

## **Seminar Freiberg:**

### **Durchsetzung und Abwehr von Gewährleistungsansprüchen**

#### **I. Einführung:**

Bei der Diskussion von Problemen bei der Bauwerksabdichtung mittels wasserundurchlässigem Beton stellt sich in rechtlicher Hinsicht die Frage, ob es sich hierbei um eine Methode handelt, die den anerkannten Regeln der Technik, bzw. der DIN entspricht.

Diese Frage hat in rechtlicher Hinsicht insoweit erhebliche Bedeutung, als sowohl ein Verstoß gegen die DIN, als auch ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik dazu führt, daß das Bauwerk mangelhaft ist und damit Gewährleistungsansprüche in Kraft gesetzt werden.

Im vergangenen Jahr hatten wir dazu referiert, wie die vertragliche Grundlage des geschuldeten Werks, insbesondere der Planung und Ausführung der Bauwerksabdichtung, zu bestimmen sei, damit rechtliche Probleme in der Konsequenz weitestgehend ausgeschlossen sind, bzw. für das Auftreten von Problemen entsprechende Regelungsmechanismen bereits im Vertrag vereinbart sind.

Nunmehr soll ausgehend vom Vorliegen von Mängeln bei der Bauwerksabdichtung dazu vorgetragen werden, wie Gewährleistungsansprüche durchgesetzt oder aber abgewehrt werden können.

Die wichtigste Voraussetzung für die Abwehr von Gewährleistungsansprüchen mag sich dabei lapidar anhören, bedarf aber doch einer gewissen Betonung:

Man vermeidet Gewährleistungsansprüche, indem das geschuldete Werk mangelfrei und ohne Pflichtverletzung hergestellt wird.

Im vorliegenden Fall bedeutet dies, daß es dann zu keinen rechtlichen Diskussionen kommen wird, wenn das Bauwerk dicht ist.

Für den Fall jedoch, daß Mängel auftreten, bzw. Mängel behauptet werden ist es wichtig, sich zur Durchsetzung eigener Ansprüche bzw. zur Abwehr vermeintlicher Ansprüche entsprechend zu wappnen.

Dazu ist es erforderlich, zunächst einmal zu wissen, wann ein Mangel im Sinne des Werkvertragsrechts vorliegt.

Dabei kommen auf den Unternehmer, wie aber auch auf den Besteller insoweit erhebliche Probleme zu, als zum 01.01. diesen Jahres eine Schuldrechtsreform in Kraft getreten ist, die gerade im Bereich der Leistungsstörungen/Pflichtverletzungen aber auch im Bereich des Werkvertragsrechts erhebliche Änderungen mit sich gebracht hat.

Dabei ist zu beachten, daß für Verträge, die bis zum 31.12.2001 geschlossen wurden, das alte Werkvertragsrecht und das Recht der Leistungsstörungen, während für Verträge, die nach dem 01.01.2002 geschlossen wurden, das neue Werkvertrags- und das Recht der Pflichtverletzungen gilt.

Die Darstellung wird sich im folgenden daran orientieren, daß zunächst einmal definiert werden soll, wann ein Mangel vorliegt. Sodann soll dargestellt werden, welche Arten von Gewährleistungsansprüchen es nach altem und nach neuem Recht gibt.

Weiterhin soll am Beispiel der Bauwerksabdichtung dargestellt werden, wie Gewährleistungsansprüche festgestellt und durchgesetzt werden können.

In einem weiteren Abschnitt soll dann aus Sicht des Werkunternehmers dargestellt werden, wie angebliche Gewährleistungsansprüche abgewehrt werden sollen.

Schließlich soll noch kurz auf den Bauprozess eingegangen werden und gezeigt werden, welche Möglichkeiten vor Gericht bestehen, eine Forderung durchzusetzen oder abzuwehren.

## **II. Gewährleistungsansprüche:**

Gewährleistungsansprüche setzen zunächst einmal das Vorliegen eines Mangels voraus.

Im Werkvertragsrecht, das auch für das Baurecht gilt, definiert man einen Mangel als negative Abweichung der tatsächlichen von der Sollbeschaffenheit des Werks.

