VOB, Teile A und B, § 13 Abs. 1 VOB/B, Rn. 11, 17. Auflage 2010

<sup>5</sup> BGH BauR 1995, 230

<sup>6</sup> BGH BauR 1998, 872

### 3.3. Mangelbewertung (Höhe und Sowiesokosten)

Der Auftragnehmer ist darlegungs- und beweispflichtig für die Höhe der Mängelbeseitigungskosten, um das „undifferenzierte“ Leistungsverweigerungsrecht des Auftraggebers zu reduzieren.

Dabei darf sich der Auftragnehmer keinen Illusionen hingeben, da grundsätzlich nicht die kalkulierten Kosten des eigenen Vertrages maßgeblich sind, sondern die Kosten einer Mängelbeseitigung – gegebenenfalls durch Dritte. Allerdings – wenn auch nicht zutreffend – ist es häufig hilfreich, einen Bezug zum eigenen Vertrag zu schaffen, um so den Mängelbehauptungen hinsichtlich der Höhe nachweisbare Zahlen entgegensetzen zu können. Dabei bietet es sich an, die Positionen aus dem eigenen Vertragswerk heranzuziehen, obwohl dies nicht richtig ist. Zumindest sind aber gegebenenfalls zusätzliche Aus- und Einbau- bzw. Mehrkosten (Materialpreiserhöhung) zu berücksichtigen.

Der Auftragnehmer sollte bei der Bewertung der Höhe der Mängelbeseitigungskosten aber die Beteiligung des Auftraggebers nicht vergessen.

Fakt ist zwar, dass der Auftragnehmer unabhängig von der vertraglichen Leistungsbeschreibung verpflichtet ist, ein funktionstaugliches Werk herzustellen, damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob er dies auf der Grundlage der vertraglich vereinbarten Vergütung leisten muss, oder ob ihm für Leistungen, die über den geschuldeten Leistungsumfang hinaus gehen, eine Zusatzvergütung zusteht.

Sofern für die Funktionsfähigkeit Leistungen erforderlich sind, die im Vertragspreis noch nicht berücksichtigt sind, sind die Aufwendungen als so genannte „Sowiesokosten“ zu berücksichtigen und vom Auftraggeber zusätzlich zu vergüten.

Der Auftragnehmer hat in einer derartigen Situation Anspruch auf die Übernahme derjenigen Kosten, um die das Werk bei ordnungsgemäßer Ausführung von vornherein teurer gewesen wäre. Der Berechnung der Sowiesokosten ist die Ursprungskalkulation des Bauvertrags zugrunde zu legen<sup>7</sup>.

Der Anspruch des Auftragnehmers auf zusätzliche Vergütung wird erst nach Durchführung der eigenen Mängelbeseitigungsarbeiten fällig. Zwar kann der Auftragnehmer nicht die Mängelbeseitigung von einer vorhergehenden Bezahlung der Zusatzvergütung abhängig machen, er kann aber die Sicherstellung seines Anspruchs auf Zusatzvergütung verlangen<sup>8</sup>.

Sollte der Auftraggeber die geforderte Sicherheit verweigern, kann der Auftragnehmer seinerseits die Nacherfüllung (Mängelbeseitigung) verweigern.

<sup>7</sup> BGH BauR 2000, 411; BGH BauR 1999, 37

<sup>8</sup> BGH BauR 1984, 395

**MERKE:**

Der Auftragnehmer muss unbedingt die Mängelbeseitigungskosten nachweisbar ermitteln unter Berücksichtigung etwaiger Sowiesokosten. Für Letztere kann er vor Ausführung der Mängelbeseitigung Sicherheit verlangen.

Auf Basis dieser Ermittlung sollte der Auftragnehmer seine offene Werklohnforderung differenzieren in unstreitige und streitige Forderungen. Gegebenenfalls können unstreitige Forderungen bereits gerichtlich durchgesetzt werden.

