

Die Vermeidung eines Rechtsstreits im Schwimmteichbau

**29.10.2015, 14.00 Uhr
Internationaler Schwimmteichkongress**

**Referent:
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
André Bußmann**

Bußmann & Feckler Rechtsanwälte PartmbB
Rechtsanwälte und Fachanwälte
Sitz: Köln – AG Essen PR 3095

**Ringstraße 8
50996 Köln**

**Tel.: 0221 - 7 888 55 -0
Fax: 0221 - 7 888 55 -20**

**rechtsanwaelte@bussmann-feckler.de
www.bussmann-feckler.de**

Einleitender Hinweis: Wenn nicht ausdrücklich etwas anderes dargestellt wird, folgt der Vortrag allein deutschem Recht. In anderen Ländern kann sich die Situation mitunter deutlich anders darstellen, sodass im Zweifel ein dort niedergelassener Rechtsanwalt befragt werden sollte.

Schwimmteiche und Naturpools sind sicherlich eine feine Sache – für denjenigen, der mit ihnen umzugehen weiß und sich der Konsequenzen, die mit solchen verbunden sind, bewusst ist. Gerade die Prospekte schaffen es aber auch, demjenigen Kunden, der aufgrund seiner Persönlichkeit vielleicht mit einem Chemiepool besser bedient wäre, gerade Naturpools so richtig schön schmackhaft zu machen. So wird ihm das Bild eines natürlichen Vergnügens ohne schädliche chemische Zusätze vermittelt, während er zugleich - geht man nach den präsentierten Bildern - auf keinen der vermeintlichen Vorteile eines Chemiepools verzichten muss. Ich persönlich kenne zumindest keinen Prospekt, in welchem sich Algen im Schwimmteich oder Naturpool zeigen oder Ablagerungen an Wänden und Boden erkennbar sind. Vielmehr glitzert das kristallklare Wasser in der Sonne und die Natur gibt es quasi als kostenlosen Bonus dazu. Vielleicht existiert ab und an auch einmal eine Fotografie, aus der man sogar die Notwendigkeit einer laufenden Pflege erahnen könnte. Dann hält jedoch lediglich die (verdächtig schön anzusehende) Dame des Hauses einen Kescher oder ein sonstiges Reinigungsgerät gedankenverloren in den - natürlich blitzsauberen - Naturpool. Von Anstrengung ist dort nichts zu sehen. Ein Freizeitvergnügen ohne jede Arbeitsleistung – ein Traum, der in der Realität leicht zum Alptraum werden kann.

Der Einstieg ist wichtig: Stets ehrlich und offen beraten!

Genau hier - nämlich in dem Hochglanz-Prospektmaterial - wird bereits die Grundlage für spätere Streitigkeiten gelegt. Der entweder frisch gebaute oder vor der Werbefotografie grundgereinigte Pool vermittelt dem Kunden das Gefühl, als ob er sich gegenüber einem Chemiepool nicht umstellen muss. Die Natürlichkeit eines Schwimmteichs beschränkt sich innerhalb dieser Werbeaussagen auf einzelne Wasserpflanzen und die ebenfalls hervorragend gestaltete Teichumgebung. Bei Naturpools ist das Bild vielfach noch dramatischer: Dem nicht informierten Kunden zeigt sich ausweislich der Prospektbilder gar kein oder kein messbarer Unterschied zum Chemiepool, gerade dann, wenn der Filter ausgelagert ist.

Sicherlich wird man nun einwenden können, dass man hier zunächst die Neugier des Kunden wecken und ihm die Scheu vor einer biologischen Filterung nehmen möchte. Immerhin befindet man sich in direkter Konkurrenz mit Chemiepoolanbietern, denen die Sauberkeit quasi anhaftet. Man wird aber berücksichtigen müssen, dass auf Seiten des Kunden und späteren Vertragspartners hier bereits erste Vorstellungen geweckt werden, die kaum mehr aus seinem Kopf zu bekommen sind. Es ist dann Aufgabe des beratenden Betriebes, das Bild des Kunden nachfolgend gerade zu rücken, ohne ihn zu verschrecken. Vor diesem Hintergrund wird man kaum umhin kommen, möglichst nachweislich zu verdeutlichen, dass ein Schwimmteich und auch ein Naturpool lebt und dass er bei unterbliebener oder nicht hinreichender Pflege durchaus dazu neigt, unerwünschten Aufwuchs zu produzieren.

Diese Beratungsleistung ist innerhalb der Europäischen Union auch aus einem ganz anderen Grund von besonderer Wichtigkeit. Dort existiert nämlich die so genannte Verbraucherrechterichtlinie, welche von allen EU-Staaten umzusetzen war und die seit Juni 2014 auch in das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch Eingang gefunden hat. Für alle Mitgliedsstaaten der Europäischen Union gilt jedoch quasi Deckungsgleiches: Nach § 312a Abs.

2 BGB ist der Unternehmer in jedem Falle, in welchem er mit einem Verbraucher einen Vertrag abschließt, zur Information nach Art. 246 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch verpflichtet. Diese Informationspflichten gelten erst recht, wenn ein so genannter außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag vorliegt (§ 312 BGB i.V.m. Art. 246a EGBGB). Die Unterschiede zwischen den Vorschriften müssen wir hier nicht vertiefen, da die hier zu diskutierende, konkrete Verpflichtung sowohl beim normalen Verbrauchervertrag als auch bei einem außerhalb der Geschäftsräume geschlossenen Verbrauchervertrag beinahe in deckungsgleichem Umfang besteht. In beiden Fällen ist nämlich über die „wesentlichen Eigenschaften“ des Werks nachweislich und in verkörperter Form, also regelmäßig auf Papier, gegebenenfalls auf einem dauerhaften Datenträger, zu informieren.