Dabei wird die tatsächliche Beschaffenheit auf der Grundlage fachkundiger Feststellungen definiert.

Die Sollbeschaffenheit bestimmt sich zunächst einmal nach dem, was die Parteien vertraglich vereinbart haben. Sodann ist zurückzugreifen auf die anerkannten Regeln der Technik und die DIN.

Bei der Frage, was die Parteien vertraglich vereinbart haben, ist auch darauf abzustellen, in welcher Form ein Vertrag überhaupt geschlossen wurde, d.h. ob ein Vertrag ohne nähere Bestimmung des geschuldeten Werks getroffen wurde. In diesem Falle greifen nämlich dann die im übrigen dispositiven gesetzlichen Regelungen.

Alternativ wäre es auch denkbar, die vertragliche Leistung genauer zu definieren, wie dies allgemein in Baubeschreibungen geschieht.

Hier ist zunächst einmal auf die Baubeschreibung als solche abzustellen. Dabei ist allerdings auch festzustellen, ob die Baubeschreibung unter Beachtung der Regeln der Technik und der DIN die geschuldeten Leistungen definiert.

Im Zweifel wird man hier feststellen, daß eine Baubeschreibung so allgemein gehalten ist, daß unmittelbar auf die anerkannten Regeln der Technik zurückzugreifen ist.

Als anerkannte Regeln der Technik definiert man "diejenigen technischen Regeln für den Entwurf und die Ausführung baulicher Anlagen, die in der technischen Wissenschaft als theoretisch richtig anerkannt sind und feststehen, sowie insbesondere in den Kreisen der für die Anwendung der betreffenden Regeln maßgeblichen, nach dem neuesten Erkenntnisstand vorgebildeten Techniker durchweg bekannt und aufgrund langjähriger, praktischer Erfahrung als technisch geeignet, angemessen und notwendig anerkannt sind."

Sofern also gegen diese Regeln verstoßen wurde, ist es denkbar, Gewährleistungsansprüche geltend zu machen, bzw. solchen Ansprüchen ausgesetzt zu sein.

Am Beispiel der Bauwerksabdichtung kann also ein Mangel wie folgt festgestellt werden:

Zunächst einmal besteht die Möglichkeit, daß sich im Innenbereich des Bauwerks feuchte Stellen zeigen, die darauf schließen lassen, daß die Bauwerksabdichtung unvollkommen ist.

Sodann kann sich ein Mangel darin zeigen, daß zwar noch keine Feuchtigkeit im Inneren des Bauwerks realisiert ist, jedoch festgestellt werden konnte, daß die Bauwerksabdichtung nicht den anerkannten Regeln der Technik folgt.

Als Beispiel sei hierzu genannt, daß die Bauwerksabdichtung mit falschem Material durchgeführt wurde, oder eine technische Lösung gewählt wurde, die nicht allgemein anerkannt ist.

Am Beispiel Bauwerksabdichtung mittels Wasserundurchlässigem Beton wäre ein Mangel feststellbar, wenn ein Beton gewählt wurde, bei dem nicht allgemein anerkannt ist, daß er komplett wasserundurchlässig ist.

Insbesondere bei der Verwendung neuer Materialien und neuer Baustoffe gebietet es das Mangelrecht, vorsichtig zu sein und zur Vermeidung von Weiterungen entsprechende Herstellernachweise zu verlangen.

Wird nun festgestellt, daß ein Mangel in der oben beschriebenen Weise vorliegt oder behauptet wird, ist zu prüfen, welche Arten von Gewährleistungsansprüchen es in rechtlicher Hinsicht gibt.

Die vorliegende Diskussion soll dabei anhand der gesetzlichen, d.h. der im BGB geregelten Rechte dargestellt werden

Das Werkvertragsrecht befindet sich sowohl nach altem als auch nach neuem Recht in den §§ 631 ff. BGB.

Nach altem Recht gab es im wesentlichen 4 Arten von Gewährleistungsansprüchen, nämlich die Nachbesserung, die Wandlung (Rücktritt), die Minderung und den Schadensersatz.

