

Manfred Braun

Richter am OLG a.D.

Hochvogelstr. 5
86391 Stadtbergen
Tel. 0821 - 3473934
Fax 0821 - 431868
Email braunmanfred@freenet.de

A.	Probleme bei fehlender Baugenehmigung.	2
B.	Mängel und ihre rechtliche Behandlung im Wintergartenbau	3
1.	Der Mangelbegriff seit dem Schuldrechtsreformgesetz. (2002)	4
2.	Neufassung durch die Rechtsprechung	5
3.	DIN-Normen, Herstellerrichtlinien, Verbandsrichtlinien (Flachdachrichtlinien), Güte- und Prüfbestimmungen	8
4.	Haftungsfreistellung bei Bedenkenanmeldung.....	10
5.	Mitverschulden des Bauherrn, Architektenverschulden	12
6.	Rechte des Bestellers	13
a.	Abnahmeverweigerung	13
b.	Nach der Abnahme	15
7.	Fällen des Baurechts	16
C.	Schlußbemerkungen	17

Im Namen des Volkes

Referat gehalten am 24.4.2008
vor dem Fachverband Wohn-Wintergärten

Die Rechtsprechung hat sich in den vergangenen Jahren immer wieder mit dem Wintergartenbau befaßt. Hauptprobleme für die Rechtsprechung waren

- Der Bau von Wintergärten ohne die erforderliche Baugenehmigung und die daraus folgenden Konsequenzen
- Mängel beim Wintergartenbau und deren Konsequenzen im Hinblick auf Nachbesserung, Zurückbehaltungsrecht am Werklohn und Fälligkeit des Werklohns.

Als Richter hat man immer wieder den Eindruck, daß die Fachbetriebe zu wenig Wert auf Rechtsfragen legen. Wir sind froh, wenn ein Fachverband Sie in dieser Hinsicht unterstützt, Ihre rechtliche Kompetenz stärkt und Mißverständnisse ausräumt.

A. Probleme bei fehlender Baugenehmigung.

Ein Wintergartenbauer hat dem Auftraggeber ein vorformuliertes Vertragsformular mit folgender Klausel zum Ankreuzen vorgelegt: „Wird auf Kundenwunsch ohne Genehmigung gebaut“. Der Bauherr kreuzte die Klausel an. Eine Baugenehmigung wurde nicht erteilt, der Bauherr lehnte die Durchführung des Vertrages ab. Der Auftragnehmer sah hierin eine Kündigung nach § 649 BGB und verlangte den Werklohn abzüglich ersparter Aufwendungen.¹

Das Problem ist hier, ob der Auftragnehmer das Risiko der Versagung der Baugenehmigung trägt oder nicht. Er wollte das Risiko durch die aufgeführte Klausel auf den Auftraggeber übertragen.

Für Architekten ist die Frage vielfach entschieden: Ein Architekt schuldet eine genehmigungsfähige Planung. Wird die Baugenehmigung endgültig verweigert, hat der Architekt seinen Auftrag nicht erfüllt und bekommt kein Honorar.² An den durchaus möglichen Risikoausschluß werden hohe Anforderungen gestellt. Die Vereinbarung muß klar und darf nicht mißverständlich sein. Außerdem muß der Bauherr über alle Risiken belehrt worden sein.

Hat ein Wintergartenbauer – wie häufig - auch die Planung des Wintergartens übernommen, muß er sich wie ein Architekt behandeln lassen. Der Wintergartenbauer übernimmt die Planung des Wintergartens dann, wenn er nicht nach den Plänen und unter Aufsicht eines Architekten baut, sondern nach Kundenwunsch selbst die Ausgestaltung festlegt und dann ausführt. Er schuldet eine genehmigungsfähige Planung und hat es zu vertreten, wenn Wintergarten mangels Genehmigungsfähigkeit nicht gebaut werden darf. Daraus folgt, daß er keinen Werklohn für einen ohne Genehmigung errichteten Wintergarten bekommt und auch noch Schadensersatz für den Abriß leisten muß.

Hat ein Wintergartenbauer die Planung nicht übernommen, wird seinen Vertrag grundsätzlich von einer Versagung der Baugenehmigung nicht berührt. Das Genehmigungsrisiko bleibt beim Bauherrn. Jedoch darf der Auftragnehmer nicht genehmigungswidrig bauen. Das hat der BGH für den Fall eines VOB/B-Vertrages entschieden, gilt aber ein gleicher Weise für den BGB-Vertrag. Der Leitsatz lautet: „Der Auftragnehmer hat bei Ausführung seiner Leistungen die behördlichen Bestimmungen zu beachten. Dazu zählen auch die dem Auftraggeber erteilte Baugenehmigung und die darin etwa enthaltenen Auflagen.“³ Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Bauherr fachkundig ist und nicht von einem Architekten vertreten wird. Der Bauherr kann selbstverständlich immer und so

¹ OLG Frankfurt, Urteil vom 15.12.95 - 8 U 83/95 in IBR 1996, 117

² BGH, Urteil vom 26.9.02 - VII ZR 290/01 in BauR 2002, 1872; Urteil vom 25.3.99 - VII ZR 397/97 in BauR 1999, 1195; Urteil vom 25.2.99 - VII ZR 190/97 in BauR 1999, 934; OLG Celle, Urteil vom 9.8.07 - 13 U 48/07 in IBR 2007, 574; OLG Saarbrücken, Urteil vom 5.10.04 - 4 U 710/03 in IBR 2005, 25; OLG Stuttgart, Urteil vom 18.2.03 - 12 U 211/01 in BauR 2004, 552 (Ls.); OLG Nürnberg, Urteil vom 14.12. 2001 - 6 U 2285/01 in BauR 2002, 976.

³ BGH, Urteil vom 5.2.98 - VII ZR 170/96 in BauR 1998, 397

auch hier bei Versagung der Baugenehmigung den Vertrag nach § 649 BGB kündigen und muß die finanziellen Konsequenzen hieraus tragen.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich der Auftragnehmer von vorne herein auf genehmigungsloses Bauen eingelassen hat, was im Ausgangsfall durch die entsprechende Klausel dokumentiert worden ist. Wird in einem derartigen Fall die Baugenehmigung verweigert, verliert der Auftragnehmer seinen Anspruch auf Werklohn und muß für entstehende Schäden aufkommen.

Derartige Klauseln erreichen oft das Gegenteil dessen, was mit ihnen beabsichtigt ist. Die Formulierung „wird auf Kundenwunsch ohne Genehmigung gebaut“ beweist nämlich zweifelsfrei, daß der Bauunternehmer das Risiko des Bauens ohne Genehmigung kannte. Aber auch ohne die Klausel muß ihm das Risiko bekannt sein.