Tatsächlich ist diese Anforderung schwierig umzusetzen – und gerade aus diesem Grund besteht ein hohes Konfliktpotential. Hintergrund ist, dass wohl unbestritten zu sein scheint, dass die fraglichen Informationen nicht etwa allgemein zu hinterlegen sondern auf jeden einzelnen Kunden und dessen Bedürfnisse neu anzupassen sind. Der Unternehmer muss sich in seinen Vertragspartner hineinversetzen und überlegen, welche Eigenschaften des zu erstellenden Werks für diesen Vertragspartner und seinen Vertragsschluss maßgeblich sein werden. Er hat also die Informationsinteressen der jeweils vor ihm sitzenden Person und nicht die eines fiktiven Dritten zu erfüllen. Dabei wird es nicht genügen, lediglich ein detailliertes Leistungsverzeichnis zu erstellen. Vielmehr muss, soweit beim Kunden ein entsprechendes Interesse an einer speziellen Eigenschaft festgestellt wird, über die insofern für ihn wichtigen Umstände dieser Eigenschaft der Leistung konkret informiert werden. Was in der Industrie beim Verkauf von Waren noch leicht gelingt, da die dortigen Informationen schlicht auf die Packung gedruckt werden, ist im Baurecht nahezu unmöglich einzuhalten. Glöckner hat dies in einem Aufsatz in der Baurecht (Jahrgang 2014, Seite 411) auf den Punkt gebracht, indem er formuliert hat:

„Vor allem die Pflicht zur Information über die wesentlichen Eigenschaften (...) wird die betroffenen Unternehmer bei Bauverträgen auf die Probe stellen. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass die Adressaten der Informationspflicht in weiten Bereichen keine Unternehmen sind, die - wie es für das produzierende Gewerbe (...) üblich ist - Abteilungen unterhalten, die für die Einhaltung der deliktsrechtlichen Instruktionspflichten zuständig sind, sondern Kleinunternehmer, die handwerklich qualifiziert sein mögen, doch nicht mit gleicher Regelmäßigkeit überdurchschnittlich kommunikativ begabt sein werden. Daneben zeichnen sich ihre Leistungen - wieder anders als im produzierenden Gewerbe - häufig durch ihre individuelle Ausgestaltung in Abhängigkeit vom jeweiligen Vertrag aus.“

Was also ist zu tun? Seien Sie bereits bei der Aufnahme von Gesprächen aufmerksam und achten Sie auf Kleinigkeiten. Sodann informieren Sie den Kunden möglichst umfänglich und reichen ihm diese Informationen nochmals schriftlich nach. Dabei ist es wichtig, ein persönliches Gespräch zu führen, da nur so erkannt werden kann, welche konkreten Eigenschaften für den Kunden in welcher Form von Interesse sind.

Nochmals: Bei der Erfüllung der Informationspflichten wird die Vorlage eines Schriftstücks verlangt. Auch wenn mitunter eine Übermittlung auf einem dauerhaften Datenträger als ausreichend angesehen wird, kommt man um eine textliche Darstellung nicht umhin. Wird die Information nicht übermittelt oder ist sie fehlerhaft oder lückenhaft, haftet hierfür allein der Unternehmer, was tatsächlich im Einzelfall sogar dazu führen kann, dass ein eigentlich mangelfrei errichteter Schwimmteich zurückzubauen sein könnte. Es ist also höchste Vorsicht geboten.

Neben den individuell zu „erspürenden“ Kundenbedürfnissen hinsichtlich der mitzuteilenden Eigenschaftsinformationen kann man durchaus davon ausgehen, dass einige Hinweise stets erteilt werden müssen:

- So ist der Kunde in jedem Fall dringend (und schriftlich) darauf hinzuweisen, dass es sich bei Schwimmteichen und Naturpools um ein biologisches System handelt, bei welchem Algen und Biofilme zwar aufgrund der Nährstoffreduktion gemindert, nie jedoch vollständig vermieden werden können.
- Auch dürfte es hilfreich sein, den Kunden von vornherein darauf hinzuweisen, dass sich Tiere ansiedeln werden. Was für Sie vergleichsweise logisch klingt, muss sich dem Kunden nicht zwingend erschließen - dies vor allem vor dem Hintergrund, dass gerade Naturpools mitunter im Aussehen den klassischen Chemiepools immer näher kommen. Und man mag es nicht glauben: Auch Wasserläufer können für den einen oder anderen Kunden eine echte Zumutung sein.
- Zudem informieren Sie ihren Kunden bitte in jedem Fall konkret über die von ihm zu erbringende Pflege und befragen Sie ihn von vornherein, welchen ästhetischen Anspruch er verfolgt und was zu leisten er bereit ist. Was für den einen Kunden Ausdruck der Natürlichkeit eines Schwimmteichs ist, empfindet ein anderer Kunde als geradezu unzumutbar. Übrigens: Zur Pflege zählt auch die Frühjahrsinbetriebnahme und die Versetzung des Teiches in die Winterruhe. Hier genügt es nicht, schlicht darauf hinzuweisen, dies könne einem Fachbetrieb überlassen werden. Es sollte besser von vornherein dahingehend informiert werden, welche Leistungen erforderlich sind und erst dann die Empfehlung folgen, diese Arbeiten einem Fachbetrieb - sinnvollerweise natürlich dem eigenen Betrieb - zu überlassen.

Der Kunde und sein Garten müssen bekannt sein

Lassen Sie sich von Ihrem Kunden bitte dringend seinen bisherigen Garten zeigen bzw. achten Sie auf Kleinigkeiten in der Besprechung der Leistungsausführung. Wenn der Kunde in seinem bisherigen Garten keinerlei Wildkräuter auf dem Rasen zulässt und dieser wie mit der Nagelschere geschnitten aussieht, zudem ein stimmiges, geradliniges und nahezu klinisches Designkonzept eingehalten wurde oder ein solches von Ihnen für die Neugestaltung des Gartens abgefordert wird und somit klar ersichtlich wird, dass es sich um einen äußerst peniblen Kunden handelt, müssen Sie sich die Frage stellen, ob es sich bei diesem Kunden tatsächlich um einen potentiellen Schwimmteich- oder Naturpoolkunden handelt oder ob er mit einem Chemiepool nicht besser bedient wäre.

Auch wenn der Kunde am Anfang noch so freundlich ist, wendet sich das Blatt gerne zu einem späteren Zeitpunkt: Unmittelbar nach Fertigstellung mag alles noch hervorragend aussehen. Beginnt sich dann jedoch die Biologie einzustellen und gerät der Schwimmteich vielleicht zunächst einmal in eine etwas „schlechtere“ Phase, verliert ein solcher Kunde zunächst einmal einen Teil seines Glaubens an das Produkt. Von nun an wird - und hier können Sie noch so oft von der Einstellung der Biologie sprechen, die etwas Zeit benötigt - jede Kleinigkeit am Schwimmteich genauestens beobachtet.

