

Thema: Praxis/Schuldrechtsreform+VOB/B für Bauunternehmer

1. Einleitung

Die Reihe „Praxis/Schuldrechtsreform“ wird mit dem Rundschreiben die „Schuldrechtsreform für Bauunternehmer“ abgeschlossen. Die Darstellung erläutert zunächst für welche Bauverträge die Neuregelungen des BGB überhaupt gelten und inwieweit diese sogar auf Altverträge Anwendung finden. Die Ausführungen beschäftigen sich im Schwerpunkt mit den in der Praxis wichtigen Änderungen beim Vergütungsanspruch, den Mängelansprüchen, und der Verjährung. Daneben wurde die im Bausektor wichtige VOB/B 2002 mitberücksichtigt, die wir bereits im vergangenen Jahr frühzeitig und eingehend vorgestellt haben.¹ Die VOB/B 2002 wurde zwischenzeitlich im Bundesanzeiger veröffentlicht und ist nun auch für öffentliche Auftraggeber bindend.

Bitte lassen Sie sich nicht durch den Umfang der Darstellung abschrecken. Es lohnt sich im Interesse des eigenen Betriebs, sich eingehend mit dem Thema zu beschäftigen. Die bloße Aufzählung von Stichpunkten ohne Beispiele und Schaubilder ist für Laien kaum begreifbar und birgt mehr Fragen als Antworten.

Wir hoffen Ihnen mit dem vorliegenden Skript im Rahmen unseres Kanzleiservice eine kleine Hilfe gegeben zu haben.

Selbstverständlich steht Ihnen der Autor nach Rücksprache auch für Vorträge zum Thema zur Verfügung, sei es im Rahmen einer betriebsinternen Fortbildung oder bei sonstigen Veranstaltungen.

2. Inkrafttreten/Übergangsregelung BGB

Die Schuldrechtsreform trat grundsätzlich zum **01.01.2002** in Kraft. Der Bauunternehmer muss aber, eine Reihe von Übergangsvorschriften beachten, da das neue Recht nicht für alle Bauverträge gilt.

2.1. Allgemeine Überleitungsvorschrift, Art. 229 § 5 EGBGB

- Die Schuldrechtsreform gilt grundsätzlich **nur für Neuverträge**. Dementsprechend bestimmt die Vorschrift, dass auf Schuldverhältnisse, die vor dem 01.01.2002 entstanden sind, das BGB, das HGB, AGBGB, das Verbraucherkreditgesetz, das Fernabsatzgesetz, das Haustürwiderrufgesetz und eine Reihe weiterer Sondergesetze in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung anzuwenden sind, soweit nichts anderes bestimmt ist.
- Anderes gilt für **Dauerschuldverhältnisse**.² Diese müssen grundsätzlich dem neuen Recht unterstellt werden, damit nicht auf Jahre hinaus ein doppeltes Recht gilt. Die neue Fassung des Gesetzes gilt daher für Dauerschuldverhältnisse **erst ab dem 01.01.2003**, so dass eine Reihe von Schuldverhältnissen, wie Miete, Arbeitsverträge, Gesellschaftsverträge zunächst noch unverändert bis 31.12.2002 weiterliefen.³

¹ Rundschreiben Ausgabe 10/2002 Thema: VOB/B in der Fassung 2002

² Dauerschuldverhältnis ist ein Schuldverhältnis, das auf einen längeren Zeitraum (befristet oder unbefristet) angelegt ist, während dessen die Vertragsparteien einander laufend Leistungen zu gewähren haben. Beispiele: *Miete, Pacht, Leihe, Arbeitsvertrag, Dienstvertrag, Verwahrung, Gesellschafts- und Versicherungsverträge*, wohl auch der Bierlieferungsvertrag. *Nicht hierzu zählt der Bauvertrag.*

³ Dies gilt aber nicht für das Verjährungsrecht! Siehe dazu Art. 229 § 6 EGBGB

Übersicht

01.01.2002	01.01.2003
↓	↓
Bauverträge, die vor dem 01.01.2002 (Altverträge) geschlossen wurden: Es gilt altes Recht	Bauverträge, die ab dem 01.01.2002 (Neuverträge) geschlossen wurden und werden: Es gilt neues Recht
Dauerschuldverhältnisse , die vor dem 01.01.2002 entstanden sind: Es gilt bis 31.12.2002 grundsätzlich altes Recht	Es gilt ab 01.01.2003 neues Recht

2.2. Überleitungsvorschrift Verjährungsrecht, Art. 229 § 6 EGBGB

Für die Verjährung gilt der Grundsatz, dass die Verjährungsvorschriften nicht nur auf neue Bauverträge anzuwenden sind, sondern auch für die alten Bauverträge gelten können.

- Das neue Verjährungsrecht findet daher auf die am 01.01.2001 bestehenden, aber noch nicht verjährten Ansprüche Anwendung. Erfasst werden sogar Ansprüche, die außerhalb des BGB geregelt sind, deren Verjährung sich aber ganz oder in dem durch das jeweilige Gesetz bestimmten Umfang nach den Vorschriften des BGB richten.
- Der Beginn, die Hemmung, die Ablaufhemmung und der Neubeginn der Verjährung für den Zeitraum vor dem 01.01.2002 bestimmt sich allerdings stets nach dem BGB in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung.

Die notwendige Übergangsregelung ist leider sehr kompliziert, soll aber dennoch im Grundsatz dargestellt werden, wobei ein Schema und Beispiele das Verständnis vereinfachen sollen.

Parallelberechnung:

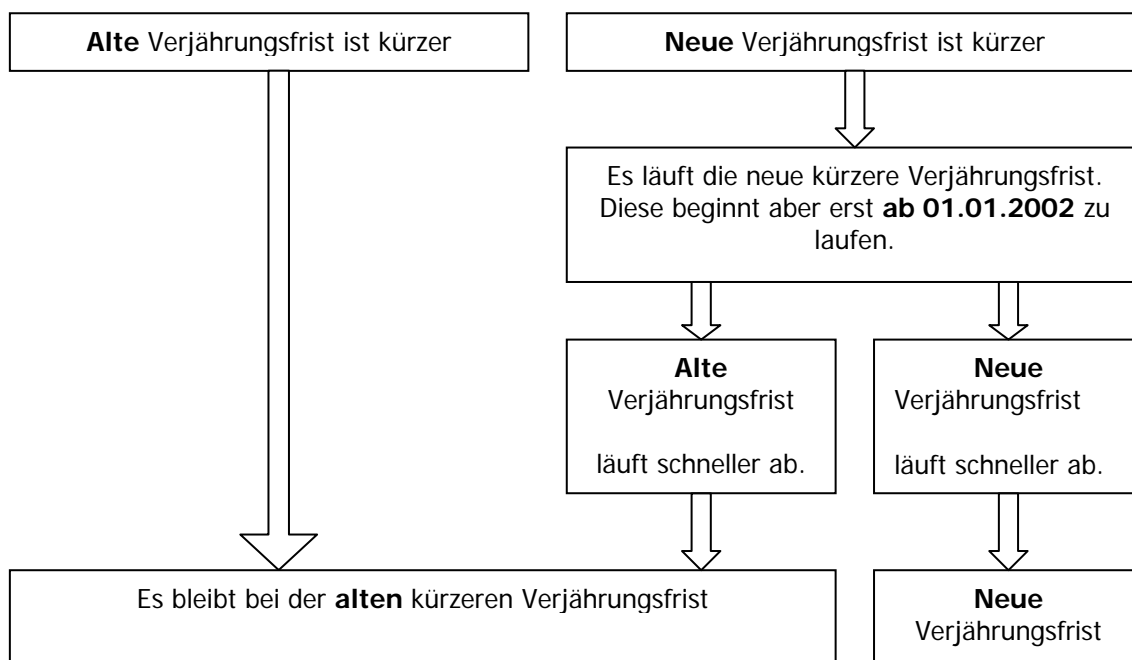
- Ist die Verjährungsfrist nach dem **neuen** Verjährungsrecht des BGB **länger**⁴ als nach den bisherigen Vorschriften, so verbleibt es aus Gründen des Schuldnerschutzes bei der kürzeren Frist.
- Ist die Verjährungsfrist nach dem **neuen** Verjährungsrecht des BGB **kürzer**⁵ als nach den bisherigen Vorschriften, so beginnt die kürzere Frist erst am 01.01.2002 zu laufen. Endet jedoch die nach den bisherigen Vorschriften bestimmte längere Frist vor der Frist des neuen Verjährungsrechts, so tritt die Verjährung mit dem Ablauf der längeren bisherigen Frist ein.

⁴ Beispiele: Kaufpreis- und Werklohnansprüche, sofern keine Leistung für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgt ist, von 2 auf 3 Jahren verlängert; Mietzins für gewerbsmäßige Vermietung beweglicher Sachen von 2 auf 3 Jahren verlängert; usw.

⁵ Beispiele: Kaufpreis- und Werklohnansprüche, sofern Leistung für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgt ist, von 4 auf 3 Jahre verkürzt; Miete, Zinsen etc. von 4 Jahren auf 3 Jahre verkürzt. Regelmäßige Verjährung von 30 auf 3 Jahre verkürzt.

Folgendes Schema kann hilfreich sein:

Übersicht:



Zum Verständnis des Schemas einige Beispielfälle:

Beispiel 1:

Nach altem Recht verjährten die Vergütungsansprüche des Bauunternehmers entweder in 2 Jahren oder 4 Jahren (bei Leistungen für den Gewerbebetrieb des Auftraggebers). Sie beläuft sich nun einheitlich auf 3 Jahre; § 195 BGB n. F.

Die *alte* Verjährungsfrist ist bei Leistungen außerhalb von Gewerbebetriebe *kürzer*. Es bleibt bei der alten Verjährungsfrist.

Beispiel 2:

Nach altem Recht verjährte die pVV meist in der regelmäßigen Verjährungsfrist von 30 Jahren. Nach neuem Recht wurde die pVV im Gesetz in § 280 BGB n. F. kodifiziert, die Verjährung beträgt nur noch 3 Jahre. Die *neue* Verjährungsfrist ist *kürzer*. Nun muss die Berechnung der Verjährung zweifach durchgeführt werden, nach altem und neuem Recht, wobei die Frist nach neuem Recht erst ab 01.01.2002 zu laufen beginnt. Es ist dann zu vergleichen, welche Frist schneller endet. Erst dann kann gesagt werden, welche Frist gilt !

Beispiel 2a:

Am 30.03.1972 wurde eine pVV begangen. Nach altem Recht endet die Verjährungsfrist von 30 Jahren am 30.03.2002. Nach neuem Recht beginnt die kürzere Verjährungsfrist von 3 Jahren erst am 01.01.2002 zu laufen und endet somit erst am 31.12.2004. Die *alte* Verjährungsfrist läuft *schneller* ab; folglich bleibt es bei der alten Frist.

Beispiel 2b:

Am 30.03.1982 wurde eine pVV begangen. Nach altem Recht endet die Verjährungsfrist von 30 Jahren am 30.03.2012. Nach neuem Recht beginnt die kürzere Verjährungsfrist von 3 Jahren erst am 01.01.2002 zu laufen und endet somit schon am 31.12.2004. Die *neue* Verjährungsfrist läuft *schneller* ab; folglich gilt die neue Frist.

TIPP:

Als **Fausformel** gilt: Es ist meist die kürzere Frist maßgeblich!

Empfehlenswert ist es aber, anwaltlichen Rat einzuholen, um Nachteile zu vermeiden.

3. Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts und der VOB/B 2002

Sofern die Neuregelungen des BGB anzuwenden sind, ist vorab zu klären, ob überhaupt für den Bauunternehmer bzw. für den Handwerker das Werkvertragsrecht gilt. Außerdem stellt sich die Frage, ob daneben die VOB/B zu beachten ist und wenn ja in welcher Fassung.

Für den Bauunternehmer wird die Beurteilung rechtlicher Fragen, selbst kleinerer, leider immer komplizierter und kaum noch handhabbar. Die Kombination unterschiedlicher Fassungen des BGB mit unterschiedlichen Fassungen der VOB/B erfordert erhöhte Aufmerksamkeit, um Nachteile zu vermeiden.

