

## › Mängelbeseitigung ‹

### Fristsetzung für Arbeitsbeginn

Eine Frist zur Aufnahme der Arbeiten und zum Nachweis der Beauftragung eines Drittunternehmers genügt den Anforderungen an eine Fristsetzung gemäß § 634

Abs. 1 BGB a. F. nicht. Fristen für den Beginn der Mängelbeseitigung sind jedoch nicht ohne jede rechtliche Bedeutung. Insbesondere wenn der für die Mängelbeseitigung erforderliche Zeitraum nur schwer abzuschätzen ist und sich der Unternehmer trotz Frist zur Aufnahme der Arbeiten passiv verhält, kann dies Anlass zur

Sorge geben, dieser werde sich der Pflicht zur Mängelbeseitigung entziehen. Dann ist es dem Auftraggeber nicht zuzumuten, noch eine Vornahmefrist zu setzen und diese erst ablaufen zu lassen, bevor er die Ansprüche wegen der Mängel geltend macht (BGH, Urteil vom 23.02.2006 – VII ZR 84/05 IBR 2006, 322).

## › Geschäftsbedingungen ‹

### Unwirksame Klausel

Eine Fälligkeitsbestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers (wobei auch ein vorformuliertes Verhandlungsprotokoll gehört), wonach alle Zahlungen innerhalb von 90 Tagen zu erfolgen haben, hält einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, 2 BGB n. F. nicht stand und ist unwirksam (OLG Köln, Urteil vom 1. 2. 2006 – 11 W 5/06 IBR 2006, 244).

## › Gesamthaftung ‹

### Bauunternehmer und Architekt

Wenn im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung von Bauunternehmer und Architekt der Bauherr einen von beiden in Anspruch nimmt, ist eine etwaig im Innenverhältnis der Gesamtschuldner bestehende Ausgleichspflicht für den Anspruch des Bauherrn gegenüber dem von ihm in Anspruch genommenen Schuldner unmaßgeblich. Er kann grundsätzlich die volle Leistung von der einen oder anderen Seite verlangen, § 421 BGB. Eine gegebenenfalls auch von sachverständiger Seite vorgenommene Quotelung der Verursachungsbeiträge ist hierbei unbeachtlich (OLG Celle, Urteil vom 28. 3. 2006 – 14 U 168/05 IBR 2006, 282).

## › Fahrverbot ‹

### Gnade vor Recht für Handelsvertreter

Wird einem Handelsvertreter ein einmonatiges Fahrverbot auferlegt, weil er mit 0,62 Promille ein Fahrzeug geführt hat, so liegt es allein im Ermessen des Richters, wenn unter Verdreifachung des Bußgeldes das Regelfahrverbot wieder aufgehoben wird. Das Gericht legte hierbei zugrunde, dass dem Handelsvertreter eine

konkrete Kündigung des Arbeitsverhältnisses drohte und dass der Handelsvertreter aus finanziellen Gründen keinen Aushilfsfahrer für den Fahrverbotszeitraum bezahlen konnte. Aufgrund dieser Existenzgefährdung sah das Gericht von dem im Bußgeldbescheid bereits angeordneten Fahrverbot ab (AG Hof, Az.: 11 OWi 261 Js 3895/06).

## › Vertragsstrafe ◀

### Verlängerung der Ausführungsfrist

Verlängern die Parteien eines Bauvertrages ohne Bezugnahme auf die vereinbarte Vertragsstrafe die Ausführungsfristen, ist im Zweifel davon auszugehen, dass die Vertragsstrafe nicht aufrechterhalten bleiben soll (OLG Celle, Urteil vom 21. 9. 2004 – 16 U 111/04, BGH, Beschluss vom 23. 2. 2006 – VII ZR 250/04 IBR 2006, 245).

## › Festpreisgarantie ◀

### Bindung birgt Risiken für Auftragnehmer

Ein Werkvertrag wird gewöhnlich aufgrund einer Leistungsbeschreibung abgeschlossen, die dann auch Grundlage für den Werklohn ist. Es gibt allerdings Vorhaben, die trotzdem etwas unübersichtlich sind. Dann liegt es im Interesse des Auftraggebers eine Festpreisgarantie zu vereinbaren, die für den Auftragnehmer allerdings risikoreich ist. Sie kann zur Folge haben, dass der Auftragnehmer Leistungen erbringen muss, für die er kein zusätzliches Entgelt erhält.