Die Regelungen befanden sich in den §§ 633 bis 635 BGB a. F.

Zusätzlich waren noch Regelungen im Recht der Leistungsstörungen (Verzug, Unmöglichkeit) enthalten sowie in den §§ 636 ff. (verspätete Herstellung).

Hinzuweisen war darauf, daß im wesentlichen auch eine Verjährungsproblematik von Bedeutung war, nämlich zum einen für Werkleistung an beweglichen Sachen, die grundsätzliche Verjährungsfrist ein halbes Jahr ab Abnahme betrug. Bei Arbeiten an Bauwerken beträgt die Verjährung 5 Jahre nach Abnahme.

Diese Frist bezog sich auf den sogenannten Mangelschaden.

Der Mangelfolgeschaden, d.h. ein Schaden an weiter entfernten Gütern, verjährte in einer Frist von 30 Jahren auf der gesetzlich nicht geregelten Grundlage einer sogenannten positiven Forderungsverletzung.

Nach neuem Recht hat der Unternehmer für Sach- und Rechtsmängel zu haften.

Liegt ein Mangel vor, kann der Besteller Nacherfüllung verlangen.

Die Nacherfüllung erfolgt durch Nachbesserung oder Herstellung eines neuen Werks.

Im Werkvertragsrecht hat der Unternehmer das Wahlrecht, welche der beiden Nacherfüllungsmethoden er anwenden möchte.

Gem. § 635 II BGB hat der Unternehmer die zur Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen selbst zu tragen.

Die Nacherfüllung kann nur dann verweigert werden, wenn sie nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten möglich ist.

Ausnahmsweise kann die Nacherfüllung auch wegen Unmöglichkeit im Sinne von § 275 II, III BGB verweigert werden.

Wegen eines Werkmangels kann der Besteller nach erfolglosem Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten Frist den Mangel selbst beseitigen und den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen.

Dies war bisher als Ersatzvornahme möglich, setzte allerdings voraus, daß dem Unternehmer eine angemessene Frist verbunden mit einer Ablehnungsandrohung gesetzt worden war, mit der der Besteller zum Ausdruck brachte, daß er nach Ablauf der Frist die Erbringung der Leistung durch den Unternehmer ablehne und anderweitig vergeben werde.

Dieses Erfordernis ist nunmehr weggefallen, so daß die Setzung einer angemessenen Frist ausreicht, um dem Besteller das Recht zu verschaffen, nach

Ablauf der Frist eine Ersatzvornahme bzw. nach neuem Recht eine Selbstvornahme durchzuführen.

Dies gilt allerdings nur, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung nicht zurecht verweigert hat.

Eine Fristsetzung ist nach neuem Recht dann entbehrlich, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung endgültig verweigert hat, bzw. die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder dem Besteller unzumutbar ist.

An diesem Punkt kann der Besteller dann Vorschuß für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen verlangen.

Dies war bereits nach bisherigem Recht zumindest richterrechtlich so festgestellt worden, ist allerdings jetzt ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen worden, um entsprechende Probleme und Streitigkeiten zu vermeiden.

Weiterhin hat der Besteller zusätzlich noch das Recht, vom Vertrag zurückzutreten, bzw. die Vergütung durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer zu mindern.

Betont werden soll an dieser Stelle nochmals, daß die Geltendmachung der Rechte nach § 634 ff. insgesamt eine Fristsetzung mit einem Nacherfüllungsverlangen voraussetzen.

Bei Verzögerung der Herstellung hat der Unternehmer nach neuem Recht nach den allgemeinen Vorschriften Schadenersatz zu leisten, nämlich nach erfolgloser Fristsetzung Schadenersatz statt der Leistung zu erbringen.

Unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes ist nach wie vor, d.h. sowohl nach neuem, wie auch nach altem Recht zwischen großem und kleinem Schadenersatz zu unterscheiden.

Beim kleinen Schadenersatz wird der Besteller so gestellt, wie er stünde, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre.