3.1. Geltung des Werkvertragsrechts BGB

Eine wesentliche Neuerung bringt § 651 BGB n. F. der Verträge über die Herstellung *beweglicher* Sachen dem Kaufrecht zuordnet.

Das BGB sah bisher im Grenzbereich zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht noch einen weiteren Vertragstypus vor, den Werklieferungsvertrag. Durch die Neuregelung des § 651 BGB wurde auf diesen Typ zugunsten einer klaren Abgrenzung des Kauf- und Werkvertragsrechts verzichtet.

Beispiel:

Handwerker A stellt Fenster nach speziell vorgegebenen Maßen für ein Bauwerk her und liefert diese an den Bauunternehmer B, der diese einbaut. A bewegt sich nach neuem Recht zukünftig allein im Kaufrecht. B im Werkvertragsrecht.

Stellt A diese Fenster nicht nur her, sondern baut diese selbst oder über ein Nachunternehmer ein, bewegt er sich ausschließlich im Bereich des Werkvertragsrechts.

Diese Frage ist praxisrelevant, da im Kaufrecht der Käufer das Wahlrecht bei der Nacherfüllung zwischen Nachbesserung und Neulieferung hat und nicht der Unternehmer. Außerdem kennt das Kaufrecht keinen Anspruch auf Selbstvornahme. Ist der „Besteller“ Verbraucher, dann gelten im Kaufrecht die für den Unternehmer harten, unabdingbaren Regeln des Verbrauchgüterkaufrechts!

TIPP:

Der *Anwendungsbereich des Werkvertragsrechts wurde stark eingeschränkt*, weil § 651 BGB n. F. für die Herstellung beweglicher Sachen nun auf das Kaufrecht verweist. Für den Werkvertrag bleiben daher im Wesentlichen *nur* die Herstellung von Bauwerken⁶, reine Reparaturarbeiten und die Herstellung nicht körperlicher Werke.

3.2. Geltung der VOB/B 2002

Da die VOB/B kein Gesetz ist, sondern eine allgemeine Geschäftsbedingung, gilt diese nicht automatisch für einen Werkvertrag, sondern muss zwischen den Vertragsparteien *immer vereinbart* werden. Schwierigkeiten bereitet regelmäßig die Neueinführung einer VOB/B, wie dies nun geschehen ist. Zwar war die VOB/B 2002 für öffentliche Auftraggeber zunächst noch nicht bindend, sie wurde aber bereits als Bundesanzeiger-Beilage Nr. 202a vom 29.10.2002 im Bundesanzeiger veröffentlicht und konnte außerhalb dieses Bereichs bereits wirksam einbezogen werden!

Nach Verkündung der 2. VgV-ÄdV ist zum 15.02.2003 die novellierte Vergabeverordnung in Kraft getreten. Damit ist der Weg für die Anwendung der neuen VOB/B 2002 auch durch die öffentliche Hand frei. Paradox ist, dass die VOB/B 2002 erst in 2003 in Kraft tritt. Ein weiterer Unsinn der nur Verwirrung erzeugt.

Dem Abgrenzungsproblem, welche Fassung der VOB/B nun gilt, kann erhebliche praktische Bedeutung zukommen, zumal die VOB/B 2002 erhebliche Abweichungen von der VOB/B 2000 enthält (z. B. Verjährung!).

⁶ Vorsicht bei Bauwerken im Wege der Erbpacht, da diese vom Gesetz wie bewegliche Sachen behandelt werden. Wie die Rechtsprechung reagieren wird, bleibt abzuwarten.

3.2.1 Vertragsfreiheit

Grundsätzlich haben die Vertragsparteien kraft ihrer Privatautonomie die Freiheit festzulegen, welche VOB/B-Fassung vereinbart werden soll. Es ist daher möglich, auch eine ältere Fassung dem Bauvertrag zugrunde zu legen, z.B. die VOB/B 1996 oder die VOB/B 2000. Die Vereinbarung älterer Fassungen ist im Hinblick auf die Änderung durch die Schuldrechtsmodernisierung nicht empfehlenswert. Es droht die Unwirksamkeit einer Reihe von Regelungen. Bei öffentlichen Aufträgen wird in der Regel die jeweils gültige Fassung als Vertragsbestandteil in den Vertrag eingeführt, da die jeweils gültige Fassung meist im Angebotsvordruck ausdrücklich aufgeführt ist.

3.2.2 Laufende Verträge

Maßgeblich ist die bei Vertragsabschluß vereinbarte Fassung der VOB/B. Dies gilt auch bei öffentlichen Aufträgen, bei denen die Altfassung nicht automatisch durch eine Neufassung der VOB/B im laufenden Vertrag ersetzt wird! Es gilt grundsätzlich die vereinbarte Ursprungsfassung der VOB/B.

3.2.3 Auslegung von Vertragsformulierungen

Abgrenzungsprobleme ergeben sich dann, wenn im Bauvertrag keine klare Formulierung gewählt wurde. Unklare Formulierungen müssen ausgelegt werden (§§ 133, 157 BGB). Steht im Vertrag z.B. „*es gilt die VOB/B neueste Fassung*“ oder „*es gilt die VOB/B*“ stellt sich daher die Frage, welche Fassung anzuwenden ist.

Oben geschilderte Beispiele sind in der Regel so auszulegen, dass diejenige Fassung maßgeblich ist, die *zur Zeit der Angebotsabgabe* gegolten hat. Für die Frage, was gilt, ist unserer Ansicht nach auf den *Zeitpunkt der Bekanntmachung der Neufassung im Bundesanzeiger* abzustellen. Es kommt daher für die VOB/B 2002 entscheidend auf das Datum der Bekanntmachung des Textes im Bundesanzeiger an.

TIPP:

Als Auftraggeber/Auftragnehmer sollte man es sich zur Gewohnheit machen, die VOB/B in der gewünschten Fassung **jedem** Angebot/Bauvertrag **beweisbar beizufügen**. Wer die Geltung der VOB/B will, sollte hierauf keinesfalls verzichten. Gegenüber privaten Auftraggebern, die nicht durch einen Fachmann (z.B. Architekt) vertreten sind, führt das Unterlassen der Beifügung zur Nichteinbeziehung der VOB/B mit den damit verbundenen nachteiligen Konsequenzen! Leider ein häufiger Fehler.

Wer die VOB/B 2002 vereinbart haben will, sollte unbedingt darauf achten, auch den **Text der VOB/B 2002** beizufügen und nicht eine ältere Fassung! Ansonsten entsteht wieder Unklarheit, welche Fassung nun gemeint war und Unklarheiten gehen immer zu Lasten des Verwenders!

Sofern man eine klare Regelung wünscht, die immer die aktuelle Neufassung berücksichtigt, wäre z.B. folgende Formulierung empfehlenswert:

„Es gilt zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Bundesanzeiger bekannt gemachte neueste Fassung der VOB/B.“

Auf die Problematik inwieweit die VOB/B nach wie vor privilegiert ist, dass heißt einer eingehenden AGB-Kontrolle entzogen ist, wenn die VOB/B insgesamt in den Bauvertrag einbezogen worden ist, kann hier nicht näher eingegangen werden. Hierzu verweisen wir auf ein Rundschreiben aus dem letzten Jahr.⁷

⁷ Rundschreiben Ausgabe 11/2002 Praxis/Schuldrechtsreform/Auswirkungen auf VOB/B

4. Vergütungsanspruch nach BGB und VOB/B

Im Zusammenhang mit dem Vergütungsanspruch des Bauunternehmers gibt es eine Reihe von Änderungen, die hier erläutert werden sollen.

Im Kern geht es um die Frage der Vergütung des Kostenvoranschlags und um die Frage des Verzugseintritts.

4.1 Vergütung des Kostenvoranschlags

In der Vergangenheit gab es häufig Streit, ob der Bauunternehmer für einen Kostenvoranschlag Vergütung verlangen konnte.

In § 632 III BGB n. F. wurde nun ausdrücklich geregelt, dass im Zweifel der Kostenvoranschlag nicht vergütungspflichtig ist.

Dies gilt auch, wenn es sich um ein spezialisiertes Angebot handelt, das besonderen Aufwand erfordert.

Beispiel:

Bauunternehmer U fertigt zur Herstellung des Kostenvoranschlags für ein Bauwerk mehrere Pläne. Eine Vereinbarung über die Vergütung wird nicht getroffen. Bauherr B beauftragt einen anderen Bauunternehmer X. U will Vergütung.

B muss nicht zahlen.

Gedanke des Gesetzgebers ist, dass der Bauunternehmer es selbst in der Hand hat, eine klare Regelung herbeizuführen oder die Abgabe eines Angebots zu unterlassen.

TIPP:

Strittig ist, ob die Vergütungspflicht eines Kostenvoranschlags in AGB`s des Bauunternehmers wirksam geregelt werden kann.

Will der Bauunternehmer deshalb für seinen Kostenvoranschlag eine Vergütung, sollte er dies zuvor mit dem Besteller individuell vereinbaren.

4.2. Verzug mit Vergütungsanspruch nach BGB

Die Zahlungsmoral der Bauherrn, auch der öffentlichen Auftraggeber, sinkt stetig. Der Gesetzgeber hat nun im Rahmen der Schuldrechtsreform versucht, diese zu verbessern, indem er die Voraussetzungen des Verzugseintritts erleichtert und die Folgen bei Nichtzahlung verschärft hat. Gleichzeitig stellt die Neuregelung eine Reparatur der missglückten Änderungen im Zuge des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.03.2000 dar. In Folge einer überhasteten, nicht durchdachten, unglücklichen Formulierung hatte der Gesetzgeber statt einem sicheren Verzugseintritt nach 30 Tagen, jedem Geldschuldner eine gesetzliche Zahlungsfrist von 30 Tagen eingeräumt, die nicht abgekürzt werden konnte.

Ob der Wille des Gesetzgebers sich im Gesetz zutreffend widerspiegelt, darf bezweifelt werden.

Vorab aber die allgemeinen Voraussetzungen des Verzuges, nachfolgend die wesentlichen Änderungen.

4.2.1. Voraussetzungen des Verzugs

Für den Verzug des Bauherrn müssen folgende allgemeinen Voraussetzungen erfüllt sein, die gemäß § 286 BGB n. F. sind:

1. Wirksamer Anspruch
2. Nichtleistung
3. Fälligkeit
4. Einredefreiheit
5. Mahnung oder Entbehrlichkeit nach § 286 II, III BGB n.F.
6. Vertretenmüssen

Rechtsfolge des Verzuges ist es, dass der Bauunternehmer gemäß § 280 BGB n. F. Ersatz des Verzögerungsschadens verlangen kann. Dies sind zum einen als Mindestschaden die Verzugszinsen, aber auch Rechtsverfolgungskosten, wie z. B. Kosten für Mahnschreiben (nicht die den Verzug begründende Erstmahnung!), aber auch Rechtsanwaltskosten.

4.2.2. Mahnung und Entbehrlichkeit

Die Änderung durch die Schuldrechtsreform befindet sich bei den Voraussetzungen des Verzugs in Punkt 5 (Wiedereinführung des Mahnsystems bzw. Entbehrlichkeit der Mahnung):

1. Schuldner leistet auf eine **Mahnung** des Gläubigers nicht, § 286 I BGB n. F..
(Mahnung ist eine eindeutige Aufforderung an den Schuldner, die Leistung zu erbringen)
2. **Mahnung** ist gem. § 286 II BGB n. F. **entbehrlich** bei:
 - Zeitbestimmung nach dem Kalender; § 286 II Nr. 1 BGB n. F.

Beispiel:

Vertragliche Absprache zwischen den Parteien, dass die Leistung am 01.10. oder Ende Juli oder 10 Tage nach Vertragsschluss zu erbringen ist. In diesen Fällen kommt der Schuldner ohne Mahnung mit Ablauf des genannten Termins (also am 02.10. oder am 01.08. oder am 11. Tag nach Vertragsschluss) in Verzug.