Nachdem der Bauunternehmer verpflichtet ist, den Bauherrn auf alles hinzuweisen, was der beabsichtigten Baudurchführung entgegenstehen könnte, muß er ihn auch über die Risiken des Bauens ohne Genehmigung ausführlich und eindeutig belehren, sofern er nicht nachweisen kann, daß dem Bauherrn die möglichen Konsequenzen genehmigungslosen Bauens voll bewußt waren. Nur wenn der Bauherr nach Belehrung auf der Baudurchführung ohne Genehmigung besteht, also in voller Kenntnis des Risikos, kann darin eine Risikoübernahme liegen. Daß dies der Fall war, muß der Bauunternehmer im Rechtsstreit beweisen. Die obige Klausel bietet keinen derartigen Beweis. Den zweiten Ausnahmefall, in dem der Bauunternehmer u.U. nicht haften würde, hat er sich durch die Klausel sogar verbaut: Wenn der Bauunternehmer keinen Anlaß hatte, am Vorliegen einer Baugenehmigung zu zweifeln, trifft ihn das Risiko nicht. Durch die Klausel im Vertrag hat er jedoch den Nachweis geliefert, daß er vom Fehlen der Baugenehmigung positive Kenntnis hatte.

B. Mängel und ihre rechtliche Behandlung im Wintergartenbau

Betrachtet man die Rechtsprechung zu Wintergärten stößt man nur auf wenige Mängel:

- Undichtigkeit,
- Kondenswasser,
- Mängel der Belüftung und Beschattung und
- Mängel der Nutzbarkeit, besonders im Winter (Kälte) und im Sommer (zu hohe Temperaturen).
- Putzabplatzungen
- Standsicherheit

Das ist natürlich nicht richtig. Alle bekannten Baumängel kommen auch bei Wintergärten vor; nur wird über diese Mängel meistens nicht vor Gericht gestritten, weil die Mangelhaftigkeit der Leistung schnell geklärt werden kann. Vor die Obergerichte, deren Urteile veröffentlicht werden, kommen sowieso meist nur problematische Fälle.

Der Unternehmer, der einen Vertrag mit dem Endverbraucher über die Errichtung eines Wintergartens geschlossen hat, muß für Mängel Gewähr leisten. Wie aber wird vor Gericht im Streitfalle ein Mangel bestimmt und von einer bloßen „Pingeligkeit“ abgegrenzt?

Ein Richter darf nicht von sich aus und nach seinen Maßstäben eine Eigenschaft eines Bauwerks als Mangel bestimmen oder als fachgerecht bezeichnen. Was ein Mangel ist, ist im Gesetz vorgegeben.

Mängel werden im VOB/B-Vertrag und im BGB-Vertrag zum Teil gleich, zum Teil verschieden behandelt. Seit der VOB/B 2002 ist auch der Mangelbegriff in beiden Vertragsarten gleich.

1. Der Mangelbegriff seit dem Schuldrechtsreformgesetz. (2002)

Wintergärten sind Bauwerke im Sinne des Werkvertragsrechtes im BGB. Seit 2002 ist der Mangel eines Bauwerks im Schuldrecht in § 633 Absatz 2 BGB wie folgt definiert:

Ein Sachmangel liegt vor, wenn das Bauwerk

- von der vereinbarten Beschaffenheit abweicht
- soweit eine Beschaffenheit nicht vereinbart wurde, ist das Bauwerk mangelhaft, wenn
- das Bauwerk sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, sonst, wenn es sich
- nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und die Beschaffenheit nicht aufweist, die bei Bauwerken gleicher Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art des Werkes erwarten kann

Die Änderung gegenüber dem Rechtszustand bei Verträgen vor 2002 liegt darin, das ein Mangel früher in erster Linie durch die fehlende Gebrauchstauglichkeit definiert war, die nun nach dem Gesetzestext nur noch dann von Bedeutung zu sein scheint, wenn eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht besteht.

Nach §13 Nr. 1 VOB/B kommt es seit 2002 ebenfalls primär darauf an, ob das Bauwerk

- von der vereinbarten Beschaffenheit abweicht. Außerdem muß es die anerkannten Regeln der Technik einhalten. Ist eine Beschaffenheit nicht vereinbart, so ist das Bauwerk frei von Sachmängeln, wenn es sich
 - o für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst
 - o für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach Art der Leistung erwarten kann.

Der einzige Unterschied im Wortlaut zwischen VOB/B und BGB ist, daß im VOB-Vertrag zum Zeitpunkt der Abnahme auch noch die anerkannten Regeln der Technik eingehalten werden müssen. Allerdings ist seit langem anerkannt, daß auch im BGB-Vertrag die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik geschuldet ist.⁴

Damit steht fest, daß es einen Unterschied des Mangelbegriffs im BGB-Vertrag und im VOB/B-Vertrag nicht gibt.

Nach der im Jahr 2002 eingeführten Neudefinition des Mangelbegriffes ist ein Bauwerk also dann mangelhaft, wenn es von der Baubeschreibung abweicht, die dem Vertrag zugrunde liegt.

2. Neufassung durch die Rechtsprechung

Der vom Bundestag 2002 beschlossene Mangelbegriff wird überwiegend als unzureichend angesehen. Deshalb wäre es falsch anzunehmen, daß ein Wintergarten dann mangelfrei ist, wenn die üblicherweise vom Unternehmer gelieferte Baubeschreibung wortgetreu eingehalten wurde. Der BGH sieht die Trennung zwischen Beschaffenheitsvereinbarung und Gebrauchstauglichkeit neuerdings nicht mehr. Er geht davon aus, daß die Parteien eines Werkvertrages auch bei einer bis ins einzelne gehenden Beschreibung des Bausolls stillschweigend davon ausgehen, daß das Werk funktionstauglich sein muß.⁵

Wurde bereits die Baubeschreibung nicht eingehalten, liegt in der Regel ein Mangel vor. Anders kann es dann sein, wenn mit der Baubeschreibung ein mangelfreier Wintergarten nicht hergestellt werden kann. In zweiter Linie muß geprüft werden, ob der Wintergarten gebrauchstauglich ist. Vor Gericht wird meistens über die Gebrauchstauglichkeit gestritten.

Beispiel: ein Hersteller bietet einen Wintergarten ohne jegliche Lüftungseinrichtungen an. Die Beschreibung im Bauvertrag sieht eine Lüftung nicht vor. Im Sommer entwickeln sich unangemessen hohe Temperaturen.

