

- Vortrag -

- VOB/B aktuell -

# Sicher streiten: Neues aus dem Baurecht

Rechtsanwalt Ari-Daniel Schmitz LL.M.

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Lehrbeauftragter an der FH Münster University of Applied Sciences

12. F+P Fliesen und Platten Forum

Ruhrturm Essen

16.06.2023

## Fachkanzlei für Bau- und Architektenrecht



**Christoph Stähler**  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht,  
Fachanwalt für Arbeitsrecht



**Lukas G. Probst**  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht,  
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht



**An-Daniel Schmitz LL.M.**  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht,  
Fachanwalt für Versicherungsrecht



**Stephan Deckert**  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, daneben  
Tätigkeitsschwerpunkt Insolvenzrecht



**Christian Siebert**  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht,  
Fachanwalt für Vergaberecht



**Sarah Kothke**  
Rechtsanwältin



**Christian Tordat**  
Rechtsanwalt

7 Rechtsanwälte

davon 5 Fachanwälte für Bau- und Architektenrecht

davon 5 Lehrbeauftragte der Fachhochschule Münster

Darüber hinaus weitere Fachanwaltschaften und Spezialisierungen

**Ausgelagerte Rechtsabteilung für die am Bau beteiligten Unternehmen und Planungsbüros**

## Übersicht:

### I. Vorab: BGH Brandaktuell

- BGH, Urteil vom 19.01.2023, Az.: VII ZR 34/20 (Mängel vor Abnahme)
- BGH, Beschluss vom 01.02.2023, Az.: VII ZR 882/21 (Stundenlohnabrechnung)
- BGH, Urteil vom 16.03.2023, Az.: VII ZR 94/22 (Verbraucherbauvertrag)

### II. Einleitung

### III. OLG Oldenburg, Urt. v. 14.05.2021, Az.: 2 U 122/20

- Schnittstellenkoordination ist Auftraggebersache

### IV. OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.05.2022, Az.: 22 U 149/21 & OLG Düsseldorf, Urt. v. 02.12.2022, Az.: 22 U 113/22

- Bedenkenanzeige richtig (!) und an den Richtigen (!)

### V. Jurgeleit im Kompendium des Baurechts 2020 – Mangelhaftung

- Haftungsbefreiung, wenn bei gebotener Prüfung der Fehler nicht erkannt werden konnte

### VI. OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.10.2022, Az.: 22 U 231/21

- Auch die Haltbarkeit/Dauerhaftigkeit ist vereinbarte Beschaffenheit

## I. Vorab – BGH Brandaktuell

### 1. BGH, Urteil vom 19.01.2023, VII ZR 34/20

Ist die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart worden, hält § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) ebenso wie die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) bei Verwendung durch den Auftraggeber der Inhaltskontrolle nicht stand. Die Kündigungsregelung in **§ 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002)** benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und **ist daher unwirksam**.

**Übersetzt:** Das Recht kennt die „frei Kündigung“ des AG (§ 648) und die „Kündigung aus wichtigem Grund“ (§ 648a BGB). Bedeutung hat dies insbesondere für die Abrechnung des Bauvorhabens. Aus wichtigem Grund kann der AG (und der AN) aber nur dann kündigen, wenn „... die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses (...) nicht mehr zugemutet werden kann“. Nach § 4 Abs. 7 VOB/B kann aber schon wegen geringer Mängel gekündigt werden. Eine Abwägung erfolgt nicht. Das macht die Bestimmung unwirksam.

**Für die Praxis:** Kündigt der AG nach Fristsetzung wg. Mängeln vor Abnahme und stellt sich heraus, dass die Fortsetzung zumutbar gewesen wäre, ist die Kündigung eine frei Kündigung!

## I. Vorab – BGH Brandaktuell

### 2. BGH, Beschluss vom 01.02.2023, Az.: VII ZR 882/21

Der Unternehmer muss zur schlüssigen Begründung eines nach Zeitaufwand zu bemessenden Vergütungsanspruchs im Ausgangspunkt nur darlegen und gegebenenfalls beweisen, wie viele Stunden für die Erbringung der Vertragsleistungen mit welchen Stundensätzen angefallen sind.