**3.4. Mängelbeseitigung anbieten**

Der Auftragnehmer sollte eine Mängelrüge des Auftraggebers unter Fristsetzung stets ernst nehmen.

Dem Auftraggeber sollte kein Vorwand geliefert werden, eine angebotene Mängelbeseitigung wegen Fristablauf abzulehnen.

Hinderungsgründe sollten frühzeitig kommuniziert werden. Die Reaktion des Auftraggebers sollte dabei beachtet werden.

Im Zweifelsfall sollte vorsichtshalber von der Beibehaltung der auftraggeberseitig gesetzten Frist ausgegangen werden. Ob eine gesetzte Frist angemessen war oder nicht, wird letztendlich nur ein Gericht später kostenintensiv klären. Schließlich ist man Auslegungszwängen Dritter ausgesetzt, die im Vorherein kaum prognostizierbar sind.

Der Ablauf einer Mängelbeseitigungsfrist ist für den Auftragnehmer nachteilig.

Das Gesetz regelt nicht die Frage, ob der Auftragnehmer sein Nacherfüllungsrecht mit Ablauf der vom Auftraggeber gesetzten Frist verliert. Der BGH hat dazu sowohl für die alte als auch für die neue Rechtslage entschieden<sup>9</sup>. Danach muss der *Auftraggeber* ein *Nacherfüllungsangebot* des Auftragnehmers *nicht mehr annehmen, wenn der Auftragnehmer eine ihm zur Nacherfüllung gesetzte Frist fruchtlos hat verstreichen lassen* (VOB-Vertrag und neues BGB) oder mit der Nachbesserung in Verzug geraten ist (altes BGB). Diese Meinung wurde ohnehin bereits zum VOB-Vertrag vertreten.

Ein Nachbesserungsrecht des Auftragnehmers nach fruchtlosem Fristablauf ist nicht damit zu vereinbaren, dass der Auftraggeber das Recht hat, das Vertragsverhältnis nach seinem Willen zu gestalten<sup>10</sup>.

**MERKE:**

Auftragnehmer muss darauf achten, sein Nacherfüllungsrecht nicht zu verlieren.

<sup>9</sup> BGH, IBR 2003, 185

<sup>10</sup> Vorwerk, BauR 2002, 173

### 3.5. Zusammenfassung

Der Auftragnehmer sollte eine Mängelbehauptung umgehend prüfen. Bereits eine Aufforderung zur Konkretisierung kann hilfreich sein, um den Wahrheitsgehalt der Auftraggeberbehauptungen prüfen zu können. Zumindest werden dadurch zielgerichtete Mängelbeseitigungsmaßnahmen erleichtert. Es ist eine Frage des Einzelfalls, ob man aufgrund eines „Überraschungseffektes“ den Auftraggeber überrumpeln kann, um dessen vorgeschobene Mängelbehauptungen zu entlarven. In derartigen Fällen kann ein überraschender Besuch auf eine konkrete Mängelrüge hin hilfreich sein.

Es ist für den Auftragnehmer stets hilfreich, die Mängelbehauptung, die eventuell technisch sogar gegeben ist, rechtlich zu prüfen. Bereits die Abgrenzung zwischen Mangel und Garantie ist in der Baupraxis nicht geläufig. Gerade Auftraggeber und deren „Hilfspersonal“, d. h. Architekten, Ingenieure und Bauleiter, haben eigenartige Vorstellungen in Bezug auf diese Begrifflichkeiten. Manchmal ist bereits ein Hinweis auf die Beweislast hilfreich, um im Streitfall nicht jede Mängelbehauptung „schlucken“ zu müssen. Nach Abnahme ist der Auftraggeber für Mängel beweispflichtig.

Sofern tatsächlich Mängel vorliegen, muss die Rechtsfolgenseite betrachtet werden. Die Auftragebertaktik, den gesamten Werklohn einzubehalten, oder die Vergütung nur minimal zahlen zu müssen, muss frühzeitig unterlaufen werden.

