

# MANGEL EINES BAUPRODUKTES

Dr. Michael Kunzmann LL.M.



Am Bau kommt es immer wieder zur Verwendung von neuen den am Bau beteiligten Unternehmen unbekannter Produkte. In seiner Entscheidung vom 13.01.2023 hat sich das Oberlandesgericht Düsseldorf mit der Frage befasst, ob ein Bauprodukt bereits deshalb mangelhaft ist, weil es nicht über die erforderlichen Zulassungen verfügt.

**SCHLÜNDER** | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)

---

## UNTERSCHIEDLICHE GEWÄHRLEISTUNGSFRISTEN IN BAUVERTRAG UND ABNAHMEPROTOKOLL - VERSEHEN ODER ABSICHT?



Zwischen dem Abschluss eines Bauvertrages und der Abnahme der Leistung liegt oft ein erheblicher Zeitraum. Zudem sind regelmäßig unterschiedliche Personen mit der Prüfung und Unterzeichnung des Bauvertrages und der Abnahme befasst. So kann es passieren, dass bewusst oder unbewusst bei der Abnahme eine Regelung zur Gewährleistung aufgenommen wird, die von der Gewährleistungsregelung im Vertrag abweicht. Damit stellt sich die Frage - welche Regelung gilt?

**SCHLÜNDER** | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland

## **STREIT UM NACHTRÄGE - DARF DER WERKUNTERNEHMER DIE ARBEITEN EINSTELLEN?**



Streit um Nachträge berechtigen den Auftragnehmer nicht ohne Weiteres, kurzerhand die Arbeiten einzustellen. Dies erweist sich als Spiel mit dem Feuer.

**SCHLÜNDER** | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)

---

## **ENERGIE-EFFIZIENZ-EXPERTE HAFTET NICHT FÜR ENTGANGENE ZUSCHÜSSE!**

Johannes Deppenkemper



Der Eigentümer eines Gebäudes beauftragt den Architekten, ihn im Rahmen der Sanierung eines Wohngebäudes als Energie-Effizienz-Experte zu begleiten und den EnEV-Nachweis zu erstellen.

**SCHLÜNDER** | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)

---

# **ZUR ABGRENZUNG ZWISCHEN KAUF- UND WERKVERTRAG UND ANSPRÜCHE DES BESTELLERS VOR WERKABNAHME**

## **OLG HAMM, ENTSCHEIDUNG VOM 27.09.2022, AZ. 24 U 57/21**

Das OLG Hamm hatte zwei Fragen zu klären: Zum einen wie Kauf- und Werkvertrag voneinander abzugrenzen sind, zum anderen, inwieweit der Besteller vor Abnahme des Werkes Ansprüche gegen den Unternehmer haben kann.

### **SACHVERHALT**

Der Auftraggeber war Bauherr einer Doppelhaushälfte. Der Auftragnehmer war von ihm werkvertraglich mit der Lieferung und dem passgenauen Einbau von Fenster- und Türelementen beauftragt. Nach Ausführung der Arbeiten teilte der Auftragnehmer mit, seine Leistungen seien fertig; die Leistungen wurden zur Abnahme angeboten. Noch vor der Abnahme rügte der Auftraggeber Mängel und setzte fruchtlos Mängelbeseitigungsfristen. Erst dann erklärte der Auftraggeber die Abnahme. Der Auftraggeber verlangt Zahlung von Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung. Der Auftragnehmer stellte sich auf den Standpunkt, dass ein Kaufvertrag geschlossen sei, kein Werkvertrag, und dass vor der Abnahme jedenfalls keine wirksame Nacherfüllungsfrist gesetzt werden konnte, die aber Voraussetzung für einen solchen Anspruch sei.