Hinzu tritt ein häufig zu beobachtender, allzu menschlicher Umstand: Am Anfang ist man in Bezug auf die Pflege vielleicht noch motiviert. Seien Sie jedoch gewiss: Dies schleift sich ab. Allerdings wird der Kunde Ihnen gegenüber stets behaupten, in der Intensität nicht

nachgelassen zu haben; vielmehr funktionierte der Schwimmteich einfach nicht. Dann beobachte ich in der Praxis, dass mehrere (natürlich kostenlose) Abhilfeversuche durch das Unternehmen gestartet werden, die gar nicht zum Ziel führen können, solange der Kunde nicht mitzieht. Vielleicht hat sich beim Kunden sogar zumindest im Unterbewusstsein bereits festgesetzt, dass er und sein Schwimmteich keine Freunde mehr werden. Der Unternehmer kann nun aber nicht dauerhaft vor Ort sein und die Fehler des Kunden bereinigen. Er mag eine Grundreinigung vornehmen, jedoch werden sich die Probleme später erneut zeigen, da dann die Pflege wieder auf den eigentlich peniblen, jedoch zeitlich anderweitig eingespannten Kunden übertragen wird.

Das Gerichtsverfahren ist dann quasi vorprogrammiert, wobei man dieses nicht allzu beruhigt angehen sollte: Gerichte haben keine Ahnung von Schwimmteichen und man kann schon von Glück reden, wenn sie einen Schwimmteich dem großen Gebiet des Garten- und Landschaftsbaus zuordnen. Gerne werden stattdessen Sachverständige für „Schäden am Gebäude“ bestellt. Ich selbst habe es in einem konkreten Fall erlebt, in welchem ich von vornherein auf die Existenz spezieller Schwimmteich-Sachverständiger hingewiesen und das Gericht darüber informiert habe, wo diese zu finden sind. Es wurde dennoch ein Sachverständiger für „Schäden am Gebäude“ bestellt. Auf meinen Hinweis, dass der Schwimmteich weder ein Gebäude darstelle noch diesem zugeordnet sei, antwortete das Gericht wörtlich:

„Die zuständige Einzelrichterin geht davon aus, dass sich der Sachverständige mit den an einen Naturpool zu stellenden baulichen Anforderungen kraft seiner Sachkunde auskennt und allenfalls für Randfragen einen Spezialisten für Wassertechnik beiziehen müsste. Jedenfalls aber wird als sicher davon ausgegangen, dass der Sachverständige es mitteilen würde, falls die Beweisfragen doch nicht in sein Fachgebiet fallen sollten.“

Es ist müßig zu erwähnen, dass die baulichen Anforderungen an den Schwimmteich in dem Verfahren nicht einmal im Streit standen und der Sachverständige selbstverständlich davon ausging, genügend Kenntnisse zu besitzen – schließlich betrieb er das Geschäft schon einige Jahrzehnte. Seine großartigen Kenntnisse bewies er dann auch gleich innerhalb des ersten Ortstermins, indem er die Pumpe mit dem Filter verwechselte. Das Gutachten war dann qualitativ ähnlich gelagert. In eine solche Situation sollten Sie gar nicht erst kommen.

Darüber hinaus zeigt sich, dass so mancher Kunde zunächst die Kosten eines den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen Schwimmteiches unterschätzt. Liegt dann das (erste) Angebot vor, müssen dringend Positionen gefunden werden, die günstiger ausfallen, gestrichen werden oder vielleicht sogar geringer zu dimensionieren sind. Lassen Sie sich dort bitte nicht in eine Falle locken. Wenn Sie den von Ihnen angebotenen phosphorgeprüften Füllmaterialien vertrauen, lassen Sie sich vom Kunden nicht überreden, ungeprüfte Materialien zu verwenden. Auch die Aufbauhöhe des Filters dürfte, wenn Sie sie im Ursprung korrekt ermittelt haben, nicht diskutabel sein, ebenso wenig die Ausstattung des Schwimmteichs mit ausreichender Technik. Geben Sie hier nach und realisieren sich die Probleme, die Sie von vornherein gesehen haben, wird der Kunde versuchen, auch diese Umstände auf Ihrem Rücken auszutragen - schließlich sind Sie ja ein Fachbetrieb und hätten, wenn nicht gar gänzlich abraten, so zumindest hinreichend auf die Problemstellungen, die mit den Kostenreduzierungen verbunden sind, hinweisen müssen. Rein rechtlich steht der Kunde, wenn Sie nicht tatsächlich ausreichend auf die damit einhergehenden Problemstellungen hingewiesen haben, auf der sicheren Seite.

Die Bewertung der Umgebungsbedingungen

Ebenso wichtig wie die korrekte Beratung des Kunden ist es jedoch, genauestens zu untersuchen, wo der Schwimmteich seinen Platz finden soll. Nach meinem Dafürhalten ist es unumgänglich, den Kunden vor Ort aufzusuchen, um das Umfeld zu beobachten.

Verfügt der Kunde über ein schönes Waldgrundstück und ist mit natürlicherweise stattfindenden Einträgen in einer Menge zu rechnen, derer der Kunde gar nicht Herr werden kann, mag ein Schwimmteich vielleicht nicht die beste Wahl sein. Bewerten Sie von vornherein die Risiken, die mit dem gewünschten Schwimmteich verbunden sind. Sollte ein Schwimmteich der fraglichen Größe am konkreten Ort schlicht keinen Sinn ergeben, lassen Sie sich bitte nicht vom Kunden überreden, ihn dennoch zu errichten. Die seltensten Kunden besitzen genügend Kritikfähigkeit, in dem Fall, dass alles doch so kommt, wie Sie von vornherein vorhergesagt haben, schlichtweg zu sagen: „Naja, ich habe es ja so gewollt.“ Der Kunde wird vielmehr geneigt sein, die Schuld bei anderen zu suchen. Da er im Zweifel mit seinem Ehepartner noch länger zusammenleben möchte, kommt als einziger relevanter Sündenbock nur eine Person in Betracht: der Unternehmer. Es ist daher wichtig, dass dann, wenn Sie merken, dass entweder der Kunde oder die Umgebungsbedingungen nicht zum Schwimmteich passen, auch deutlich von einem solchen abgeraten wird. So mancher vermeintlich lukrative Auftrag, der mit einem schlechten Bauchgefühl abgeschlossen wurde, erweist sich später als höchst defizitär.

