

**Rainer Bolles**

**Bauschäden**

**Forum**

**Weimar**

**19. 20. 21. März 2014**

**Aufklärungs- und Beratungspflicht**

**Prüf- und Bedenkenhinweispflicht**

**Vertragliche Nebenpflicht**

**Vorvertragliche Aufklärungspflicht**

**Uwe Liebheit**

Vorsitzender Richter am OLG i.R.

Lehrbeauftragter der FH Münster

## Inhaltsverzeichnis

A. Leistungsbezogene Pflichten .....	3
1. Die Pflicht zu Herstellung eines mangelfreien Werks .....	3
1.1. Ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung.....	3
1.2. Stillschweigende Beschaffenheitsvereinbarung .....	5
1.2.1. Zweckentsprechendes und nachhaltig funktionstaugliches Werk.....	5
1.2.2.1. Übliche Qualitäts- und Komfortstandards .....	6
1.2.2.2. Zweckbestimmung und grundsätzliche Verhältnisse des Bauwerks, dessen genereller technischer Zuschnitt und sein architektonischer Anspruch – Thermischen Behaglichkeit eines Wintergartens OLG Düsseldorf, Ur t. v. 13.12.2013 .....	7
1.2.2.2. Qualitäts- und Komfortstandards bei einer Altbausanierung.....	13
1.2.3. Wirtschaftliche Interessen des Auftraggebers – kein nicht erforderlicher Aufwand .....	14
2.1.1. Die anerkannten Regeln der Technik .....	15
2.1.2. Toleranzen sind Bestandteil der anerkannten Regeln der Technik .....	16
2.2. Eine Veröffentlichung in Regelwerken ist keine Voraussetzung der Anerkennung.....	17
2.3. Die Anerkennung der Regel muss sich auf den konkreten Einzelfall beziehen .....	18
2.4.1. Einhaltung der anerkannte Regeln der Technik.....	19
2.4.2. Welche anerkannten Regeln der Technik sind maßgebend?.....	20
2.4.3. Nichteinhaltung der anerkannten Regeln der Technik .....	21
2.4.4. Beschaffenheitsvereinbarung entspricht nicht den anerkannten Regeln der Technik BGH, Ur t. v. 07.03.2013 - VII ZR 134/12 .....	22
3.1. Die EnEV 2014 ist keine anerkannte Regel der Technik.....	24
3.2. Urteil des OLG Stuttgart vom 03.07.2012 – 10 U 33/12 .....	25
4.1. Stand der Technik.....	27
4.2.1. Sonderkonstruktionen .....	28
4.2.2. Herstellerangaben zu Sonderkonstruktion – OLG München 22.2.2011 .....	28
B. Aufklärungs- und Beratungspflicht, Prüf- und Bedenkenhinweispflicht .....	30
1.1. Aufklärungs- und Beratungspflicht .....	30
1.2. Wünsche und Vorstellungen des Auftraggebers sind keine verbindlichen Vorgaben.....	31
1.3. OLG Rostock Ur t. v. 11.06.2009 – 3 U 213/08.....	32
1.4. Mangel als Folge der Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzung.....	33
1.5. Verletzung der Aufklärungs- und Beratungspflicht - uneingeschränkte Erfolgshaftung .....	34
1.6. Haftungsausschluss .....	35
2. Prüf- und Bedenkenhinweispflicht.....	35
2.1. Mängel aufgrund verbindlicher Vorgaben oder Vorleistungen .....	35
2.2. Verbindliche Vorgaben oder Vorleistungen i.S.d. § 13 Abs. 3 VOB/B.....	35
2.3.1. Erfüllung der Prüf- und Bedenkenhinweispflicht - Haftungsausschluss .....	36
2.3.2. Blockheizkraftwerk-Entscheidung vom 8.11.2007.....	37
2.3. Umfang der Prüf- und Bedenkenhinweispflicht.....	38
2.4. Ordnungsgemäßer Bedenkenhinweis .....	38
2.4.1. Bedenkenhinweis zu rechten Zeit .....	38
2.4.2. Bedenkenhinweis in der rechten Form .....	38
2.4.2.1. Bedenkenhinweis bei einem VOB-Werkvertrag .....	39
2.4.2.2. Bedenkenhinweis bei einem BGB-Werkvertrag.....	39
2.4.3. Bedenkenhinweis mit der gebotenen Klarheit .....	39
2.4.4. Bedenkenhinweis an den richtigen Adressaten.....	40
2.5. Undichte Kellerisolierung OLG Hamm, Beschl. v.12.10.2010 – 19 W 33/10.....	40
3.1. Vertragliche Nebenpflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB zu Hinweisen und zur Aufklärung.....	41
3.2. Haftung für eine schuldhaftige Pflichtverletzung der Nebenpflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB.....	42
4.1. Vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung gem. § 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB .....	44
4.2. Porto-Schiefer-Entscheidung des OLG Hamm v. 08.05.2012 – 21 U 89/11 .....	44
4.3. Voraussetzungen einer nicht leistungsbezogenen Aufklärungspflicht .....	46
4.4. Verbraucherrechtlichrichtlinie.....	47
5. Bindung an die vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung – Nur aufklären und beraten .....	49
5.1. Mangel trotz technischer Gleichwertigkeit und wirtschaftlich sinnvoller Abweichung .....	49
5.2.1. Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung.....	51
5.2.2. BGH, Ur t. v. 11.10.2012.....	52
5.2.3. Mangel, obwohl die Beschaffenheit den anerkannten Regeln der Technik entspricht BGH Urteil vom 10. April 2008 - VII ZR 214/06.....	53

## A. Leistungsbezogene Pflichten

### 1. Die Pflicht zu Herstellung eines mangelfreien Werks

Gem. **§ 631 Abs. 1 BGB** verpflichtet sich der Unternehmer im **Werkvertrag** zur Herstellung des **versprochenen Werks**, das natürlich **mangelfrei** sein soll. Gem. **§ 633 Abs. 2 S. 1 BGB** ist das Werk **frei von Sachmängeln**, wenn es die **vereinbarte Beschaffenheit** hat.

Diese **Soll-Beschaffenheit** richtet sich nach der

- **ausdrücklichen Beschaffenheitsvereinbarung** und der
- **stillschweigenden Beschaffenheitsvereinbarung.**

Die Vereinbarung muss wie jede vertragliche Vereinbarung gem. **§§ 133, 157 BGB** ausgelegt werden. Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>1</sup> muss das Werk u.a.

- **zweckentsprechend** und **nachhaltig funktionstauglich**<sup>2</sup> sein,
- die üblichen **Qualitäts- und Komfortstandards**<sup>3</sup> erfüllen wie vergleichbare zeitgleich erstellte Bauwerke
- einen übermäßigen, nicht erforderlichen **Aufwand vermeiden**<sup>4</sup>
- sowie den **anerkannten Regeln der Technik entsprechen**<sup>5</sup>.

Bei der Auslegung sind ferner zu berücksichtigen:

- die **grundsätzlichen Verhältnisse des Bauwerks** und seines Umfelds
- dessen **genereller technischer und qualitativer Zuschnitt**,
- sein **architektonischer Anspruch**,

Da es sich um vertragliche Pflichten handelt, muss der Auftragnehmer deren Details mit dem Auftraggeber klären. Insoweit treffen ihn umfassende **Beratungs- und Aufklärungspflichten** sowie **Prüf- und Bedenkenhinweispflichten**, die sicherstellen sollen, dass die vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung den **tatsächlichen Wünschen und Vorstellungen des Auftraggebers** entspricht.

#### 1.1. Ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung

Die **Beschaffenheitsvereinbarung** ergibt sich aus dem Vertrag, der Leistungsbeschreibung, dem Leistungsverzeichnis, Bauplänen etc. Diese geben den **wirklichen Willen der Parteien** aber erfah-

---

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 4.06.2009 - VII ZR 54/07 – Schallschutz, BGHZ, 181, 225 = BauR 2009, 1288 = ZfBR 2009, 669 = NZBau 2009, 648 = IBR 2009, 447-449;

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05 - Blockheizkraftwerk, BGHZ 174, 110 = BauR 2008, 344 = NZBau 2008, 109; BGH, Urt. v. 29.09.2011 - VII ZR 87/11 - Dükervermessung; BGH Urt. v. 21.4.2011 – VII ZR 130/10, NZBau 2011, 415, IBR 2011, 399 m.w.Nachw.; Kniffka/Koebler, 6. Teil Rdnr. 25, 36.

<sup>3</sup> Vgl. Fn. 1; BGH, Urt. v. 14.06.2007 – VII ZR 45/06, BGHZ 172, 346, BauR 2007, 1570, NJW 2007, 2983; NZBau 2007, 574;

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 9.7.2009 - VII ZR 130/07, NJW 2009, 2947.

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 07.03.2013 - VII ZR 134/12, IBR 2013, 269, NJW 2013, 1226; BGH, Urt. v. 21. 4. 2011 – VII ZR 130/10, NZBau 2011, 415, IBR 2011, 399; Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 633 BGB Rdnr. 48; Werner/Pastor, Rdnr. 1457; Ingenstau/Korbion/Wirth, Vor § 13 VOB/B Rdnr. 121 und § 13 Nr. 1 VOB/B Rdnr. 35 und zum VOB-Vertrag § 13 Nr. 1 VOB/B Rdnr. 78, 79.

rungsgemäß nicht immer vollständig wieder. Das hat **nicht** die rechtliche Konsequenz, dass nicht dokumentierte Vereinbarungen keine Geltung haben, sondern das Gericht muss durch **Auslegung** des Vertrags und ggf. eine **Beweisaufnahme** klären, was die Parteien wirklich gewollt haben.

Die **ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung** ist gem. **§§ 133, 157** BGB so auszulegen, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. Insoweit muss die **Baupraxis** berücksichtigt werden. Das Gericht muss den **wirklichen Willen der Parteien** erforschen und darf nicht nur von dem buchstäblichen Sinn eines Ausdrucks ausgehen.

Die von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Auslegungskriterien beschreiben Vorstellungen und Erwartungen, deren Erfüllung ein Auftraggeber als bautechnischer Laie von seriösen, zuverlässigen und vertrauenswürdigen Auftragnehmern erwarten darf, weil sie der üblichen Baupraxis entsprechen, so dass sie dem Auftragnehmer bekannt sind.

Der BGH<sup>6</sup> sieht es zu Recht als selbstverständlich an, dass der Auftraggeber erwarten kann, dass das Werk diejenigen **Qualitäts- und Komfortstandards** erfüllt, die vergleichbare zeitgleich erstellte Bauwerke erfüllen. Entspricht ein versprochenes Bauwerk diesem Standard, kann der Auftraggeber in der Regel auch die Ausführung nicht näher beschriebener Details in diesem Standard verlangen und muss sich nicht mit einem Mindeststandard zufrieden geben<sup>7</sup>. Das gilt auch für die **grundsätzlichen Verhältnisse des Bauwerks**, dessen **generellen technischen Zuschnitt** und seinen **architektonischen Anspruch**. Entsprechendes gilt für Vereinbarungen über die Errichtung von Bauwerken mit gehobenem Standard oder Spitzenstandard.