Der Wintergarten verstößt nicht gegen die Baubeschreibung und ist in dieser Hinsicht also nicht mangelhaft. Soll er im Sommer als zusätzlicher Wohnraum genutzt werden, ist er jedoch nicht gebrauchstauglich und deshalb insoweit mangelhaft. Eine Ausnahme kann womöglich dann bestehen, wenn der Bauherr im Wintergarten exotische Pflanzen züchtet, die auf extreme Temperaturen angewiesen sind. War das als Gebrauch ausdrücklich vereinbart, liegt womöglich kein Mangel vor. Der beabsichtigte Gebrauch muß aber nach ausführlicher Beratung bei Vertragsschluß festgelegt werden. Wurde kein Gebrauch festgelegt, muß vom üblichen Gebrauch ausgegangen werden.

⁴ BGH, Urteil vom 14.5.98-VII ZR 184/97 in BauR 1998, 872

⁵ BGH, Urteil vom 8.11.07 - VII ZR 183/05 in BauR 2008, 344

Nach diesen Grundsätzen müssen die hier anstehenden Fragen bei vom Auftragnehmer geplanten Wintergärten beurteilt werden:

1. Der Auftragnehmer muß vor Auftragsannahme den vom Auftraggeber beabsichtigten Gebrauch des Wintergartens ermitteln. Wünscht der Auftraggeber einen Wintergarten ohne jeden Komfort, also ohne Belüftung und ohne Beschattung und wird dies zur Vertragsgrundlage gemacht, liegt kein Mangel des Wintergartens vor, wenn er vereinbarungsgemäß gebaut wird. Dies gilt allerdings nur dann, wenn der Auftragnehmer den Auftraggeber über die Konsequenzen aufgeklärt hat und dies auch im Prozeß nachweisen kann. Ist der beabsichtigte Gebrauch nicht in dieser Weise festgelegt und erläutert worden, dann wird ein Wintergarten ohne Belüftung und Beschattung im Regelfall mangelhaft sein.
2. Der Auftragnehmer muß mit dem Auftraggeber eine Baubeschreibung über die Eigenschaften und Details des geplanten Wintergartens schriftlich oder zumindest nachweisbar mündlich vereinbaren und zur Vertragsgrundlage machen. Liegt keine vertragliche schriftliche Baubeschreibung vor, kommt es nahezu regelmäßig zum Rechtsstreit.
3. Der Wintergarten ist mangelhaft, wenn er nach Ausführung für den beabsichtigten Gebrauch nicht tauglich ist oder der Baubeschreibung widerspricht. Wurde der beabsichtigte Gebrauch nicht ermittelt, geht das Gericht vom üblichen Gebrauch aus. Das birgt hohe Risiken für den Auftragnehmer, weil er keinen Einfluß mehr darauf nehmen kann, wie der Richter den üblichen Gebrauch bestimmt. Außerdem haftet der Auftragnehmer dafür, daß er die Gebrauchseigenschaften nicht abgefragt und vereinbart hat.

Hieraus ergibt sich, daß derselbe Wintergarten je nach beabsichtigtem Gebrauch mangelhaft oder mangelfrei sein kann.

Nochmals: ein Auftragnehmer hat einen Wintergarten ohne Beschattung, ohne Belüftung und ohne Beheizung gebaut.

Wurde mit dem Auftragnehmer festgelegt, daß dieser den Wintergarten im Winter nicht nutzen will, daß er keine Benutzung im Sommer während des Tages beabsichtigt und daß die Belüftung allein durch die Türe seinen Anforderungen genügt, dann ist der Wintergarten gebrauchstauglich und insoweit nicht fehlerbehaftet. Daß diese Vereinbarung geschlossen wurde, muß der Auftragnehmer bis zur Abnahme nachweisen.

Wurde als beabsichtigte Nutzung festgelegt, daß der Wintergarten eine Wohnraumerweiterung mit ganzjähriger Nutzung sein soll, dann ist der gebaute Wintergarten selbstverständlich mangelhaft.

Wurde keine Nutzungsabsicht abgefragt und festgelegt, dann wird das Gericht von einer „üblichen“ Nutzung ausgehen. In der Regel wird das Gericht zumindest eine Belüftung und Beschattung fordern. Konsequenz: der Wintergarten ist mangelhaft.

Es kann nicht genug betont werden, daß es im höchsten Maße riskant ist, einen Wintergarten ohne nachweisbare Nutzungsfestlegung zu bauen.

Formulierungsvorschlag für den Vertrag:

„Der Bauherr wünscht folgenden Wintergarten:

Einfachste Ausführung ohne Belüftung/ohne Beschattung; der Auftraggeber will den Wintergarten nicht als zusätzlichen Wohnraum nutzen.

Der Auftraggeber wird darauf hingewiesen, daß der Wintergarten nicht beheizbar ist und deshalb im Winter in der Regel nicht genutzt werden kann. Im Sommer werden sich bei Sonneneinstrahlung sehr hohe Temperaturen entwickeln, so daß er häufig ebenfalls nicht genutzt werden kann.

Mittlere Ausführung mit Belüftung/mit Beschattung; der Auftraggeber will den Wintergarten eingeschränkt im Sommer nutzen. Er wird darauf hingewiesen, daß der Wintergarten ohne Heizung im Winter in der Regel nicht genutzt werden kann. Im Sommer werden bei Sonneneinstrahlung trotz der Beschattung und der Belüftung höhere Temperaturen entstehen.

Komfortausführung mit Belüftung/mit Beschattung/mit Beheizung und mit Klimatisierung. Der Auftraggeber möchte den Wintergarten als zusätzlichen Wohnraum/Erweiterung eines bestehenden Wohnraums nutzen. Durch den vereinbarten technischen Aufwand kann dies erreicht werden.“

Diese Vorschläge müssen nach Ihrem Fachwissen komplettiert werden. Sie sollten durch geschickte Formulierung des Werkvertrages verhindern, daß der Auftraggeber einen einfachen Wintergarten bestellt und dann versucht, mit Hilfe eines Gerichts, einen Komfort-Wintergarten zu bekommen.

Soll festgestellt werden, ob ein Wintergarten mangelfrei ist, müssen deshalb folgende Schritte durchlaufen werden:

- Es muß verglichen werden, ob das ausgeführte Werk der dem Bauvertrag zugrunde gelegten Baubeschreibung entspricht. Auch unerhebliche Abweichungen von der Baubeschreibung führen zum Mangel. Die Baubeschreibung hat eine erheblich höhere Bedeutung als vor dem Jahre 2002 bekommen.⁶
- Es muß überprüft werden, ob die anerkannten Regeln der Technik eingehalten worden sind.
- Es muß überprüft werden, ob der Wintergarten im Hinblick auf den festgelegten, hilfsweise auf den üblichen, Gebrauch funktionstauglich ist.