Die Tendenz geht dahin, dass auch auf dem kleinsten Hofgrundstück noch ein Schwimmteich funktionieren können soll. Dies mag technisch tatsächlich machbar sein - als Jurist kann ich dies freilich nicht bewerten -, jedoch scheinen zumindest die Regelwerke darauf hinzudeuten, dass umso höhere Anforderungen an die Technik und das Know-how des Fachbetriebs gestellt werden, je kleiner der Teich ausgeführt wird. Hier gilt es, nicht blind alles zu bauen, was technisch möglich sein könnte. Auch insofern mag der Kunde mit einem handelsüblichen Whirlpool besser bedient sein, als mit einem Naturtauchbecken mit biologischer Filterung.

Offene Hinweise anstelle eines Verschweigens von erkennbaren Problemen

Wie bereits erörtert: Bei Problemen werden Sie der Sündenbock sein. Es ist daher wichtig, dass Sie, wenn Sie - trotz aller Risiken - bei einem Kunden einen Schwimmteich errichten wollen, der dort eigentlich besser nicht stehen sollte, den Kunden von vornherein und schriftlich auf die Problemstellungen hinweisen. Dabei genügt es nicht, lediglich pauschal darzulegen, dass Sie der Ansicht seien, der Schwimmteich würde an dem fraglichen Standort nur mit einem hohen Pflegeaufwand oder vielleicht sogar gar nicht korrekt funktionieren. Vielmehr ist es Ihre Aufgabe, für den Kunden leicht verständlich und dennoch fachlich richtig und umfassend die Ursachen im Einzelnen darzulegen und sodann die konkreten Konsequenzen, die hieraus erwachsen, zu schildern. Dabei wird man durchaus ins Detail gehen müssen. Mit der Äußerung: „Ihr Grundstück liegt ja in einem Wald [= Versuch der Ursachenbeschreibung], da wird der Teich nicht funktionieren [= Versuch der Beschreibung der Konsequenz].“ werden Sie keinen Blumentopf gewinnen.

Sie werden in unserem Beispiel vielmehr im Rahmen einer korrekt formulierten Bedenkenanmeldung den durch die Waldrandlage zu erwartenden Nährstoffeintrag darstellen müssen und dem Kunden aufzuzeigen haben, was dieser Eintrag mit dem Schwimmteichwasser

macht. Dabei werden Sie einige biologische Grundabläufe beschreiben müssen, die darin gipfeln, dass Sie die Neigung zur Algenbildung realistisch schildern. Die Einzelheiten hierzu werde ich mangels ausreichender biologischer Kenntnisse Ihnen überlassen müssen. Im Ergebnis muss jedenfalls ein Schriftstück entstehen, welches dem Kunden eine ausreichende Informationsdichte bietet, um ihm die Entscheidung zu ermöglichen, ob er die geschilderten Risiken auch tatsächlich eingehen möchte. Erst wenn es gelungen ist, dass die Informationsinteressen des Kunden sowohl korrekt als auch verständlich und umfänglich hinsichtlich Ursache der Bedenken und der Konsequenz bei Nichtbefolgung erfüllt sind, ist mit der Bedenkenanmeldung (nach deutschem Recht) eine Haftungsfreistellung verbunden, wenn der Kunde die Ausführung dennoch unverändert fordert.

Bedenken sind übrigens unmittelbar dann anzumelden, wenn sie sich zeigen. Es genügt nicht, mit den Arbeiten zu beginnen und erst danach auf die ungünstigen Umgebungsbedingungen abzustellen. Dann wäre der Hinweis verspätet erfolgt. In dem genannten Beispiel geht es also ausdrücklich darum, vor Beginn der Arbeitsausführung das Problem entsprechend zu schildern.

Selbst dann übrigens, wenn ein externer Planer seitens des Kunden eingeschaltet ist und dieser Vorgaben tätigt, die beispielsweise nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen oder aber die Umgebungsbedingungen nicht hinreichend abbilden, müssen Sie wohl oder übel Bedenken anmelden. Anderenfalls werden Sie sich nicht, zumindest nicht vollständig darauf berufen können, Sie hätten schlicht nach den planerischen Vorgaben gebaut. In Fällen eines unterlassenen Hinweises trotz Erkennbarkeit der mangelhaften Planung werden Sie stets zumindest in Mithaftung genommen.

Die Baustelle stets mit offenen Augen begleiten

Auch während der Ausführung ist ein offenes Auge von besonderer Wichtigkeit. Dies gilt zunächst einmal auch hier für die Frage etwaiger Planungsfehler, Ausführungsfehler von Vorunternehmen oder vom Auftraggeber gelieferte Stoffe oder Bauteile. Zwar kennt das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch keine direkte Formulierung einer Pflicht zur Überprüfung von Fremdplanungen, Vorleistungen anderer Unternehmer oder Materialien und Stoffe, die der Auftraggeber zur Verfügung gestellt hat, jedoch muss man wissen, dass jeder Vertrag in einer Art und Weise auszuführen ist, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dies folgt direkt (und wörtlich) aus § 242 BGB. Der Bundesgerichtshof zieht genau aus dieser Vorschrift auch innerhalb eines auf dem Bürgerlichen Gesetzbuch basierenden Vertrages die Verpflichtung zur Überprüfung der genannten Punkte und zur Bedenkenanmeldung, sobald Probleme erkennbar sind. Bei der inhaltlichen Ausgestaltung bedient sich der Bundesgerichtshof einer Formulierung innerhalb der VOB/B, die eigentlich nichts anderes ist als eine zentral vorformulierte Allgemeine Geschäftsbedingung. Gemeint ist § 4 Abs. 3 VOB/B, der wie folgt lautet:

„Hat der Auftragnehmer Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung (auch wegen der Sicherung gegen Unfallgefahren), gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer, so hat er sie dem Auftraggeber unverzüglich - möglichst schon vor Beginn der Arbeiten - schriftlich mitzuteilen; der Auftraggeber bleibt jedoch für seine Angaben, Anordnungen oder Lieferungen verantwortlich.“