Beim großen Schadensersatz kann ein weitergehender Schaden geltend gemacht werden, der in der Regel so aussieht, daß das geschilderte Werk zurückgeleistet werden kann und die Schäden, die durch die mangelhafte Erfüllung entstanden sind, liquidiert werden können.

Dabei können sogar weit entfernte Folgeschäden, wie zum Beispiel ein Steuerschaden geltend gemacht werden.

Am Beispiel bedeutet dies, daß, wenn festgestellt wird, daß das Bauwerk insbesondere im Kellerbereich feucht ist und dieser Mangel zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des Bauwerks geführt hat, der gesamte Vertrag rückabgewickelt werden kann und der Besteller jeden damit verbundenen Schaden ersetzt verlangen kann.

### **III. Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen:**

Um die oben benannten Mängel überhaupt feststellen zu können, ist es zunächst einmal erforderlich, sich genau zu überlegen, was vertraglich geschuldet ist.

Dazu sind entsprechend genaue Regeln in den Vertrag aufzunehmen.

Sodann ist nach Möglichkeit jeder Abschnitt der Herstellung des Werkes ordnungsgemäß zu dokumentieren.

Es ist also bereits in der Bauphase eine Informationssammlung durchzuführen, um die zur Durchsetzung etwaiger Ansprüche erforderlichen Angaben parat zu haben.

Der Besteller sollte sich in jeder Phase des Bauwerks die Frage stellen, welche Angaben erforderlich sind, damit ein Anwalt Rechtsrat erteilen kann und einen etwa anzustrengenden Prozeß erfolgreich führen kann.

Dies setzt zunächst einmal eine umfangreiche Informationssammlung voraus.

Dazu ist es erforderlich, den entsprechenden Baufortschritt zu dokumentieren. Die Dokumentation geschieht dabei sinnvollerweise so, daß sich der Besteller entweder selbst oder durch den beauftragten Baubetreuer im weiteren Sinne entsprechende Notizen macht. Hierzu bietet sich die Führung eines Bautagebuches an.

Bei der vorliegenden Problematik wäre es also sinnvoll, genau zu beschreiben, wie der Aushub der Baugrube vonstatten ging, wie und welche Drainagemaßnahmen tatsächlich vor Ort gelegt wurden, insbesondere welche Materialien verwandt wurden und sodann den Baufortschritt, also insbesondere die Errichtung der Betonwanne genau zu prüfen.

Hilfreich wäre dabei weiterhin eine bildliche Dokumentation des Baufortschritts. Diese könnte durch entsprechende fotografische Aufnahmen oder auch durch eine Videodokumentation durchgeführt werden.

Weiterhin wäre es ungemein hilfreich, Proben der verwandten Stoffe parat zu haben, um gegebenenfalls ohne Eingriffe in das Bauwerk eine Überprüfung durchführen zu können.

Dabei dürfte es auch keine Probleme geben, wenn beispielsweise die Betonwanne gegossen wird, sich eine Probe des verwandten Betons vom Unternehmer aushändigen zu lassen.

Diese Dokumentation mag auf den ersten Blick zeitintensiv, und, sofern sie einem Dritten übertragen wird, auch kostenintensiv erscheinen.

Das Führen und Verlieren eines Prozesses aufgrund mangelhafter Beweisführung ist allerdings aus Sicht eines Anwalts gesprochen weitaus teurer, als die Investition eines gewissen Zeitvolumens zur Dokumentation etwaiger Mängel.

Eine ausführliche Dokumentation hilft, auch dies sei betont, auch später beauftragten Gutachtern bei der Suche nach dem Vorliegen eines Mangels.

So kann beispielsweise das Symptom von Feuchtigkeit im Keller etliche Ursachen haben, die nicht unbedingt in der Durchlässigkeit der verwendeten Bauwerksabdichtungsmethode liegen müssen.

Nicht immer muß die Weiße Wanne schadhaft sein, wenn sich Feuchtigkeitsflecken im Kellerbereich zeigen.