- Berechnungsmöglichkeit nach dem Kalender; § 286 II Nr. 1 2 BGB n.F.
Die Leistungszeit kann vom Zeitpunkt irgendeines Ereignisses nach dem Kalender berechnet werden. Ereignisse können sein z.B. Lieferung, Rechnungsstellung etc..

Beispiel:

„2 Wochen nach Fertigstellung oder 2 Wochen nach Rechnungserteilung“
Parteien vereinbaren, dass die Leistung 10 Tage nach Rechnungserhalt zu erbringen sei. Damit besteht Verzug am 11. Tage nach Rechnungserhalt.

Dies ist **neu!** In der Praxis war es vielfach üblich, derartige Fristen, obwohl nutzlos, zu setzen. Es handelt sich nämlich nach dem früheren Recht nicht um eine Zeitbestimmung nach dem Kalender, so dass nach altem Recht kein Verzugseintritt erfolgt ist. Dies wussten viele in der Praxis nicht. Diese Praxis wird aber mit der Schuldrechtsreform nun legalisiert. Auch die bloße Berechnungsmöglichkeit nach dem Kalender genügt nun für den Verzugseintritt.

Aber Achtung! Erforderlich ist, dass der Zeitraum zwischen dem Ereignis und der Leistung für den Schuldner „angemessen“ ist!

Beispiel:

Zahlung sofort nach Lieferung.
Dies ist unwirksam. Es wird auch keine angemessene Frist in Lauf gesetzt.

- Ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung durch den Schuldner; § 286 II Nr. 3 BGB n. F.

Mahnung ist entbehrlich, wenn Schuldner das „letzte Wort gesprochen“ hat!

Beispiel:

Bauunternehmer U schickt an Bauherrn B seine Schlussrechnung. B erklärt schriftlich, dass er niemals an U einen Cent zahlen werde.

Bei dieser Sachlage wäre eine Mahnung eine leere Formalie, da bereits der Schuldner klargestellt hat, dass die Leistung nicht erbringen wird. Dies hat der Gesetzgeber nun ausdrücklich festgeschrieben.

- Bei besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen.
Zu denken ist an Fälle eines die Mahnung hindernden Verhalten des Schuldners, Selbstmahnung oder bei besonderer Eilbedürftigkeit.

Beispiel:

Im Hotel des H fällt gegen Ende Februar die Zentralheizung einschließlich der Warmwasserbereitung wegen eines Defektes aus. Dem herbeigerufenen Heizungsbauer U erklärt H, daß die Heizung sofort repariert werden müßte, weil sonst seine Gäste bei der zur Zeit herrschenden großen Kälte im Hotel nicht bleiben könnten und abreisen würden. U erwidert, die Reparatur werde nur einige Stunden in Anspruch nehmen. Mit den erforderlichen Arbeiten betraut U einen Gesellen. Diesem gelingt es nicht, die Heizung am selben Tag wie versprochen in Gang zu bringen. Erst am nächsten Tag wird der Defekt behoben, nachdem U einen anderen Gesellen einsetzt. Zwischenzeitlich sind die meisten Gäste abgereist.

Die Mahnung hat den Zweck, dem Schuldner klar zu machen, dass das Ausbleiben seiner Leistung rechtliche Konsequenzen haben werde, um ihn deshalb zur sofortigen Leistung zu veranlassen. Steht aber bereits bei Vertragsschluss fest, dass nur eine rasche Erbringung der Leistung Schäden abwenden kann und der Schuldner gerade im Hinblick auf die Dauer verspricht, innerhalb einer bestimmten Frist zu erfüllen, dann ist der mit der Mahnung verfolgte Zweck bereits durch den Vertragsschluss selbst erreicht. Es bedarf keiner zusätzlichen Mahnung mehr.

3. **Automatischer Verzugsseintritt** bei **Entgeltforderungen** innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Forderungsaufstellung, § 286 III BGB n. F.

Achtung: Bei Verbrauchern ist eine besondere Hinweispflicht erforderlich!

Die Neufassung unterscheidet sich in einem wesentlichen Punkt von der alten Rechtslage. Während das alte Recht die 30-Tages-Regelung als eine Sonderregelung ausgestaltet hat, gilt nach der Neufassung auch für Geldforderungen wieder das Mahnungssystem, dass durch die 30-Tages-Regelung lediglich ergänzt wird. Verzug kann also bei Geldforderungen auch vor Ablauf der 30 Tage wieder durch Mahnung eintreten. Der Gläubiger hat wieder die **Wahl**, ob auch vor dieser Frist Verzug eintritt. Diese 30-Tages-Regelung, wonach spätestens Verzug eintritt, **gilt bei Verbrauchern aber nur dann**, wenn auf diese Folgen in der Rechnung oder in der Zahlungsaufforderung besonders **hingewiesen** worden ist!

TIPP:

Ein derartiger Hinweis könnte wie folgt auf Rechnungen aussehen:

Hinweis für Verbraucher:

Bitte beachten Sie, dass nach § 286 III BGB ein Verzug auch ohne Mahnung eintritt, wenn die Zahlung nicht innerhalb von 30 Tagen seit Zugang dieser Rechnung erfolgt.

Ist der Bauherr/Hauptunternehmer kein Verbraucher und bestreitet er den Zugang der Rechnung, beginnt die 30-Tages-Frist bereits 30 Tage nach Fälligkeit und Empfang der Gegenleistung.

TIPP:

Ist der Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung oder Zahlungsaufstellung unsicher und ist der Bauherr/Hauptunternehmer **kein** Verbraucher, kann er bereits 30 Tage nach Fälligkeit und Empfang der Gegenleistung in Verzug kommen. **In diesem Fall kann es für den Schuldner im Einzelfall nachteilig sein, den Zugang der Rechnung zu bestreiten.** Bestreitet er nämlich dies im Glauben, dadurch den automatischen Verzugseintritt zu verhindern, kann er im Einzelfall schlechter stehen als bei Zugang der Rechnung. Es kommt dann nämlich nicht mehr auf den Zugang der Rechnung sondern auf den Zeitpunkt der Lieferung an, der weit früher liegen kann als der Zugang der Rechnung.

4.2.3. Höhe der Verzugszinsen

Früher belief sich der Verzugszins auf lediglich 4%. In Bezug auf die insbesondere im Baurecht berücksichtigten Verfahrensdauern sprach man häufig vom „Justizkredit“ für den Bauherrn.

Gem. § 288 II BGB n. F. beträgt bei Bauverträgen, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, der Zinssatz nun **8% über dem Basiszinssatz**.

Der Zinssatz beträgt nun **5% über dem Basiszinssatz**, wenn ein Verbraucher am Rechtsgeschäft beteiligt ist.

Neu ist nach der Schuldrechtsreform, dass der Basiszinssatz zukünftig gesetzlich definiert ist. Die Definition befindet sich im § 247 BGB n. F.. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

§ 247 BGB n. F. Basiszinssatz

(1) Der Basiszinssatz beträgt 3,62 %. Er verändert sich zum 1. Januar und 1. Juli eines jeden Jahres um die Prozentpunkte, um welche die Bezugsgröße seit der letzten Veränderung des Basiszinssatzes gestiegen oder gefallen ist. Bezugsgröße ist der Zinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der Europäischen Zentralbank vor dem 1. Kalendertag des betreffenden Halbjahres.

(2) Die Deutsche Bundesbank gibt den geltenden Basiszinssatz unverzüglich nach den in Abs. 1 Satz 2 genannten Zeitpunkten im Bundesanzeiger bekannt.

Der Rhythmus, in dem künftig Zinsänderungen durch Anpassungen des Basiszinssatzes Rechnung getragen werden soll, ändert sich künftig insoweit, als nicht mehr eine drei- sondern nur noch eine zweimalige Anpassung pro Jahr vorgenommen werden kann. Die Vorschrift gibt auch die Pflicht der Deutschen Bundesbank zur unverzüglichen Bekanntmachung des geltenden Basiszinssatzes an.

TIPP:

Gespaltene Zinssatz mit 8 % bzw. 5 % beachten und aktuellen Basiszinssatz im Internet unter **<http://www.bundesbank.de>** abrufen.

Der gesetzliche Verzugszins steht dem Bauunternehmer als **Mindestschaden** zu. Ob dem Bauunternehmer überhaupt ein Schaden entstanden ist und in welcher Höhe, ist dabei gleichgültig.

Der Bauunternehmer kann auch einen höheren Schaden geltend machen, wenn er dies darlegen und beweisen kann.

4.3. Verzug mit Vergütungsanspruch nach VOB/B

Die **VOB/B 2002** enthält in § 16 Nr. 5 III VOB/B wie bisher eine Sonderregelung. Der Auftragnehmer muss die fällige Zahlungsforderung **unter Setzung einer angemessenen Nachfrist** anmahnen. Erst nach Ablauf dieser Nachfrist kommt der Auftraggeber in Verzug.

§ 16 Nr. 5 III VOB/B enthält eine **abschließende Sonderregelung**, die grundsätzlich vorrangig vor den Bestimmungen des BGB gilt. Damit weicht die VOB/B zu Ungunsten des Auftragnehmers vom BGB ab.

Erschwerend kommt hinzu, dass nach VOB/B die Fälligkeit der Vergütung als Voraussetzung des Verzugs gegenüber BGB teilweise erheblich später eintritt.

Die Fälligkeit der Abschlagszahlung tritt 18 Werktage nach Zugang der Abschlagsrechnung ein; § 16 Nr. 1 III VOB/B.

Die Fälligkeit des Anspruchs auf die Schlusszahlung tritt spätestens innerhalb von 2 Monaten nach Schlussrechnungszugang ein; § 16 Nr. 3 I VOB/B.

Bezüglich der Zinshöhe hat die VOB/B sich nunmehr von der Tradition einer eigenständigen Zinsregelung verabschiedet und verweist auf den **gesetzlichen Zinssatz des BGB**. Damit wurde Abschied genommen von der Anknüpfung an Lombardsatz bzw. später an den SRF-Zinssatz.

Befindet sich der Auftraggeber in Zahlungsverzug, so kann der Auftragnehmer Zinsen in Höhe von **8% über den Basiszinssatz** verlangen bzw. in Höhe von **5% über den Basiszinssatz**, wenn der Auftraggeber Verbraucher ist.

Der gesetzliche Verzugszins steht dem Auftragnehmer als **Mindestschaden** zu. Ob dem Auftragnehmer überhaupt ein Schaden entstanden ist und in welcher Höhe, ist dabei gleichgültig.

Der Auftragnehmer kann auch einen höheren Schaden geltend machen, wenn er dies darlegen und beweisen kann.

5. Mängelansprüche nach BGB und VOB/B

Neu geregelt ist als Teil des Leistungsstörungsrechts das frühere „Gewährleistungsrecht“ beim Werkvertrag und zwar in weitgehender Angleichung an das Kaufvertragsrecht.

Bei der Neuregelung wurden einige Veränderungen vorgenommen; wobei zwischen BGB und VOB/B 2002 differenziert wird.

5.1. Mangelbegriff nach BGB

Beim Mangel muss zwischen Sachmängeln und Rechtsmängeln unterschieden werden.

5.1.1. Sachmangel

Die Definition des Sachmangels ist in § 633 II BGB nun **3-stufig** aufgebaut, wobei ergänzend die Fälle der Falschherstellung/Teilhaerstellung mitgeregelt wurden.

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

Stufe 1:

Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit

Das Bauwerk ist mangelhaft, wenn es nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat.

Beispiel:

Im Angebot ist vom Bauunternehmer U ein bestimmter Dachziegel XYZ ausgeschrieben. Der Auftrag wird vom Bauherrn B erteilt. U verbaut den Dachziegel XYZ+, der hochwertiger ist.

Es liegt ein Sachmangel vor, da nicht der vereinbarte Dachziegel verbaut wurde. Auf die Frage, ob der verbaute Dachziegel schlechter oder besser ist, kommt es für die Beurteilung, ob ein Mangel vorliegt nicht, nicht an!