⁶ BGH, Urteil vom 21.9.04 - X ZR 244/01 in BauR 2004, 1941; Thode in NZBau 2002, 297, 302

3. DIN-Normen, Herstellerrichtlinien, Verbandsrichtlinien (Flachdachrichtlinien), Güte- und Prüfbestimmungen

Große Unsicherheit herrscht darüber, welche Auswirkungen DIN-Normen, Herstellerichtlinien, Verbandsrichtlinien und Güte- und Prüfbestimmungen auf den Mangelbegriff haben.

Wurde die VOB/B vereinbart, werden nach § 1 Nr. 1 VOB/B auch die VOB/C und damit die in ihr enthaltenen DIN-Normen als vertraglich bindend vereinbart. Verstößt die Bauausführung gegen eine DIN-Norm der VOB/C, ist die Beschaffenheitsvereinbarung im VOB/B-Vertrag nicht eingehalten und das Werk ist mangelhaft.

DIN-Normen, die nicht in der VOB/C enthalten sind und insgesamt alle DIN-Normen bei Abschluß eines BGB-Vertrages müssen dann eingehalten werden, wenn es sich um anerkannte Regeln der Technik handelt.

Dies ist keineswegs selbstverständlich. DIN-Normen können anerkannte Regeln der Technik beinhalten, müssen dies aber nicht. Die Rechtsprechung sieht in DIN-Normen private technische Regeln mit Empfehlungscharakter.⁷ Zur anerkannten Regel der Technik wird eine DIN-Norm erst dann, wenn es sich um eine technische Regel handelt, die

- in der technischen Wissenschaft als theoretisch richtig erkannt ist und feststeht und
- in den Kreisen der für die Anwendung maßgeblichen, nach dem neuesten Erkenntnisstand vorgebildeten Techniker durchweg bekannt und aufgrund fortdauernder praktischer Erfahrung als technisch geeignet, angemessen und notwendig anerkannt ist.⁸

Kurz gefaßt muß die DIN-Norm in der Wissenschaft als theoretisch richtig anerkannt sein und sich in der Baupraxis als zutreffend bewährt haben.

Gehen Sie für den Regelfall davon aus, daß DIN -Normen zumindest die untere Grenze des einzuhaltenden Standards darstellen. Nach der bisherigen Rechtsprechung wurde schon oft entschieden, daß DIN -Normen übertroffen werden müssen.⁹ Noch nie wurde entschieden, daß DIN-Normen unterschritten werden könnten. Dies wäre auch nur dann denkbar, wenn die Einhaltung einer DIN-Norm keinerlei Einfluß auf die Gebrauchstauglichkeit und die Lebensdauer eines Bauwerks hätte. Häufig bleiben DIN-Normen jedoch hinter den anerkannten Regeln der Technik zurück.

Welche DIN-Normen anerkannte Regeln der Technik sind, weiß der Richter in der Regel nicht. Der Handwerker, der sein Fach beherrscht, kennt diese Regeln. Der Richter muß im Streitfall ein Sachverständigengutachten einholen.

⁷ BGH, 6.6.91 - I ZR 234/89 in NJW-RR 1991, 1445

⁸ OLG Bamberg, 20. 11. 1998, 6 U 19/98 in BauR 1999, 650

⁹ zuletzt BGH, 14.6.07 - VII ZR 45/06 in BauR 2007, 1570

Praxishinweis: Anerkannte Regeln der Technik sind nicht identisch mit dem "Stand der Technik". Den anerkannten Regeln der Technik müssen alle Bauwerke genügen. Stand der Technik ist das, was nach den neuesten Entwicklungen technisch machbar ist. Vereinbaren Sie in Ihrem Bauvertrag die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik, vereinbaren Sie eine Selbstverständlichkeit. Vereinbaren Sie eine Ausführung nach dem Stand der Technik, muß der Wintergarten den neuesten Entwicklungen genügen, ungeachtet der Kosten. Mit dieser Vereinbarung laden Sie sich ein unkalkulierbares Risiko auf, weil es sehr schwierig ist, den Stand der Technik im entscheidenden Augenblick festzustellen.

Was zu den DIN-Normen ausgeführt wurde, gilt in ähnlicher Weise für Hersteller-Richtlinien, Verbandsrichtlinien, Güte- und durch Bestimmungen. Unternehmer dürfen sich nicht ohne weiteres auf die Vorgaben in Verlegeanleitungen der Hersteller von Bauprodukten verlassen. Es handelt sich nicht um verbindliche Normvorgaben.¹⁰

Nur der fachkundige Unternehmer kann beurteilen, ob diese Hinweise tatsächlich befolgt oder in Einzelfällen sogar übertroffen werden müssen, um ein mangelfreies, funktionsgerechtes Werk herzustellen. Der Richter wird seiner Beurteilung diese Hinweise allenfalls als Indiz zugrunde legen, sich aber letztendlich - sachverständig gestützt - daran orientieren, ob das Bauwerk der vereinbarten, hilfsweise der üblichen Nutzung genügt, ob es Risiken im Hinblick auf Wirtschaftlichkeit und Lebensdauer in sich birgt und ob es der Beschaffenheitsvereinbarung entspricht.

Hersteller-Richtlinien verfolgen oft den Zweck, jede denkbare Haftung für den Produzenten auszuschließen. Bei uns hat einmal ein Bauherr geklagt, daß die Abdichtung unter in das Dach eingeschnittenen Terrassen nicht entsprechend der Hersteller-Richtlinie mit Gefälle verlegt sei. Der Verstoß gegen die Hersteller-Richtlinien allein sei bereits ein Mangel. Die Klage wurde abgewiesen, weil die sachverständige Überprüfung und schließlich sogar eine Auskunft des Herstellers ergaben, daß im konkreten Fall ein Gefälle nicht erforderlich war und die Richtlinie Risiken für alle denkbaren Einbauarten ausschließen wollte. Der Unternehmer wird die Hersteller-Richtlinien im Einzelfall sorgfältig prüfen müssen. Häufig empfiehlt es sich dennoch, ihnen zu folgen, weil sie auf der Grundlage bereits bekannt gewordener Schadensfälle erlassen worden sind. Andererseits gibt es auch Hersteller-Richtlinien, die im Hinblick auf die Mangelfreiheit des Werks nicht nachvollziehbar sind.¹¹