Nach dem Urteil des Kammergerichts vom 14. 2. 2006 – 21 U 5/03 – kann jedoch ein Festpreis für ein bestimmtes Vorhaben wirksam vereinbart werden. Im Vertrag muss nur zum Ausdruck kommen, dass sich im Zusammenhang der Auftragsdurchführung herausstellen könnte, dass die Vertragsgrundlagen nicht vollständig und/oder lückenhaft

sein können. Der Auftragnehmer muss dann in dem Zusammenhang erklären, dass möglicherweise entstehende Kosten in dem garantierten Festpreis enthalten sind, insbesondere für nicht absehbare und/oder Zusatzleistungen, die bisher weder bekannt noch ersichtlich, aber erforderlich zur Leistungserbringung sind.

Für den Auftragnehmer ist es dann kaum aussichtsreich, einen Wegfall der Geschäftsgrundlage zu behaupten. Eine Änderung des Vertrages kommt nämlich nur in Betracht, wenn nach der vertraglichen Risikoverteilung

einem der beiden das Festhalten an dem Vertrag nicht zuzumuten ist. Daran fehlt es aber, wenn der Auftragnehmer das Risiko bewusst übernommen hat.

## › Abnahme ◀

### Aus förmliche wird fiktive Abnahme

Wird in einem VOB-Bauvertrag abweichend von § 12 Nr. 4 Abs. 1 Satz 1 VOB/B die förmliche Abnahme für alle Fälle vertraglich vereinbart, muss keine Partei sie

mehr eigens gemäß § 12 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B „verlangen“. Wird innerhalb der Frist des § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B kein Abnahmetermin anberaumt und die Abnahme auch nicht ausdrücklich verweigert, so ist davon auszugehen, dass auf die förmliche Abnahme verzichtet wird, so dass nach Ablauf von zwölf Werktagen nach Erhalt der Schlussrechnung gemäß § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B oder durch Inbenutzungnahme gemäß § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B die Abnahme als erfolgt gilt (KG, Urteil vom 4. 4. 2006 – 7 U 247/05 IBR 2006, 324).

## › AGB-Recht ◀

### Individualvereinbarung

Ein Aushandeln im Sinne von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz (BGB n.F. § 305 Abs. 1 Satz 3) liegt nur dann vor, wenn der Verwender den Inhalt der Regelung ernsthaft zur Disposition stellt und dem anderen Teil Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt; der Vertragspartner muss die Möglichkeit haben, den Inhalt der Bedingung wirklich zu beeinflussen. (OLG Köln, Urteil vom 19. 1. 2005 – 11 U 4/00, BGH, Beschluss vom 9. 2. 2006 – VII ZR 47/05 IBR 2006, 247).

## › Baubehinderung ◀

### Verteidigung gegen Vertragsstrafe

Der Auftragnehmer, der sich gegen eine Vertragsstrafe oder einen Schadensersatz wegen Bauzeitverzuges verteidigt, kann sich auch dann auf fehlendes Verschulden berufen, wenn er eine Behinderung nicht gemäß § Nr. 1 VOB/B angezeigt hat. (OLG Zweibrücken, Urteil vom 3. 3. 2006 – 1 U 48/04 IBR 2006, 246).

## › Mangelhaft ◀

### Fehlende Systemtrennung

Für ein Gebäude war zunächst die Installierung einer Radiatorenheizung in Auftrag gegeben worden. Dann verlangte der Auftraggeber aber für bestimmte Gebäudeteile eine Fußbodenheizung, die auch eingebaut wurde, ohne dass das störungsfreie Funktionieren beider Bestandteile sichergestellt wurde. Die Heizungsanlage konnte deshalb insgesamt nicht ordnungsgemäß funktionieren, weil sie nur einen einzigen Heizkreislauf aufwies. An diesen waren sowohl die Radiatoren als auch die

Fußbodenheizung angeschlossen, obwohl die Radiatoren für eine höhere Vorlauftemperatur ausgelegt waren als die Fußbodenheizung. Das führt alternativ entweder dazu, dass die mit Radiatoren bestückten Räume nicht ausreichend erwärmt werden, obwohl die Radiatoren als solche für diese Räume korrekt dimensioniert sind oder dazu, dass die Fußbodenheizung überhitzt wird und dadurch Schäden eintreten. Richtigerweise hätten von der vorhandenen Heiztherme ausgehend zwei getrennte Heizkreisläufe für die Radiatorenheizung und für die Fußbodenheizung installiert werden müssen; dabei hätte eine so genannte Mischstation im Bereich des Abzweiges des Fußbodenheizungs-Kreislaufs eingebaut werden müssen, durch die das in diesem Kreislauf gelangende Heizwasser auf eine niedrigere, der Fußbodenheizung zuträgliche Vorlauftemperatur heruntergekühlt würde. Dieser fehlerhafte Zustand ließ sich nicht ohne weiteres einem der beiden Teilbereiche der Heizungsanlage, entweder der Radiatoren- oder Fußbodenheizung jeweils isoliert betrachtet, eindeutig als Mangel zuordnen. Sah man den vorhandenen einen Heizkreislauf als solchen der Radiatorenheizung an, so konnte dieser als solcher ordnungsgemäß funktionieren, die Fußbodenheizung ließ sich jedoch nicht schadlos betreiben und ist bei dieser Betrachtung mangelbehaftet. Betrachtete man dagegen den Heizkreislauf als der Fußbodenheizung zugehörig, die je ebenfalls an ihn angeschlossen war und mit ihm ordnungsgemäß betrieben werden konnte, war die Radiatorenheizung mangelhaft, weil sie nicht ausreichend warm wurde. Indes war weder die eine noch die andere Betrachtungsweise sachgerecht, weil aus technischer Sicht eine Zuordnung des Heizkreislaufs zu dem einen oder dem anderen Teilbereich gar nicht möglich war. Anstelle von zwei Heizkreisläufen war eben nur ein Heizkreislauf installiert worden, der