Ein Planer (Architekt, Ingenieur) und Bauunternehmer sowie Handwerker versprechen nach der erkennbaren Erwartung des Auftraggebers, wenn sie nicht **ausdrücklich** etwas anderes vereinbaren, **stillschweigend** bei Vertragsschluss die Einhaltung dieser Standards. Bei der **Auslegung der Soll-Beschaffenheit** ist eine **Gesamtabwägung**<sup>8</sup> vorzunehmen, in die vom

- **Vertragstext** ausgeht, zu berücksichtigen sind aber auch die
- **konkreten Verhältnissen des Bauwerks und seines Umfeldes**, der
- **qualitative Zuschnitt**, der
- **architektonische Anspruch**, die
- **üblichen Komfort- und Qualitätsansprüche** und die
- **Zweckbestimmung des Gebäudes**.
- **erläuternden und präzisierenden Erklärungen** der Vertragsparteien im Rahmen der Vertragsverhandlungen, auch wenn sie nicht in dem Vertrag dokumentiert sind, die
- **vorvertragliche Korrespondenz** der Parteien, die
- **zeichnerischen Darstellungen** und **Werbeaussagen** in Prospekten,
- Anpreisungen in **Zeitungsanzeigen** und im **Internet**.

<sup>6</sup> Vgl. Fn. 3

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 21.11.2013 – VII ZR 275/12 – Gefälle, NJW 2014, 620, NZBau 2014, 160, ZfBR 2014, 143; Vgl. Fn 3 BGH, Urt. v. 14.06.2007 – VII ZR 45/06, BGHZ 172, 346, BauR 2007, 1570, NJW 2007, 2983; NZBau 2007, 574;

<sup>8</sup> Kniffka/Koeble, a.a.O., 5. Teil Rdnr. 63 ff, 66, 73; Vgl. Fn. 1

Prospektangaben können nach der Rechtsprechung des BGH<sup>9</sup> die Verpflichtungen eines Bauträgers konkretisieren, obwohl der Gesetzgeber nur in § 434 Abs. 3 BGB für das Kaufrecht eine entsprechende Regelung in das Gesetz aufgenommen hat und sie für das Werkvertragsrecht nicht als erforderlich angesehen hat. Kniffka<sup>10</sup> weist zu Recht darauf hin, sich auch die Zeitungs- und Fernsehwerbung mit Bauprodukten befasst. Sie erzeugt beim Besteller eine **Erwartungshaltung**, die enttäuscht werden kann, wenn sich die in der Werbung versprochenen Eigenschaften nicht erfüllen. Es sei in diesen Fällen nicht gerechtfertigt, den Verbraucherschutz, der in der Regelung des § 434 Abs. 1 Nr. 2 BGB Ausdruck gefunden hat, aus dem Werkvertragsrecht auszuklammern.

Der Auftragnehmer hat eine **Aufklärungs-** und **Beratungspflicht** bezüglich all dieser Punkte. Wenn das Gericht nicht ausschließen kann, dass der Auftraggeber insoweit Fehlvorstellungen hatte, die der Auftragnehmer hätte ausschließen können, wirkt sich das bei der Auslegung der Beschaffenheitsvereinbarung zu Lasten des Auftragnehmers aus.

## 1.2. Stillschweigende Beschaffenheitsvereinbarung

### 1.2.1. Zweckentsprechendes und nachhaltig funktionstaugliches Werk

Bei der Auslegung der Beschaffenheitsvereinbarung ist zu berücksichtigen, welche Beschaffenheit der Auftraggeber unter Würdigung aller Umstände **stillschweigend** von dem Werk erwarten durfte, auch wenn das im Vertragstext **nicht ausdrücklich** erwähnt worden ist. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass es für jeden Auftragnehmer erkennbar ist, dass der Auftraggeber erwartet, dass das vom Auftragnehmer herzustellende Werk unabhängig von dem Wortlaut der ausdrücklichen Beschaffenheitsvereinbarung

#### **zweckentsprechend und nachhaltig funktionstauglich**

Der vertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich, wie der BGH<sup>11</sup> in den letzten Jahren stets betont

- nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart,
- sondern auch danach, welche **Funktion** das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll.

Der BGH hat ... eine **Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit** angenommen, wenn der **mit dem Vertrag verfolgte Zweck** der Herstellung eines Werkes nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder **nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion** nicht erfüllt.

Das gilt **unabhängig davon**, ob die Parteien **eine bestimmte Ausführungsart** vereinbart haben. Ist die **Funktionstauglichkeit** für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart und ist dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart nicht zu erreichen, schuldet der Unternehmer die vereinbarte **Funktionstauglichkeit**. Das gilt auch bei folgenden Vereinbarungen:

---

<sup>9</sup> BGH, Urte. v. 25.10.2007 - VII ZR 205/06, BauR 2008, 351; MDR 2008, 138; NJW-RR 2008, 258; NZBau 2008, 113; NZM 2008, 136; WM 2008, 40; Kniffka, ibr-online Kommentar Bauvertragsrecht, § 633 BGB Rdnr. 6.6.

<sup>10</sup> Kniffka, ibr-online Kommentar Bauvertragsrecht, § 633 BGB Rdnr. 6.6.

<sup>11</sup> BGH, Urte. v. 29.09.2011 - VII ZR 87/11 - Vermessung eines Dükers; Kniffka/Koeble, 6. Teil Rdnr. 25, 36.

- die Verwendung von Materialien, die der Auftraggeber ausgesucht hat,
- einer bestimmten Ausführungsart.

Den Auftragnehmer trifft eine **Aufklärungs-** und **Beratungspflicht**, welche Funktion das Werk entsprechend der konkreten vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung erfüllt und welche nicht

### 1.2.2.1. Übliche Qualitäts- und Komfortstandards

In mehreren Schallschutz-Entscheidungen hat der BGH<sup>12</sup> bei der Auslegung der Soll-Beschaffenheit auf die üblichen **Qualitäts- und Komfortstandards** abgestellt. Die in den Urteilen herausgearbeiteten Auslegungsgrundsätze sind von **grundsätzlicher Bedeutung** für die Auslegung einer jeden Beschaffenheitsvereinbarung und die entsprechende Aufklärungs- und Beratungspflicht. Insofern ist von besonderer Bedeutung, dass die Auslegung über den ausdrücklichen Wortlaut einer Leistungsbeschreibung hinausgehen kann, wenn diese geeignet ist, eine weitergehende Erwartung des Auftraggebers zu begründen. Der 21. Zivilsenat des OLG Hamm hatte folgende ausdrückliche Vereinbarung eines Schallschutzes gemäß DIN 4109 als verbindlich angesehen:

"In den Wohngeschossen kommt ein schwimmender Estrich auf Wärme- bzw. Trittschalldämmung gemäß DIN 4109 zur Ausführung."

Der BGH hat betont, dass für die Bestimmung des geschuldeten Schallschutzes die im Vertrag zum Ausdruck gebrachten **Vorstellungen von dessen Qualität** maßgeblich seien. Es sei eine Gesamtabwägung geboten, in die alle Umstände<sup>13</sup> einzubeziehen seien. In der Regel dürfe der Erwerber einer Wohnung oder einer Doppelhaushälfte mit **üblichen Komfort- und Qualitätsansprüchen** einen diesem Wohnraum entsprechenden Schallschutz erwarten, der sich **nicht aus den Schalldämm-Maßen nach DIN 4109** ergebe. Diese in der DIN 4109 enthaltenen Anforderungen sollen den Menschen in Aufenthaltsräumen **lediglich vor unzumutbaren Belästigungen durch Schallübertragung** schützen, was indessen in der Regel nicht einem **üblichen Qualitäts- und Komfortstandard** entspreche. Demnach stellen in der Regel die Schallschutzanforderungen der DIN 4109 hinsichtlich der Einhaltung der Schalldämm-Maße **nur insoweit anerkannte Regeln der Technik**, als es um die **Abschirmung von unzumutbaren Belästigungen** geht. Kann jedoch der Bauherr die Einhaltung eines **üblichen Komfortstandards oder eines Zustandes** verlangen, in dem die Bewohner "im Allgemeinen Ruhe finden", sind die Schalldämm-Maße der DIN 4109 von vornherein nicht geeignet, als anerkannte Regeln der Technik zu gelten. Für diesen Regelfall empfiehlt der BGH für die Bestimmung der geschuldeten Schallschutzanforderungen die **Heranziehung der Werte aus den Schallschutzstufen II und III der VDI-Richtlinie 4100** aus dem Jahre 1994 oder das Beiblatt 2 zur DIN 4109 Regelwerken.

Zusätzlich hat der BGH in dieser Entscheidung festgehalten, dass die dargestellte Gesamtabwägung auch dann stattzufinden hat, wenn die Parteien hinsichtlich der Schalldämmung auf die DIN 4109 Bezug genommen haben, da allein die Bezugnahme auf die Schalldämmung nach DIN 4109

<sup>12</sup> Vgl. Fn. 3

<sup>13</sup> s. dazu oben unter A. 1.1.

nicht den Rückschluss rechtfertigt, es seien, die Mindestanforderungen der DIN 4109 vereinbart, weil diese Werte in der Regel keine anerkannten Regeln der Technik für die Herstellung des Schallschutzes in Wohnungen darstelle, die üblichen Qualitäts- und Komfortstandards genüge. Eine **Beschränkung auf die Mindestanforderungen der DIN 4109** sei nur dann wirksam, wenn eine **entsprechende Aufklärung des Bauherrn/Erwerbers** durch den Werkunternehmer/Veräußerer/Bauträger mit dem klaren Hinweis erfolgt ist, dass die Mindestanforderungen der **DIN 4109 nicht mehr den anerkannten Regeln der Technik** entsprechen.

#### **1.2.2.2. Zweckbestimmung und grundsätzliche Verhältnisse des Bauwerks, dessen genereller technischer Zuschnitt und sein architektonischer Anspruch –**

##### **Thermischen Behaglichkeit eines Wintergartens OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.12.2013<sup>14</sup>**

Der Heizungsinstallateur hat eine Fußbodenheizung u.a. für einen **wintergartenähnlich gestalteten Wohnraum geplant und eingebaut**. In den jeweiligen Randzonen vor den beiden raumhohen Glasflächen hat er die Rohre der Fußbodenheizung regelgerecht enger verlegt. Dort war eine Leistung der Fußbodenheizung bis zu einer Oberflächentemperatur von max. 35° C. möglich, die aber nicht genutzt werden konnte, weil dort ein Holz-/Parkettboden verlegt worden ist, dessen Oberflächentemperatur auf max. 27° C. begrenzt ist. Das hatte zur Folge, dass dort kein **"Randzonen-Warmluftschleier"** aufgebaut werden konnte, durch den die zur **"thermischen Unbehaglichkeit"** führende Kaltstrahlung der Verglasungsflächen "deutlich hätte reduziert" werden können.

Die Auftraggeberin, eine Architektin, hat die Planung und Überwachung der Umbaumaßnahme selbst durchgeführt. Sie hat in dem Prozess nicht substantiiert vorgetragen, ob, ggf. wodurch und wann es für den Auftragnehmer in der Planungs- bzw. Ausführungsphase erkennbar gewesen sei, dass im Wintergartenbereich ein Holz-/Parkettboden verlegt werden soll.