Verbandsrichtlinien sind zwar ebenfalls nur ein Indiz für Mangelhaftigkeit, jedoch in der Regel sehr ernst zu nehmen. Berufsverbände erlassen Richtlinien regelmäßig um ihre Mitglieder vor Haftung und vor Schäden zu bewahren. Ein gutes Beispiel sind die Flach-

¹⁰ OLG Hamm, 18.4.96 - 17 U 112/95 in BauR 1997, 309

¹¹ Zum ganzen OLG Hamm, 18.4.96 - 17 U 112/95 in BauR 1997, 309; OLG Köln, 20. 7. 05 - 11 U 96/04 in BauR 2005, 1681; **für den Ausnahmefall, daß Arbeiten nach den Herstellerrichtlinien zugesichert werden** OLG Schleswig, 12.8.04 - 7 U 23/99 in BauR 2004, 1946

dachrichtlinien des Zentralverbandes des Deutschen Dachdeckerhandwerks. Sie werden allgemein in der Rechtsprechung als anerkannte Regeln der Technik bestätigt.¹²

Dennoch kann es auch hier Ausnahmen geben. So braucht bei kleinen, ausreichend entwässerten Balkonen, die überdeckt und dadurch gegen unmittelbare Witterungseinflüsse geschützt sind, die Abdichtung entgegen den Flachdachrichtlinien nicht 15 cm über Oberkante Belag hochgeführt zu werden.¹³ Auch die Verbandsrichtlinien können im konkreten Einzelfall zu hohe oder zu geringe Anforderungen stellen. Nach sorgfältiger Abwägung im Einzelfall kann dann von jeder der Richtlinie abgewichen werden, wenn sie keinen Sinn macht, z.B. wenn ausreichende anderweitige Sicherungsmaßnahmen ergriffen worden sind. Im Wintergartenbau besteht eine ähnliche Situation bei den Eingangstüren von außen in den Wintergarten, wenn der Kunde einen schwellenlosen Übergang wünscht. Besser fährt der Unternehmer allerdings, wenn er auch in diesem Fall bereits im Vertrag auf die Verletzung der Flachdachrichtlinien und die daraus folgenden Risiken hinweist. Ob der Richter, der Ihren Rechtsstreit entscheidet, die komplizierte Rechtslage durchschaut, ist noch eine andere Frage.

Die von vielen Verbänden erlassenen Güte- und Prüfbestimmungen haben vornehmlich den Sinn, besonders qualitätsvolle Produkte zu kennzeichnen. Sie sind meist keine anerkannten Regeln der Technik.

Grundsatz ist immer, daß ein den DIN-Normen oder sonstigen Richtlinien genügendes Produkt bei mangelnder Funktionalität, ungenügender Lebensdauer oder bei sonstigen Risiken dennoch mangelhaft sein kann und daß aber die Verletzung dieser Richtlinien zwar häufig, jedoch nicht zwingend, zur Mangelhaftigkeit führt.

Faustregel: Es empfiehlt sich, DIN-Normen, Herstellerrichtlinien und Verbandsempfehlungen einzuhalten. Dennoch ist die Funktionsgerechtigkeit im Einzelfall zu prüfen, weil die Einhaltung dieser Richtlinien allein noch nicht die Mangelfreiheit des Bauwerks garantiert.

4. Haftungsfreistellung bei Bedenkenanmeldung

Ist Funktionstauglichkeit und Mangelfreiheit ohne Abweichung von einer vom Auftraggeber oder dessen Architekten gestellten Beschaffenheitsvereinbarung nicht herzustellen, muß der Wintergartenbauer nach § 4 Nr. 3 VOB/B Bedenken anmelden. Kommt der Bauherr den Bedenken nicht nach, ist der Auftragnehmer nach § 13 Nr. 3 VOB/B von der Gewährleistung frei. Hat er die Bedenken nicht angemeldet, muß er Gewährleistungsansprüche des Bauherrn erfüllen, obwohl die Ursache des Mangels in der Baubeschreibung lag. Zur Einschränkung wegen Mitverschuldens siehe unten.

¹² Vgl. z.B. OLG Hamm, 23.7. 2001 - 17 U 164/98 in IBR 2002, 606; OLG Koblenz, 27.4.04 - 3 U 625/03 in BauR 2005, 154

¹³ OLG München, 16.9. 1998 - 27 U 663/97

Hat er Bedenken nur gegenüber dem Architekten angemeldet und ist dieser den Bedenken nicht nachgekommen, haftet der Auftragnehmer in gleicher Weise. Zwar können Bedenken gegenüber dem Architekten zunächst einmal angemeldet werden. Verschließt sich der Architekt jedoch den Bedenken, ist die Bedenkenanmeldung rechtlich unwirksam, wenn sie nicht gegenüber dem Bauherrn wiederholt wird.¹⁴

Die Bedenken des Auftragnehmers müssen inhaltlich so abgefaßt sein, daß der Auftraggeber über die Sachlage richtig, vollständig und zweifelsfrei informiert wird. Der Hinweis muß so eindeutig sein, daß die Tragweite einer Nichtbefolgung klar wird.¹⁵

Beispiel: der Unternehmer erhebt Bedenken gegen die vorgesehene Abdichtung des Wintergartens zum Bauwerk. Er erläutert jedoch nicht, warum die vorgesehene Abdichtung ungenügend ist und welche Konsequenzen entstehen, wenn die Abdichtung wie geplant ausgeführt wird. Der Bedenkenhinweis ist unzureichend und führt nicht zur Haftungsbefreiung.

Ein Unternehmer braucht nur dann nicht auf die Mangelhaftigkeit der Planung hinzuweisen, wenn das bei ihm vorauszusetzende und branchenübliche Wissen überstiegen würde und der Unternehmer auch keine positive Kenntnis¹⁶ von dem Mangel hat. Drängen sich dem Unternehmer keine Bedenken auf, kommt es nicht auf sein individuelles Wissen an, sondern darauf, was der Unternehmer objektiv und nach Branchenüblichkeit wissen müßte.¹⁷ Dies ermittelt das Gericht mit sachverständiger Hilfe. Ist ein Wintergarten vom Architekten geplant, muß der Unternehmer nur auf Bedenken hinweisen, seinerseits aber keine neue Planung vorlegen.

Hat der Unternehmer die schlüsselfertige Errichtung übernommen, liegt natürlich die gesamte Verantwortung stets allein bei ihm.