**Es ist Sache des Bestellers, eine Begrenzung der Stundenlohnvergütung dadurch zu bewirken**, dass er Tatsachen vorträgt, aus denen sich die Unwirtschaftlichkeit der Betriebsführung des Unternehmers ergibt. Auch soweit in Frage steht, ob es sich bei den abgerechneten Stunden um Nachbesserungsarbeiten handelt, obliegt es dem Besteller, diese Umstände darzulegen.

**Übersetzt:** Um seine Werklohnklage so zu begründen, dass das Gericht sich ernsthaft mit der Klage beschäftigt, musste der Unternehmer bisher darlegen, welche konkreten Arbeiten durch welche Personen in der angegebenen Zeit erfolgt sind (so noch KG, *Urteil vom 29.02.2000 - 4 U 1926/99*). In den letzten Jahren hat sich dieser strenge Maßstab zugunsten des Handwerkers immer weiter verbessert. Es bleibt aber dabei, dass die Abrechnung im Stundenlohn vereinbart sein muss (vgl. § 2 Abs. 10 VOB/B).

Für die Praxis: Die Abrechnung im Stundenlohn in der gerichtlichen Praxis hat sich verändert – wo man früher nu schlechte (!) Vergleiche erzielt hatte, hat sich die prozessuale Risikoverteilung zugunsten des Unternehmers deutlich verschoben! Das lässt sich auch für vorgerichtliche Verhandlungen nutzen. Denn der Auftraggeber muss jetzt konkret Tatsachen vortragen, wonach die Stunden nicht angefallen sein sollen.

## I. Vorab – BGH Brandaktuell

### 3. BGH, Urteil vom 16.03.2023, Az.: VII ZR 94/22

Wird ein Neubau durch die Vergabe einzelner Gewerke und nicht insgesamt mit einem Vertragspartner erstellt, so handelt es sich bei den Verträgen **der einzelnen Gewerke nicht um einen Verbraucherbauvertrag!**

**Übersetzt:** Gem. § 650a BGB gelten für Bauverträge besondere Bestimmungen – unter anderem hat der Unternehmer das Recht, von dem Auftraggeber eine Bauhandwerkersicherung gem. § 650f BGB zu verlangen. Dieses Recht ist beim öffentliche Auftraggeber und bei Verbraucherbauverträgen ausgeschlossen (§ 650f Abs. 6 BGB). In 2022 hatten mehrere OLG's entschieden, dass auch dies auch für Einzelgewerkevergabe gelten soll. Zu Unrecht – so der BGH.

**Für die Praxis:** Bei dem Recht des Unternehmers, eine Bauhandwerkersicherung zu verlangen, handelt es sich wohl um die mächtigste „Waffe“ des Unternehmers. Dies wurde durch Oberlandesgerichte in 2022 „entschärft“ – ist nun vom BGH aber wieder „scharf“ geschaltet. Die Hürde ist jetzt (nur) die Frage, ob es ein Bauvertrag ist – wenn dies so ist, kann das Einzelgewerk (außer beim öAG) z.B. kündigen, wenn die Sicherheit nicht gestellt wird.

## II. Einleitung

Big-Point: Bau-Soll richtig bestimmen - § 633 Abs. 2 S.1BGB; § 13 Abs. 1 S. 2 VOB/B

**Der Auftraggeber schuldet die „vertraglich vereinbarte Beschaffenheit“**

Die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit (Bau-Soll) ist die  
*„berechtigte Erwartung des Auftraggebers“*, **„auszulegen“** aus:

- Vertrag & Leistungsverzeichnis
- Vertragsbedingungen (VOB/C, BVB, ZVB, ATV, ZTV),
- vorvertraglichen Unterlagen (z.B. Skizzen, Vorkorrespondenz),
- Umstände (Verkaufsprospekte, Bauschild, Bauvorhaben),
- anerkannte Regeln der Technik (OLG Köln, Urt. v. 16.03.2016 – 16 U 63/15),
- Herstellervorgaben (OLG Hamm, Urt. v. 02.09.2015 – 12 U 199/14),
- gesetzliche und behördliche Bestimmungen,
- Funktionalität (BGH, Urt. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05),
- Qualitätsstandard (BGH, Urt. v. 21.11.2013 – VII ZR 275/12),
- *Haltbarkeit/Dauerhaftigkeit* (BGH, Urt. v. 31.08.2017 – VII ZR 5/17).