Das **OLG Düsseldorf** hat angenommen, dass der Heizungsinstallateur den Wärmebedarf fehlerfrei berechnet habe. Die Heizungsanlage sei nach den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen hinreichend dimensioniert. Nach den anerkannten Regeln der Technik bzw. nach den einschlägigen DIN-Normen würden die erforderlichen Raumtemperaturen und damit eine hinreichende Funktionstauglichkeit der Heizungsanlage gewährleistet. Sie sei daher **mangelfrei**.

Die von den Klägern zitierte „**thermische Behaglichkeit**“ gem. der DIN 1946 betreffe die Raumlufttechnik und diesbezügliche Anlagen. Auf die hier streitgegenständliche Fußbodenheizung seien nur die vom Sachverständigen zitierten Regelwerke anwendbar, welche die sog. "thermische Behaglichkeit" gerade nicht umfassen und insoweit gerade keine objektiven, technisch hinreichend fassbaren Anforderungen vorgeben bzw. regeln.

Die Ausführungen des Sachverständigen, dass das **Wissen über die "thermischen Behaglichkeitskriterien" zum Grundlagenwissen eines Heizungsfachmanns** (Fachbetriebes) gehöre und der Beklagte "demzufolge" die Kläger auf die o.a. Faktoren, die zur erheblichen Einschränkung der "thermischen Behaglichkeit" führten (kalte Raumumschließungsflächen, keine Möglichkeit der

<sup>14</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.12.2013 – 22 U 67/13 – thermische Behaglichkeit; IBR 2014, 183; 2014, 77

Leistungssteigerung der Fußbodenheizung in den Randzonen wegen der Begrenzung der zulässigen Oberflächentemperatur des Holzbodens auf 27° C. statt sonst zulässiger 35° C. hätte hinweisen müssen, hat das OLG nicht als **leistungsbezogene Aufklärungspflicht**, sondern als **vorvertragliche Aufklärungspflicht** eingeordnet und verneint.

Insoweit hat es einen Anspruch gem. §§ 311, 241, BGB wegen fehlerhafter Beratung durch den Beklagten wegen der eingeschränkten "thermische Behaglichkeit" verneint. Auf eine **Aufklärung** bzw. **Hinweise des Werkunternehmers bezüglich solcher Umstände**, die **nicht zu einem Mangel** dessen Werkleistung führen, habe der Auftraggeber grundsätzlich **keinen Rechtsanspruch**, da das Gewährleistungsrecht sich insoweit regelmäßig als vollständige, abschließende Regelung der beiderseitigen Rechte und Pflichten im Hinblick auf die Vertragsleistung, insbesondere der "leistungsbezogenen Pflichten" des Werkunternehmers, darstelle<sup>15</sup>.

In besonderen Ausnahmefällen mögen sich zwar unter Umständen Schutz- und Sorgfaltspflichten der Vertragsparteien in Bezug auch auf nicht gewährleistungsrelevante Umstände ergeben; diese Ausnahmen sind jedoch wegen des grundsätzlichen Vorrangs des Gewährleistungsrechts und dessen Spezialität und dessen vom Gesetzgeber gewollten Grenzen eng zu fassen<sup>16</sup>.

**Stellungnahme:** Das OLG Düsseldorf hat in Übereinstimmung mit einer sehr stark verbreiteten Auffassung bezüglich der Prüfung des Vorhandenseins eines Mangels ausgeführt:

Inhalt eines Sachverständigengutachtens können und dürfen grundsätzlich nur die aufgrund besonderen (dem Gericht regelmäßig fehlenden) Fachwissens des Sachverständigen getroffenen Wertungen, Schlussfolgerungen und Hypothesen sein, die der Sachverständige aufgrund ihm vorgegebener Tatsachen (Anschluss-/Anknüpfungstatsachen) zu treffen hat<sup>17</sup>.

Das Sachverständigengutachten dient als Beweismittel nur zur Feststellung von Tatsachen und ist grundsätzlich nicht zur Klärung von Rechtsfragen einsetzbar. Ein Sachverständigengutachten soll dem Gericht lediglich die für die Auslegung eines Vertrages bzw. die Verkehrssitte, die Handelsbräuche o.ä. die tatsächlichen Grundlagen vermitteln, insbesondere - auch und gerade - unter sachverständiger Prüfung, Darstellung und Berücksichtigung des (fachlichen) Verständnisses innerhalb des jeweils betroffenen Verkehrskreises<sup>18</sup>.

Der Sachverständige kann zwar insoweit auch zum Umfang der (technischen) Verantwortlichkeit bzw. im Rahmen von "Verursachungs- bzw. Verantwortungsquoten" Ausführungen treffen, die indes im Folgenden das Gericht - in einem weiteren Schritt - unter Berücksichtigung aller sonstigen tatsächlich und rechtlich maßgeblichen Umstände eigenständig der allein ihm zustehenden Rechtsprüfung zu unterziehen hat<sup>19</sup>, die hier zu der o.a. Feststellung des Senats führt, dass den Beklagten - über seine Gewährleistungspflichten hinausgehend - keine Bedenken- bzw. Risikohinweispflichten trafen.

<sup>15</sup> Palandt-Sprau, Vor § 633 BGB, Rn 6 ff. m.w.N.; zum Kaufrecht: Palandt-Weidenkaff, § 437 BGB, Rn 48 ff.

<sup>16</sup> Palandt-Grüneberg, § 280 BGB, Rn 17/28 ff. m.w.N.

<sup>17</sup> Zöller-Greger, a.a.O., § 402, Rn 5 m.w.N.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 17.06.2004, VII ZR 75/04, MDR 2004, 1180; Zöller-Greger, § 402, Rn 1; § 286 Rn 10 ff. m.w.N.

<sup>19</sup> Werner/Pastor, Rn 31 m.w.N. in Fn 72-74



Dieses Zitat vermengt die wesentlichen Elemente des methodengerechten Vorgehens bei der Erstattung eines Sachverständigengutachtens. Der erste Teil des Zitats bezieht sich auf den 2. Schritt, die Feststellung und Bewertung der Ist-Beschaffenheit, und der zweite Teil (die zitierten Ausführungen von Pastor) bezieht sich auf den 1. Schritt, die Klärung der vertraglich geschuldeten Soll-Beschaffenheit, auf die sich die Untersuchungen und Bewertungen des Sachverständigen in dem 2. Schritt beziehen müssen, wenn sie für die Entscheidung des Gerichts verwertbar sein sollen. Das erforderliche methodengerechte Vorgehen bei der Erstattung eines Sachverständigengutachtens hat der BGH<sup>20</sup> in der bekannten Lager- und Produktionshallendach-Entscheidung klargestellt:

1. Das Gericht muss zunächst feststellen, welche Beschaffenheit des Werks die Parteien vertraglich vereinbart haben, d.h. **Klärung der Frage, welche konkreten Voraussetzungen die Soll-Beschaffenheit** unter Berücksichtigung der vom BGH herausgearbeiteten Auslegungskriterien erfüllen muss.
2. Sodann muss der Sachverständige klären, inwieweit die Rügen des Bauherrn eine Abweichung davon begründen.“, **d.h. Feststellung der Ist-Beschaffenheit und Vergleich mit der vertraglich geschuldeten Soll-Beschaffenheit.**

Die Prüfungen und Bewertungen des Sachverständigen müssen sich auf die vertraglich vereinbarte Soll-Beschaffenheit beziehen und nicht auf eine „technische Verantwortlichkeit“ oder einen „Mangel im technischen Sinn“, die die vertraglich geschuldete Soll-Beschaffenheit unberücksichtigt lassen. Das Gericht ist ohne die Beratung des Sachverständigen nicht in der Lage, „in einem weiteren Schritt - unter Berücksichtigung aller sonstigen tatsächlich und rechtlich maßgeblichen Umstände eigenständig die allein ihm zustehenden Rechtsprüfung vorzunehmen“, wenn sich die Ausführungen des Sachverständigen lediglich auf die „technische Bewertung“ eines Bauteils bezieht.

Das verdeutlicht die Entscheidung des OLG Düsseldorf, das die Soll-Beschaffenheit lediglich entsprechend den „überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen“ entsprechend seiner Begutachtung in „technischer Hinsicht“ bewertet. Es stellt lediglich darauf ab, dass die Heizungsanlage entsprechend den anerkannten Regeln der Technik bzw. den einschlägigen DIN-Normen hergestellt worden ist und berücksichtigt die vom BGH herausgearbeiteten Auslegungskriterien bezüglich der Soll-Beschaffenheit nur unzureichend.

Ausgangspunkt der Bewertung der Mangelfreiheit eines Werks muss jedoch gem. § 633 Abs. 2 BGB die **vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung** und deren Auslegung sein und nicht die technische Bewertung des Werks durch den Sachverständigen. Insoweit hat das OLG nicht berücksichtigt, dass ein Richter nicht gehindert ist, gem. § 144 ZPO von Amts wegen einen Sachverständigen hinzuziehen, **um sich in die fallbezogenen Probleme einweisen zu lassen**, also dessen **sachverständige Beratung** in Anspruch zu nehmen, bevor er den Fall beurteilt. Das gilt z.B. dann, wenn es darum geht, die technischen, betrieblichen oder betriebswirtschaftlichen Zusammen-

---

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 11.11.1999 – VII ZR 403/98, BauR 2000, 411.

hänge überhaupt erst zu verstehen<sup>21</sup>. Das gilt in gleicher Weise bezüglich der **üblichen Qualitäts- und Komfortansprüche** sowie der **grundsätzlichen Verhältnisse des Bauwerks**, dessen **generellen technischen Zuschnitts** und seines **architektonischen Anspruchs**, die nach der Rechtsprechung des BGH<sup>22</sup> bei der Auslegung der Soll-Beschaffenheit ebenfalls zu berücksichtigen sind und vom Gericht ohne die Beratung durch einen Sachverständigen nicht beurteilt werden können.

Wenn die Soll-Beschaffenheit problematisch ist, erfordert es regelmäßig die Besonderheit des Falles, dass das Gericht den Sachverständigen gem. § 404a Abs. 2 ZPO vor Abfassung der Beweisfrage hört, um ihn in seine Aufgabe sachgerecht einweisen zu können. Das kann nach allgemeiner Meinung auch telefonisch geschehen<sup>23</sup>.

Das OLG Düsseldorf geht zutreffend davon aus, dass die **Funktionstauglichkeit des Werks** ein entscheidendes Auslegungskriterium für die geschuldete Soll-Beschaffenheit ist. Entgegen der Auffassung des OLG ist aber die Funktionstauglichkeit der Werkleistung nicht allein nach den Regelwerken zu beurteilen, die sich auf eine Bauteil – die Heizungsanlage als solche - beziehen, sondern nach der Rechtsprechung des BGH<sup>24</sup> sind die **konkreten Verhältnissen des Bauwerks** und seines Umfeldes, der qualitative Zuschnitt, der architektonischen Anspruch und die **Zweckbestimmung des Gebäudes** entscheidend. Der BGH weist darauf hin, dass Leistungsbeschreibungen in Bauträgerverträgen nicht abschließend sind. Viele Details der Ausführung sind in ihnen nicht erwähnt oder genauer beschrieben. Daraus, dass ein bestimmtes Ausführungsdetail nicht erwähnt ist, kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass es nicht geschuldet ist. Vielmehr muss unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Vertrages geprüft werden, ob eine bestimmte Qualität der Ausführung stillschweigend vereinbart ist. Entsprechende Qualitätsanforderungen können sich nicht nur aus dem Vertragstext, sondern auch aus sonstigen vertragsbegleitenden Umständen ergeben.