Folglich kommt es zunächst ausschließlich auf den Inhalt der getroffenen vertraglichen Vereinbarung an. Die frühere Streitfrage, ob ein Fehler oder eine zugesicherte Eigenschaft vorliegt, ist in diesem Zusammenhang nun irrelevant.

Stufe 2:

Fehlen der Eignung zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung

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

Beispiel:

Im Angebot ist vom Bauunternehmer U in der entsprechenden Position kein bestimmter Dachziegel ausgeschrieben. Aus dem gesamten Angebot für das Bauwerk ist zu entnehmen, dass aus den sonstigen einzelnen vertraglich beschriebenen Leistungen ein insgesamt qualitativ sehr hochwertiges Bauwerk angeboten wird. Der Auftrag wird vom Bauherrn B erteilt. U verbaut den Dachziegel XYZ, der durchschnittlicher Qualitätsstandart ist und den anerkannten Regeln der Technik entspricht.

Es liegt ein Sachmangel vor. Auch nicht konkret bestimmte Leistungsteile oder Leistungsmerkmale müssen sich am Qualitätsstandart der sonstigen vertraglich beschriebenen Leistungen, der hier sehr hoch ist, orientieren.

Nur bei fehlenden vertraglichen Vereinbarungen auf Stufe 1, ist im Rahmen der Stufe 2 zu prüfen, ob ein Mangel vorliegt. Dabei bleibt der vertragliche Rahmen maßgeblich, auch wenn sich wörtlich im Bauvertrag nichts findet.

Stufe 3:

Fehlen der Eignung für die gewöhnliche Verwendung

Ein Bauwerk ist ansonsten mangelhaft, wenn es sich für die gewöhnliche Verwendung nicht eignet und keine Beschaffenheit ausweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.

Beispiel:

Im Angebot ist vom Bauunternehmer U kein bestimmter Dachziegel ausgeschrieben. Der Auftrag wird vom Bauherrn B erteilt. Dem Bauvertrag sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, welche typischen vertraglichen Eigenschaften die Bauleistung haben soll. U nimmt das billigste Produkt, das nicht mehr den anerkannten Regeln der Technik entspricht.

Es liegt ein Sachmangel vor, da es mangels sonstiger Anhaltspunkte auf die im allgemeinen Rechtsverkehr übliche Qualität ankommt. Dies bedeutet meist ein Abstellen auf die allgemein anerkannten Regeln der Technik.

Greifen Stufe 1 und Stufe 2 nicht, muss auf Stufe 3 geprüft werden, ob das Bauwerk mangelhaft ist.

Falschherstellung, Teilverherstellung:

Einem Sachmangel *stehen zukünftig folgende Fälle* gleich:

- Der Bauunternehmer stellt ein *anderes* Werk her, als das vereinbarte Werk. (Aliud- Herstellung/Falschliefereung).

Beispiel:

Der Bauunternehmer baut statt des mit dem Bauherrn B vereinbarten Wohnhauses in Geschäftshaus.

- Der Unternehmer stellt das Werk in einer zu *geringer* Menge her. (Quantitätsmangel/ Teillieferung).

Beispiel:

Der Bauunternehmer U baut für den Besteller B statt der vereinbarten 100 Parkplätze lediglich 99 Parkplätze.

5.1.2. Rechtsmangel

Rechtsmängel sind nun neuerdings auch gemäß § 633 I, III BGB n. F. im Werkvertragsrecht geregelt.

Das Werk hat unter folgenden Voraussetzungen einen *Rechtsmängel*:

- wenn Dritte im Bezug auf das Werk Rechte haben oder
- nicht nur die vertraglich übernommenen Rechte gegenüber dem Besteller geltend machen können.

Beispiel:

Ein Architekt A gibt eine Planung für ein Bauwerk an den Bauherrn B weiter und behauptet, dass diese von ihm stamme. Tatsächlich stammt der Entwurf vom Architekten B, den sich A ohne Erlaubnis angeeignet hat. Dies ist ein Verstoß gegen das Urheberrecht und stellt nunmehr auch ein Mangel nach § 633 III BGB dar.

Eine Rolle dürfte diese Vorschrift allenfalls im Bereich des Urheberrechts und des gewerblichen Rechtsschutzes spielen.

5.1.3. Bedeutung der Anerkannten Regeln der Technik

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wurde erwogen im Werkvertragsrecht eine ausdrückliche Regelung des Inhalts einzustellen, dass grundsätzlich die *anerkannten Regeln der Technik* einzuhalten sein sollen. 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 Werkunternehmer 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.

In der *VOB/B 2002* wird in § 13 Nr. 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 II BGB n. F. ab.

TIPP:

Der Bauunternehmer muss wissen, dass ein Mangel, also eine Abweichung des Bau-Ist vom Bau-Soll primär **anhand des Vertrages** zu ermitteln ist. Leider wird dies in der Baupraxis häufig verkannt. Ohne Blick in den Vertrag werden von Baubeteiligten sofort die DIN-Vorschriften zur Feststellung eines Mangels herangezogen. Hier werden zwei Grundfehler in der Baupraxis deutlich:

1. Die Leistung die der Bauunternehmer konkret schuldet, **ist zunächst am Bauvertrag**, ggfs. durch Auslegung, zu ermitteln. Werden dort z. B. bestimmte Schalldämm-Maße ausdrücklich festgelegt, so schuldet der Bauunternehmer entsprechende Werte, unabhängig von der einschlägigen DIN.
2. Die **DIN entspricht nicht unbedingt den anerkannten Regeln der Technik**. Ob weitergehende Anforderungen durch diese gestellt werden, muss im Einzelfall geklärt werden. Die DIN hat nur eine Vermutung für sich, die anerkannten Regeln der Technik wiederzugeben.

5.1.4. Ausdehnung des Mangelbegriffs

Problematisch für den Bauunternehmer an der Neufassung des Mangelbegriffes ist es, dass beim Sachmangel keine einschränkende Definition des Begriffs der „vereinbarten Beschaffenheit“ vorgenommen wurde.

Konsequenz, die nun für den Bauunternehmer zu befürchten ist, ist eine **wesentliche Ausdehnung des Mangelbegriffs**.

Bisher wurde differenziert, ob der Bauunternehmer bestimmte Eigenschaften seiner Leistung „zugesichert“ oder lediglich mit dem Auftraggeber „vereinbart“ hatte. Für eine zugesicherte Eigenschaft war es erforderlich, dass der Bauunternehmer ein ernsthaftes Versprechen abgibt, das Bauwerk mit einer bestimmten Eigenschaft herzustellen. Diese schwierige Unterscheidung ist zukünftig entbehrlich.

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.

Beispiel:

Im Bauvertrag ist eine bestimmte Rohrstärke für eine Kanalisation vereinbart. Es stellt nun bereits ein Mangel dar, wenn die Rohrstärke abweicht, unabhängig davon, ob die abweichende Rohrstärke dieselbe oder eine bessere Qualität hat.

Dies führt in der Konsequenz zu einer Ausweitung des Mangelbegriffs. Jede, auch unbedeutende Abweichung von der Leistungsbeschreibung führt grundsätzlich zu einem Mangel.

Es ist fraglich, ob sich der Wille des Gesetzgebers sich im Gesetz zutreffend widerspiegelt. Es ist für den Bauunternehmer zu hoffen, dass die Rechtsprechung zwischen wichtigen und unwichtigen Merkmalen in der Leistungsbeschreibung differenzieren wird. Letztere sollten keinen Mangel darstellen. Dagegen spricht aber bereits der Wortlaut des Gesetzes, aber auch die Folge, dass eine Grauzone entstehen würde, was wichtig bzw. unwichtig ist. Derartige Auslegungsschwierigkeiten führen zur Rechtsunsicherheit und dürften keinen der am Bau Beteiligten tatsächlich weiterhelfen.

TIPP:

Die Bedeutung des Bauvertrages steigt! Bauunternehmer müssen bereits bei Vertragsschluss zur eigenen Sicherheit die eigene Leistung definiert. Mit dem Bauvertrag wird das Bau-Soll festgelegt, das einzuhalten ist. Bei der Leistungsausführung sollte die Leistung am Bauvertrag laufend gemessen werden. Die Möglichkeit der klaren Vertragsgestaltung sollte im eigenen Interesse genutzt werden. Zwar lassen sich Abweichungen des Bau-Ist vom Bau-Soll auch leichter feststellen, dies ist aber meist besser, als wenn das vertraglich nicht definierte Bau-Soll durch Dritte, wie z.B. Sachverständige und Juristen im Rahmen eines späteren Bauprozesses mit ungewissem Ausgang teuer geklärt werden müssen.

5.1.5. Zeitpunkt der Mangelfreiheit

Entscheidender *Zeitpunkt* für die Beurteilung, ob eine Leistung mangelfrei ist, ist der *Zeitpunkt der Abnahme*.

Dies wird insbesondere bei den anerkannten Regeln der Technik relevant. Ändern sich die Regeln der Technik nach Bauvertragsschluss während der Ausführung, so hat der Bauunternehmer dies zu berücksichtigen und das Bauwerk entsprechend den neuen Regeln der Technik auszuführen.

TIPP:

Vergütungsrechtlich kann der Bauunternehmer diese Folge abmildern. Es kann sein, dass der hierbei erforderliche Mehraufwand des Bauunternehmers zusätzlich zu vergüten ist. Dies ist dann denkbar, wenn sich die anerkannten Regeln der Technik nach Bauvertragsdatum überraschend geändert haben.

Der Bauunternehmer ist verpflichtet, den Bauherrn auf diese Änderung hinzuweisen und kann ein Nachtragsangebot unterbreiten.

Erklärt sich der Bauherr einverstanden, so schuldet er den Ausgleich der Mehrkosten.

Weigert sich der Bauherr, dann muss der Bauunternehmer diese Mehrleistung nicht ausführen. Es liegt auch kein Mangel vor, sofern der Bauunternehmer auf die Bedenken hingewiesen hat.

Dieser maßgebliche Zeitpunkt der Abnahme wird leider von Bauunternehmern auch noch in einem anderen Sinne oft nicht richtig verstanden.

Ein Mangel liegt nur vor, wenn im Zeitpunkt der Abnahme eine Abweichung von den oben erklärten 3 Stufen vorliegt. Treten innerhalb der Verjährungsfrist „Mängelsymptome“ auf, so ist stets zu fragen, ob diese auf Mängel zum Zeitpunkt der Abnahme zurückzuführen sind!

Beruhet das später in Erscheinung tretende Symptom ausschließlich auf den vertragsgerechten Gebrauch (natürliche Abnutzung) oder auf einen außergewöhnlichen überobligatorischen/unsachgemäßen Gebrauch des Bauherrn, handelt es sich um Verschleiß- und Abnutzungserscheinungen, die nicht auf Mängel des Werkes im Zeitpunkt der Abnahme beruhen und damit keinen Sachmangel darstellen!

TIPP:

Dies wird von vielen am Bau Beteiligten nicht erkannt. Es besteht landläufig die Meinung, dass jeder innerhalb der Verjährungsfrist auftretende Mangelsymptom durch den Bauunternehmer zu beseitigen ist. Falsch!

War der Mangel bereits im Keim zum Zeitpunkt der Abnahme angelegt, dann haftet der Bauunternehmer tatsächlich innerhalb der Verjährungsfrist.

Ist dies nicht der Fall, haftet der Bauunternehmer nicht. ***Es handelt sich eben nicht um eine Garantie!*** Nur bei einer Garantie wird innerhalb einer bestimmten vereinbarten Frist unabhängig von der Ursache für das Auftreten von Mängeln gehaftet. Eine derartige Garantie sehen das BGB und die VOB/B grundsätzlich nicht vor.

5.2 Mangelbegriff nach VOB/B 2002

Die **VOB/B 2002** übernimmt in § 13 Nr. 1 VOB/B die im BGB enthaltene dreistufige Rangfolge des **Sachmangelbegriffs**. Im Gegensatz zum BGB wurde in § 13 Nr. 1 VOB/B noch zusätzlich aufgenommen, dass das Werk frei von Sachmängeln ist, wenn es den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Ein inhaltlicher Unterschied gegenüber dem BGB ergibt sich daraus nicht.