Insoweit ist eine Dokumentation auch im Vorfeld gut geeignet, bei der Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen auch den richtigen Ansprechpartner in Anspruch zu nehmen.

Dies ist umsomehr geboten, wenn die Errichtung des Objekts nicht einem GU übertragen wurde, sondern der Bauherr Gewerke selbst vergeben hat.

Auch für den Baubetreuer ist hier eine Dokumentation Voraussetzung für die Wahrnehmung der Interessen des Auftraggebers.

Wird also ein Mangel in der oben genannten Weise festgestellt und ist er hinreichend dokumentiert, sollte man sich die weiteren Schritte sinnvollerweise gut überlegen.

Nach der hier vertretenen Auffassung sollte bereits an diesem Punkt ein in Bausachen versierter Anwalt aufgesucht werden, der unterstützend wirken kann und prozeßvermeidende Vorschläge zur Streitlösung unterbreiten kann. Sinnvollerweise wird der Anwalt dann mit der Gegenseite außergerichtliche Verhandlungen aufnehmen.

Außergerichtliche Verhandlungen können natürlich auch durch den Besteller selbst geführt werden.

Der Besteller sollte sich dann allerdings sicher sein, daß er durch die entsprechenden Verhandlungen keine Rechte verliert und weiß, welche Rechte er hat.

Insbesondere in Zeiten, in denen Neuerungen in rechtlicher Hinsicht eintreten, damit verbundene Übergangsrechte und rechtliche Probleme, scheint es wenig sinnvoll, sich selbst um eine Problemlösung zu bemühen und dabei möglicherweise den Verlust sämtlicher Rechte zu riskieren.

Es gibt für einen Anwalt keine unglücklichere Situation, als dem Mandanten erklären zu müssen, daß dieser durch seine eigene Handlung Rechte verwirkt, bzw. verloren hat, die bei richtiger Problembehandlung hätten gewahrt werden können.

Sofern die außergerichtlichen Verhandlungen scheitern, bieten sich zur Durchsetzung etwaiger Ansprüche gerichtliche Verfahren an, die in dreierlei Hinsicht zu differenzieren sind.

Zur Frage, ob tatsächlich Mängel vorliegen, bietet sich nach wie vor ein Beweissicherungsverfahren an.

Darin kann geklärt werden, ob Mängel vorliegen, welche Mängel vorliegen und wer dafür verantwortlich zeichnet.

Ein solches Verfahren ist allerdings nur dann sinnvoll, wenn alle Parteien sich im Vorfeld darauf verständigt haben und zu gewärtigen ist, daß sich die Parteien auch daran halten.

Sofern hieran Zweifel bestehen, dürfte sich ein Beweissicherungsverfahren als reine Zeitverschwendung herausstellen. In diesem Fall bietet sich die Durchführung eines Klageverfahrens unmittelbar an.

Ein Klageverfahren setzt allerdings voraus, daß der Verursacher bereits bekannt ist, und sollte nach Möglichkeit durch einen Gutachter mit begleitet werden.

Sodann kann die Klage auf Beseitigung der Mängel gerichtet werden. Sowohl nach altem, als auch neuem Recht kann auch direkt der Betrag eingeklagt werden, der zur Beseitigung der Mängel erforderlich wird.

Auf die Vorschußklage hatten wir bereits hingewiesen.

Geht es darum, nur den Druck zu erhöhen, bietet sich schließlich noch ein Mahnbescheidsverfahren, d.h. ein automatisiertes Verfahren an.

Dieses Verfahren ist allerdings nur dann sinnvoll, wenn nicht damit zu rechnen ist, daß die Gegenseite einen Widerspruch einreicht.

Hinweisen möchten wir in diesem Zusammenhang noch auf folgenden Punkt. Wer Rechte gegen Unternehmer durchsetzen möchte, muß sich darüber klar sein, daß er den richtigen Verursacher in Anspruch nimmt.

Des weiteren muß er sich klar sein, welcher Mangel vorliegt und wie er entstanden ist. Dies ist im Prozeß, insbesondere nach der Zivilprozeßreform, die ebenfalls am 1. Januar 2002 in Kraft getreten ist, besonders wichtig, da Vortrag, der in erster Instanz hätte kommen können, in der weiteren Instanz regelmäßig ausgeschlossen ist.