Praxishinweis: Bedenken müssen nachweisbar, im VOB/B-Vertrag schriftlich, angemeldet werden. Die Bedenkenanmeldung gegenüber dem Architekten genügt nur, wenn dieser den Bedenken folgt. Folgt er den Bedenken nicht, müssen sie nochmals gegenüber dem Bauherrn angemeldet werden. Am besten ist es, Bedenken gleichzeitig gegenüber dem Architekten und dem Bauherrn anzumelden und sich prozessual verwertbare Nachweise zu sichern. Wird dies versäumt, droht die volle Mängelhaftung.

Im BGB ist eine derartige Pflicht zur Bedenkenanmeldung nicht vorgesehen. Dennoch wird allgemein angenommen, daß auch im BGB-Vertrag in gleicher Weise und mit denselben Rechtsfolgen Bedenken angemeldet werden müssen.¹⁸

Beispiel aus der Rechtsprechung:

¹⁴ BGH, Urteil vom 19.12.96 - VII ZR 309/95 in BauR 1997, 301

¹⁵ OLG Jena, Urteil vom 12.7.06 - 2 U 1122/05 in IBR 2007, 303

¹⁶ OLG Brandenburg, 18.1.07 - 12 U 120/06 in IBR 2007, 1208

¹⁷ OLG Zweibrücken, 17.1.06 - 8 U 18/99 in IBR 2007, 1148

¹⁸ OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.11.92 - 22 U 113/92 in NJW-RR 1993, 405

Ein Architekt plant einen Wintergarten, dessen Tragkonstruktion aus massivem Bauholz bestehen soll. Diese Planung ist fehlerhaft, weil massives Bauholz für einen Wintergarten ungeeignet ist. Es kommt zu Bauschäden, insbesondere dringt Wasser ein und Glasscheiben brechen. Der Handwerker lehnt eine Nachbesserung ab, weil er den Architekten bei anderen Aufträgen schon unzählige Male auf die Ungeeignetheit des Holzes hingewiesen habe. Der Architekt habe jede Diskussion verweigert. Es sei nutzlos gewesen, nochmals mit dem Architekten zu diskutieren.

Das OLG Düsseldorf verurteilte den Handwerker.¹⁹ Der Handwerker hätte jedenfalls dann, wenn sich der Architekt den Bedenken verschließt, diese unmittelbar an den Bauherrn richten müssen.

Der Bauherr wünscht Lisenen vor dem Wintergarten. Der Auftragnehmer hat Bedenken, daß hier Wasser eindringen und zu Schäden führen könnte.

Unzureichend: „Ich habe gegen diese Ausführung Bedenken.“

Erforderlich: „Ich melde Bedenken an, weil hier aus folgenden Gründen Wasser eindringen und zu folgenden Schäden führen könnte:.....“

Verlangt der Bauherr hell lasiertes Holz und hat der Auftragnehmer hiergegen Bedenken, muß er die Risiken und Gefahren in der Bedenkenanmeldung ausreichend erläutern.

Hat der Auftragnehmer zu Unrecht Bedenken angemeldet, trifft ihn deshalb in der Regel keine Haftung.²⁰ Im Zweifel ist es besser, einen Hinweis zu machen, als ihn zu unterlassen.

5. Mitverschulden des Bauherrn, Architektenverschulden

Die Konsequenzen unterlassener oder fehlerhafter Bedenkenanmeldung werden dadurch gemildert, daß der Bauherr grundsätzlich verpflichtet ist, dem Bauunternehmer mangelfreie Pläne zur Verfügung zu stellen, soweit der Bauunternehmer nicht selbst die Planung übernommen hat. Letzteres ist ja gerade im Wintergartenbau sehr häufig, weil viele Firmen Planung und Errichtung eines Wintergartens in einer Hand übernehmen.

Hat der Bauherr den Wintergarten durch einen Architekten planen lassen und weisen diese Pläne Mängel auf, dann trägt der Bauherr an den hierdurch verursachten Mängeln des Bauwerks ein Mitverschulden, auch wenn der Auftragnehmer die Bedenkenanmeldung versäumt hat. Planungsverschulden des Architekten muß sich der Bauherr nämlich immer wie eigenes Verschulden anrechnen lassen. Der Richter muß abwägen, ob

¹⁹ OLG Düsseldorf, 11.10.96 - 22 U 60/96 in NJW-RR 1997, 274

²⁰ OLG Düsseldorf, 26.11.91 - 23 U 61/91 in BauR 1992, 381 und IBR 1992, 5 mit Anm. Vygen

der Auftragnehmer oder der Architekt die Hauptursache für die Baumängel gesetzt hat. Danach bestimmt er eine Quote für das Mitverschulden; der Auftragnehmer haftet nur noch für die Restquote. Muß er nachbessern, kann er einen Kostenzuschuß vom Auftraggeber verlangen.

Beispiel: mit der Planung und Ausschreibung eines Wintergartens war ein Architekt beauftragt. Die Fenster des Wintergartens waren nicht regendicht, weil die Anforderungen der entsprechenden Beanspruchungsgruppe nicht erfüllt waren. Außerdem wurde innen an den Scheiben anfallendes Kondensat nicht entwässert. Der Bauherr klagt 100.000,00 € Kostenvorschuß gegen den Auftragnehmer ein, da dieser einen erforderlichen Bedenkenhinweis unterlassen hat.

Das OLG Hamburg spricht nur 50.000,00 € zu, weil Planungsfehler des Architekten vorliegen und diese mit 50% zu werten sind.²¹

6. Rechte des Bestellers

a. Abnahmeverweigerung

Ist der Wintergarten mangelhaft, kann der Besteller die Abnahme verweigern, § 640 BGB/§ 12 Nr. 3 VOB/B. Die Abnahmeverweigerung ist aber nur möglich, wenn wesentliche Mängel vorliegen.

Ein wesentlicher Mangel ist ein Mangel, der die

- Funktionsfähigkeit beeinträchtigt oder
- hohe Nachbesserungskosten auslöst.

Beispiel: wesentliche Mängel sind zum Beispiel:

- Undichtigkeit gegen Wasser jeder Art
- Kondenswasserbildung ohne entsprechende Ableitung
- Mangelnde Belüftung, falls nicht ausdrücklich ein unbelüfteter Wintergarten Vertragsgegenstand ist
- Mangelnde Beschattung, falls nicht ausdrücklich ein unbeschatteter Wintergarten Vertragsgegenstand ist.