Das OLG hat ausgeführt, dass der Auftraggeber im Rahmen seines Primärvorbringens eine **unzureichende Raumtemperatur bzw. eine unzureichende "thermische Behaglichkeit" in dem wintergartenähnlich ausgestalteten Raum im EG ihres Wohnhauses** als entscheidende **Mangelercheinung gerügt** hat. Das Gericht hätte also in einem ersten Schritt klären müssen, welche Voraussetzungen eine Heizung in einem „**wintergartenähnlich ausgestalteten Raum**“ erfüllen muss.

Die **Baupraktiker in Weimar** haben in Übereinstimmung mit der Darstellung bei Wikipedia darauf hingewiesen, dass ein Wintergarten ursprünglich ein **Anbau** an ein **Gebäude** war, dessen Dach und Seitenwände größtenteils aus **Glas** bestehen. Er nutzt den **Glashauseffekt** anstelle konventioneller Heizungstechniken zum Erreichen einer Raumtemperatur, die das Überwintern

<sup>21</sup> Kniffka, DS 2007, 125, 129;

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 4.06.2009 - VII ZR 54/07 – Schallschutz, BGHZ, 181, 225 = BauR 2009, 1288 = ZfBR 2009, 669 = NZBau 2009, 648 = IBR 2009, 447-449

<sup>23</sup> Liebheit, A.2.2., 3.1.4.; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl. § 404a Rdnr. 2; Musilak/Huber § 404a ZPO Rn.3; Bayerlein Praxishandbuch Sachverständigenrecht, § 14 Rdnr. 36, 42; Wellmann/ Weidhaas/Walterscheidt, Rdnr. 116; Krell/Renz, Rdnr. 133, 134

<sup>24</sup> BGH, Urt. v. 21.11.2013 – VII ZR 275/12 – Gefälle, NJW 2014, 620, NZBau 2014, 160, ZfBR 2014, 143; Vgl. Fn 3 BGH, Urt. v. 14.06.2007 – VII ZR 45/06, BGHZ 172, 346, BauR 2007, 1570, NJW 2007, 2983; NZBau 2007, 574; BGH, Urt. v. 4.06.2009 VII ZR 54/07, BGHZ 181, 225;

von geeigneten Pflanzen ermöglicht. Die passive Sonnenenergienutzung führt selbst bei geringer direkter Sonneneinstrahlung bzw. Streulicht zu einer spürbaren Aufheizung der Innenraumluft gegenüber der Außenluft. Inzwischen wird jedoch wie folgt unterschieden:

1. Ein **kalter Wintergarten** entspricht dem ursprünglichen Glasanbau, der zur Überwinterung von nicht winterfesten Pflanzen benutzt wird. Er wird nicht beheizt bzw. frostfrei gehalten oder bis maximal 12°C beheizt – je nach zu schützendem Pflanzentyp bzw. Nutzungsziel.
2. Ein **mittelwarmer Wintergarten** ist ein kühler Wintergarten, der in der Heizperiode auf 12–19 °C beheizt wird. Aus der Energieeinsparverordnung werden geringere Anforderungen an die Wärmedämmeigenschaften des Glasdaches und der Seitenelemente als beim Wohn-Wintergarten gestellt.
3. Ein ganzjährig zum Wohnen genutzter **warmer Wintergarten** wird auch **Wohn-Wintergarten** genannt, bei dem die Raumtemperatur über 19 °C liegt. Dort herrscht ganzjährig ein Klima, das einen angenehmen Aufenthalt möglich macht. Er ist auch für tropische Pflanzen mit höheren Ansprüchen geeignet. Hier gelten auch die strengeren Anforderungen der Energieeinsparverordnung für Glasdächer und Seitenelemente (Fassade) sowie Bodenplatte von Wohngebäuden.

Die Ausstattung des Wintergartens mit einer Fußbodenheizung, deren Heizrohre vor den beiden raumhohen Glasflächen enger verlegt waren, so dass eine Leistung der Fußbodenheizung bis zu einer Oberflächentemperatur von max. 35° C. möglich war, spricht dafür, dass der Heizungsinstallateur eine Heizung für einen **Wohn-Wintergarten** planen sollte, der ganzjährig zum Wohnen genutzt werden sollte.

Soweit der Sachverständige ausweislich des OLG-Urteils ausgeführt hat, das Wissen über die **"thermischen Behaglichkeitskriterien"** zum Grundlagenwissen eines Heizungsfachmanns (Fachbetriebes) gehöre, so dass der Beklagte "demzufolge" den Auftraggeber auf die Faktoren, die zur erheblichen Einschränkung der "thermischen Behaglichkeit" führten (kalte Raumumschließungsflächen, keine Möglichkeit der Leistungssteigerung der Fußbodenheizung in den Randzonen wegen der Begrenzung der zulässigen Oberflächentemperatur des Holzbodens auf 27° C statt sonst zulässiger 35° C hinweisen müssen) ist das eine **Rechtsfrage**, die das Gericht eigenverantwortlich **überprüfen** und unter Berücksichtigung der auf der Baupraxis beruhenden Informationen des Sachverständigen **zutreffend entscheiden** muss. Das in der Baupraxis vorhandene Grundlagenwissen musste das Gericht bei der Auslegung der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit des **wintergartenähnlich ausgestalteten Raums** berücksichtigen. Es spricht dafür, dass die „**thermische Behaglichkeit**“ unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse des Bauwerks, seiner Zweckbestimmung und der üblichen Qualitäts- und Komfortstandards zeitgleich erstellter „**Wohn-Wintergärten**“ üblicherweise gewährleistet ist und deshalb eine stillschweigend vereinbarte Beschaffenheitsvoraussetzung darstellt. Es dürfte sich um eine Voraussetzung handeln, die für den **Vertragspartner erkennbar von wesentlicher Bedeutung** ist.

Insoweit ist es unerheblich, in welchem Regelwerk die „thermische Behaglichkeit“ ausdrücklich geregelt ist, da sich die Soll-Beschaffenheit nicht nach den technischen Regelwerken richtet, das sich auf ein bestimmtes Bauteil bezieht, sondern es sind die Regelwerke anzuwenden, die die Herstellung der geschuldeten Soll-Beschaffenheit ermöglichen. Die Regelwerke sind selbstverständlich als ein Faktor bei der Auslegung der Soll-Beschaffenheit zu berücksichtigen, sie sind aber nicht entscheidend, wenn sich nach den oben dargestellten Auslegungskriterien ergibt, dass sie sich nicht auf die vertraglich geschuldete Soll-Beschaffenheit beziehen. Diese hat Vorrang.

Daraus, dass ein bestimmtes Ausführungsdetail in der vom Auftragnehmer erstellten Planung nicht erwähnt ist, kann nach der Rechtsprechung des BGH nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass es nicht geschuldet ist. Wenn das Werk des Auftragnehmers nur dann geeignet ist, die Funktion zu erfüllen, die es nach der für den Auftragnehmer erkennbaren Erwartungen des Auftraggebers erfüllen soll, wenn es um weitere, dem Auftragnehmer aufgrund seines Fachwissens bekannte Details ergänzt wird, ist es Teil der **leistungsbezogenen Aufklärungspflicht** des Unternehmers den Auftraggeber darauf hinzuweisen, welche ergänzenden Maßnahmen insoweit erforderlich sind.

Das OLG Düsseldorf geht zutreffend davon aus, dass der Auftraggeber grundsätzlich keinen Rechtsanspruch auf eine **Aufklärung bzw. Hinweise des Werkunternehmers** bezüglich solcher Umstände hat, die nicht zu einem **Mangel von dessen Werkleistung** führen, da das Gewährleistungsrecht sich insoweit regelmäßig als vollständige, abschließende Regelung der beiderseitigen Rechte und Pflichten im Hinblick auf die Vertragsleistung, insbesondere der "leistungsbezogenen Pflichten" des Werkunternehmers darstellt. Es verkennt aber, dass dieser Grundsatz darauf beruht, dass es zu den leistungsbezogenen Pflichten des Auftragnehmers gehört, den Auftraggeber über alle Umstände aufzuklären, die für die **nachhaltige Funktionstauglichkeit** des von **ihm geschuldeten Werks** „**unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse des Bauwerks**, seiner **Zweckbestimmung** und der **üblichen Qualitäts- und Komfortstandards** zeitgleich erstellter „**Wohn-Wintergärten**“ von Bedeutung sind.

Da ein "**Randzonen-Warmluftschleier**" nur aufgebaut werden konnte, durch den die zur "**thermischen Unbehaglichkeit**" führende Kaltstrahlung der Verglasungsflächen "deutlich hätte reduziert" werden können, wenn die Fußbodenheizung bis zu einer Oberflächentemperatur von max. 35° C aufgeheizt wird, was aber nicht möglich ist, wenn dort ein Holz-/Parkettboden verlegt wird und diese Möglichkeit in einem Wohnraum nicht völlig fernliegend ist, hätte es die **leistungsbezogene Aufklärungspflicht** des Heizungsinstallateurs erfordert, darauf hinzuweisen, dass durch das Verlegen eines Holz-/Parkettboden die Oberflächentemperatur auf max. 27° C begrenzt ist und die Funktionstauglichkeit der Fußbodenheizung einschränkt. In diesem Fall wäre zur Herstellung eines funktionstauglichen Wohn-Wintergartens eine ergänzende heiztechnische Einrichtungen wie z.B. eine zusätzliche Warmluftschleieranlage erforderlich, wenn der Auftraggeber eine Zweifachverglasung plant.

Im Gegensatz zu der **leistungsbezogenen Aufklärungspflicht**, die sich auf alle Umstände bezieht, die für die **nachhaltige Funktionstauglichkeit** des vom Auftragnehmer geplanten und **geschuldeten Werks** bezieht, trifft ihn bezüglich der **von der Auftraggeberin geplanten** Zweifachverglasung lediglich eine **Prüf- und Bedenkenhinweispflicht**, die auf das Fachwissen des Auftragnehmers beschränkt ist. Mehr als ein Hinweis auf die wärmetechnischen Unterschiede zwischen einer Zweifachverglasung und einer Dreifachverglasung kann von einem Heizungsinstallateur nicht erwartet werden. Insoweit konnte er aber davon ausgehen, dass sie der Auftraggeberin als Planerin in gleicher Weise bekannt sind und bewusst werden, wenn er sie über die Erforderlichkeit des Einbaus einer Warmluftschleieranlage wegen der Kaltstrahlung der Verglasungsflächen **aufklärt**.