Sodann muß man sich auch darüber klar sein, daß es den Gegner überhaupt noch gibt, woran sich insbesondere bei GmbHs oftmals Zweifel ergeben.

#### **IV. Abwehr von Gewährleistungsansprüchen:**

Nachdem ausführlich dargestellt wurde, wie Gewährleistungsansprüche entstehen und geltend gemacht werden können, ist nunmehr darauf abzustellen, wie einfach nur behauptete Gewährleistungsansprüche bzw. nicht vorliegende Mängel sinnvollerweise abgewehrt werden können.

Dazu ist es erforderlich, die behaupteten Mängel substantiiert bestreiten zu können.

Das bedeutet für den Unternehmer, daß er ebenso wie der Besteller, jeglichen Baufortschritt umfangreich dokumentieren sollte und etwaige Materialproben bereithalten sollte. Des weiteren sollte er auch die Materialbeschreibungen der

Herstellerfirmen bereithalten um sich gegen behauptete Mängel sinnvoll zur Wehr setzen können.

Mängel treten dabei im Streit zwischen dem Unternehmer und dem Besteller regelmäßig in 2 Problembereichen auf.

Der eine Problembereich ist der, daß die Beseitigung von angeblich aufgetretenen Mängeln verlangt wird.

Der zweite Problembereich sieht so aus, daß der Unternehmer vom Besteller seinen Werklohn verlangt und der Besteller sich gegen diese Forderung mit angeblichen Mängeln bzw. behaupteten Gewährleistungsansprüchen zur Wehr setzt.

In diesem Fall ist es sinnvoll, die entsprechenden Mängel substantiiert bestreiten zu können, d.h. darauf eingehen zu können.

Um dies an einem Beispiel zu verdeutlichen: Trägt der Besteller vor, die eingebaute Weiße Wanne sei nicht dicht, sondern es dringe im Kellertreppenbereich Wasser ein, so reicht es nicht aus, wenn der Unternehmer dies pauschal bestreitet, also sagt, die Wanne ist dicht.

Der Unternehmer muß in diesem Falle konkret darstellen, welches Material im Treppenbereich verwandt wurde, welche Stärke das Material hat, wie die Konzeption der Gesamtwanne aussieht und wie die Bauausführung beobachtet wurde.

Dies wäre in einem Bauprozeß besonders schön durch entsprechendes Bildmaterial darzulegen.

Diese ausführliche Dokumentation hat neben der Möglichkeit zur substantiierten Abwehr etwaiger oder behaupteter Mängel auch noch den Effekt, daß ein Gericht in dem Fall, daß eine Baufirma alles ordnungsgemäß dokumentiert von der Redlichkeit der Firma überzeugt sein wird.

Dies erleichtert die Führung von Bauprozessen ungemein.

Auch für den Unternehmer, der sich gegen behauptete Gewährleistungsansprüche zur Wehr setzen will, stellt sich die Frage, an welchem Zeitpunkt er einen Rechtsanwalt aufsucht.

Zunächst einmal sollte sich der Unternehmer die Frage stellen, ob die Behauptung des Bestellers nicht möglicherweise den Tatsachen entspricht und tatsächlich ein Fehler vorliegt. Zur eigenen Sicherheit sollte der Unternehmer jede Möglichkeit wahrnehmen, die ihm geboten wird, sich den behaupteten Mangel vor Ort einmal anzusehen.

Aufgrund langjähriger Erfahrung in Bauprozessen kann nämlich gesagt werden, daß ein Bauprozeß, wenn Mängel substantiiert behauptet wurden, in der Regel so ausgeht, daß zumindest ein Teil der Mängel sich vor Ort verifizieren läßt, d.h. tatsächlich vorliegt.