### **ENTSCHEIDUNG**

Das OLG Hamm hat zunächst entschieden, dass der zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer geschlossene Vertrag als Werkvertrag zu charakterisieren sei. Die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertrag erfolge anhand des Schwerpunktes des Vertrages. Liege dieser vorrangig darin, dem Gläubiger das Eigentum an der Sache zu verschaffen, also in der Übergabe und Übereignung i.S.d. § 929 BGB, ist von einem Kaufvertrag nach § 433 BGB auszugehen. Liege der Fokus des Vertrages hingegen auf der Herbeiführung eines Erfolges dergestalt, dass der Schuldner entweder eine neue Sache herzustellen hat oder Einzelteile in eine Sache einfügt, sei eher ein Werkvertrag anzunehmen. Hier bejahte das OLG im Hinblick auf das passgenaue Herstellen und den Einbau von Fenstern und Türen davon aus, dass ein Werkvertrag geschlossen worden sei. Die Abgrenzung zwischen einem Kaufvertrag mit Montageverpflichtung und einem Werkvertrag erfolgt nach der Rechtsprechung danach, ob der Schwerpunkt der vertraglichen Pflichten des Auftragnehmers in der bloßen Übergabe und Übereignung von (herzustellenden) Sachen liegt oder in der Herbeiführung eines Gesamterfolgs durch Lieferung und Montage von Einzelteilen. Für einen Werkvertrag ist dabei entscheidend, dass bei einer qualitativen Gesamtbewertung die Herstellung eines funktionstauglichen Werks im Vordergrund steht. Dabei kam es gerade auf den passgenauen Einbau durch den Auftragnehmer an. Ohne passgenauen Einbau war die fachgerechte Herstellung des Gebäudes nicht möglich.

Da nach Ansicht des OLG Hamm ein Werkvertrag geschlossen wurde, kam es auch die weitere Frage der Abnahme – diese gibt es beim Kaufvertrag nach dem Gesetz nicht – an. Grundsätzlich gibt es Mängelrechte erst nach Abnahme; damit geht das Vertragsverhältnis von der Erfüllungsebene auf die Gewährleistungsebene über. Das OLG Hamm hat im vorliegenden Fall aber einen Anspruch des Auftraggebers auf Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung bejaht; eine *Nacherfüllungsfrist* gem. § 637 BGB könne bereits *vor* der Abnahme wirksam gesetzt werden, sofern der Erfüllungsanspruch fällig ist, der Unternehmer das Werk als fertig gestellt zur Abnahme anbietet und der Nacherfüllungsanspruch später fällig wird. Zwar werde der Nacherfüllungsanspruch im Grundsatz erst mit der Abnahme fällig (im Ausnahmefall kann die Abnahme auch entbehrlich sein). Jedoch sind der Erfüllungs- und der Nacherfüllungsanspruch dann, wenn es um die Beseitigung von fehlerhaften Leistungen nach Fertigstellung(sanzeige) einander so ähnlich und auf das gleiche Ziel gerichtet, dass es nach Abnahme keiner (erneuten) Nachbesserungsfrist durch den Auftraggeber mehr bedürfe.

SCHLÜNDER | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)

---

## ANGEMESSENHEIT EINER NACHFRIST ZUR BAUFERTIGSTELLUNG

Dr. Michael Kunzmann LL.M.



Eine der Kündigung vorausgehende Nachfrist muss angemessen sein; doch was bedeutet das und kann der entsprechende Vertrag auch bereits vor Ablauf der gesetzten Nachfrist gekündigt werden?

SCHLÜNDER | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)

---

# VORSICHT: ANERKENNTNIS!

Jochen Zilius



Wird ein Anspruch anerkannt, beginnt die Verjährung noch einmal von vorn zu laufen. Eine Erklärung oder Handlung kann auch dann als Anerkenntnis im rechtlichen Sinne zu qualifizieren sein, wenn der Erklärende insoweit völlig ahnungslos ist.

**SCHLÜNDER** | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)

---

# DER VERGÜTUNGSANSPRUCH DES WERKUNTERNEHMERS NACH „FREIER“ KÜNDIGUNG DURCH DEN BESTELLER

Jochen Zilius



Bekannt dürfte sein, dass der Unternehmer bei freier Kündigung auch die nicht erbrachten Leistungen abrechnen kann. Doch welche ersparten Aufwendungen muss er gegenrechnen, wie ermittelt er diese und wer trägt die Beweislast?

**SCHLÜNDER** | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)

---

# EINE AN SICH GESCHULDETE MÄNGELBESEITIGUNG KANN UNVERHÄLTNISSMÄSSIG SEIN!



**OLG Koblenz Urteil vom 24.06.2021 - 2 U 391/19**

**BGH: Beschluss vom 10.08.2022 - VII ZR 632/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)**

## **Sachverhalt**

Die Klägerin betreibt ein Rohbauunternehmen und war durch den Beklagten (Bauherr) mit der Erstellung von Rohbauarbeiten eines neu zu errichtenden Gebäudes beauftragt. Mit der Klage begehrte sie die Zahlung des ausstehenden Werklohns für die ihrerseits erbrachte Leistung. Nach der vertraglichen Vereinbarung der Parteien schuldete die Klägerin die Ausführung einer hinterlüfteten Klinkerfassade. Das Leistungsverzeichnis wies hierzu eine Hinterlüftung von 40 mm aus. Der beklagte Bauherr behauptete im Rahmen des Rechtsstreits unter anderem, dass die Wärmedämmung nicht ordnungsgemäß ausgeführt worden sei, da die vertraglich vereinbarte Hinterlüftung nicht durchgängig die vereinbarte Stärke von 40 mm aufwies. Aus diesem Grund bestehe potentiell die Möglichkeit, dass Feuchtigkeit aufgenommen und dadurch die Dämmeigenschaft reduziert werden könne.