Da es die elementare Aufgabe eines Planers ist, ein zweckentsprechende und funktionstaugliches Werk zu planen, muss er sich bezüglich aller Umstände sachkundig machen, die Grundlage einer entsprechenden Planung sind. Da die Auftraggeberin die Planung übernommen hat, hätte sie sich darüber informieren müssen, ob das Verlegen eines Holzfußbodens die Funktionstauglichkeit der Fußbodenheizung beeinträchtigt und weiterhin, ob bei der Planung einer Zweifachverglasung weitere heiztechnische Maßnahmen wie eine Warmluftschleieranlage erforderlich sind. Das entsprechende Planungsverschulden muss sie sich als Mitverschulden gem. § 254 BGB anrechnen lassen, wenn sie dem Auftragnehmer nicht deutlich erklärt hat, dass sie zu dem Kreis von Architekten gehört, die wie bautechnische Laien zu behandeln sind.

Da die Auftraggeberin nicht geltend gemacht hat, dass sie auf das Verlegen des Holzfußbodens bei einer sachgerechten Aufklärung des Heizungsinstallateurs verzichtet hätte, kommt nur der nachträgliche Einbau einer Warmluftschleieranlage in Betracht. Da diese in dem Leistungsverzeichnis nicht vorgesehen war und die Parteien einen Detailpauschalvertrag geschlossen haben, bei dem die vom Beklagten als Werkunternehmer zu erbringende Gesamtleistung nicht lediglich "funktional" beschrieben und dementsprechend nicht in leistungs- bzw. vergütungsbezogener Hinsicht insgesamt pauschaliert worden ist, stellen entsprechende Kosten Sowieso-Kosten dar. Lediglich die Mehrkosten für den nachträglichen Einbau muss der Heizungsinstallateur gem. §§ 633 Abs. 2, 634, 254 BGB teilweise tragen, wenn die Auftraggeberin den entsprechenden Einbau von ihm fordert, was sie ausweislich des Urteils noch nicht getan hat.

#### **1.2.2.2. Qualitäts- und Komfortstandards bei einer Altbausanierung**

Wenn der Unternehmer oder Bauträger bei einer Altbausanierung eine **Herstellungspflicht** übernimmt, die nach **Umfang und Bedeutung mit einer Neuerstellung vergleichbar** ist, dann ist auf diese das Werkvertragsrecht anwendbar<sup>25</sup>. In diesem Fall muss in der Leistungsbeschreibung klar und unmissverständlich differenziert werden zwischen

- den Bauteilen, auf die sich der Umbau bzw. die Sanierung beziehen soll und
- dem Bestand, an dem keine Veränderungen vorgenommen werden sollen.

---

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 16.12.2004 - VII ZR 257/03 - Altbausanierung, BauR 2005, 542 = NJW 2005,1115; BGH Urt. v. 6.10.2005 - VII ZR 117/04, BauR 2006, 99 = NJW 2006,214; Kniffka/ Koeble, 11. Teil Rdnr. 120 ff.

Geschieht das nicht, richtet sich die Haftung nach der BGH-Rechtsprechung für das gesamte Objekt nach dem **Werkvertragsrecht**, wenn der Erwerber aufgrund von Werbeaussagen davon ausgehen durfte, dass er einen vollkommen modernisierten und umgebauten Altbau erwirbt. Dieser Erfolg wird ohne jede Einschränkung, die sich aus der Sanierung einer Altbau-substanz ergeben könnte, vom Auftragnehmer geschuldet.

### 1.2.3. Wirtschaftliche Interessen des Auftraggebers – kein nicht erforderlicher Aufwand

Der BGH<sup>26</sup> hat eine **Planung**, die **nicht den wirtschaftlichen Interessen des Auftraggebers** entsprach und zu einem übermäßigen, nicht erforderlicher Aufwand geführt hat, als mangelhaft bewertet.

Der Tragwerksplaner hatte in einem Nachtrag zur statischen Berechnung u.a. für die Gründungsplatte die Verwendung von Beton der Güteklasse B 45 statt B 35 vorgesehen, was zu einem Stahlmehrverbrauch und Mehrkosten von rund 100.000 € geführt hat.

Die beiden Vorinstanzen hatten angenommen, dass den Tragwerksplaner **keine nebenvertragliche Pflicht zur Wahrung vermögensrechtlicher Interessen** des Auftraggebers treffe.

Die Hauptpflicht des Fachplaners sei die rechtzeitige und mangelfreie Erstellung der Planung. Diese sei hier nicht fehlerhaft, da die Bodenplatte technisch und statisch unbedenklich sei. Die von dem Auftraggeber behauptete Überdimensionierung der Bodenplatte durch Wahl einer zu hohen Qualitätsstufe des zu verwendenden Betons betreffe dagegen lediglich wirtschaftliche Gesichtspunkte. Hierdurch habe der Beklagte nicht gegen vertragliche Nebenpflichten verstoßen.

Der BGH hat entsprechend seiner **Bewertung** in der **Blockheizkraftwerk-Entscheidung**<sup>27</sup> **nicht auf die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht** abgestellt, sondern einen Verstoß gegen die stillschweigende Beschaffenheitsvereinbarung angenommen und deshalb einen **Mangel** bejaht.

Ein Mangel eines Architektenwerkes kann auch dann vorliegen, wenn die Planung zwar technisch funktionstauglich ist, aber gemessen an der vertraglichen Leistungsverpflichtung ein übermäßiger Aufwand betrieben wird<sup>28</sup>. Denn ein **Vertrag über eine Planungsleistung** ist regelmäßig dahingehend **auszulegen**, dass die **Planung einen übermäßigen**, nach den Umständen und insbesondere **den Anforderungen der Technik unnötigen Aufwand vermeiden soll**. Nichts anderes gilt für die Planungsleistung eines Ingenieurs. Sowohl der Architekt als auch der Ingenieur haben im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung wirtschaftlich-finanzielle Gesichtspunkte ihres Auftraggebers zu beachten<sup>29</sup>. Dabei gibt es zwar keine Verpflichtung, in jeder Hinsicht dessen allgemeine Vermögensinteressen wahrzunehmen und unter Berücksichtigung aller Möglichkeiten „so kostengünstig wie möglich“ zu bauen<sup>30</sup>. Der Planer hat aber im Rahmen der Wahrnehmung seiner vertraglichen Pflichten auf die wirtschaftlichen Vorgaben und Belange des Bauherrn Rücksicht zu nehmen.

Auch bei Beachtung dieser Vorgaben kommt **nur im Ausnahmefall lediglich eine bestimmte Planungslösung in Betracht**. Regelmäßig ist eine **Vielzahl von denkbaren Varianten** innerhalb der

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 9.7.2009 - VII ZR 130/07, NJW 2009, 2947.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110 = BauR 2008, 344 = NZBau 2008, 109

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 22. Januar 1998 - VII ZR 259/96, BGHZ 138, 87

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 7. Juli 1988 - VII ZR 72/87, BauR 1988, 734 = ZfBR 1988, 261

<sup>30</sup> BGH, Urt. v. 23. November 1972 - VII ZR 197/71, BGHZ 60, 1

Vorgaben, Gegebenheiten und Anforderungen vertretbar. Der Planer hat innerhalb der gezogenen Grenzen ein **planerisches Ermessen**.

Das entbindet den Planer jedoch nicht davon, bei der Planung die wirtschaftlichen Interessen des Auftraggebers im Auge zu behalten und darauf zu achten, dass kein übermäßiger, nicht erforderlicher Aufwand betrieben wird<sup>31</sup>. Dies hat der Bundesgerichtshof für den Fall eines überdimensionierten Fundaments und dadurch entstandene Mehrkosten bereits entschieden<sup>32</sup>.

Der Beklagte kann der Klägerin als deren Fachplaner nicht zum Vorwurf machen, dass sie seinen Vorschlägen zur Umplanung „als statisch erforderlich“ ungeprüft gefolgt ist.

Das Berufungsgericht sieht im Wechsel der Betonarten keinen Pflichtenverstoß des Beklagten, weil der Beklagte wegen des vertraglich festgelegten hohen Qualitätsstandards des Bauvorhabens etwa aus Kostengründen nicht gehalten gewesen wäre, die nach statischen Erfordernissen der Tragwerksplanung noch zulässige, einfachste Betongüte zu wählen.

Hierbei übersieht das Berufungsgericht Sachvortrag mit Beweisantritt der Klägerin, wonach die Verwendung von Beton der Güteklasse B 45 nicht zu einer qualitativen Wertsteigerung des Gebäudes geführt habe. Mit dem hohen Qualitätsstandard des Gebäudes nach Vertrag und Prospekt dürfte im Übrigen auch eher die hochwertige Ausstattung des Gebäudes als dessen Gründungsplatte angesprochen sein.

Der Auftragnehmer muss den Auftraggeber auch darüber aufklären, ob eine Maßnahme wirtschaftlich sinnvoll ist, welcher Erfolg mit ihr verbunden ist und welche Alternativen in Betracht kommen.

### 2.1.1. Die anerkannten Regeln der Technik

Obwohl die **anerkannten Regeln der Technik im BGB nicht erwähnt** sind, stellen sie einen **Mindeststandard** dar, der **auch bei einem BGB-Vertrag** eingehalten werden muss<sup>33</sup>.

Die (allgemein) anerkannten Regeln der Technik stellen die

Summe der im Bauwesen anerkannten wissenschaftlichen, technischen und handwerklichen Erfahrungen dar, die durchweg bekannt und als richtig und notwendig anerkannt sind. Es ist eine **echte Anerkennung in der Theorie und Praxis erforderlich**, und zwar **abgestellt auf den jeweiligen Einzelfall**.

Anerkannte Regeln der Technik enthalten die **DIN-Normen** (VOB Teil C), Einheitliche Technische Baubestimmungen (ETB), Bestimmungen des Deutschen Ausschusses für Stahlbeton, Bestimmungen des Verbandes Deutscher Elektrotechniker (VDE), Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften, Bestimmungen des Deutschen Vereins des Gas und Wasserfaches

---

<sup>31</sup> Löffelmann/Fleischmann, Architektenrecht, 5. Aufl., Rdn. 258; Bindhardt/Jagenburg, Die Haftung des Architekten, 8. Aufl., § 6 Rdn. 23, 82, 218, 358; Koeble in Kniffka/Koeble, Kompendium, 3. Aufl., C 12. Teil, Rdn. 407; Koeble in Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 9. Aufl., Einleitung 56, 96; Wirth in Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 6. Aufl., Einführung 197; jeweils m.w.N.

<sup>32</sup> BGH, Urt. v. 6. Juli 1964 - VII ZR 88/63, VersR 1964, 1045

<sup>33</sup> Vgl. Fn. 5

(DVGW) und die von Bauaufsichtsbehörden eingeführten technischen Baubestimmungen des Deutschen Instituts für Normung e.V..

Jede Bauausführung setzt die Anwendung fachtechnischer Kenntnisse voraus. Der Auftraggeber sieht es als selbstverständlich an, dass der Auftragnehmer über ein umfassendes Fachwissen und Erfahrungen verfügt, die den anerkannten Regeln der Technik entsprechen und dass er diese bei der Herstellung des Werks beachtet. Wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, ist das Werk deshalb grundsätzlich nur dann mangelfrei, wenn es deren Anforderungen entspricht. Wie die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit erreicht werden kann, ergibt sich aus den anerkannten Regeln der Technik, deren Einhaltung nicht ausdrücklich vereinbart werden muss.