Der Unternehmer sollte also, bevor er sich auf den Standpunkt stellt, er habe schon immer richtig gearbeitet und dies sei auch hier geschehen, einmal fragen, ob der behauptete Mangel nicht tatsächlich vorliegen kann. In diesem Fall wäre zunächst einmal der Versuch der außergerichtlichen Nachbesserung bzw. nach neuem Recht Nacherfüllung sinnvoll.

An dieser Stelle ist aus unserer Sicht die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe noch nicht geboten.

Lediglich unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit sollte im außergerichtlichen Bereich, wenn sich die Bestellerseite eines Anwalts bedient, ebenfalls ein Anwalt zurate gezogen werden.

Wird vor Ort festgestellt, daß der Mangel entweder gar nicht vorliegt oder nicht in den eigenen Verantwortungsbereich fällt, sollte die Abwehr von Gewährleistungsansprüchen mit anwaltlicher Hilfe fortgesetzt werden.

Dies gilt umsomehr dann, wenn sich der Eindruck aufdrängt, daß ein Mangel einfach nur behauptet wird, um die Zahlungspflichten hinauszuschieben.

In einem solchen Fall ist die kurzfristige und schnelle Führung eines Prozesses oft sinnvoll, um vor der Insolvenz des Bestellers noch zur Titulierung der Forderungen zu kommen.

Das heißt also, daß, wenn der Unternehmer feststellt, daß die von ihm errichtete Weiße Wanne mangelfrei ist und der angeblich behauptete Wassereintritt überhaupt nicht feststellbar ist, er sich schnellstmöglich anwaltlicher Hilfe bedienen sollte, um seine Forderung gerichtlich geltend zu machen.

In einem solchen Fall ist nämlich zu erwarten, daß es dem Besteller um die Senkung des Werklohns geht.

Weiterhin sollte sich der Unternehmer dahingehend beraten lassen, ob er zur Gewährleistung überhaupt noch verpflichtet ist.

Dies setzt voraus, daß er sich über Einreden, bzw. Einwendungen beraten läßt.

Der wichtigste Punkt, der hier zu nennen ist, ist die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen.

Nach altem Recht sind dies 5 Jahre. Dies gilt nach neuem Recht für den Mangelschaden ebenfalls.

Für Mangelfolgeschäden betrug die Verjährungsfrist nach altem Recht jedoch 30 Jahre, nach neuem Recht 3 Jahre ab Kenntniserlangung.

In diesem Zusammenhang ist es also wichtig, ebenfalls zu klären, welche Gegenrechte vorhanden sind.

Schließlich könnte die Nachbesserung bzw. Mangelbeseitigung/Nacherfüllung auch dann verweigert werden, wenn noch erhebliche Gegenrechte, etwa auf Zahlung vorliegen.

Das heißt, daß in einem solchen Fall möglicherweise zunächst einmal noch Erfüllungssicherheiten vereinbart werden sollten, bzw. eine Zug-um-Zug-Leistung verabredet werden sollte.

Abschließend sei noch der Hinweis darauf gestattet, daß es in der Regel einfacher ist, schlichtweg behauptete Mängelrügen abzuwehren, als einen Anspruch in einem vorzeitig gekündigten VOB-Vertrag geltend zu machen.

Stellt sich also bei einem VOB-Vertrag kurz vor Beendigung der Arbeiten heraus, daß die Bestellerseite Mängel behauptet oder Möglichkeiten sucht, Zahlungen zurückzuhalten, sollte nach Möglichkeit nicht der Vertrag gekündigt werden, was zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Schlußrechnung (Urkalkulation) führt, sondern zu Ende gebaut werden, um dann den Anspruch insgesamt geltend machen zu können und sich (sofern dies dann noch geschieht) um das Vorliegen von Mängeln zu streiten.

## **V. Der Bauprozess:**

Wenn außergerichtliche Mechanismen zur Streitbeilegung keinen Erfolg gehabt haben oder die Führung einer gerichtlichen Auseinandersetzung geboten ist, wird ein Prozeß bei dem zuständigen Gericht erforderlich sein.

Dabei wird zunächst einmal durch den dann beauftragten Anwalt zu prüfen sein, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung vorliegt, die die Parteien bindet.