### III. OLG Oldenburg, Urt. v. 14.05.2021, Az.: 2 U 122/20

1. Übernimmt ein Hallenbauer vertraglich die Planung und Ausführung einer Metallbauhalle, aber nicht die Planung und Ausführung der für diese Halle vorgesehenen Glasfassade, kann die Auslegung ergeben, dass er dem Besteller die ordnungsgemäße Montage einer zur Glasfassade passenden Tropfkante nach vorheriger Abstimmung mit dem die Glasfassade herstellenden Unternehmer schuldet (eingeschränkte Funktionalität des Gesamtgewerks).
2. Den Besteller trifft eine Obliegenheit, die Herstellung der Glasfassade und insbesondere die Schnittstelle beider Gewerke an der Tropfkante mit dem Hallenbauer abzustimmen. Beauftragt der Besteller einen Glasbauer mit der Herstellung der Glasfassade, ergibt die Auslegung regelmäßig, dass der Glasbauer im Verhältnis zum Besteller die Einhaltung dieser Obliegenheit werkvertraglich übernommen hat.
3. Dessen Versäumnis muss sich der Besteller als Mitverschulden anspruchsmindernd zurechnen lassen.

**Der Fall:** Im Zuge der Errichtung einer Halle schließt sich an das Metallbaugewerk (Hallenbau) die Glasfassade des Fensterbauers an. Da die vom Metallbauer montierte (notwendige) Tropfkante für die Glasfassade ungeeignet ist, bricht sie der Fensterbauer ab. Es kommt zum Feuchteschaden. Der AG nimmt den Metallbauer in Anspruch, da sein Gewerk mangelhaft ist. Zu Recht?

**Entscheidung:** Ja, aber! – Der Auftraggeber trägt eine erhebliche Mitschuld (hier:  $\frac{3}{4}$ ). Denn ihm obliegt die Koordinierungspflicht der einzelnen Gewerke.

**Für die Praxis:** Oft wird vorgerichtlich mit dem AG wegen Mängeln verhandelt. Ist der AG aber „mitverantwortlich“ so muss auch er sich an den Kosten beteiligen. Das Urteil ist sicherlich nicht unumstritten – aber ein wichtiger weiterer Baustein in der Argumentation – Stichwort Schnittstellenkoordination!



#### IV. OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.05.2022, Az.: 22 U 149/21 &

#### OLG Düsseldorf, Urt. v. 02.12.2022, Az.: 22 U 113/22

1. Der Unternehmer haftet selbst dann für einen Mangel, wenn dieser auf die vom Besteller erstellte Leistungsbeschreibung oder auf eine Anordnung des Bestellers zurückzuführen ist. Etwas anderes gilt, wenn der Unternehmer ordnungsgemäß Bedenken angemeldet hat.
2. Ein Bedenkenhinweis muss inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Dem Besteller müssen die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Werkausführung konkret dargelegt werden.
3. Der Bedenkenhinweis muss zudem an den Besteller selbst gerichtet werden. Zwar kann im Einzelfall auch ein Mitarbeiter oder ein Bauleiter des Bestellers für einen Bedenkenhinweis empfangsberechtigt sein. Wenn dieser sich jedoch dem Bedenkenhinweis verschließt, müssen die Bedenken an den Besteller selbst gerichtet werden.

**Der Fall:** Es gibt unendlich viele Fälle zu diesem Themenbereich. Dabei sind die Sachverhalte immer identisch. Die Bedenkenanzeige ist schriftlich (!) an den Vertragspartner (!) zu richten (nicht an den Planer oder den Bauherrn (wenn man SUB-Unternehmer ist)). Mit der Bedenkenanzeige muss nicht nur das Problem, sondern auch die Folgen verdeutlicht werden, sonst ist die Anzeige inhaltlich unzureichend

**Für die Praxis:** Eine solche Bedenkenanzeige: „(...) zeigen wir hiermit Bedenken an. Nach den Planungsdetails sollen wir den Anschluss (...) ausführen. Wir weisen darauf hin, dass dies nicht den Herstellervorgaben und den Regeln der Technik entspricht. Wenn wir von Ihnen bis zum xx.xx.2023 nichts hören gehen wir davon aus, dass Sie unsere Bedenken nicht teilen.“, ist keine ordnungsgemäße Bedenkenanzeige und bringt mehr Probleme als dass sie das Problem löst.