Allein das Erfordernis der Schriftlichkeit streicht der Bundesgerichtshof, wenn die VOB/B nicht vereinbart ist, allerdings wird ohne Einhaltung der Schriftform für den insofern beweisbelasteten Unternehmer kaum die Möglichkeit bestehen, hinreichend darzulegen und zu beweisen, dass er eine ausreichende Bedenkenanmeldung tatsächlich ausgesprochen hat. Er müsste nämlich den genauen Ort, die genaue Zeit und den konkreten Ansprechpartner darlegen und beweisen können, zudem den exakten und korrekten Inhalt der mündlich geäußerten Bedenken. Ich hatte bereits oben dargestellt, dass gerade die richtige Formulierung äußerst problematisch sein kann, da nicht nur die Ursache für die Bedenken punktgenau anzugeben ist sondern auch die Konsequenz bei Nichtbefolgung verständlich und umfassend dargelegt werden muss. Da Probleme häufig erst nach Jahren auftreten, ist ein Beweis durch Zeugen, die gehört haben, welche Bedenken geäußert wurden, höchst unsicher. Zumeist ist die Erinnerung bereits nach wenigen Tagen verblasst.

Nun ist bekannt, dass gerade im Landschaftsbau größte Vorbehalte gegen Bedenkenanmeldungen existent sind. Man möchte dem Auftraggeber nicht auf die Füße treten und es sich mit dem Architekten ebenfalls nicht verscherzen. Dabei vergisst man jedoch einen extrem wichtigen Punkt: Der Bundesgerichtshof hat nämlich zu Recht entschieden, dass die Bedenkenanmeldung lediglich einer Person dient, nämlich dem Auftraggeber. Dass bei einer ordnungsgemäß ausgesprochenen Bedenkenanmeldung eine Haftungsfreistellung des Unternehmers erfolgt, stellt lediglich eine Konsequenz des verweigernden Verhaltens des Auftraggebers dar, ist jedoch nicht Ziel der Bedenkenanmeldeverpflichtung. Tatsächliches Ziel ist es, den Umstand, der die Bedenken ausgelöst hat, frühzeitig abzustellen und es so gar nicht erst zu einem (späteren) Problem kommen zu lassen.

Insbesondere Planer reagieren in der Praxis dennoch gereizt auf Bedenkenanmeldungen des Unternehmers. Es mag selbstverständlich für den externen Planer ärgerlich sein, wenn an seiner Planung Fehler entdeckt oder seine Bauüberwachung als mangelhaft angesehen wird und dies durch den Unternehmer offenbart wird. Auf der anderen Seite gibt ihm dies jedoch die Möglichkeit zur rechtzeitigen Korrektur. Zudem besteht das Vertragsverhältnis des Auftragnehmers regelmäßig nicht mit dem Planer sondern mit dem Auftraggeber. Diesem ist er verpflichtet; diesen muss er auch auf Problemstellungen hinweisen.

Die Wasserqualität: ein vielfach unterschätztes Problem

Selbstverständlich bleibt im Bereich der eigenen Planung wenig Raum für eine Bedenkenanmeldung, da möglichst die relevanten Punkte bereits in der Planungsphase berücksichtigt werden müssten. Ein ganz wichtiger Punkt ist dabei das Wasser: Planen Sie selbst, ist das Füllwasser bereits zum Zeitpunkt der Planung zu untersuchen, um dem Kunden darstellen zu können, ob gegebenenfalls eine Aufbereitung erforderlich wird. Dabei sollte man jedoch von vornherein mitteilen, dass auch das eingespeiste Leitungswasser Veränderungen unterliegen kann und es sich bei einer späteren (und zwingenden) Untersuchung kurz vor der tatsächlichen Befüllung durchaus ergeben könnte, dass eine derzeit als nicht erforderlich angesehene Wasseraufbereitung, beispielsweise wegen zwischenzeitlich gestiegener Phosphorwerte, erforderlich wird. Wird dieser Hinweis vergessen, sind Diskussionen mit dem Auftraggeber über die Zusatzkosten der Wasseraufbereitung im Zeitpunkt der Befüllung vorprogrammiert.

Damit zeigt sich jedoch schon, dass man es bei der Untersuchung während der Planungsphase nicht bewenden lassen darf. Vielmehr sollte eine weitere Untersuchung vor geplanter Befüllung,

zudem gegebenenfalls eine Abstimmung mit dem örtlichen Wasserversorger, ob sich gegebenenfalls die Zusammensetzung des Wassers kurzfristig ändern könnte, erfolgen. Dies gilt auch und insbesondere dann, wenn eine Fremdplanung vorliegt.

Man muss sich in jedem Fall vor Augen führen, dass das Wasser ein regelmäßig vom Auftraggeber zur Verfügung gestellter Stoff ist. (Wird Wasser selbst beschafft, muss sich das Unternehmen ohnehin an die Einhaltung der Werte halten) Wie bereits oben ausgeführt, tritt immer dann, wenn der Auftraggeber Stoffe zur Verfügung stellt, die Prüfpflicht auf den Plan und es muss gegebenenfalls, beispielsweise bei ungeeigneten Wasserwerten, zu einer Bedenkenanmeldung kommen.

Nun wird man einwenden können, dass die Prüfpflicht des Auftragnehmers nicht unbegrenzt bestehe, da die Vertrauens Erwartung des Auftraggebers den Auftragnehmer nur verpflichten könne, im Rahmen der bei ihm als vorausgesetzt vorhandenen Sachkenntnis seiner Prüfpflicht nachzukommen. Insofern wird auf dasjenige abgestellt, was von einem fachkundigen und informierten Unternehmer des fraglichen Sachgebiets erwartet werden kann. Es ist leicht erkennbar, dass für ein Unternehmen, welches Schwimmteiche baut, der Umgang mit Wasser geradezu selbstverständlich ist. Daher wird man auch nicht einwenden können, keine eigene Sachkenntnis über die Wasserwerte zu besitzen. Ob man sie aber selbst feststellen kann, ist fraglich. Zu klären ist dann aber, ob man ohne Weiteres eine Laborprüfung beantragen muss, was im Rahmen der Prüfpflichten zunächst einmal nur selten der Fall ist.