Sodann ist der Prozeß beim zuständigen Gericht anhängig zu machen.

Hinzuweisen ist darauf, daß nach dem neuen Zivilprozeßrecht, das ab 1. Januar 02 gilt, ein Prozeß immer über eine Güteverhandlung geführt wird, die in der Regel dem ersten Haupttermin zur mündliche Verhandlung vorgeschaltet ist.

Dabei ist diese Verhandlung so umfassend vorzubereiten, daß das Gericht den gesamten Streitstand erkennen kann. Das Gericht weist dann bei der Vorbereitung des Güteverfahrens nochmals darauf hin, welche Informationen möglicherweise fehlen.

Die Neuerungen sind aus dem Arbeitsgerichtsverfahren durchweg bekannt.

Wichtig ist, daß die erste Instanz vollumfänglich vorzubereiten ist.

Man sollte sorgfältig jegliche Tatsachen, die prozeßerheblich sein können, in der oben genannten Weise vorbringen und dokumentieren.

Es ist dringend darauf hinzuweisen daß solcher Vortrag, der in erster Instanz hätte gebracht werden können, in der zweiten Instanz nach neuem Recht ausgeschlossen sein dürfte.

Wichtig ist dies auch unter dem Gesichtspunkt, daß eine Berufung aussichtsreich nur dann geführt werden kann, wenn dem erstinstanzlichen Gericht die falsche Würdigung von Tatsachen nachgewiesen werden kann.

Auch dazu ist es erforderlich, daß die entsprechenden Tatsachen bereits im Prozeß vorgetragen worden sind.

Nachdem eine Klage eingereicht ist, wird also eine mündliche Verhandlung stattfinden.

Bei dieser mündlichen Verhandlung wird das Gericht versuchen, eine gütliche Einigung herbeizuführen.

Es ist dazu von Gesetzes wegen verpflichtet.

Kommt diese nicht zustande, und sind die Ansprüche auch nicht von Rechts wegen ausgeschlossen, wird in der Regel ein Beweisverfahren durchgeführt werden.

Dazu wird ein Gutachter vom Gericht beauftragt werden.

Dieser Gutachter wird dann durch entsprechende Tatsachenerhebung feststellen ob die behaupteten Mängel vorliegen oder nicht.

Auf der Grundlage dieses Gutachtens wird dann im Ergebnis nochmals verhandelt, um festzustellen, ab nunmehr eine gütliche Einigung möglich ist. Sollte dies immer noch nicht der Fall sein, wird das Gericht durch Urteil entscheiden.

Dem Urteil ist eine Kostenentscheidung angefügt.

In diese Kostenentscheidung gehen grundsätzlich nur die Verfahrenskosten mit ein, d.h. also, die Gerichtskosten, die Anwaltskosten und etwaige Gutachterkosten.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, daß nach weit verbreiteter Rechtsprechung auch solche Kosten in das Kostenfestsetzungsverfahren mit aufgenommen werden können, die zur Einreichung der Klage erforderlich waren, wie etwa die Bestellung eines außergerichtlichen Gutachters, der dem beauftragten Anwalt bei der Tatsachenermittlung zur Seite steht.

Nach Beendigung des Verfahrens wird dann der obsiegenden Partei eine vollstreckbare Ausfertigung des Titels erteilt werden.

Daraus kann dann die Zwangsvollstreckung erfolgen.

Damit dann die Zwangsvollstreckung sinnvoll erscheinen kann, sollte sich der Gläubiger vorher Gedanken darüber machen, wo Geld zu holen ist.

Auch insoweit ist eine Tatsachenermittlung sinnvollerweise umfangreich durchzuführen.

Es kann zwar nicht garantiert werden, daß nach erfolgreicher Erfüllung eines Bauprozesses auch tatsächlich Geld fließt. Auf die Probleme insolventer Unternehmen wurde bereits umfänglich hingewiesen.

Es gilt jedoch, und dieser Satz sei abschließend hervorgehoben:

**Wer am lautesten schreit, bekommt zuerst sein Geld!**