Deshalb ist es für den Auftragnehmer ein Muss, entweder die Mängel zeitnah zu beseitigen oder aber in der Übergangszeit, bzw. wenn Mängel unter Schwierigkeiten zu beseitigen sein werden, die Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten eingrenzen. Dabei darf die Beteiligung des Auftraggebers, beispielsweise bei Soviesokosten, nicht außer Betracht bleiben.

Der Auftragnehmer sollte sich auch nicht scheuen, gegebenenfalls unstrittige Forderungen beizutreiben. Kleinere streitige Forderungen dürfen den Blick nicht darauf verstellen, dass eine unstrittige Forderung rechtlich durchsetzbar ist.

## 4. Ziel

Das Ziel des Auftragnehmers ist es, das Leistungsverweigerungsrecht zu beseitigen bzw. zu reduzieren und zumindest für die Übergangszeit die Vergütung zu sichern.

Nach der Mängelbeseitigung bzw. nach einem erfolgreichen Rechtsstreit, soll die Vergütung auch tatsächlich realisierbar sein.

### 4.1. Beseitigung / Reduzierung des Leistungsverweigerungsrechts

In dieser Situation ist zu beobachten, dass viele Auftragnehmer sowohl vor Gericht, aber auch außerhalb des Gerichts, durch ungeschickte Vergleichsformulierung unnötige Risiken eingehen.

Es muss Ziel sein – gerade der anwaltlichen Vertretung des Auftragnehmers – Vergleichstexte „sicher“ zu formulieren.

Der Auftragnehmer sollte im Rahmen des Vergleiches versuchen, die Streitsumme möglichst gering zu halten. Die gesamte Werklohnforderung sollte in drei Teilbereiche gegliedert werden:

- a) fälliger Werklohn (nach Abzug unstreitiger und strittiger Einbehalte),
- b) unstreitiger Einbehalt
- c) strittiger Einbehalt

Der Auftragnehmer muss versuchen, mit dem Auftraggeber Schnittmengen zu schaffen. Sofern bei der Werklohnforderung, auch unter Berücksichtigung streitiger und unstreitiger Einbehalte, zumindest eine Restwerklohnforderung verbleibt, sollte im Rahmen der vergleichsweisen Regelung dieser fällige Werklohnanteil sofort ausbezahlt werden.

Die verbleibende Vergütung, die sich aufteilt in unstreitige und strittige Einbehalte, sollte ebenfalls untergliedert werden. Bei den strittigen Einbehalten könnten vergleichsweise Regelungen getroffen werden, in denen diese Beträge geteilt werden bzw. die Maßnahme durch den Auftragnehmer durchgeführt wird, der Auftraggeber aber einen Teil des Geldes dafür bezahlt. Die Gestaltungsmöglichkeiten sind hier vielfältig.

Bei den unstreitigen Einbehalten muss ebenfalls sorgfältig formuliert werden, damit der Auftragnehmer letztendlich an seine berechnete Vergütung gelangt.

Meist erschöpft sich der schnell formulierte Vergleich in einer Vergütung „Zug um Zug“ gegen Beseitigung bestimmter näher aufgeführter Mängel. Dabei wird folgendes übersehen:

- a) Es müssen im Regelfall sämtliche Mängel beseitigt werden, damit die Vergütung bezahlt wird. Wenn nur ein einziger Mangel nicht beseitigt wird, wird die gesamte Vergütung nicht fällig, obwohl der Wert dieses „Restmangels“ geringfügig ist.
- b) Es gibt keine unabhängige Person, die entscheidet, ob die Mängel tatsächlich beseitigt sind. Sofern der Auftraggeber später bestreitet, dass die Mängel bzw. ein Teil der Mängel beseitigt wurden, kann der Gerichtsvollzieher diese „Zug um Zug“-Urteile nicht vollstrecken. Die Durchsetzung der Werklohnforderung wird damit erheblich behindert.

.....