Die VOB/B enthält demgegenüber keine Definition des **Rechtsmangels**, so dass hier die Gesetzesregelung des BGB gilt, da die VOB/B keine abschließende Regelung trifft. Gleiches gilt für die Fälle der **Falschherstellung/Teilerstellung**.

5.3. Mängelrechte des Bestellers/Auftragnehmers nach BGB und VOB/B 2002

Die Mängelrechte des Bestellers nach **BGB**, nämlich Nacherfüllung, Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz werden in der Neuregelung in § 634 BGB n. F. aufgezählt und in den nachfolgenden Einzelregelungen näher erläutert.

Diese Mängelansprüche des Bestellers im BGB sind in **zwei Ebenen** aufzuteilen.

In der **ersten Ebene** befindet sich das Recht des Bestellers auf Nacherfüllung. Eine **zweite Ebene** behandelt die sonstigen Ansprüche, Selbstvornahme, Minderung, Rücktritt, Schadensersatz und Aufwendungsersatz.

Der Übergang von der ersten Ebene auf die zweite Ebene der Mängelansprüche erfolgt mit Ablauf der Frist zur Nacherfüllung.

Die Mängelrechte des Auftraggebers nach der **VOB/B 2002** unterscheiden im Gegensatz zum BGB zunächst zwischen der **ersten Ebene** vor der Abnahme und der **zweiten Ebene** nach der Abnahme.

Vor der Abnahme ist der Mängelbeseitigungsanspruch in § 4 Nr. 7 Satz 1, 3 VOB/B geregelt. Das Recht zur Ersatzvornahme besteht nur dann, wenn der Bauvertrag unter den Voraussetzungen des § 8 Nr. 3 VOB/B gekündigt wurde. Schadenersatz gibt es unter den Voraussetzungen des § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B.

Nach der Abnahme ergibt sich der Mängelbeseitigungsanspruch aus § 13 Nr. 5 VOB/B. Ähnlich dem BGB gibt es nach § 13 Nr. 5-7 VOB/B Rechte des Auftraggebers auf Ersatzvornahme/Aufwendungsersatz, auf Kostenvorschuss, auf Minderung und auf Schadensersatz. Im Gegensatz zum BGB gibt es bei der VOB/B 2002 kein Rücktrittsrecht.

Der Übergang von der ersten Ebene auf die zweite Ebene der Mängelansprüche erfolgt mit der Abnahme.

5.3.1. Nacherfüllungsanspruch

5.3.1.1. Nacherfüllungsanspruch, § 635 BGB n. F.

Bei Mängeln des Werks besteht ein Recht des Bestellers auf Nacherfüllung; § 635 I BGB n. F. Gleichzeitig das korrespondierende Recht des Bauunternehmers zur Nacherfüllung.

Der **Bauunternehmer hat aber das Wahlrecht**, ob er den Mangel beseitigt oder ein neues Werk herstellen will. Der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers wird folglich unterteilt in zwei Unterarten: **Nachbesserung** oder **Neuherstellung** des Bauwerkes.

Der Bauunternehmer trägt dabei die erforderlichen Aufwendungen der Nacherfüllung Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten; § 635 II BGB n. F.

Gemäß § 635 III BGB n. F. kann der Bauunternehmer die Nacherfüllung verweigern, wenn sie

- mit unverhältnismäßige Kosten verbunden ist; § 635 II BGB n. F.
- objektiv oder subjektiv unmöglich ist; § 275 I BGB n. F.
- faktisch unmöglich ist; § 275 II BGB n. F.
- unzumutbar ist; § 275 III BGB n. F.

TIPP:

Bauunternehmer sollten zur Vermeidung von Missverständnissen wissen, dass das Argument, die Nacherfüllung sei zu teuer oder unwirtschaftlich, für die Unverhältnismäßigkeit nicht ausreichend ist!

Die Höhe des ursprünglich vereinbarten Werklohns oder die Höhe der Nacherfüllungskosten sind nicht entscheidend.

Unverhältnismäßigkeit ist anzunehmen, wenn einem objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer ordnungsgemäßen Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand auf Seiten des Bauunternehmers gegenübersteht.

Dem Bauunternehmer ist zu empfehlen, zur Einschränkung eines Nacherfüllungsanspruchs folgende Einwendungen im Einzelfall zu prüfen:

1. Mitverschulden

Der Besteller oder sein Architekt als Erfüllungsgehilfe haben aufgrund eines Planungsfehlers die Mangelhaftigkeit mit verursacht.

Beispiel:

Der vom Bauherrn B beauftragte Architekt A sieht zu wenige Dehnungsfugen in seiner Planung vor. Bauunternehmer B verwendet minderwertige Materialien bei der Ausführung. Es tauchen Risse im Bauwerk auf. Selbst bei qualitativ höherwertigen Materialien wäre der Mangel in Erscheinung getreten. B hat deshalb eine Mitursache gesetzt.

2. Sowieso-Kosten

Der Bauunternehmer hat im Rahmen der Nacherfüllung Leistungen zu erbringen, die nicht Inhalt des Bauvertrages waren. Sofern der Besteller hierdurch Vorteile erhält, wäre er im Wege der Vorteilsausgleichung an den Nacherfüllungskosten zu beteiligen. Der Besteller hätte auch ursprünglich für eine teure Ausführung mehr bezahlen müssen.

Beispiel:

Bauunternehmer U vereinbart mit Besteller B eine Abdichtung des Kellers mit einfachsten Methoden zu einem günstigen Preis. U meldet keine Bedenken an. Nach Ausführung wird der Keller durch von außen eindringendes Grundwasser feucht. Eine „schwarze Wanne“ ist zur Abdichtung laut Sachverständigengutachten notwendig. U schuldet B aufgrund der Erfolgshaftung des Werkvertrages einen „trockenen Keller“. Die zusätzlichen Leistungen, die von Anfang an für diesen Erfolg notwendig und folglich höher zu vergüten gewesen wäre (schwarze Wanne), hat B als Sowieso-Kosten zu tragen.

5.3.1.2. Nachbesserungsanspruch; § 13 Nr. 5 I VOB/B

§ 13 Nr. 5 I VOB/B verlangt eine Mängelrüge. Erforderlich und ausreichend ist die Bezeichnung des Mangels seinem äußeren Erscheinungsbild nach (Symptomtheorie).

Sprachlich erwähnt die VOB/B nicht den Begriff der Nacherfüllung sondern spricht nur von Mängelbeseitigung. Allerdings war auch bisher anerkannt, dass der Auftragnehmer statt zur

Mängelbeseitigung auch zur Neuherstellung berechtigt sein sollte, sofern zumutbar für den Auftraggeber.

Die VOB/B schränkt aber mit seiner Formulierung das gesetzliche Wahlrecht des Auftragnehmers zu dessen Nachteil gegenüber BGB ein.

5.3.2. Selbstvornahme, Kostenvorschuss

5.3.2.1. Selbstvornahme, Kostenvorschuss, §§ 634 Nr. 2, 637 BGB n. F.

Die Ersatzvornahme wird nunmehr in § 637 BGB n. F. als **Selbstvornahme** bezeichnet. Voraussetzung ist lediglich der erfolglose Ablauf einer dem Bauunternehmer zur Nacherfüllung gesetzten, angemessenen Frist. Der Besteller kann nach Fristablauf den Mangel selbst beseitigen bzw. beseitigen lassen und vom Bauunternehmer Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen.

Im Gegensatz zur bisherigen Regelung **verzichtet** das neue Recht **auf den Verzug** des Bauunternehmers, bevor der Besteller zur Selbstvornahme schreiten darf. Es ist mit anderen Worten gleichgültig, ob der Bauunternehmer die gesetzte Frist schuldhaft oder schuldlos versäumt hat.

Der Besteller braucht den Bauunternehmer bevor er von seinem Recht auf Selbstvornahme Gebrauch macht, nicht benachrichtigen.

Der Übergang von der ersten Ebene auf die zweite Ebene der Mängelansprüche erfolgt grundsätzlich nur bei Ablauf der Frist zur Nacherfüllung.

Unter nachfolgenden Voraussetzungen ist **ohne Fristsetzung** zur Nacherfüllung ein Selbstvornahmerecht des Bestellers gegeben:

- Leistung wird ernsthaft und endgültig verweigert; §§ 637 II, 323 II Nr. 1 BGB n. F.
- Leistung trotz einer vertraglich vereinbarten Frist nicht erbracht (Fixgeschäft); §§ 637 II, 323 II Nr. 2 BGB n. F.
- Besondere Umstände vorliegen; §§ 637 II, 323 II Nr. 3 BGB n. F.
- Fehlschlagen der Nacherfüllung; § 637 II 2 BGB n. F.
- Unzumutbarkeit der Nacherfüllung; § 637 II 2 BGB n. F.

Ergänzt wird die Neuregelung um einen Anspruch des Bestellers auf **Kostenvorschuss** für die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen; § 637 III BGB n. F. Dieser Vorschussanspruch war bislang bereits schon anerkannt, ist nun aber gesetzlich geregelt.

Dieser Anspruch beinhaltet die voraussichtlichen Nacherfüllungskosten. Eine Schätzung des Bestellers reicht aus. Der Kostenvorschuss ist gegenüber dem Bauunternehmer nach Durchführung der Mängelbeseitigung abzurechnen.

Ein nicht verbrauchter Teil des Kostenvorschusses ist zurückzuzahlen, sollte dieser nicht ausgereicht haben, dann kann der Besteller nachfordern.

TIPP:

Es gibt nicht nur eine Pflicht zur Nacherfüllung, sondern auch ein Recht auf Nacherfüllung. Dem Bauunternehmer darf dieses Recht nicht durch vorzeitige Selbstvornahme genommen werden. Falls dies geschieht hat der Bauherr keinen Anspruch auf Erstattung der Kosten der Selbstvornahme.

5.3.2.2. Selbstvornahme, Kostenvorschuss; § 13 Nr. 5 II VOB/B

Die **VOB/B 2002** unterscheidet sich in diesem Punkt nicht mehr vom BGB, dass sich der VOB/B Regelung angepasst hat. Der Kostenvorschussanspruch ist auch im Rahmen der VOB/B unumstritten anerkannt.

5.3.3. Rücktritt

5.3.3.1. Rücktritt, § 636 BGB n. F.

Ähnlich wie im Kaufrecht wird das Wandlungsrecht auch im Werkvertragsrecht durch ein Rücktrittsrecht ersetzt, das dem Besteller verschuldensunabhängig unter den Voraussetzungen des § 323 BGB n. F. zusteht. Das Werkvertragsrecht führt dies nicht mehr näher aus und verweist ganz allgemein auf das Leistungsstörungenrecht. Dort ist geregelt, dass das Rücktrittsrecht erst nach einer **erfolglosen gesetzten Frist zur Nacherfüllung** besteht. Im Unterschied zum bisherigen Recht bedarf es keiner Ablehnungsandrohung mehr.

Im Gegensatz zur Wandlung ist das Rücktrittsrecht nach neuem Recht ein **Gestaltungsrecht**. Sobald damit seitens des Bestellers mitgeteilt wird, dass er vom Bauvertrag zurücktritt, erlischt das Wahlrecht zwischen den einzelnen Mängelansprüchen. Der Bauvertrag gestaltet sich **automatisch**, ohne dass es einer Zustimmung des Bauunternehmers bedarf, in ein Abwicklungs- und Rückgewährverhältnis um.

Der Übergang von der ersten Ebene auf die zweite Ebene der Mängelansprüche erfolgt grundsätzlich nur bei Ablauf der Frist zur Nacherfüllung.