²¹ OLG Hamburg, 21.12.99 - 8 U 102/98 in IBR 2001, 255

- Ein optischer Mangel, dessen Beseitigung hohe Kosten auslöst oder der deutlich störend ist

Ein unwesentlicher Mangel liegt vor, wenn

- Leicht zu beseitigende oder auch kritische Betrachter nicht störende optische Mängel vorliegen
- Geringfügige Einstellarbeiten an Fenstern und Türen
- Sonstige Kleinigkeiten, die die Funktion nicht beeinträchtigen.

Solange keine Abnahme erfolgt ist, ist der Werklohn nicht fällig, § 641 BGB; außerdem muß der Unternehmer bis zur Abnahme die Mangelfreiheit und Vertragsgemäßheit seines Werks beweisen. Erst mit der Abnahme geht die Gefahr auf den Auftraggeber über.

Achten Sie dringend darauf, daß ihr Werk nach Fertigstellung abgenommen wird und zwar in nachweisbarer Form, also unter allen Umständen schriftlich. Bevor Sie keine Abnahme haben, können Sie nicht auf Werklohn klagen. Grundsätzlich kann eine Abnahme zwar auch konkludent erfolgen, was jedoch schwierig zu beweisen ist und insbesondere Probleme bei der Festlegung des Abnahmetermins macht.

Nicht der Auftraggeber muß die Abnahme verlangen, sondern der Auftragnehmer. Also dürfen Sie nicht darauf warten, bis der Auftragnehmer Ihnen die Abnahme anbietet, sondern Sie müssen ihn selbst Abnahme auffordern.

Reagiert der Auftraggeber auf die Aufforderung zur Abnahme nicht, haben Sie weitere Möglichkeiten:

1. Sie können dem Auftraggeber nach § 640 Absatz 1 Satz 3 BGB eine angemessene Frist zur Abnahme setzen. Nimmt der Auftragnehmer innerhalb dieser angemessenen Frist nicht ab, gilt das Werk dann als abgenommen, wenn es frei von wesentlichen Mängeln ist. Klagen Sie ihren Werklohn ein, müssen sie entweder die förmliche Abnahme nachweisen können oder diese Fristsetzung nach § 640 Absatz 1 Satz 3 BGB. Risiko der Fristsetzung ist, daß der Auftraggeber im Prozeß angeblich wesentliche Mängel rügt und Sie die Mangelfreiheit nicht nachweisen können. Dann funktioniert die Abnahme durch Fristsetzung nicht.

Angemessen ist die Frist, wenn die förmliche Abnahme innerhalb der Frist möglich ist. Wohnt der Auftraggeber am Ort des Bauwerks, ist eine einwöchige Frist angemessen; ist er gerade in Urlaub oder liegt er gerade im Krankenhaus, ist die Frist von einer Woche unangemessen.

Formulierungsvorschlag: "Der von Ihnen bestellte Wintergarten ist mangelfrei fertiggestellt. Ich bitte Sie, die Abnahme bis spätestens..... gemeinsam mit mir durchzuführen und mit mir einen Termin zur Abnahmebegehung zu vereinbaren."

2. Nach § 641 a BGB können Sie die Abnahme auch durch eine sogenannte Fertigstellungsbescheinigung ersetzen. Ohne die Fertigstellungsbescheinigung näher zu erläutern, möchte ich Ihnen von dieser Möglichkeit abraten. Die Fertigstellungsbescheinigung ist eine total mißglückte Regelung. In der Praxis kommt sie nicht vor.

3. Hat der Auftraggeber den Wintergarten über längere Zeit (Rechtsprechung fehlt für Wintergärten; ich denke, daß ein Monat ausreichend ist) in Benutzung genommen oder hat er den Werklohn bezahlt, jeweils ohne Mängel zu rügen, gilt er als konkludent abgenommen. Die Wirkung der konkludenten Abnahme ist dieselbe, wie die der förmlichen Abnahme. Mit Bezahlung der Rechnung oder mit Ablauf des Monats Nutzung beginnt dann auch die Gewährleistungsfrist zu laufen.

Wenn der Auftraggeber die Abnahme verweigert, hat der Unternehmer immer ein Problem: Wird nicht bezahlt, kann er nicht einfach auf den Werklohn klagen, sondern es muß im Regelfall vor Gericht festgestellt werden, ob das Bauwerk mangelfrei ist und die Abnahme zu Recht verweigert wurde. Dazu ist nahezu immer ein Sachverständiger erforderlich. Damit beginnt die Kostenexplosion vor Gericht; niemand kann prognostizieren, ob der Sachverständige einen Mangel findet oder nicht.

Als Gegenstrategie ist nur die Vereinbarung von Abschlagszahlungen möglich. Im VOB/B Vertrag sind nach § 16 Nr. 1 Absatz 1 VOB/B Abschlagszahlungen immer ohne Vereinbarung möglich, und zwar in Höhe des Werts der jeweils nachgewiesenen mangelfreien Teilleistungen. Im BGB-Vertrag sind ohne Vereinbarung nach § 632 a BGB Abschlagszahlungen nur dann zu verlangen, wenn abgeschlossene Teile des Werks erbracht sind oder eigens für den Bau erforderliche Stoffe oder angelieferte Bauteile in das Eigentum des Bestellers übergegangen sind oder wenn Sicherheit geleistet wird. Dies ist umständlich und unpraktikabel; deshalb kommen Abschlagszahlungen ohne Vereinbarung im BGB-Vertrag praktisch nicht vor. Abschlagszahlungen können deshalb in der Regel nur dann verlangt werden, wenn sie im Bauvertrag vereinbart worden sind.

b. Nach der Abnahme

Zwar wird mit der Abnahme der Werklohn fällig; das heißt aber noch nicht, daß der Auftraggeber tatsächlich bezahlen muß. Entdeckt er nämlich nach Abnahme am Wintergarten Mängel, steht ihm nach § 641 Absatz 3 BGB ein Zurückbehaltungsrecht am Werklohn in Höhe mindestens des Dreifachen der Mängelbeseitigungskosten zu.

Dieses gesetzliche Zurückbehaltungsrecht muß im Falle eines Rechtsstreits vom Richter überprüft werden, was ebenfalls verhindert, daß der Unternehmer schnell an sein Geld kommt.

Als Gegenrecht stellt das Gesetz die Bauhandwerkersicherung nach § 648 a BGB zur Verfügung. Früher war umstritten, ob der Bauhandwerker auch nach Abnahme für die noch ausstehende Mängelbeseitigung Sicherheit verlangen kann. Der BGH hat am 9.12.

