

# NewsLetter

2010-10 Seite 1

Schäferstraße 7  
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06  
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de  
www.dr-schwertfeger.de

## Werkvertragsrecht

### Beweislast für die Höhe der Vergütung; Kostenanschlag

Der erst jetzt veröffentlichten Entscheidung des Oberlandesgerichts (OLG) Naumburg (Urt. v. 26. Mai 2009, Az. 9 U 132/08) lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Auftraggeber (AG) hatte den Auftragnehmer (AN) mit der Herstellung der Außenanlagen seines Hauses beauftragt, und zwar auf der Grundlage des Einheitspreisangebotes des AN. Nach Beginn der Bauarbeiten zeigte sich, dass auch noch Stützwinkel zur Hangabstützung notwendig waren. Der AN baute diese ein und verlangte anschließend mangels Vereinbarung über die Höhe der Vergütung für diese Leistung die ortsübliche Vergütung (§ 632 Abs. 2 BGB: „Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist ... die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.“). Der AG war mit dem Einbau der Stützwinkel einverstanden, behauptete jedoch, der AN habe in einem Vieraugengespräch mit ihm zugesagt, diese unentgeltlich leisten zu wollen.

Damit hatte der AG keinen Erfolg, weil er diese angebliche Zusage des AN nicht beweisen konnte.

### Praxishinweise

Wissenswert an diesem Urteil sind die darüber hinaus gehenden Feststellungen des OLG zu § 632 Abs. 2 BGB (der für BGB- und VOB/B-Verträge gleichermaßen gilt):

Wenn der AG - wie hier - behauptet, er habe mit dem AN vereinbart, dass dieser die Werkleistung *kostenlos* ausführe, trifft den AG für diese angebliche Vereinbarung die Beweislast.

Wenn der AG hingegen behauptet, er habe mit dem AN eine bestimmte *niedrigere als die ortsübliche* Vergütung vereinbart, muss der AN beweisen, dass eine solche Vereinbarung in Wahrheit nicht getroffen wurde, wenn er die (höhere) ortsübliche Vergütung erhalten möchte. Da ein solcher sog. negativer Beweis (Beweis, dass ein Umstand *nicht* gegeben ist) jedoch praktisch unmöglich ist, verlangt die Rechtsprechung zunächst vom AG, dass er die von ihm behauptete Vergütungsabrede nach Ort, Zeit und Höhe der Vergütung substantiiert darlegt. Sodann ist es allerdings Sache des AN, diese Behauptungen zu widerlegen (wobei daran keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden). Gelingt ihm das nicht, steht ihm nur der geringere Werklohn zu, der sich aus der vom AG behaupteten Preisvereinbarung ergibt.

Das OLG hat darüber hinaus angenommen, das Einheitspreisangebot des AN stelle einen Kostenanschlag dar, und wegen dessen unangekündigter erheblicher Überschreitung stehe dem AG gegen den AN ein Schadensersatzanspruch zu (§ 650 Abs. 2 BGB: „Ist eine solche Überschreitung des Anschlags zu erwarten, so hat der Unternehmer dem Besteller unverzüglich Anzeige zu machen.“). Warum das OLG in dem Kostenangebot gleichzeitig auch einen Kostenanschlag gesehen hat, lässt sich dem Urteil leider nicht entnehmen und kann ohne besondere Begründung nicht überzeugen.

# NewsLetter

2010-10 Seite 2

Jedenfalls jedoch hätte der Schadenersatzanspruch deshalb abgelehnt werden müssen, weil die Überschreitung des Voranschlags auf den Weisungen bzw. Wünschen des AG beruhte, weil dieser sich mit dem Einbau der Winkelstützen einverstanden erklärt hatte.

Wollte man dennoch einen Schadenersatzanspruch des AG annehmen, so stünde dem AN lediglich eine Vergütung in Höhe des Kostenanschlags zuzüglich dessen zulässiger Überschreitung (max. 25 % des Gesamtpreises) zu.

RA Dr. Christian Schwertfeger

## Bauvertragsrecht

### Symptomtheorie

Das Kammergericht (KG) hat in einer erst jetzt veröffentlichten Entscheidung (Urt. v. 9. März 2009, Az. 10 U 61/04) die sog. Symptomtheorie bekräftigt.

Der Auftragnehmer (AN) hatte sich zur Herstellung von Lattenrosten auf den Terrassen und Balkonen sämtlicher Häuser des Auftraggebers (AG) verpflichtet.

Später schüsselten jedoch die Latten und es zeigten sich folgende Mängel: die Schrauben zur Befestigung der Latten besaßen ein Vollgewinde, waren überdies unzureichend dimensioniert und außerdem inzwischen angerostet; ferner bestanden an mehr oder weniger allen Terrassen und Balkonen zwischen den einzelnen Latten erhebliche Höhenunterschiede und differierten die Abstände der Latten zueinander stark und überschritten den in der DIN 4074 (4) vorgeschriebenen Wert für die Längskrümmung.

Der AG zeigte diese Mängel gegenüber dem AN an, allerdings nur für einige der insgesamt betroffenen Häuser. Der AN vertrat deshalb die Auffassung, die Gewährleistungsansprüche betreffend die übrigen Häuser seien verjährt.

Zu Unrecht!

Das KG hat festgestellt, dass die vorhandenen Mängel als sog. Systemmängel anzusehen seien, also Mängel, welche die gesamte Ausführung betreffen und auf jeweils dieselben Ursachen zurückzuführen sind.

Dass der AG die Mängelercheinungen an *einigen* Häusern gerügt habe, führe nach der sog. Symptomrechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Verjährungsunterbrechung hinsichtlich *sämtlicher* Häuser.

### Praxishinweise

Vorsicht bei der Abfassung einer Mangelrüge! Dabei (muss nicht und) sollte nicht versucht werden, die Ursache des Mangels zu beschreiben, weil im Falle des Irrtums über die Ursache Auslegungsschwierigkeiten auftreten können, ob mit der Mangelrüge auch wirklich der streitige Mangel gemeint war.

Vielmehr sollte nur das sichtbare (Mangel-) Symptom, also das äußere Erscheinungsbild des Mangels, beschrieben werden, dieses aber möglichst exakt und konkret, und zwar (trotz der Symptomtheorie) auch im Hinblick auf den Ort des Auftretens des Mangels.

RA Dr. Christian Schwertfeger