Unter nachfolgenden Voraussetzungen ist **ohne Fristsetzung** zur Nacherfüllung ein Rücktrittsrecht des Bestellers gegeben:

- Leistung wird ernsthaft und endgültig verweigert; §§ 636, 323 II Nr. 1 BGB n. F.
- Leistung trotz einer vertraglich vereinbarten Frist nicht erbracht (Fixgeschäft); §§ 636, 323 II Nr. 2 BGB n. F.
- Besondere Umstände für sofortigen Rücktritt vorliegen; §§ 636, 281 II, 323 II Nr. 3 BGB n. F.
- Nacherfüllung wegen Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit verweigert; §§ 636, 635 III, 275 II, III BGB n. F.
- Nacherfüllung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich und deshalb verweigert; §§ 636, 635 III BGB n. F.
- Fehlschlagen der Nacherfüllung; § 636 BGB n. F.
- Unzumutbarkeit der Nacherfüllung; § 636 BGB n. F.

Ein Rücktritt ist **nicht möglich**, wenn die **Pflichtverletzung** des Bauunternehmers **unerheblich** ist; § 323 V 2 BGB n. F. Dies heißt insbesondere, dass ein erheblicher Mangel vorliegen muss, um ein Rücktrittsrecht zu haben.

5.3.3.2. Rücktritt; VOB/B

Die **VOB/B 2002** kennt **kein Rücktrittsrecht**, wie die VOB/B 2000 kein Wandlungsrecht kannte. Dieses Mängelrecht ist für den Bauvertrag praktisch nur schwer umsetzbar, denn ein errichtetes Bauwerk lässt sich schlechterdings nicht zurückgeben. Die VOB/B verzichtet deshalb auf dieses Recht gänzlich.

5.3.4. Minderung

5.3.4.1. Minderung, § 638 BGB n. F.

Auch das Minderungsrecht ist im Gesetz nun als **Gestaltungsrecht** strukturiert. Das Wahlrecht des Bestellers zwischen den Mängelrechten erlischt mit der Geltendmachung der Minderung.

Die **Voraussetzungen für den Rücktritt** müssen vorliegen; § 638 I 1 BGB n. F., was bedeutet:

- Der Übergang von der ersten Ebene auf die zweite Ebene der Mängelansprüche erfolgt grundsätzlich nur bei Ablauf der Frist zur Nacherfüllung, danach kann gemindert werden.
- Fälle der Entbehrlichkeit einer Fristsetzung beim Rücktritt gelten auch für das Minderungsrecht, so dass auf die vorherige Aufzählung verwiesen werden kann.

Im Gegensatz zum Rücktritt ist bei der Minderung der Ausschlussgrund des § 323 V 2 BGB n. F. nicht anwendbar; § 638 I 2 BGB. Dies bedeutet, dass eine **Minderung auch bei unerheblichen Mängeln** möglich ist.

Bei Personenmehrheiten (Besteller oder Unternehmer), kann Minderung nur von allen oder gegenüber allen erklärt werden. Das Minderungsrecht ist nun **unteilbar**.

Berechnung der Minderung nach § 638 III 1 BGB n. F. wie bisher, dass heißt Verhältnis zwischen Wert des mangelfreien Werks zum Wert des mangelbehafteten Werks = Verhältnis zwischen vereinbarten und geminderten Werklohn. Die Minderung kann geschätzt werden; § 638 III BGB.

5.3.4.2. Minderung; § 13 Nr. 6 VOB/B

In Anlehnung an das BGB regelt die VOB/B nunmehr auch in § 13 Nr. 6 VOB/B das Minderungsrecht als **Gestaltungsrecht**. Einer Zustimmung des Auftragnehmers zur Wertminderung bedarf es nicht, wenn und soweit der Auftraggeber berechtigt Minderung verlangt.

Die Minderung nach **VOB/B 2002** weicht nach wie vor stark vom BGB ab, was die Tatbestandsvoraussetzungen betrifft.

Während nach dem BGB Minderung bereits nach erfolgloser Nachfrist zur Nacherfüllung möglich ist, kommt gemäß § 13 Nr. 6 VOB/B eine Minderung **nur** in Betracht, wenn die Mängelbeseitigung

- für den Auftraggeber unzumutbar ist;
- unmöglich ist;
- einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde und der Auftragnehmer deswegen die Beseitigung verweigert.

Im Gegensatz zum BGB ist nach der VOB/B das **Wahlrecht** zwischen den Mängelansprüchen stärker **eingeschränkt**. Nach der VOB/B kann der Auftraggeber nicht nach freier Wahl mindern oder Schadensersatz verlangen. Diese Ansprüche sind an zusätzliche Voraussetzungen geknüpft.

5.3.5. Schadensersatz

5.3.5.1. Schadensersatz, §§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281, 283, 311a BGB n. F.

Beim Schadensersatzanspruch gab es eine erhebliche Strukturänderung. Im Werkvertragsrecht gibt es keinen eigenen gesonderten Schadensersatzanspruch mehr, wie in § 635 BGB a. F.

§ 634 Nr. 4 BGB n. F. enthält nur noch einen Verweis auf die Regelungen des allgemeinen Teils des BGB, hier die §§ 280, 281, 283, 311a BGB n. F.

Grundsätzlich zu unterscheiden sind zukünftig **Schadensersatz statt Leistung** und auf **Schadensersatz neben Leistung**.

5.3.5.1.1. Schadensersatz statt Leistung

Schadensersatz statt Leistung gibt es unter den Voraussetzungen der §§ 280, 281 BGB n. F. Stellt der Bauunternehmer ein mangelhaftes Werk her, verletzt er eine Vertragspflicht. Hat er diese Pflichtverletzung **zu vertreten**, kann der Besteller Schadensersatz verlangen.

Erforderlich ist, dass die Mangelhaftigkeit des Bauwerks auf ein Verschulden des Bauunternehmers zurückzuführen ist. Allerdings wird dieses Verschulden vermutet, so dass der Bauunternehmer beweisen muss, dass ihn an der Mangelhaftigkeit des Bauwerks kein Verschulden trifft.

Dieses Erfordernis des Verschuldens unterscheidet den Schadensersatzanspruch vom Rücktritt und von der Minderung.

Der Übergang von der ersten Ebene auf die zweite Ebene der Mängelansprüche erfolgt grundsätzlich nur bei Ablauf der Frist zur Nacherfüllung.

Unter nachfolgenden Voraussetzungen ist **ohne Fristsetzung** zur Nacherfüllung ein Schadensersatz statt Leistung des Bestellers gegeben:

- Leistung wird ernsthaft und endgültig verweigert; §§ 636, 323 II Nr. 1 BGB n. F.
- Leistung trotz einer vertraglich vereinbarten Frist nicht erbracht (Fixgeschäft); §§ 636, 323 II Nr. 2 BGB n. F.
- Besondere Umstände für sofortigen Rücktritt vorliegen; §§ 636, 281 II, 323 II Nr. 3 BGB n. F.
- Nacherfüllung wegen Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit verweigert; §§ 636, 635 III, 275 II, III BGB n. F.
- Nacherfüllung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich und deshalb verweigert; §§ 636, 635 III BGB n. F.
- Fehlschlagen der Nacherfüllung; § 636 BGB n. F.
- Unzumutbarkeit der Nacherfüllung; § 636 BGB n. F.

Ein Schadensersatzanspruch **besteht nur**, wenn die **Pflichtverletzung** des Bauunternehmers **erheblich** ist; § 281 I 3 BGB n. F.

Grundsätzlich ist der Besteller berechtigt, sämtliche aus der mangelhaften Werkleistung entstandene Schäden geltend zu machen.

Durch die Neuregelung hat sich das **Problem der Unterscheidung von Mangelschäden, engen Mangelfolgeschäden und entfernten Mangelfolgen in Bezug auf die Verjährung erübrigt**. Die entfernte Mangelfolgeschäden verjährten nach bisher geltenden Recht nach der Regeln der positiven Vertragsverletzung (= pVV), d.h. nach 30 Jahren. Normale Mangelschäden und enge Mangelfolgeschäden dagegen verjährten innerhalb der kurzen Verjährung des § 638 BGB a.F. von 5 Jahren. Da es nicht gelang, eine klare Abgrenzung zu finden, wird nun ein einziger Schadensersatzanspruch eingeräumt, gleichgültig ob der Schaden durch den Mangel entstanden ist, nicht mit dem Mangel zusammenhängt oder zwar mit dem Mangel zusammenhängt, aber dessen entfernte Folge ist.

Bei der Berechnung des Schadenersatzes ist zwischen dem kleinen und großen Schadenersatz zu unterscheiden.

Der **große Schadenersatz** beinhaltet, dass der Bauherr das Bauwerk zurückgibt und Schadensersatz für die ganze Leistung verlangt.

Beim **kleinen Schadenersatz** behält der Bauherr die Teilleistung und verlangt Schadensersatz für den nicht erbrachten Teil.

Im Gegensatz zum bisherigen Werkvertragsrecht kann neben Rücktritt oder Minderung **zusätzlich Schadensersatz verlangt werden**. Bisher war dies nur alternativ möglich.

5.3.5.1.2. Schadensersatz neben Leistung

Schadensersatz neben der Leistung gibt es unter den Voraussetzungen des § 280 BGB n. F., ohne dass es der zusätzlichen Voraussetzungen des § 281 BGB n. F. bedarf. Der Anspruch richtet sich auf **Mangelfolgeschäden**.

Der Anspruch setzt voraus, dass durch eine **Pflichtverletzung** des Bauunternehmers ein mangelhaftes Bauwerk entstanden ist. Ein **Verschulden** ist erforderlich.

Eine **Fristsetzung** bzw. deren Ablauf ist für den Schadensersatz neben der Leistung **nicht erforderlich**. Bei Mangelfolgeschäden wie Leben, Gesundheit und Eigentum des Bestellers besteht kaum eine Notwendigkeit eine Frist einzuräumen. Diese Schäden sind in der Regel einer Nacherfüllung nicht zugänglich.

5.3.5.1.3. Schadensersatz; § 13 Nr. 7 VOB/B

Die **VOB/B 2002** hat in § 13 Nr. 7 VOB/B den Schadensersatzanspruch in Anlehnung an das BGB neu gefasst.

In allen Fällen setzt die VOB/B 2002 ein Verschulden (Vorsatz/Fahrlässigkeit) voraus. Nach der **Schwere des Verschuldens** einerseits und nach der **eingetretenen Rechtsgutsverletzung** andererseits differenziert § 13 Nr. 7 VOB/B.

Soweit ein schuldhaft verursachter Mangel zu einer Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit des Auftraggebers führt, ist der Auftragnehmer uneingeschränkt schadensersatzpflichtig; § 13 Nr. 7 I VOB/B. Gleiches gilt bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Mangelverursachung; § 13 Nr. 7 II VOB/B.

Im übrigen ist der Auftragnehmer zum Schadenersatz an der baulichen Anlage verpflichtet, wenn ein wesentlicher Mangel vorliegt, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt und auf ein Verschulden des Auftragnehmers zurückzuführen ist; § 13 Nr. 7 III 1 VOB/B.

Den über den Schaden an der baulichen Anlage hinausgehenden Schaden hat der Auftragnehmer zu ersetzen, wenn der Mangel auf einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik, der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit oder durch eine Versicherung hätte versichert werden können; § 13 Nr. 7 III 2 VOB/B

5.3.6. Aufwendungsersatz

5.3.6.1. Aufwendungsersatzanspruch; §§ 634, 284 BGB n. F.

Nach § 634 Nr. 4 i. V. m. § 284 BGB hat der Bauherr anstelle des Schadensersatzanspruchs einen Anspruch auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen.

Diese Regelung ersetzt den bisherigen § 467 S. 2 BGB (Ersatz der Vertragskosten)

Der Aufwendungsersatzanspruch kann nicht neben dem Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden, aber neben dem Rücktrittsrecht.

5.3.6.2. Aufwendungsersatzanspruch; VOB/B

Die VOB/B 2002 erwähnt einen Aufwendungsersatzanspruch nicht, enthält aber in den § 13 Nr. 5-7 VOB/B auch keinen ausdrücklichen oder konkludenten Ausschluss, so dass § 284 BGB n. F. wohl auch für VOB/B Verträge gilt.