### 2.1.2. Toleranzen sind Bestandteil der anerkannten Regeln der Technik

In einem Leistungsverzeichnis ist regelmäßig eine Vielzahl von Maßangaben enthalten, z.B. bezüglich der Türen, der Fenster, der Klinker, der Fugenbreiten etc.. Bei keiner einzigen finden sich erfahrungsgemäß Hinweise auf zulässige Toleranzen. Von einigen Baurechtlern, die nur über ein unzureichendes baupraktisches Verständnis verfügen, wird gelegentlich die unzutreffende Auffassung vertreten, dass Toleranzen nur zu akzeptieren sind, wenn sie vertraglich vereinbart wurden, sonst gelte der Grundsatz **Null-Toleranzen**. Diese Auffassung verkennt, dass Toleranzen Teil der **anerkannten Regeln der Technik** sind, die allgemein anerkannt und deren Geltung für den Vertrag stillschweigend vereinbart worden ist. Das spricht dafür, dass die geschuldete Bauleistung hinsichtlich der Abmessungen und Qualität innerhalb der allgemein anerkannten Toleranzen liegen müsse, z.B. der DIN 18202 – Toleranzen im Hochbau, Bauwerke-.

Vorsorglich sollte der Auftragnehmer den Auftraggeber darüber **aufklären**, dass bei allen Maßangaben die in den anerkannten Regeln der Technik geregelten Toleranzen zu berücksichtigen sind.

Bei der Auslegung der ausdrücklichen Beschaffenheitsvereinbarung ist zu berücksichtigen, dass jedem Laien klar ist, dass handwerkliche Arbeiten trotz größter Sorgfalt nicht die Gleichmäßigkeit eines maschinell hergestellten Industrieprodukts aufweisen können. Jede exakte Präzisionsarbeit ist mit einer enormen Steigerung der Kosten verbunden, insbesondere der Lohnkosten. Zur Übernahme solcher Kosten ist der Bauherr regelmäßig nicht bereit, wenn sie mit keinen erkennbaren Vorteilen für ihn verbunden sind. Ausdrückliche Vereinbarungen von Toleranzen, die beispielsweise unter den zulässigen Abweichungen der DIN 18202 liegen, sind eine Ausnahme. In immer mehr Bereichen des Hochbaus werden nach Qualitätsklassen oder Anwendungssituationen abgestufte Auflistungen zulässiger Abweichungen diskutiert und in Merkblättern und Normen veröffentlicht<sup>34</sup>. Sie sind für die Verkehrssitte von Bedeutung, die bei der Auslegung eines Vertrages zu berücksichtigen ist. Wenn die Parteien keine höhere Qualitätsstufe vereinbart haben, liegt bei unbedeutenden Unregelmäßigkeiten, die keine Toleranzgrenzwerte überschreiten kein Mangel vor.

<sup>34</sup> Oswald, Aachener Bausachverständigentage 2009, 172, 173



Ein wirtschaftlich vernünftig denkender Bauherr verbindet unter Würdigung all dieser Umstände mit einer Maßangabe in einem Leistungsverzeichnis nicht solch eine kostenaufwändige und dennoch nicht erreichbare Präzision. Für ihn ist bei einer interessengerechten Auslegung der Maßangaben entscheidend, dass eventuelle Ungenauigkeiten, die mit einem üblichen Aufwand nicht vermeidbare sind,

- nicht über die Toleranzgrenzen hinausgehen,
- dass sie die Funktionstauglichkeit nicht beeinträchtigen,
- dass sie die Optik des Bauteils nicht beeinträchtigen.

Wenn der Auftraggeber will, dass Mindest- oder Höchstwerte präzise eingehalten werden, bedarf das nach dem Regel-Ausnahme-Prinzip einer ausdrücklichen Vereinbarung.

Kniffka<sup>35</sup> verneint einen Mangel i.S.d. § 633 BGB bezüglich einer geringfügigen Abweichung der Wohnfläche eines Objekts von den im Vertrag enthaltenen Angaben, wenn anzuerkennende Toleranzgrenzen nicht überschritten sind. Eine geringe Abweichungen sei von dem Parteiwillen gedeckt und – was allerdings kein maßgebendes Kriterium mehr sei – bei geringen Defiziten liege keine Gebrauchsbeeinträchtigung vor, z.B., wenn der Eingangsbereich oder Nebenräume kleiner ausfallen. Solch eine Abweichung kann immerhin mehrere tausend Euro ausmachen, wenn sich der „Kaufpreis“ nach der Wohnfläche richtet.

Oswald/Abel<sup>36</sup> definieren „hinzunehmende Unregelmäßigkeiten“ als solche, die die vertraglich festgelegten Grenzwerte bzw. die als allgemein anerkannte Regel der Bautechnik einzustufenden Grenzwerte nicht überschreiten. Sie gehen zutreffend davon aus, dass die Toleranzen bei der Auslegung der Beschaffenheitsvereinbarung zu berücksichtigen sind. Wenn die als noch als „ausreichend“ zu bezeichnenden Ausführungsqualität dagegen nicht erreicht wird, bewerten sie das Werk als mangelhaft. Sie gehen in Übereinstimmung mit der obergerichtlichen Rechtsprechung davon aus, dass selbst bei einer nur „mäßigen Beeinträchtigung der Funktionstauglichkeit“ eine Mangelbeseitigung erforderlich ist, wenn das Merkmal für die Gebrauchstauglichkeit „wichtig“ ist. Sie haben in differenzierter Weise Kriterien für die Bewertung von Mängeln entwickelt, die eine sachgerechte Grundlage für die eigenverantwortliche Klärung der entsprechenden Voraussetzungen durch das Gericht darstellen.

## 2.2. Eine Veröffentlichung in Regelwerken ist keine Voraussetzung der Anerkennung

Eine Veröffentlichung ist keine Voraussetzung für eine allgemeine Anerkennung einer Regel der Technik. Diese ergeben sich nicht ausschließlich aus förmlich veröffentlichten Regelwerken, sie können sich auch aus allgemein **anerkannten ungeschriebenen Regeln** ergeben. Der BGH hat in der Entscheidung vom 21.11. 2013<sup>37</sup> erneut klargestellt, dass es keine Voraussetzung einer anerkannten Regel der Technik ist, dass sie in förmlich veröffentlichten Regelwerken niedergelegt ist, sie kann auch durch ungeschriebene Regeln konkretisiert werden. In dem Urteil, das sich auf die Erforderlichkeit der Herstellung eines Gefälles auf einer Hof- und Zugangsfläche bezieht, heißt es:

---

<sup>35</sup> Kniffka/Koeble; Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. 11. Teil, Rdnr. 214

<sup>36</sup> Hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Gebäuden, 1.6.3

<sup>37</sup> BGH, Urt. v. 21.11.2013 - VII ZR 275/12, IBR 2014, 74; IBR 2014,74, NZBau 2014, 160

Der Sachverständige hat lediglich festgestellt, es lägen keine normgemäßen Angaben bzw. kein Regelwerk vor, das ein Gefälle bei einem Belag mit Epoxydharz vorsehe. Das beantwortet nicht die Frage, ob es eine ungeschriebene anerkannte Regel der Technik gibt, die das Gefälle fordert. Diese wäre ebenso maßgeblich wie eine geschriebene Regel<sup>38</sup>.

In dem in der Entscheidung zitierten Urteil vom 19. Januar 1995<sup>39</sup>, das sich auf den erforderlichen Schallschutz bezieht, hat der BGH ausgeführt:

Bei alledem ist zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des Senats die anerkannten Regeln der Technik nicht ausschließlich in förmlich veröffentlichten Vorschriften niedergelegt und solche Bestimmungen nicht selten **durch den neuesten Stand der Technik überholt** sind.

### 2.3. Die Anerkennung der Regel muss sich auf den konkreten Einzelfall beziehen

Grundsätzlich ist entscheidend, welchen Anwendungsfall eine anerkannte Regel der Technik betrifft. Eine DIN, wie z.B. die DIN 4109, die lediglich den Schutz vor unzumutbaren Belästigungen zum Ziel hat, kann keine anerkannte Regel der Technik für eine Bauausführung sein, mit der ein üblicher **Komfort- und Qualitätsstandard** geschuldet ist<sup>40</sup>. Eine anerkannte Regel der Technik für den Beschlag großer Fenster gilt nicht ohne weiteres für kleine Fenster<sup>41</sup>.

Beim **Bauen im Bestand** und insbesondere einer **Altbausanierung** werden häufig Untergründe, Baustoffe und Konstruktionsdetails angetroffen, auf deren Erhaltung die anerkannten Regeln der Technik nicht anwendbar sind, weil die Altbausanierung **keinen der geregelten Regelfälle** betrifft. In diesem Fall muss eine **Sonderkonstruktion** ausgeführt werden, die nicht schon deswegen mangelhaft ist, weil sie keiner anerkannten Regel der Technik entspricht, da es diese für die betreffende Altbausanierung überhaupt nicht gibt. Solch eine Ausführung verstößt deshalb logischerweise nicht gegen eine anerkannte Regel der Technik, sondern es gibt keine, die sich auf die Herstellung des konkreten Werks bezieht. Das führt nicht zur Unzulässigkeit der Herstellung des Werks. Der Planer und Unternehmer müssen vielmehr klären, wie das Werk fachgerecht hergestellt werden kann, um den Stand der anerkannten Regeln der Technik zu gewährleisten. Die anerkannten Regeln der Technik regeln bei der Altbausanierung also nicht die Ausführungsweise. Aus diesen ergibt sich vielmehr der Erfolg, der durch eine fachgerechte Ausführungsweise erreicht werden muss. Der BGH<sup>42</sup> hat insoweit bezüglich der Altbausanierung ausgeführt:

Verspricht der Veräußerer eines Altbauobjekts eine ... umfassende Sanierung, darf der Erwerber dies grundsätzlich dahin verstehen, dass der Veräußerer zu diesem Zweck **im Rahmen des technisch Möglichen** die Maßnahmen angewandt hat, die erforderlich sind, um den **Stand der anerkannten Regeln der Technik zu gewährleisten**.

<sup>38</sup> BGH, Urt. v. 19. Januar 1995 – VII ZR 131/93, BauR 1995, 230; NJW-RR 1995, 472; ZfBR 1995, 132

<sup>39</sup> BGH, Urt. v. 19. Januar 1995 – VII ZR 131/93, Fn. 18 (Schallschutz)

<sup>40</sup> Vgl. Fn. 3

<sup>41</sup> BGH, Urt. v. 21. 4. 2011 – VII ZR 130/10 - Herstellerangaben, NZBau 2011, 415, IBR 2011, 399

<sup>42</sup> BGH, Urt. v. 16.12.2004 - VII ZR 257/03 - Altbausanierung, BauR 2005, 542, NJW 2005,1115, NZBau 2005, 216

Es entspricht dem Stand der anerkannten Regeln der Technik, dass der Keller des Vertragsobjekts gegen Feuchtigkeit geschützt ist. Dazu, **ob und auf welche Weise der Feuchtigkeitsschutz** des Kellers **im Rahmen des technisch Möglichen herzustellen** ist, hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

Den Auftragnehmer trifft eine **Aufklärungspflicht gegenüber dem Bauherrn, ob und auf welche Weise im Rahmen des technisch Möglichen eine Altbausanierung herzustellen** ist, die den **Stand der anerkannten Regeln der Technik gewährleistet** bzw. welche Vor- und Nachteile mit einer in Betracht kommenden **Sonderkonstruktion** verbunden sind.