04 entschieden, daß §648 a BGB auch noch nach Abnahme zur Mängelbeseitigung angewandt werden kann.²²

Der Bauunternehmer muß dem Auftraggeber eine angemessene Frist zur Stellung einer Sicherheit in Höhe des Wertes der noch auszuführenden Arbeiten stellen. Angemessen ist eine Frist, die es dem Auftraggeber ermöglicht, die Sicherheit ohne schuldhaftes Zögern zu beschaffen. Dabei ist auf einem Auftraggeber abzustellen, der sich in normalen finanziellen Verhältnissen befindet.²³ Die Frist muß also so lang sein, daß ein Auftraggeber mit normaler Bonität die Finanzierung bei einer Bank besorgen kann.

Wird die Sicherheit nicht in der angemessenen Frist beigebracht, darf der Unternehmer die Mängelbeseitigung verweigern. Er kann dann eine weitere angemessene Frist zur Beibringung der Sicherheit mit der Androhung setzen, nach deren Ablauf den Werkvertrag zu kündigen, § 643 BGB. Läuft auch diese Frist ab, darf der Auftragnehmer den Vertrag kündigen. Sein Werklohn wird sofort fällig, allerdings unter Abzug der Kosten, die für die Mängelbeseitigung erforderlich sind, § 645 BGB.

Trotz dieser wunderbaren Regelung wurde gerade dem Bauhandwerker, der für Endverbraucher oder dem Staat arbeitet, nur zum Teil geholfen:

Nach § 648 a Abs. 6 findet die Vorschrift **keine Anwendung, bei staatlichen Aufträgen und bei Aufträgen natürlicher Personen** (nicht also bei rechtsfähigen Gesellschaften) **zur Herstellung eines Einfamilienhauses**, auch mit Einliegerwohnung. Bei Zweifamilienhäusern kann die Sicherung dagegen verlangt werden und auch dann, wenn der Bauherr einen Baubetreuer bestellt hat, der über die Finanzierungsmittel verfügen darf. Man muß sich immer wieder wundern, welche komplizierte Regelungen sich das Bundesjustizministerium doch ausdenkt.

7. Fallen des Baurechts

Die Gesetze sind aber nicht nur kompliziert, sondern sie beinhalten auch eindeutige Fallen.

Besonders gefährlich für den Bauunternehmer ist das vorschnelle Bestreiten eines Mangels. Verweigert der Werkunternehmer nämlich eine geforderte Nachbesserung, obwohl ein Sachverständiger später den Mangel bestätigt, danach hat der Besteller sofort alle Gewährleistungsansprüche, ohne noch eine Frist setzen zu müssen.²⁴ Daraus folgt, daß der ohne Not sich selbst schadet, der auf eine Mängelrüge des Kunden antwortet: "Das ist alles in Ordnung; das gehört sich so; da liegt kein Mangel vor; ich muß da nichts mehr nachbessern".

²² BGH, 9.12.04 - VII ZR 199/03 in BauR 2005, 555

²³ BGH, 31.3.05 - VII ZR 346/03 in BauR 2005, 1009

²⁴ BGH, 14.6.05 - X ZR 36/03

Formulierungsvorschlag: "Wir nehmen Beanstandungen unserer Kunden sehr ernst. Wir werden Ihre Beanstandungen sorgfältig prüfen und selbstverständlich, sofern Mängel vorliegen, diese unverzüglich abstellen"

Ebenso nachteilig ist ein vorzeitiges Anerkenntnis des Mangels und eines etwaigen Anspruches auf Nachbesserung. Nach § 212 Absatz 1 Nr. 1 BGB beginnt die Verjährung nach einem Anerkenntnis eines Anspruches neu zu laufen. Da bei Bauwerken die Verjährungsfrist fünf Jahre beträgt, kann der Unternehmer durch Anerkenntnis der Gewährleistungsansprüche eine neue fünfjährige Verjährungsfrist in Lauf setzen und so seine Haftung verlängern.

Formulierungsvorschlag: "Der gerügte Mangel wird auf Kulanz beseitigt. Eine Prüfung, ob Nachbesserungsrechte bestehen, hat nicht stattgefunden, da wir so etwas auch ohne Verpflichtung jedenfalls aus Kulanz erledigen."

Unterläßt man den ausdrücklichen Hinweis auf die Kulanzleistung kann man in einer Nachbesserung ein konkludentes Anerkenntnis sehen.

Besonders schlimm ist es, wenn sich der Unternehmer zur Verweigerung der Nachbesserung auf die unverhältnismäßigen Kosten einer Nachbesserung beruft und sich dabei auf § 635 Absatz 3 BGB oder § 13 Nr. 6 VOB/B beruft. Der BGH erkennt Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserungskosten praktisch nie an.²⁵ Aufwendungen für die Nachbesserung sind in der Regel nicht unverhältnismäßig, wenn die Nachbesserung für den Auftraggeber einen beachtlichen Vorteil bringt.²⁶

Das Risiko für den Auftragnehmer nach endgültiger und ernsthafter Verweigerung der Nachbesserung oder nach Versäumnis einer ihm zur Nachbesserung gestellten Frist ist beachtlich. Insbesondere darf nun der Auftraggeber einen anderen Unternehmer mit der Mängelbeseitigung beauftragen. Die Kosten dieser Mängelbeseitigung trägt der zuerst beauftragte Bauunternehmer und zwar auch dann, wenn sie höher sind, als die im eigenen Betrieb angefallenen Kosten gewesen wären. Es ist der Aufwand zu ersetzen, dem der Auftraggeber im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr aufgrund sachverständiger Beratung oder Feststellung aufwenden mußte, wobei es sich insgesamt um vertretbare Maßnahme der Schadensbeseitigung handeln muß. Sogar das Risiko fehlgeschlagener Nachbesserungsversuche hat der zunächst beauftragte Bauunternehmer zu tragen, wenn die Maßnahme nur zur Zeit der Beauftragung des Drittunternehmers nach dem Stand der Erkenntnisse erforderlich erschien.²⁷ Der zuerst beauftragte Unternehmer sollte alles unternehmen, um die Mängelbeseitigung nicht aus der Hand zu geben.

C. Schlußbemerkungen

²⁵ BGH, 27. 3. 2003 - VII ZR 443/01 in BauR 2003, 1209; 10.4.08 - VII ZR 214/06

²⁶ BGH 23.2.95 - VII ZR 235/93 in BauR 1995, 540

²⁷ OLG Bamberg, 1.4.05 - 6 U 42/04 in IBR 2005, 533

Ich habe mich bemüht, einige der wichtigsten aktuellen Rechtsprobleme mit Bezug zum Wintergartenbau darzustellen und hoffe, daß ich Ihnen ein wenig Hilfe für ihre tägliche Arbeit geben konnte.