TIPP:

Der Bauunternehmer muss zukünftig gesetzte Nachfristen sehr ernst nehmen. Eine Warnung mittels einer Ablehnungsandrohung erfolgt nicht mehr! Mit **Ablauf der Frist zur Nacherfüllung** stehen dem Besteller weitreichende Ansprüche zu.

In der Regel ist es günstiger für den Bauunternehmer einen Mangel selbst zu beseitigen als von Dritten beseitigen zu lassen.

Der Bauherr ist zudem nach BGB und VOB/B nicht verpflichtet seine Mängel „aktiv“ zu verfolgen. Er kann gegenüber dem Bauunternehmer auch die **„Einrede des nicht erfüllten Vertrages“** gemäß § 320 BGB erheben. In der Baupraxis wird häufig einfach vom „Zurückbehaltungsrecht“ gesprochen. In diesen Fällen steht dem Bauherrn ein Leistungsverweigerungsrecht zu, das sich im Regelfall auf mindestens das Dreifache der erforderlichen Mängelbeseitigungskosten beläuft. (**„Druckzuschlag“**); § 641 III BGB

Nach BGH ist der Bauherr nicht einmal verpflichtet, die Höhe der Mängelbeseitigungskosten zu ermitteln und damit den Restwerklohn auszuzahlen. Der Bauherr darf den gesamten Werklohn einbehalten.

Sofern der **Bauunternehmer** meint, dass trotz dieses Druckzuschlages noch Restwerklohn auszuzahlen ist, so muss er selbst dies **darlegen** und notfalls **beweisen!**

Beispiel:

Restwerklohn des Bauunternehmers U ist 100.000 €. Es gibt Mängel am Bauwerk. Die Mängelbeseitigungskosten betragen voraussichtlich 10.000 €. Der Bauherr B kann zunächst einmal den gesamten Restwerklohn einbehalten. U kann aber substantiiert vortragen, dass zumindest 70.000 € ausgezahlt werden müssen. Im Streitfall muss U dies beweisen.

Dem Bauunternehmer ist zu empfehlen, durch **Abschlagszahlungen** das Risiko zumindest zu minimieren, wobei die Vereinbarung der VOB/B gegenüber BGB nach wie vor wegen der geringeren Voraussetzungen diesbezüglich vorzugswürdig ist.

Der Bauunternehmer sollte nach **§ 648a BGB (Bauhandwerkersicherungshypothek)**, sofern der Anwendungsbereich eröffnet ist, zur Sicherung seiner Werklohnforderung die Eintragung einer Sicherungshypothek verlangen. Nach der im Vordringen befindlichen Auffassung in der Rspr. soll dieses Recht nicht mit der Abnahme enden selbst wenn der Bauherr sich auf den Druckzuschlag beruft.

Nach Urteilen in jüngster Zeit soll eine Verweigerung dieser Sicherheit zum entfallen des Leistungsverweigerungsrechts führen bzw. zumindest zur Reduzierung auf den einfachen Betrag der Mängelbeseitigungskosten. Damit hat sich die ursprünglich stumpfe Waffe des § 648a BGB in der Hand des kundigen Bauunternehmers zu einem guten Druckmittel entwickelt.

6. Verjährung nach BGB und VOB/B 2002

6.1 Verjährungsfristen im Baurecht

Die Schuldrechtsreform sowie die neue VOB/B 2002 haben auch im Bereich der Verjährung einige Veränderungen gebracht. Hier sind teilweise erhebliche Abweichungen zu verzeichnen, die auch für ältere Bauverträge Bedeutung haben können.

Nachfolgende Tabelle stellt die Änderungen alt/neu, die im Bereich des Bauvertrags relevant sind, gegenüber:

Anspruch	BGB und VOB/B alt	BGB und VOB/B neu	Anmerkungen
Erfüllungsanspruch BGB und VOB/B	30 Jahre: §§ 631, 195 BGB	3 Jahre §§ 631, 195, 199 I BGB	Frist beginnt grundsätzlich mit Ablauf des Jahres in dem der Anspruch entstanden ist, und der Gläubiger von den den Anspruch be-gründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis er-langt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. §§ 195, 199 I BGB
Werklohnanspruch BGB und VOB/B	2 Jahre: keine Leistung für einen Gewerbebetrieb 4 Jahre: Leistung für den Gewerbebetrieb des Auftraggebers. §§ 196 I Nr.1, II BGB	3 Jahre §§ 195, 199 I BGB	Einheitlich nun 3 Jahre! Frist beginnt grundsätzlich mit Ablauf des Jahres in dem der Anspruch entstanden ist, und der Gläubiger von den den Anspruch be-gründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. §§ 195, 199 I BGB
Mängelansprüche BGB	1 Jahr: Arbeiten an Grundstücken 5 Jahre: Arbeit bei Bauwerk § 638 BGB	2 Jahre: bei einem Werk, dessen Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungs-leistungen hierfür besteht. 5 Jahre: bei einem Bauwerk und einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- und Überwachungs-leistungen hierfür besteht. § 634 a I Nr.1, 2 BGB	Die Frist beginnt mit der Abnahme. Eine schriftliche Mängelrüge führt im BGB weder zu einer Hemmung noch zu einem Neubeginn. Nachbesserungsarbeiten unterliegen im BGB keiner gesonderten Ver-jährung

Anspruch	BGB und VOB/B alt	BGB und VOB/B neu	Anmerkungen
Mängelansprüche VOB/B	<p>2 Jahre: für Bauwerke und für Holzkrankungen</p> <p>1 Jahr: für Arbeiten an einem Grundstück und für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen</p> <p>1 Jahr: bei maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen oder Teilen davon, bei denen die Wartung Einfluss auf die Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat, wenn der AN dem AG die Wartung für die Dauer der Verjährungsfrist nicht übertragen hat.</p> <p>§ 13 Nr. 4 VOB/B</p>	<p>4 Jahre: für Bauwerke</p> <p>2 Jahre: für Arbeiten an einem Grundstück und für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen</p> <p>2 Jahre: bei maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen oder Teile davon, bei denen die Wartung Einfluss auf die Sicherheit und Funktionalität hat, wenn der AG dem AN während der Verjährungsfrist nicht die Wartung übertragen hat</p> <p>1 Jahr: für feuerberührte und abgasgedämmende Teilen von industriellen Feuerungsanlagen.</p> <p>§ 13 Nr. 4 VOB/B</p>	<p>Die Frist beginnt mit der Abnahme. Eine schriftliche Mängelrüge führt bei der VOB/B zu einer Quasi-Verjährungsneubeginn. Der Anspruch auf Beseitigung der gerügten Mängel verjährt in 2 Jahren, gerechnet vom Zugang des schriftlichen Verlangens an, jedoch nicht vor Ablauf der Regelfrist von 4 Jahren oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist. Abgenommene Nachbesserungsarbeiten unterliegen ihrerseits einer eigenständigen 2 jährigen Verjährung, die jedoch nicht vor Ablauf der Regelfrist von 4 Jahren oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist endet.</p>
Haftung wegen Arglist/ Organisationsverschulden BGB und VOB/B	<p>30 Jahre: Arglist setzt grundsätzlich vorsätzliches Handeln voraus. Der BGH hat die verlängerte Haftung für Arglist auch dann angewendet, wenn der Bauunternehmer in seinem Betrieb nicht organisatorisch sichergestellt hatte, dass im Rahmen einer Qualitätskontrolle vor der Abnahme Mängel festgestellt wurden (Organisationsverschulden)</p> <p>§ 638 BGB</p>	<p>3 Jahre: Regelfrist</p> <p>nicht vor Ablauf 5 Jahre: bei Bauwerken und einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht, da ansonsten die Verjährungsfrist wegen Arglist/ Organisationsverschulden kürzer wäre, als die normale Verjährungsfrist.</p> <p>Obergrenzen: Gesundheitsschäden: spätesten 30 Jahren ab Pflichtverletzung sonstige Schäden: spätestens 10 Jahren ab Entstehung des Schadens, spätestens jedoch in 30 Jahren ab Pflichtverletzung</p> <p>§§ 634a III, 195 BGB</p>	<p>Frist beginnt mit Ablauf des Jahres in dem Anspruch entstanden ist, und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen.</p>

Anspruch	BGB und VOB/B alt	BGB und VOB/B neu	Anmerkungen
Positive Vertragsverletzung (pVV)	30 Jahre: Schäden, die sich als entfernte Folge eines Mangels darstellten, waren nicht nach § 635 BGB a. F., sondern nach den Grundsätzen der im Gesetz nicht geregelten pVV zu erstatten. § 195 BGB	3 Jahre: Regelfrist Allerdings unterfallen nunmehr enge und entfernte Mangelfolgeschäden unter den Begriff des Sachmangels, so dass insoweit auf die Verjährungsfristen bei Mängelansprüche BGB Mängelansprüche VOB/B zu verweisen ist. §§ 195, 199 I BGB	pVV nun in §§ 280 I, 241 II BGB gesetzlich geregelt Unterscheidung zwischen Mangelschaden, nahem und entferntem Mangelfolgeschaden entfällt. Eines der schwierigsten Abgrenzungsprobleme wurde damit größtenteils beseitigt. Die Wertung der Rechtssprechung war in diesem Bereich früher nicht vorhersehbar.

TIPP:

Der Bauunternehmer sollte unbedingt seine Werklohnansprüche im Hinblick auf eine drohende Verjährung überprüfen! Dies **auch im Hinblick auf alte Bauverträge**, da, wie eingangs unter 2.2. erwähnt, die neuen Verjährungsvorschriften auch für ältere bereits gestellte und noch offene Rechnungen gelten, wobei grundsätzlich die **kürzere** Frist gilt!

Umgekehrt, falls der Bauunternehmer als Hauptunternehmer auftritt, kann eine Überprüfung noch offener Werklohnforderungen der Nachunternehmer lohnend sein.

Bei der Verjährung der Mängelansprüche kann die Abgrenzung zwischen Arbeiten am Bauwerk (5 Jahre) und reinen Instandsetzungs- und Änderungsarbeiten am Bauwerk (2 Jahre) schwierig sein. Maßgeblich ist, inwieweit die Arbeiten für die Erneuerung und den Bestand des Hauses **von wesentlicher Bedeutung** sind.

Beim VOB/B Vertrag sollte der Bauunternehmer darauf achten, ob **im Bauvertrag nicht eine anderweitige Verjährungsfrist**, meist 5 Jahre, vereinbart ist. Entscheidend ist die vertragliche Vereinbarung! Sorgfältig sollte auch geprüft werden, ob nicht bei fehlenden vertraglichen Verjährungsfristen, eine ältere Fassung der VOB/B mit den noch kürzeren Verjährungsfristen vorliegt bzw. vereinbart ist. Gerade in der Übergangsphase ist noch mit älteren ausgehändigten VOB/B Fassungen zu rechnen!

Die Bedeutung der Haftung wegen Arglist und Organisationsverschulden dürfte durch die drastische Verkürzung der Verjährungsfrist weiter abnehmen, zumal auch diese neuen Frist auf alte Bauverträge anzuwenden ist und, wie unter 2.2. aufgezeigt, grundsätzlich die kürzere Verjährungsfrist gilt.

Erfreulich für Bauunternehmer ist, dass die kaum durchführbare Unterscheidung zwischen Mangelschaden, nahem und entferntem Mangelschaden zukünftig entfällt und ein Haftungsrisiko nicht mehr über 30 Jahre besteht. Es gelten nun die kurzen Verjährungsfristen. Lohnend ist auch hier die Prüfung, ob nicht auch für ältere Bauverträge und deren Schäden durch die in 2.2. skizzierten Übergangsvorschriften bereits die kürzere Frist gilt und Verjährung eintritt.

Im Ergebnis wird deutlich, dass die sorgfältige Fristberechnung erhebliche Bedeutung für den Bauunternehmer haben kann!

6.2 Exkurs: Verjährungsfrist beim Kauf von Baumaterialien

Parallel dazu gibt es eine wichtige Änderung im Kaufrecht, die dem Bauunternehmer nützlich ist. Es gilt nämlich eine 5-jährige Verjährungsfrist für Ansprüche wegen des Mangels einer entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendeten Sache, die einen Bauwerksmangel verursacht.