Die Intensität der Überprüfung richtet sich allerdings nicht nach allgemeinen Kriterien, sondern danach, was in der konkreten Situation von dem konkreten Unternehmer üblicherweise erwartet werden kann. Da allgemein bekannt ist, dass gerade die Qualität des Wassers für die Funktionsfähigkeit des Schwimmteiches von besonderer Bedeutung ist, ist auf diese besonders zu achten. Auch die einschlägigen FLL-Veröffentlichungen stellen bereits die große Bedeutung des Füllwassers heraus (für die Freibäder mit biologischer Wasseraufbereitung (Ausgabe 2011): Abschnitt 4.3 und Tab. 2, für die privaten Schwimm- und Badeteiche (Ausgabe 2006, derzeit in Überarbeitung): Abschnitt 4.6). Damit ist nach meinem Dafürhalten eine erhöhte Prüfpflicht gut vertretbar, was wiederum dazu führt, dass eine labortechnische Untersuchung erforderlich wird.

Es kann nur empfohlen werden, dies bei der Bildung der Preise von vornherein zu berücksichtigen oder ggf. eine isolierte Position für Wasserproben auszuweisen. Wird dies vergessen und erfolgt kein derartiger Hinweis, kommen Gerichte jedoch zu dem Ergebnis, dass eine Laboranalyse der Erfüllung der Prüfpflicht dient, wird man die Kosten einer solchen Prüfung nicht auf den Kunden verlagern können. Unterlässt man die Prüfung und kommt es schlussendlich zu einem Mangel, der bei Durchführung der labortechnischen Untersuchung hätte vermieden werden können, haftet der Unternehmer für diesen. Auch vor diesem Hintergrund sollte die Einhaltung eigentlich selbstverständlich sein.

Die Kontrolle der eigenen Leistung

Eigentlich sollte es selbstverständlich sein, die eigene Leistung stets selbstkritisch zu betrachten. Dazu ist es erforderlich, die eigenen Mitarbeiter intensiv zu schulen und sie zu sensibilisieren. Mängel sollten nicht als Tabuthema gelten sondern offen kommuniziert werden. Mitarbeiter müssen dabei ermuntert werden, auf tatsächliche Mängel zu achten und sachgerecht zu reagieren. Berücksichtigen Sie bitte: Jeder noch während der Bauphase entdeckte Mangel gibt Ihnen die Möglichkeit zur sofortigen Reaktion. Die Hoffnung, ein Mangel werde nicht

entdeckt werden, trügt leider oft und kann sogar – für den Fall, dass der Mangel sogar erkannt wurde, jedoch arglistig verschwiegen wurde – zu einer verlängerten Haftung führen. Jeder Mangel, der erst nach der Fertigstellung festgestellt und beseitigt wird, erfordert ein neues Eindenken in die Maßnahme und ggf. eine Öffnung einzelner Bereiche. Eine Einbindung einer Mängelbeseitigung in die noch laufende Baumaßnahme hingegen wird solche hohen Aufwendungen vermeiden können und erspart späteren Ärger.

Die unterlassene Abnahme als kritischer Punkt

Ein weiterer neuralgischer Punkt kommt bei der Abnahme zum Tragen. Viele Unternehmen verzichten auf diese vollständig, sei es, weil sie als lästig empfunden wird, sei es, weil man Angst vor der Reaktion des Kunden hat. Tatsächlich sollte man eher Angst davor haben, was geschieht, wenn eine Abnahme nicht durchgeführt wird.

So führt die Abnahme nach deutschem Recht dazu, dass die Schlusszahlung überhaupt erst einmal fällig wird. Außerdem - und dies ist von einiger Wichtigkeit - beginnt erst mit der Abnahme die Gewährleistungsfrist zu laufen und erst mit der Abnahme wird der Kunde für das Vorhandensein nicht vorbehaltenen Mängel beweisbelastet sein. Bis zur Abnahme müssen Sie im Streitfall beweisen, ordnungsgemäß gebaut zu haben.

Die Beweislasten werden immer dann kritisch, wenn ein detaillierter Beweis nicht erbracht werden kann, etwa weil diverse Möglichkeiten als Schadensursachen bestehen. Ist dies der Fall, geht dies regelmäßig zulasten des Beweisbelasteten.

Die Wichtigkeit der Pflegeanleitung und der Einweisung des Kunden

Die Abnahme ist darüber hinaus gerade im Schwimmteichbau auch aus einem anderen Grund von ganz erheblicher Relevanz. Wie allgemein bekannt sein dürfte, ist die sachgerechte Pflege des Teiches von größter Wichtigkeit. Mit der Pflege werden Sie jedoch nur selten beauftragt.

Ohne eine ordentlich durchgeführte und auf das System abgestimmte Pflege wird der Schwimmteich dauerhaft nicht funktionieren, und es wird über kurz oder lang zu erheblichen Problemstellungen kommen. Auch wenn eigentlich mit der Abnahme das Werk in die Hände des Auftraggebers gelegt wird, wird zumindest dann, wenn sich die korrekte Bedienung nicht direkt aus dem Produkt ergibt, dem Unternehmer eine Nebenpflicht auferlegt, dem Kunden eine sachlich richtige und verständliche Bedienungsanleitung, welche auch eine Anleitung zur Pflege beinhalten muss, an die Hand zu geben. Hieraus müssen sich aus Sicht des Kunden in verständlicher Weise die einzelnen Handlungsschritte konkret, verständlich und korrekt ergeben (so bereits BGH, Urteil vom 05.04.1967 - VIII ZR 32/65; OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.02.2003 - 23 U 35/02). Man wird hier auch gar nicht darüber diskutieren müssen, ob eine Bedienungsanleitung überhaupt geschuldet ist. Tatsächlich nämlich ist sie beispielsweise in den FLL-Empfehlungen für private Schwimm- und Badeteiche in Abschnitt 10.1 und in den Regelungen für Freibäder mit biologischer Wasseraufbereitung in dem Vortext zu Abschnitt 7 gefordert. Damit schuldet der Auftragnehmer sie auch aus Gründen der Üblichkeit bzw. zur Erfüllung der gewerblichen Verkehrssitte. Zusätzlich empfiehlt sich dringend, den Kunden in die Funktionsweise und den Umgang mit seiner Anlage umfassend einzuweisen, um etwaige Fehlbedienungen auszuschließen. Diese Einweisung sollte dokumentiert und vom Kunden

möglichst schriftlich bestätigt werden. Nur so kann die Durchführung im Streitfall sicher bewiesen werden.