## V. Jurgeleit im Kompendium des Baurechts 2020 – Mangelhaftung

Der Unternehmer wird von der Mängelhaftung frei, **wenn er bei gebotener Prüfung die Fehlerhaftigkeit** einer Leistungsbeschreibung, einer verbindlichen Anordnung des Auftraggebers, vorgeschriebener Stoffe oder Bauteile oder einer Vorleistung **nicht erkennen konnte**.

**Übersetzt:** Der Auftragnehmer haftet für Mängel verschuldensunabhängig. Er ist aber von der Haftung befreit wenn

- bindende Vorgaben des Auftraggebers vorliegen (z.B. Planung, Vorgewerk)
- der Unternehmer seiner gebotenen Prüfungspflicht nachgekommen ist und
- er die daraus erwachsenen Bedenken dem AG schriftlich und inhaltlich richtig angezeigt hat.

**Für die Praxis:** Die Hintergründe, warum dem Unternehmer vorgeworfen wird, dass sein Gewerk mangelhaft sei, können sehr vielschichtig sein. Den reinen Ausführungsfehler kann auch ein guter Bauanwalt oft nicht „retten“ – wenn aber andere Aspekte hineinspielen, z.B. fehlerhafte Planung, fehlerhaftes Vorgewerk oder auch andere Gründe, kann der Unternehmer mit gutem Rechtswissen seine Verhandlungsposition deutlich verbessern. Vor dem Bedenkenhinweis steht immer die Prüfungspflicht. Wenn der Unternehmer mit seinem „üblichen“ Fachwissen das Problem nicht hätte erkennen können, so ist er von der Haftung befreit. Oft werden die Prüfungsmaßstäbe in den ATV der VOB/C konkretisiert. „Ich habe ordnungsgemäß geprüft, dabei das Problem aber nicht erkannt (erkennen können)“, ist ein erheblicher Einwand. Aber Achtung: Die Beweislast liegt beim Unternehmer!

## VI. OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.10.2022, Az.: 22 U 231/21

1. Ein Werk ist mangelhaft, wenn es nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Unter der Beschaffenheit des Werks sind insbesondere alle dem Werk unmittelbar und jedenfalls für eine gewisse Zeit anhaftenden physischen Merkmale zu verstehen. Auch die Haltbarkeit eines Werks kann zur vereinbarten Beschaffenheit gehören.
2. Der Besteller eines Werks kann erwarten, dass das Werk dauerhaft funktionstauglich ist. Danach liegt ein Mangel vor, wenn eine Wärmepumpe binnen kurzer Frist nicht mehr funktioniert. Eine (zu) kurze Haltbarkeit muss der Besteller nicht hinnehmen.

**Der Fall:** Es wird eine Luftwärmepumpe geliefert, montiert und im Oktober 2017 in Betrieb genommen. Februar 2018 fällt diese aus. Der AN vermutet einen Kurzschluss im vom AG selbst verlegten Kabel – dies kann der gerichtlich bestellte Sachverständige (neben weiteren Einwirkungen von außen) aber ausschließen. Die eigentliche Ursache bleibt ungeklärt.

**Die Entscheidung:** Das OLG gibt der Klage des Kunden statt. Zur vereinbarten Beschaffenheit gehört auch die zu erwartende Haltbarkeit eines Werks (so auch BGH, Urt. v. 31.08.2017 VII ZR 5/17 – Malergewerk schneeweiß). Der AN schuldet (auch) ein dauerhaft funktionales Werk. Nur die „äußere Einwirkung“ hat der AN nicht zu vertreten, diese lag hier aber – lt. SV – nicht vor.

**Für die Praxis:** 2017 hat er BGH entschieden, dass auch die zu erwartende Haltbarkeit vereinbarte Beschaffenheit ist. Dies ist nicht unkritisch, denn die Gewährleistung wird zur Garantie. Für den Unternehmer bedeutet dies ein Haftungsrisiko. Rügt der AG nach Abnahme Mängel muss unbedingt geprüft und gut dokumentieren werden, wie es zu dem Symptom gekommen ist = also die „Einwirkung von außen“ belegen.



**Stähler Rechtsanwälte**  
**Johann-Krane-Weg 10**  
**48149 Münster**  
**Fon: 0251 919180**  
**Fax: 0251 9191819**  
**Mail: [info@staehler-rae.de](mailto:info@staehler-rae.de)**