

**Bauvertragsrecht**

1.

- a) Steht der nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 oder § 2 Nr. 5 VOB/B neu zu vereinbarende Einheitspreis für Mehrmengen in einem auffälligen, wucherähnlichen Missverhältnis zur Bauleistung, kann die dieser Preisbildung zu Grunde liegende Vereinbarung sittenwidrig und damit nichtig sein.
- b) Ist der § 2 Nr. 3 oder § 2 Nr. 5 VOB/B zu vereinbarende Einheitspreis für Mehrmengen um mehr als das Achthundertfache überhöht, weil der Auftragnehmer in der betreffenden Position des Leistungsverzeichnisses einen ähnlich überhöhten Einheitspreis für die ausgeschriebene Menge angeboten hat, besteht eine Vermutung für ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben des Auftragnehmers.
- c) Diese Vermutung wird nicht dadurch entkräftet, dass der Auftragnehmer in anderen Positionen unüblich niedrige Einheitspreise eingesetzt hat. Ein derartig spekulatives Verhalten des Auftragnehmers ist nicht schützenswert.
- d) An die Stelle der nichtigen Vereinbarung über die Bildung eines neuen Preises auf der Grundlage des überhöhten Einheitspreises tritt die Vereinbarung, die Mehrmengen nach dem üblichen Preis zu vergüten.

*BGH, 18.12.2008 – VII ZR 201/06*

2.

Die Lieferung von Dachziegeln in der Farbausführung „tiefschwarz“ anstatt in dem bestellten Farbton „brillantschwarz“ stellt auch dann einen Sachmangel dar, wenn die Farbunterschiede kaum erkennbar sind und die Ziegel keine Funktionsunterschiede aufweisen.

*OLG Karlsruhe, 14.03.2008 – 10 U 68/07*

**Hinweis für die Praxis:**

Fragen stellen sich hier weniger bei der Feststellung, ob ein Mangel vorliegt (Beschaffenheitsvereinbarung nicht eingehalten, deshalb ja) oder nicht, sondern eher auf der Rechtsfolgenseite. Hier war es offenbar so, dass keinerlei Funktionsunterschied zwischen bestelltem und geliefertem Dachziegel vorhanden war, der Preisunterschied nur geringfügig ausfiel und die Neuherstellung des Werkes durch Austausch aller Dachziegel einen sehr hohen Aufwand (mit entsprechend hohen Kosten) verursacht hätte. In derartigen Fällen kann es gerechtfertigt sein, den Besteller unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten auf eine Minderung zu verweisen. Das ist aber in der Praxis eher die Ausnahme.

3.

Alleine eine Baustellenbegehung oder der Einzug in das Haus stellen noch nicht ohne weiteres eine Abnahme der Werkleistungen des Unternehmers dar. Das gilt jedenfalls dann, wenn vor dem Einzug wesentliche Mängel gerügt wurden, die bei Einzug noch



**Infobrief Nr. 84**  
- Baurecht -

---

nicht beseitigt sind. Ein (konkludenter) rechtsgeschäftlicher Abnahmewille kommt dann nicht in Betracht.

*OLG Hamm, 11.06.2008 – 12 U 22/08*

Hinweis für die Praxis:

Der Entscheidung liegt ein insoweit ungewöhnlicher Sachverhalt zugrunde, als die Besteller sich im Vergütungsprozess selbst damit verteidigt hatten, in dem Einzug sei eine Abnahme der Werkleistung zu erblicken und die Werklohnforderung des Unternehmers sei nunmehr (vier Jahre später) verjährt. Allerdings half diese „Rosinentheorie“ auch hier nicht weiter, weil die Abnahme eben nicht nur die körperliche Entgegennahme der Werkleistung ist, sondern auch deren Billigung als im Wesentlichen vertragsgerecht. Und gerade daran fehlte es hier, weil unmittelbar vor dem Einzug noch als wesentlich behauptete Mängel gerügt wurden, die erst nach dem Einzug beseitigt wurden. Der Werkunternehmer als potentieller Erklärungsempfänger musste also nicht davon ausgehen, dass seine Leistung abgenommen war, auch deshalb beseitigte er in der Folgezeit die (wesentlichen) Mängel und stellte erst danach die streitgegenständliche Schlussrechnung. Generell gilt es aber aufzupassen: denn der Einzug kann durchaus als konkludente Abnahme bewertet werden, wenn zuvor gerade keine (wesentlichen) Mängel gerügt wurden; wurden derartige Mängel gerügt und bis zum Einzug nicht beseitigt, fehlt es dagegen an einem Erklärungswillen des Bestellers, so dass gerade nicht von einer konkludenten Abnahme im Sinne einer Billigung als im Wesentlichen vertragsgerecht ausgegangen werden kann.

4.

Eine Hemmung der Verjährung durch Aufnahme von Verhandlungen endet auch dann, wenn die Verhandlungen der Parteien „einschlafen“; die von der Rechtsprechung zu § 852 Abs. 2 BGB a. F. entwickelten Grundsätze sind auf das neue Verjährungsrecht zu übertragen.

*BGH, 06.11.2008 – IX ZR 158/07*



**RA Stefan Dausner**  
Fachanwalt für  
Bau- und Architektenrecht

✉ Am Kümmerling 24 - 26  
55294 Bodenheim  
☎ 06135 / 7053-0  
📠 06135 / 7053-20

[www.radausner.de](http://www.radausner.de)  
[kanzlei.dausner@radausner.de](mailto:kanzlei.dausner@radausner.de)