Es ist weitaus teurer, auch nur ein einziges Mal nach erfolgter Fertigstellung zum Kunden zu fahren, um sich dessen Probleme anzuhören und gegebenenfalls aktiv zu werden, als im Zuge der ohnehin erforderlichen Abnahme eine umfassende Einweisung vorzunehmen. Diese jedoch kann nachhaltig dazu führen, jeden weiteren Streit zu vermeiden.

Wird die Pflegeanleitung nicht übergeben oder ist sie fehlerhaft, wird man im späteren Streitfall kaum vertreten können, der Kunde habe fehlerhaft oder nicht ausreichend gepflegt. Sie können sich vorstellen, dass genau dieser Punkt einen der Hauptdiskussionspunkte darstellt, der schließlich nicht selten zwischen den Parteien zum Zerwürfnis führt, welches schlussendlich in ein gerichtliches Verfahren mündet. Dies gilt es dringend zu vermeiden.

Im Streitfall gilt: Ruhe bewahren

Sind die Parteien einmal heftig aneinandergeraten, ist die Situation noch lange nicht unrettbar verloren. Hier kommt es insbesondere auf die Besonnenheit des Unternehmers an, ob es zum Rechtsstreit kommt.

Es mag tatsächlich aufwändig sein, jedoch sollte man nach Möglichkeit einen Streit vor Gericht vermeiden. Die Erfahrung zeigt, dass Rechtsstreitigkeiten nicht nur aufgrund der Anwaltshonorare extrem teuer sind. Tatsächlich wird so mancher Unternehmer, der in eine solche Situation geraten ist, am Ende des Tages ganz andere Problempunkte in den Vordergrund stellen: Zunächst stellt sich meist heraus, dass das Teuerste an derartigen Verfahren die Sachverständigenkosten gewesen sind. Insbesondere im Schwimmteichbereich können diese schnell - dies habe ich bereits mehrfach erlebt - einen fünfstelligen Euro-Betrag erreichen. Dazu kommt, was man im Vorhinein vielfach vergisst, der eigene Beitrag innerhalb des Verfahrens. So wird man sinnvollerweise zumindest an den relevanten Gerichtsterminen und am Sachverständigentermin teilnehmen müssen. Lassen Sie sich hierbei bitte nicht von ihrem Rechtsanwalt einreden, Ihre Anwesenheit sei nicht erforderlich. Berücksichtigen Sie immer, dass das Gericht wahrscheinlich noch nie mit einem Schwimmteich zu tun hatte und einen solchen aus eigener Beobachtung auch nicht kennt. Der Rechtsanwalt wird kaum über die technischen Details ausreichend informiert sein, um mit dem Sachverständigen auf Augenhöhe kommunizieren zu können. Ihre Anwesenheit ist daher nach meinem Dafürhalten unverzichtbar.

Wo wir gerade von der Unwissenheit der Rechtsanwälte sprechen: Diese sind zumeist keine Experten, wenn es um Schwimmteichbau und die technischen Hintergründe geht. Sie werden also Ihren Anwalt während des gesamten Verfahrens mit Informationen füttern müssen. Dies nimmt eine Menge Zeit in Anspruch und wird Sie genau in dieser Zeit davon abhalten, an anderen Objekten erfolgreich tätig zu sein. Müssen erst einmal Anwaltsschriftsätze gefertigt werden, muss jede einzelne Stellungnahme im Vorfeld detailliert vorbereitet werden, sodass Ihr gesamtes Wissen immer wieder abgefragt wird.

Schafft man es jedoch, die Parteien vorab an einen Tisch zu bringen, ist zwar eine Einweisung Ihres Rechtsanwalts ebenfalls erforderlich. Die restlichen Umstände können jedoch vor Ort direkt diskutiert und - idealerweise - einer Lösung zugeführt werden. Dabei ist nicht nur, wie bereits erwähnt, die Besonnenheit des Unternehmers sondern auch das richtige Verhalten des Rechtsanwalts gefragt. Leider meinen viele Kollegen immer noch, dass die richtige Vertretung

eines Mandanten bedeutet, möglichst häufig aufbrausend zu sein, den Gegner anzugreifen und entweder das Maximum herauszuholen oder es auf ein Klageverfahren ankommen zu lassen (an dem man ja noch einmal verdienen kann).

Will man aber eine einvernehmliche Lösung, einen sogenannten Vergleich, erreichen, ist ein Aufeinanderzugehen gefragt. Sicherlich sollte der von Ihnen beauftragte Rechtsanwalt mit ausreichenden Fachkenntnissen gerade in seinem Kerngebiet versehen sein. Mindestens genauso wichtig ist es aber, dass er Verhandlungssituationen korrekt einschätzen und hierauf sinnvoll reagieren kann.

Die Hinzuziehung von Sachverständigen zu außergerichtlichen Verhandlungen

Es mag sogar förderlich sein, einen Sachverständigen hinzuzuziehen, wobei man sich genau überlegen muss, ob dies als Unterstützung einer Partei erfolgen oder aber ob ein Schiedsgutachten erstellt werden soll. Mit Beidem habe ich gute wie auch schlechte Erfahrungen gemacht.

Wie so oft kommt es bei der nur einseitigen Beratung durch den Sachverständigen entscheidend auf die Person des Sachverständigen an. Ein guter und souveräner Sachverständiger wird seinen Auftraggeber stets neutral beraten, da es nichts bringt, Erwartungen in ihm zu wecken, die später sich als haltlos erweisen. So habe ich bereits mehrere Termine erlebt, in welchen ich den Unternehmer vertreten habe und der Auftraggeber sowohl einen Sachverständigen als auch einen Rechtsanwalt auf seiner Seite wusste. Aufgrund der Sachkunde und der Besonnenheit des Sachverständigen und der anderen Beteiligten konnten hierbei vernünftige und tragfähige Lösungen erzielt werden, die schlussendlich einen funktionsfähigen Teich zum Ergebnis hatten. Genauso kenne ich aber auch Situationen, in denen der Sachverständige einzig und allein für seinen Auftraggeber argumentiert hat und für diesen negative Punkte schlicht aus seinen Gedanken verdrängt hat. Dort war seine Einschaltung der Sache nicht gerade dienlich.