Der vom Landgericht Koblenz bestellte Sachverständige gelangte im Rahmen seiner Begutachtung zu dem Ergebnis, dass die zwischen den Parteien unstrittig vereinbarte Ausführung der Hinterlüftung von 40 mm zwar nicht durchgehend vorhanden sei, aus technischer Sicht jedoch gleichwohl keine funktionelle Beeinträchtigung zu befürchten sei. Das Landgericht Koblenz sprach der Klägerin den geltend gemachten Werklohnanspruch zu.

## **Entscheidung**

Mit Urteil vom 24.06.2021 bestätigt das OLG Koblenz (Az.: 2 U 391/19) die landgerichtliche Entscheidung hinsichtlich des gerügten Mangels. Die hiergegen

erhobene Nichtzulassungsbeschwerde hat der Bundesgerichtshof durch Beschluss vom 10.08.2022 (Az.: VII ZR 632/21) zurückgewiesen.

Nach der Entscheidung des Berufungsgerichts kann sich der Beklagte im vorliegenden Fall nicht darauf berufen, dass im Rahmen des Vertrags die Ausbildung einer Luftschicht von 40 mm zwischen den Parteien vereinbart wurde. Denn auf diesen Umstand kommt es nach Auffassung des Oberlandesgerichts überhaupt nicht an. Die durchgehende Ausführung einer Hinterlüftung von 40 mm ist insbesondere nicht als Beschaffenheitsvereinbarung zu werten, da ein isoliertes Interesse des Bestellers an der (durchgängigen) Ausführung von 40 mm nicht erkennbar sei. Nach Auslegung der bestehenden Interessenlage werde von Seiten des Bestellers lediglich eine ordnungsgemäß funktionierende Wärmedämmung erwartet. Demnach besteht zugunsten des Beklagten kein Nacherfüllungsanspruch gegenüber der Klägerin. Dies gilt selbst dann, wenn die Hinterlüftung – trotz Festschreibung im Leistungsverzeichnis – nicht durchgehend mit 40 mm ausgeführt wurde. Erforderlich ist dann jedoch, dass die Wärmedämmung funktionsfähig ist, die nachträgliche Herstellung der vereinbarten Leistung mit einem objektiv geringen Interesse des Bestellers einhergeht und diesem Mangelbeseitigungswillen ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht.

Da der gerichtlich bestellte Sachverständige im Rahmen seiner Begutachtung zu dem Ergebnis gelangte, dass die hergestellte Wärmedämmung den allgemein anerkannten Fachregeln entspricht und damit als solche mangelfrei errichtet wurde, sah das Gericht diese Voraussetzungen im konkreten Fall als gegeben an. Die Mangelbeseitigung hätte letztlich den vollständigen Abriss und die Neuerrichtung der Fassade erfordert. Da die erbrachte Leistung jedoch uneingeschränkt funktionstüchtig ist, besteht aus Seiten des Bestellers kein nachvollziehbares Interesse an der Beseitigung eines etwaigen Mangels. Der Auftraggeber muss daher die vorhandene Abweichung hinnehmen.

## **Praxishinweis**

Der vorliegende Fall verdeutlicht, dass im Ausnahmefall eine Mängelbeseitigung auch unverhältnismäßig sein kann. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass der gerügte Mangel von untergeordneter Bedeutung ist, die Mängelbeseitigung hingegen nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand herbeigeführt werden könnte und der Unternehmer die Unverhältnismäßigkeitseinrede erhebt.

# RECHTSFOLGEN DER AERODYNAMIK VON ALLGEMEINVERFÜGUNGEN (ODER: UMFALLENDE VERKEHRSSCHILDER)

Michael Peus



Die rechtliche Bewertung eines Schadenfalles, der durch ein umgefallenes Baustellenschild / Verkehrsschild bedingt ist, ist sowohl aufgrund der Mehrzahl beteiligter Rechtspersönlichkeiten als auch aufgrund der meist unklaren Tatsachenlage komplexer, als man zunächst meint.

**SCHLÜNDER** | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)