Mit diesem Fristengleichlauf wird eine bisher bestehende Gewährleistungs- und Gerechtigkeitslücke zu Gunsten der Rückgriffsansprüche von Bauunternehmern gegenüber ihren Baustofflieferanten geschlossen, die sich bislang auf die kurze Gewährleistungsfrist von 6 Monaten berufen konnten.

Beispiel:

Bauunternehmer U erhält Fenster von seinem Lieferanten L und baut diese in das Haus des Bauherrn B ein. U und B haben einen BGB-Werkvertrag geschlossen. Nach 4 Jahren ab Abnahme zieht es durch die Fenster. Der Sachverständige stellt fest, dass die Dichtung von vornherein fehlerhaft war. Rechtslage?

Alte Rechtslage:

B kann U in Anspruch nehmen (Verjährungsfrist 5 Jahre ab Abnahme). U kann L nicht in Anspruch nehmen, da seine kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche ab Anlieferung bzw. Übergabe verjährt waren (Verjährungsfrist 6 Monate).

Neue Rechtslage:

B kann U zwar in Anspruch nehmen (Verjährungsfrist 5 Jahre ab Abnahme), U kann aber seinerseits den Ersatz des ihm entstandenen Aufwands von L verlangen, weil künftig die Verjährungsfrist ab Anlieferung bzw. Übergabe auch im Verhältnis U-L 5 Jahre beträgt.

Voraussetzung ist jedoch immer, dass das Material bestimmungsgemäß in einem Bauwerk verwandt worden ist.

TIPP:

Eine gewisse, unvermeidbare Verjährungslücke verbleibt. Das Gesetz knüpft nämlich an unterschiedliche Zeitpunkte für den Beginn der jeweiligen Frist an.

Beim Kaufvertrag über den Baustoff ist dies die Ablieferung (§ 438 II BGB); beim Werkvertrag über die mit dem gekauften Stoff erbrachte Bauleistung ist dies die Abnahme durch den Besteller (§ 634a II BGB).

Zwischen Ablieferung und Abnahme liegt meist zwangsläufig eine gewisse Zeitspanne, so dass auch nach der Schuldrechtsreform eine Gefahr für den Bauunternehmer verbleibt.

Es lohnt sich aber für den Bauunternehmer die Lieferung von Baustoffen zu dokumentieren, um gegebenenfalls später leichter Regress beim Baustofflieferanten nehmen zu können.

6.3. Hemmung, Neubeginn der Verjährung

Der Lauf der beiliegend dargestellten Verjährungsfristen kann unter bestimmten Umständen gehemmt werden oder die Verjährung kann von Neuen zu laufen beginnen. Dies ist davon abhängig, ob der Gläubiger Handlungen vornimmt, die auf eine Durchsetzung seines Anspruchs zielen oder ob der Schuldner das Bestehen des Anspruchs anerkennt.

Bei der **Hemmung** der Verjährung wird der Lauf der Verjährungsfrist angehalten, § 209 BGB n. F. . Fällt der hemmende Umstand weg, läuft die Verjährung weiter. Man könnte die Hemmung mit einer Stoppuhr vergleichen, die angehalten wird. Durch Drücken eines Knopfes auf der Uhr läuft die Stoppuhr an der Stelle weiter, an der sie gestoppt worden war. Der dazwischen liegende Zeitraum wird nicht berücksichtigt.

Bei dem **Neubeginn** zählt die Frist bis zu dieser Handlung nicht mit. Nach Beendigung der Handlung beginnt die Verjährungsfrist von neuem. Der Neubeginn, der in § 212 BGB n.F. geregelt ist, hieß früher „Unterbrechung“.

Verbildlicht man dies wieder mit einer Stoppuhr, so wird die Stoppuhr durch die Handlung wiederum gestoppt. Durch das Drücken des Knopfes wird diese aber wieder auf Null gestellt. Die Frist beginnt von neuem.

Die Schuldrechtsreform hat im Bereich der Hemmung/Neubeginn das bisherige Recht erheblich verändert. Nicht nur die Verjährungsfristen wurden entscheidend verändert, sondern auch die bisherigen Unterbrechungsgründe wurden nun als Hemmungstatbestände ausgestaltet. **Nach neuem Recht beginnt nur in wenigen Ausnahmefällen die Verjährung neu.** In der Regel kommt es nur noch zu einer Hemmung, wie die nachfolgende Aufzählung zeigt:

Hemmung, z.B.:

- Verhandlung über den Anspruch, § 203 BGB n. F.
- Klageerhebung, § 204 I Nr. 1 BGB n. F.
- Zustellung eines Mahnbescheids, § 204 I Nr. 3 BGB n. F.
- Veranlassung der Bekanntgabe des Güteantrags bei einer Schlichtungs- oder sonstigen Gütestelle, § 204 I Nr. 4 BGB n. F.
- Geltendmachung der Aufrechnung im Prozess, § 204 I Nr. 5 BGB n. F.
- Zustellung der Streitverkündung, § 204 I Nr. 6 BGB n. F.
- Zustellung des Antrags auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahren gemäß §§ 485 ff. ZPO; § 204 I Nr. 7 BGB n. F.
- Zustellung eines Antrags auf einstweilige Verfügung, § 204 I Nr. 9 BGB n. F.

usw.

Im Falle der Hemmung bei Verhandlungen nach **§ 203 BGB n. F.** dauert die Hemmung so lange an, bis eine der Parteien die Fortsetzung der Verhandlung verweigert. Die **Verjährung tritt dann frühestens 3 Monate nach dem Ende der Verhandlungen** ein. Problematisch wird es, wenn die Verhandlungen lediglich einschlafen!⁸

Die **Hemmung endet** in den Fällen des **§ 204 I BGB n.F.** nach § 204 II 1 BGB n.F. **6 Monate** nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des Verfahrens. Wird das Verfahren nicht weiterbetrieben, so endet die Hemmung 6 Monate nach der letzten Verfahrenshandlung der Parteien, des Gerichts oder einer sonst mit dem Verfahren befassten Stelle; § 204 II 2 BGB n. F.

TIPP:

Der Bauunternehmer sollte wissen, dass die bisher in § 209 BGB a. F. geregelten Fälle der gerichtlichen Geltendmachung nicht zu einem Neubeginn der Verjährung, sondern nur noch zu einer Hemmung führen! Der Bauunternehmer muss die **Verfahren**, gerade wenn er sie kurz vor Ende der Verjährung begonnen hat, **zukünftig zügig betreiben**.

Auf die **Hemmung bei Verhandlungen** sollte der Bauunternehmer **sich nicht verlassen**, insbesondere dann wenn die Verjährung kurz bevor steht. Einschlafen der Verhandlungen vermeiden. Schuldner durch klare Fristsetzungen zur Reaktion auffordern, damit keine Zweifel entstehen, ob die Verhandlungen noch andauern oder eingeschlafen sind.

⁸ Ende der Hemmung, wenn nach Treu und Glauben der nächste Schritt zu erwarten gewesen wäre. Auslegungssache ! Deshalb Gefahr für Gläubiger !

Neubeginn nur noch:

- Anerkenntnis⁹ des Schuldners durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise, § 212 I 1 BGB n. F.
- Vornahme einer gerichtlichen oder behördlichen Vollstreckungshandlung¹⁰, § 212 I 2 BGB n. F.

TIPP:

Der Gläubiger sollte vorsichtig sein bei der Annahme eines Anerkenntnis des Schuldners. Meist räumt der Schuldner zwar seine Verpflichtung ein, macht aber Vorbehalte oder sucht Ausreden. „**Ja, aber Haltung**“ Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Annerkenntnis und bloßer Verhandlung dürften häufig sein. Besser ist es für den Gläubiger, **in Zweifelsfällen** bei der Berechnung der Frist **nicht vom Neubeginn auszugehen**.

6.4 Rechtsfolgen der Verjährung

Die Rechtsfolgen der Verjährung blieben dagegen unverändert. Die Folgen sind nun in § 214 BGB n. F. geregelt:

- Nach Eintritt der Verjährung ist der Schuldner zur Leistungsverweigerung berechtigt.
- Er kann das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs geleistete oder ein vertragsmäßiges Anerkenntnis oder eine Sicherheitsleistung nicht zurückverlangen, auch wenn er in Unkenntnis der Verjährung geleistet hat.

TIPP:

Häufiger Irrtum des Bauunternehmers ist, dass die Verjährung seitens des Gerichtes von Amts wegen geprüft wird. Der Bauunternehmer muss sich auf Verjährung als Einrede berufen.

6.5. „Quasineubeginn“; § 13 Nr. 5 I 2 VOB/B

Die **VOB/B 2002** kennt nach wie vor einen sog. „Quasineubeginn“ in § 13 Nr. 5 I 2 VOB/B. Während der Besteller nach BGB vor Ablauf der Verjährungsfrist Maßnahmen wie Klage oder selbständiges Beweissicherungsverfahren zur Verjährungshemmung einleiten muss, erhält der Auftraggeber sich gemäß § 13 Nr. 5 I VOB/B seinen Mängelbeseitigungsanspruch bereits durch ein rechtzeitiges **schriftliches** Beseitigungsverlangen. Erforderlich und ausreichend ist die Bezeichnung des Mangels seinem äußeren Erscheinungsbild nach (Symptomtheorie).

Der Anspruch auf Mängelbeseitigung des **gerügten** Mangels verjährt nach **2 Jahren**, gerechnet vom Zugang des **schriftlichen** Verlangens an, jedoch **nicht vor Ablauf** der Regelfrist des § 13 Nr. 4 VOB/B **oder** der an ihrer Stelle vereinbarten Frist.

Nur die **erste** schriftliche Mängelrüge bezüglich des jeweiligen Mangels führt zum Neubeginn der Frist von 2 Jahren, spätere nicht mehr! Mängelrügen sollten deshalb immer beweisbar zugehen. Ansonsten ist die Berechnung der Verjährungsfrist höchst unsicher.

⁹ Anerkenntnis muss eindeutig zum Ausdruck bringen, dass sich der Schuldner seiner rechtlichen Verpflichtung bewusst ist. Solange der Schuldner Zweifel daran erkennen lässt, liegt allenfalls eine verjährungshemmende Verhandlung vor.

¹⁰ Praktische Bedeutung wohl nur bei Vollstreckungsmaßnahmen aufgrund eines Arrestbefehls oder einstweiligen Verfügung, weil die meisten vollstreckbaren Ansprüche nach § 197 BGB n. F. ohnehin erst nach 30 Jahren verjähren.

Nach VOB/B ist der Auftragnehmer trotz an sich kürzerer Verjährungsfrist im Einzelfall länger der Verjährung ausgesetzt als nach BGB, wobei besondere abweichende längerer vereinbarte Verjährungsfristen noch gar nicht berücksichtigt sind.

Beispiel:

Bauunternehmer U erhält kurz vor Ablauf der 4-jährigen Verjährungsfrist eine schriftliche Mängelrüge durch den Bauherrn B. Der Anspruch auf Mängelbeseitigung verjährt von diesem Zeitpunkt an erst in 2 Jahren, so dass die Verjährungsfrist im Ergebnis knapp 6 Jahre beträgt, somit länger als nach BGB und ohne aufwendige verjährungshemmende Maßnahmen für B.

7. Zusammenfassung

Dieses ausführliche Rundschreiben zeigt, dass es sich lohnt, mit den neuen Regeln vertraut zu machen. BGB und VOB/B 2002 haben sich maßgeblich verändert. In der Tendenz hat sich die Lage trotz schlechter wirtschaftlicher Situation in der Baubranche zu Ungunsten des Bauunternehmers verändert.

Im Zweifelsfall ist wegen der immer schwieriger werdenden Rechtslage empfehlenswert fachlichen Rat, auch baubegleitend, einzuholen.

Rechtsanwälte Kuchenreuter & Dr. Stangl

- Übersicht Mängelrechte/Werkvertragsrecht BGB -