#### **2.4.1. Einhaltung der anerkannte Regeln der Technik**

Die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik spricht dafür, dass das Werk mangelfrei ist. Diese **Vermutung** kann im Einzelfall widerlegt werden, da **Regelwerke keine Rechtsnormen** sind, sondern nur **private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter**<sup>43</sup>. Technische Regelwerke können nicht vollständig sein und bleiben, die Regeln der Technik können sich im Laufe der Zeit weiterentwickeln und dazu führen, dass DIN-Normen überholt und veraltet sind. Sie können deshalb die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben oder hinter ihnen zurückbleiben.

Regelt eine technische Norm ein Verfahren oder eine Herstellungsweise, die objektiv nicht dazu geeignet ist, ein **zweckentsprechendes funktionstaugliches Werk** herzustellen, dann ist solch ein Verfahren nicht deshalb richtig, weil es der technischen Norm entspricht, sondern die technische Norm ist falsch. Führt beispielsweise ein von dem Fachnormenausschuss Bauwesen im Deutschen Normenausschuss – kurz dem DIN- Normenausschuss - anerkannte Technik des Brückenbaus zu einsturzgefährdeten Brücken, wie es sich in dem bekannten Fall der Blasbach-Talbrücke<sup>44</sup> herausgestellt hat, dann kann die "Anerkennung" der Technik durch den DIN- Normenausschuss die Einsturzgefahr der Brücke nicht verhindern, beseitigen oder sonst ändern, natürlich nicht. Eine Brücke, die einsturzgefährdet ist, ist mangelhaft. Das hat der BGH auch in der 1. Putzsystem-Entscheidung<sup>45</sup> angenommen. DIN-Normen stellen deshalb nur dann anerkannte Regeln der Technik dar, wenn sie einem allgemeinen Prüfungsmaßstab standhalten<sup>46</sup>. Das kann gegebenenfalls von demjenigen, der das in Zweifel ziehen will, widerlegt werden.

---

<sup>43</sup> BGH, Urt. v. 14.06.2007 – VII ZR 45/06 Vgl. Fn. 3; BGH Urt. v. 16.12.2004 - VII ZR 257/03 - Altbausanierung, BauR 2005, 542, 545, NZBau 2005, 216; BGHZ 139, 16 = BauR 1998, 872; BauR 1995, 230; BauR 1986, 447; Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB, 16. Aufl. § 4 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 42.

<sup>44</sup> OLG Frankfurt, NJW 1983, 456 = BauR 1983, 156.

<sup>45</sup> BGH, Urt. v. 17. Mai 1984- VII ZR 169/82, BauR 1984, 510

<sup>46</sup> BVerwG, IBR 1997, 149 – Kniffka; Werner/Pastor, Rdnr. 1461; Ingenstau/Korbion/ Oppler, § 4 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 60.

Es ist die Aufgabe der Gerichte, mit Hilfe der Sachverständigen zu klären, welche anerkannten Regeln der Technik für ein bestimmtes Gewerk (noch) verbindlich sind<sup>47</sup>. Der Planer und Unternehmer muss diese Frage schon vor der Herstellung des Werks klären.

Von diesem Grundsatz ist der BGH<sup>48</sup> z.B. bezüglich der Anforderungen, die an den Schallschutz von Doppelhäusern zu stellen sind, wiederholt ausgegangen. Abzustellen ist auf die **Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien, die sich aus der im Vertrag zum Ausdruck gebrachten Vorstellung von der Qualität des Schallschutzes und der Funktion des Bauwerks** ergibt. **Nach dieser richtet sich das anzuwendende Regelwerk und nicht umgekehrt.** Die **Bedeutung des technischen Regelwerks** ist auf die Angaben beschränkt, die erfüllt sein müssen, **wenn eine vertraglich vereinbarte Qualität bzw. Funktionalität gewährleistet sein soll.** Das dem Zweck der vertraglichen Vereinbarung entsprechende, funktionstaugliche Werk ist der vom Auftragnehmer geschuldete Erfolg, das anzuwendende Regelwerk muss geeignet sein, diesen Erfolg herbeizuführen.

#### 2.4.2. Welche anerkannten Regeln der Technik sind maßgebend?

Nach der Rechtsprechung<sup>49</sup> soll sich die vom Auftragnehmer geschuldete Beschaffenheit nach dem Stand der anerkannten Regeln der Technik zur Zeit der Abnahme richten. Bei einer **Nacherfüllung** sollen die **im Zeitpunkt der Nacherfüllung** geltenden anerkannten Regeln der Technik anzuwenden sein<sup>50</sup>.

Kniffka<sup>51</sup> bezeichnet diese Auffassung als zweifelhaft, wenn sich die anerkannten Regeln der Technik zur Zeit der Abnahme **in nicht vorhersehbarer Weise gegenüber den anerkannten Regeln der Technik im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geändert** haben. Der Besteller könne redlicher Weise nur erwarten, dass der **Unternehmer eine Bauausführung nach dem im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblichen anerkannten Regeln der Technik verspricht.** Er könne nicht erwarten, dass der Unternehmer auch die Einhaltung solcher anerkannten Regeln der Technik verspricht, die **im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht vorhersehbar waren** und die dann bei der Abnahme gelten.

Das gilt dann nicht, wenn sich die geschuldete **Funktionalität des Werkes** nur unter Beachtung der zum Zeitpunkt der Abnahme geänderten anerkannten Regeln der Technik erreichen lässt. Aber nicht jede Änderung der anerkannten Regeln der Technik beruht auf der Erkenntnis, dass die Änderung zur Herstellung eines funktionstauglichen Werks erforderlich war. Wenn sie nur

<sup>47</sup> Werner-Pastor, Rn. 1461

<sup>48</sup> BGHZ 173, 346 = BauR 2007, 1570 = NZBau 2007, 574 = NJW 2007, 2983 = MDR 2007, 1252.

<sup>49</sup> BGH, Urt. v. 14.5.1998 – VII ZR 184/97, BGHZ 139, 16; BauR 1998, 872, NJW 1998, 2814, eingehend Werner/Pastor 13. Aufl. Rdnr. 1975

<sup>50</sup> BGH, Urt. v. 24.05.2013 – V ZR 182/12; OLG Stuttgart, Beschl. v. 14.09.2011 – 10 W 9/11, zustimmend Weyer IBR 2011, 697

<sup>51</sup> Kniffka, IBR-online Kommentar 2012, § 633 BGB Rdnr. 29, unter Hinweis auf Pause, FS Koeble, S. 178, 183 ff. m.w.N. zur Rechtsprechung und Literatur

auf der Anerkennung innovativer Herstellungsweisen beruht, die zunächst nur dem Stand der Technik entsprachen, musste der Auftragnehmer den Auftraggeber über die bevorstehende Änderung aufklären und mit ihm klären, welche Herstellung er bevorzugt.

Ist eine Änderung der anerkannten Regeln der Technik absehbar, entspricht es der **Aufklärungs- und Beratungspflicht** des Auftragnehmers, mit dem Auftraggeber zu klären, ob das Werk entsprechend den noch geltenden oder den demnächst anerkannten Regeln der Technik hergestellt werden soll.

Erweist sich die Planung oder Bauleistung vor Ablauf der Gewährleistungsfristen aufgrund von neuen technischen Erkenntnissen als mangelhaft, so stehen dem Auftraggeber gegen den Architekten oder Ingenieur bzw. Unternehmer in der Regel nur die Mängelrechte gem. § 634 Nr.1 bis 3 BGB zu. Dagegen sind sie in der Regel nicht zum Schadenersatz gem. §§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB verpflichtet, weil ein Schadensersatzanspruch ein Verschulden des Auftragnehmers voraussetzt. Ein Verschulden dürfte regelmäßig zu verneinen sein, wenn der Auftragnehmer auf die Richtigkeit einer anerkannten Regel der Technik vertraut hat.

Ändern sich nach dem Vertragsschluss die technischen Regeln, zum Beispiel DIN-Normen, verbleibt es grundsätzlich bei der auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogenen Bewertung des Werks als mangelfrei, soweit die Funktionstauglichkeit nicht konkret beeinträchtigt ist. Vom Architekten oder Ingenieur bzw. Unternehmer geforderte **Anpassung der Leistungen** an die **geänderten anerkannten Regeln der Technik** stellen daher für den Auftraggeber **vergütungspflichtige Zusatzarbeiten** dar.

**Erkennt der Architekt** oder Ingenieur bzw. Unternehmer nach Vertragsschluss und während der Bauausführung, dass sich die allgemein anerkannten Regeln der Technik weiterentwickelt und damit „geändert“ haben, so dass seine Leistung im Zeitpunkt der Abnahme nicht mehr dem Stand der anerkannten Regeln der Technik entsprechen würde, muss der den **Auftraggeber** auf diesen Umstand **hinweisen**. Das gilt vor allem, wenn mit einer geänderten Bauausführung Zusatzkosten verbunden sind. Dann ist eine Vertragsanpassung erforderlich.

#### **2.4.3. Nichteinhaltung der anerkannten Regeln der Technik**

Wenn die Bauleistung nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht, liegt ein Mangel vor, der eine Sachmängelhaftung des Auftragnehmers begründet<sup>52</sup>. Das folgt daraus, dass eine Abweichung von den anerkannten Regeln der Technik in der Regel mit einem Risiko verbunden ist. Allein der **Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik** begründet in diesen Fällen einen **Mangel**, wenn die gewählte Bauausführung das Risiko eines Schadens in sich birgt. Es ist nicht erforderlich, dass bereits ein Schaden erkennbar ist.

Die anerkannten Regeln der Technik gehören auch dann zum Mindeststandard, wenn die Beschaffenheitsvereinbarung einen **niedrigeren Qualitätsstandard ohne Einschränkung der**

---

<sup>52</sup> BGH, Urt. v. 07.03.2013 - VII ZR 134/12- Holztreppe, IBR 2013, 269; BGH, Urt. v. 21. 4. 2011 – VII ZR 130/10 – Herstellerangaben, vgl. Fn. 41; BGH, Urt. v. 9.07.1981 – VII ZR 40/80, BauR 1981, 577, 579

**Funktionstauglichkeit des Werks** vorsieht<sup>53</sup>. Im Rahmen der Vertragsfreiheit können die Parteien aber auch z.B. zur Herstellung einer provisorischen Maßnahme eine **Unterschreitung des gewöhnlichen Standards vereinbaren**, der ein **minderwertiges** oder **minderbrauchbares Werk** zur Folge hat<sup>54</sup>. In diesem Fall muss der Auftragnehmer den Auftraggeber über das mit der Nichteinhaltung der anerkannten Regeln der Technik verbundene **Risiko aufklären und beraten**, es sei denn, es ist dem Auftraggeber bekannt<sup>55</sup>. Im Interesse der Rechtsklarheit ist es empfehlenswert, mit dem Auftraggeber ausdrücklich einen Risikoausschluss zu vereinbaren. Solch eine Vereinbarung ist erforderlich, weil andernfalls die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik stillschweigend vereinbart ist und es dem Auftraggeber nicht ohne weiteres zumutbar ist, das Risiko einzugehen, dass sich langfristig – möglicherweise nach Ablauf der Verjährung der Mängelansprüche doch ein Schaden einstellt. Das ist insbesondere dann erforderlich, wenn sich das vom Auftraggeber gewünschte Werk nur durch eine Sonderkonstruktion herstellen lässt. Solch eine Vereinbarung hat keinen Einfluss darauf, dass das Werk auf jeden Fall **in vollem Umfang funktionstauglich** sein muss und der Auftragnehmer haftet, falls das nicht der Fall ist. Die Haftung für den entsprechenden Mangel kann nur durch eine individualvertragliche Vereinbarung ausgeschlossen werden.