dem einen System gleichermaßen dienen konnte wie dem anderen, nur nicht beiden Systemen gleichzeitig. So war die Werkleistung mit einem Mangel behaftet. Zu diesem Ergebnis ist das Oberlandesgericht Hamm im Urteil vom 19. 9. 2006 – 21 U 44/06 – gekommen.

## › Schuldrecht ‹

### Aufrechnung, Verjährung

Die Verjährungseinrede hindert eine Aufrechnung nicht, wenn die verjährte Gegenforderung in dem Zeitpunkt, in dem sie gegen die Hauptforderung erstmals aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war (BGB a. F. § 390 Satz 2 = BGB n. F. § 215 – OLG Bamberg, Urteil vom 22. 11. 2004 – 4 U 50/02, BGH, Beschluss vom 22. 12. 2005 – VII ZR 50/05 IBR 2006, 200).

## › Schadensersatz ‹

### Unzureichende Druckprüfung

Für eine Sanitärinstallation war eine Wasserleitung montiert worden, die dann mit Estrich überdeckt wurde. Schon kurz danach traten Feuchtigkeiterscheinungen auf. Deshalb verlangte der Auftraggeber Schadensersatz. Es war Sache des Auftragnehmers zu beweisen, dass er seine Werkleistung ordnungsgemäß erbracht hatte, weil er nicht nachgewiesen hatte, dass er entsprechend der DIN 1988 die erstellten Leistungen ordnungsgemäß „abgedrückt“ hatte. Er hatte gemeint, ein „Abdrücken“ mit Luft wäre ausreichend gewesen, was sich aus der DIN aber nicht ergibt. Vielmehr hat die Druckprüfung nur mit filtriertem Trinkwasser zu erfolgen. Auch wenn zu der Zeit des „Abdrückens“ der Wasseranschluss noch nicht gelegt gewesen war, entband dies den Auftragnehmer nicht von seiner Verpflichtung, mit Wasser „ab-

zudrücken“. Der Anschluss erfolgte kurze Zeit darauf, so dass ein „Abdrücken“ mit Wasser ohne weiteres möglich gewesen wäre. Bei noch offen liegenden Rohrleitungen ist ein Austritt von Wasser auch sofort zu bemerken. Ferner muss bei der späteren Errichtung des Trinkwasserhauptanschlusses die Verbindung auf Dichtheit kontrolliert werden. Der Schadensersatzanspruch des Auftraggebers war begründet. Diese Auffassung hat das Thüringer Oberlandesgericht im Urteil vom 21. 4. 2005 – 1 U 1578/98 – vertreten, das durch den Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 27. 4. 2006 – VII ZR 120/05 – bestätigt wurde.

## › Schiedsverfahren ‹

### Gutachterbestellung

Beauftragt nur ein Vertragspartner einer Schiedsgutachtenabrede einen Sachverständigen mit der Erstellung eines Gutachtens, hat er klarzustellen, dass es sich um ein für alle Beteiligten verbindliches Schiedsgutachten handelt. Anderenfalls wird der Sachverständige als Privatgutachter tätig (OLG Hamm, Urteil vom 21. 7. 2004 – 21 U 20/03, BGH, Beschluss vom 23. 2. 2006 – VII ZR 314/04 IBR 2006, 364).

## › Schlussrechnung ‹

### Prüfbare Abrechnung nach Kündigung

Nach der Kündigung eines BGB-Pauschalvertrages hängt die Fälligkeit der Schlusszahlung zwar nicht von der Vorlage einer prüfbaren Schlussrechnung ab (anders als § 14 Nr. 1 VOB/B). Gleichwohl erfordert die Durchsetzbarkeit des Anspruchs die schlüssige Darlegung der Vergütung nach dem Verhältnis des Wertes der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen zu dem Wert der Gesamtleistung (KG, Urteil vom 3. 11. 2005 – 10 U 243/03 IBR 2006, 320).