Aus Sicht des Sachverständigen kann eine solche Situation relativ misslich enden, wenn nämlich der ebenfalls fachlich versierte Kunde die Argumente des Sachverständigen leicht entkräften kann. Das Problematische daran ist, dass eine Lösung in dieser Situation ohne gerichtliche Hilfe nur noch schwer zu erreichen ist. Stellt sich dann aber die Ansicht des Parteigutachters als fehlerhaft heraus, haftet er wiederum gegenüber seinem Kunden.

Der Sachverständige als Schiedsgutachter

Ein Schiedsgutachten, sollte es zwischen den Parteien in Betracht kommen, ist nach meinem Dafürhalten eine durchaus positive Sache, muss jedoch sehr eng begleitet werden, um die vorhandenen Risiken zu minimieren.

Bei einem Schiedsgutachten handelt es sich um ein Gutachten, welches im Auftrag beider Parteien von einem gemeinsam ausgewählten Sachverständigen, dem gemeinsam abgestimmte Fragen gestellt werden, erstattet wird. Dieses Gutachten gilt in der deutschen Rechtspraxis als sogenannte „Bestimmung durch einen Dritten“.

Genau hier liegt aber auch das Risiko. Nach § 319 Abs. 1 S. 1 BGB ist das Schiedsgutachten nämlich nur noch dann angreifbar, wenn es – so der Gesetzeswortlaut - "offenbar unbillig" ist.

Die Gerichte machen für den Fall von Schiedsgutachten daraus, dass es "offenbar unrichtig" sein muss, um erfolgreich angegriffen werden zu können. Die Latte hängt dabei hoch: Das Gutachten muss quasi für einen anderen Sachverständigen aus sich heraus heraus und auf den ersten Blick fehlerhaft sein, wobei nicht etwa einzelne Erwägungen sondern das Gesamtergebnis relevant ist.

Bei einem Gutachten innerhalb eines Gerichtsverfahrens genügt es hingegen, bei Gericht lediglich berechnete Zweifel an dem Gutachtenergebnis zu wecken, um einen anderen Gutachter hiermit zu befassen. Bereits diese Stufe zu erreichen ist in der Gerichtspraxis nahezu unmöglich. Insofern kann man davon ausgehen, dass ein innerhalb eines schiedsgutachterlichen Verfahrens erstattetes Gutachten quasi fest zementiert ist.

Daher muss im Vorfeld sowohl die Wahl des Sachverständigen sorgsam vorgenommen werden als auch das gesamte Verfahren einvernehmlich und fair abgestimmt sein. Für vermeintliche Tricks ist kein Raum, da jeder noch so raffinierte Trick sich innerhalb des Verfahrens gegen einen selbst wenden kann. Es sollte insofern zwischen den Parteien abgeklärt sein, welche Unterlagen dem Sachverständigen im Vorfeld übermittelt werden. Ebenso müssen die Grenzen der Fragen festgelegt werden und das Verfahren nach Vorlage des Gutachtens vereinbart werden. Hierbei empfiehlt es sich, nach Vorlage des Gutachtens eine schriftliche Nachfrage jeder Partei sowie eine mündliche Befragung des Sachverständigen in einem nachfolgenden Termin zuzulassen. Gerade diese mündliche Befragung kann die Einigung der Parteien massiv beschleunigen, da der Sachverständige nicht - wie im gerichtlichen Verfahren - an ein festes Prozedere gebunden ist sondern die Parteien ihn quasi einvernehmlich innerhalb des Termins steuern und auch zu Randfragen und Einschätzungen befragen können.

Nicht zuletzt muss man sich auf die Person des Sachverständigen einigen. Hier gilt eine dringende Empfehlung, egal auf welcher Seite man steht: Die Hoffnung, dass ein fachlich nicht spezialisierter Sachverständiger (so die Hoffnung des Auftragnehmers) gewisse Mängel übersieht oder (so die Hoffnung des Auftraggebers) Verfehlungen des Auftraggebers falsch einschätzt, trägt. Jede Fehleinschätzung wird die Parteien der Lösung nämlich nicht näherbringen sondern eine solche nahezu unmöglich machen. Wie soll denn ein (verbindlich festgestellter) Mangel erfolgreich behoben werden, wenn er nicht existent ist, also nicht die Ursache des Problems darstellt? Wie soll ein anderer Umgang mit dem Schwimmteich die Symptome beseitigen, wenn hier gar nichts falsch gemacht wurde? In Betracht kommt also ausschließlich ein ausgewiesener Spezialist. Lassen Sie sich hier bitte von Ihrem Anwalt nichts anderes einreden („Den kenne ich, der ist auftragnehmerfreundlich!“)

Kommt es nach der Erstattung des Schiedsgutachtens nicht zur Einigung, ist, wie bereits erwähnt, das Schiedsgutachten innerhalb eines nachfolgenden Gerichtsverfahrens nahezu unangreifbar verbindlich. Dies muss stets beachtet werden.

Zusammenfassung

Abschließend wird man zusammenfassend darstellen können, dass zwei Punkte für die Vermeidung von Gerichtsverfahren von besonderer Bedeutung sind, zum Einen nämlich die fachliche Kompetenz des Unternehmens, zum Anderen die Fähigkeit der Selbstreflektion und der korrekten Wortwahl gegenüber dem Kunden. Behandeln Sie einen Kunden stets so, wie Sie in dessen Situation selbst gerne behandelt würden. Sehen Sie bitte, dass es gerade Schwimmteichkunden zumeist nicht darum geht, bei einem bereits bestehenden Konflikt Geld zu

sparen sondern darum, endlich seinen Schwimmteich so genießen zu können, wie er ihn sich nach der ordnungsgemäßen Beratung vorgestellt hat.

Bußmann & Feckler Rechtsanwälte PartmbB

Rechtsanwälte und Fachanwälte

Sitz: Köln – AG Essen PR 3095

Ringstraße 8

50996 Köln

Tel.: 0221 - 7 888 55 -0

Fax: 0221 - 7 888 55 -20

rechtsanwaelte@bussmann-feckler.de

www.bussmann-feckler.de