#### **2.4.4. Beschaffenheitsvereinbarung entspricht nicht den anerkannten Regeln der Technik BGH, Urt. v. 07.03.2013 - VII ZR 134/12<sup>56</sup>**

Die Klägerin beauftragte den Beklagten mit der Lieferung und dem Einbau einer Massivholztreppe aus Birke in ihrem Einfamilienhaus, Kosten 3.485,80 €. Nachdem Mängel auftraten, unternahm der Beklagte mehrere Nachbesserungsversuche. Die Klägerin behauptet u.a. dass sich die Treppe durchbiege, sie verursache beim Begehen ein Knarren und sei für die Belastung insgesamt zu schwach ausgelegt. Eine ordnungsgemäße Mängelbeseitigung erfordere den Einbau einer neuen, mangelfreien Treppe. Sie verlangt einen Vorschuss in Höhe von des Werklohns von 3.485,80 €.

Die vom Berufungsgerichts eingeholten zwei 2 Sachverständigengutachten haben ergeben:

Nach den fachlichen Standards, die sich aus dem vor mehr als zehn Jahren veröffentlichten "Regelwerk handwerklicher Holztreppen" ergeben, muss die Wangenstärke einer Treppe grundsätzlich 50 mm betragen. Sofern die Gleichwertigkeit vom Unternehmer nachgewiesen sei, kann die Dicke der Wangenträger auf bis zu 45 mm reduziert werden. Damit entspreche eine Wangenstärke von nur 40 mm - wie sie hier vorliegt – nicht dem Regelwerk.

Solch eine Treppe sei nach den **anerkannten Regeln der Technik** nur dann fachgerecht, wenn für sie eine **bauaufsichtliche Zustimmung** vorliege, die den **Nachweis der Standsicherheit** voraussetze. Diese bauaufsichtliche Zustimmung liege nicht vor.

<sup>53</sup> BGH, Urt. v. 29.09.2011 - VII ZR 87/11 – Dükervermessung, vgl. Fn. 2; Kniffka/Koebler, 11. Teil Rdnr. 194.

<sup>54</sup> OLG Saarbrücken, NZBau 2001, 329.

<sup>55</sup> Kniffka/Koebler, 6. Teil Rdnr. 36

<sup>56</sup> BGH, Urt. v. 07.03.2013 - VII ZR 134/12, IBR 2013, 269

## BGH

Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Leistung eines Unternehmers nach § 633 Abs. 2 S. 1 BGB nur dann vertragsgerecht ist, wenn sie die **vereinbarte Beschaffenheit** aufweist. Welche Beschaffenheit des Werks von den Parteien vereinbart ist, ergibt sich aus der **Auslegung des Vertrags**. Üblicherweise verspricht der Unternehmer **stillschweigend** bei Vertragsabschluss die **Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik**. Entspricht die Werkleistung diesen **nicht**, liegt regelmäßig ein **Werkmangel** vor<sup>57</sup>.

Das entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH. Dieser betont, dass allgemein anerkannte **Regeln der Technik** dazu dienen, mit der **notwendigen Gewissheit** sicherzustellen, dass bestimmte Eigenschaften des Werkes erreicht werden. Eine **Beschaffenheitsvereinbarung**, die zu einem **geringeren Sicherheitsstandard** führt, kann nur dann dahingehend ausgelegt werden, dass es **tatsächlich dem Willen der Parteien entsprach, von dem üblicherweise zu erwartenden Mindeststandard abzuweichen**, wenn der Auftragnehmer den Auftraggeber über diese **Bedeutung der Vereinbarung ausdrücklich aufgeklärt** hat, falls der Besteller sie nicht kennt.

Ein Mangel des Werkes kann vorliegen, wenn eine allgemein anerkannte Regel der Technik vorsieht, dass eine bestimmte Ausführungsweise nur dann zulässig ist, wenn die Standsicherheit im Einzelfall geprüft ist und der **Stand sicherheitsnachweis** bei einem derart ausgeführten Werk nicht vorliegt. Es ist gerade typisch, dass allgemein anerkannte Regeln der Technik dazu dienen, mit der notwendigen Gewissheit sicherzustellen, dass bestimmte Eigenschaften des Werkes erreicht werden. Es kommt für die Frage, ob die Regeln verletzt sind, nicht darauf an, ob die Eigenschaften möglicherweise auf anderem Wege erreicht werden, und deshalb die Nichteinhaltung der Regeln im Einzelfall keine weiteren nachteiligen Folgen hat. Das ändert nichts daran, dass die **stillschweigend vereinbarte Beschaffenheit der Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln nicht erfüllt** ist. Deshalb kann ein Werk etwa bereits dann mangelhaft sein, wenn die Werkstoffe nicht einen nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik notwendigen Gebrauchstauglichkeitsnachweis haben.

Aus diesem Grund ist erforderlich, dass der Unternehmer durch den Nachweis der Standsicherheit für den Besteller nachvollziehbar dokumentiert, dass aufgrund der Gesamtkonstruktion die sonst notwendige Wangenstärke von 50 mm bzw. unter bestimmten Voraussetzungen 45 mm nicht erreichen muss, **ohne dass die Gefahr einer Standunsicherheit besteht**. Nur für diese **Fälle erlauben die allgemein anerkannten Regeln der Technik ein Unterschreiten der im Übrigen geforderten Wangenstärke**. Ob dieser Standsicherheitsnachweis nur durch eine bauaufsichtliche Zustimmung oder auch anderweitig geführt werden kann, muss nicht entschieden werden, denn die Beklagte hat keinerlei Nachweis erbracht.

Allein der Umstand, dass vielfach eine Wangenstärke von 4 cm angeboten wird, zwingt nicht zu der Annahme, die allgemein anerkannten Regeln der Technik seien im "Regelwerk Handwerkliche Holztreppen" nicht richtig abgebildet. Die vielfache Praxis sagt z.B. nichts darüber aus, ob sich diese Ausführungsweise auch bewährt hat und allgemein anerkannt ist.

---

<sup>57</sup> BGH, Urt. v. 21.04.2011 – VII ZR 130/10; NZBau 2011, 415 Rdnr. 11 m.w.N.

Das Berufungsgericht hat danach zutreffend in der Unterschreitung der grundsätzlich vorgesehenen Wangenstärke eine Nichteinhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik gesehen und dieses als Mangel gewertet. Dem steht nicht entgegen, dass die Parteien im Vertrag eine Wangenstärke von 40 mm vorgesehen haben. Eine solche Vereinbarung kann nicht dahin ausgelegt werden, dass von einem üblicherweise zu erwartenden Mindeststandard abgewichen werden soll, wenn auf eine solche Bedeutung nicht ausdrücklich hingewiesen wird oder der Besteller dies aus anderen Gründen, etwa einer entsprechenden Fachkunde, weiß<sup>58</sup>.

### 3.1. Die EnEV 2014 ist keine anerkannte Regel der Technik

Die EnEV hat **keine anerkannten Regeln der Technik** zum Inhalt, sondern **politisch motivierte technisch erhöhte Vorgaben** für den Wärmeschutz. Das ergibt sich sehr deutlich aus deren

#### Präambel

Zweck dieser Verordnung ist die Einsparung von Energie in Gebäuden. In diesem Rahmen und unter Beachtung des gesetzlichen Grundsatzes der wirtschaftlichen Vertretbarkeit soll die Verordnung dazu beitragen, dass die energiepolitischen Ziele der Bundesregierung, insbesondere ein nahezu klimaneutraler Gebäudebestand bis zum Jahr 2050, erreicht werden. Neben den Festlegungen in der Verordnung soll dieses Ziel auch mit anderen Instrumenten, insbesondere mit einer Modernisierungsoffensive für Gebäude, Anreizen durch die Förderpolitik und einem Sanierungsfahrplan, verfolgt werden.

Die EnEV hat also einen bauordnungsrechtlichen **Regelungscharakter**, der nicht der Summe der im Bauwesen anerkannten wissenschaftlichen, technischen und handwerklichen Erfahrungen beruht und deshalb anerkannt sind, weil sie sich bei der Herstellung eines Werks hinreichend bewährt haben. Mit solch einer Einordnung als „anerkannte Regeln der Technik“ wäre auch der in § 28 EnEV geregelte Bestandsschutz nicht vereinbar, der auf den Zeitpunkt der Bauantragstellung abstellt, und ebenso wenig die Möglichkeit, dass die nach Landesrecht zuständigen Behörden gem. § 25 EnEV von den Anforderungen der EnEV eine Befreiung erteilen können.

In § 23 Abs. 1 EnEV 2009 (EnEV 2014 unverändert) ist geregelt, dass zu den **anerkannten Regeln der Technik** auch Normen, technische Vorschriften oder sonstige Bestimmungen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union etc. gehören, wenn ihre Einhaltung das **geforderte Schutzniveau** in Bezug auf Energieeinsparung und Wärmeschutz dauerhaft gewährleistet. Die Regelung besagt nicht, dass das von der EnEV geforderte Schutzniveau den anerkannten Regeln der Technik entspricht, sondern lediglich mit Hilfe welcher Normen, technischen Vorschriften oder sonstige Bestimmungen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union etc., die nach allgemeinen Verständnis allenfalls dem **Stand der Technik** entsprechen, weil sie noch nicht allgemein anerkannt sind, sich das von der EnEV **geforderte Schutzniveau** realisieren lässt.

Wenn der Planer und Unternehmer bei der Herstellung des Werks die in den zitierten Normen etc. dargestellten Anforderungen beachten, ist er vor dem Vorwurf geschützt, dass diese noch nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Aus § 23 EnEV ergibt sich aber nicht,

<sup>58</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2012 – VII ZR 209/11, juris Rn. 23; Urt. v. 4.06.2009 VII ZR 54/07, BGHZ 181, 225, 230.



dass das von der EnEV **geforderte Schutzniveau** selbst den anerkannten Regeln der Technik entspricht. § 23 EnEV beschreibt den Weg und nicht das angestrebte Ziel.

### **3.2. Urteil des OLG Stuttgart vom 03.07.2012 – 10 U 33/12<sup>59</sup>**

Ein Bauträger hat ein altes Fabrikgebäude zu Wohnungen umgebaut. Er schuldete bei dem Bauwerk ein Dach, das in wärmetechnischer Hinsicht den neuesten Erfordernissen und Vorgaben der EnEV 2002 entsprechen sollte. Das Dach wies diese Beschaffenheit nicht auf. Der Erwerber verlangte deshalb 50.000 € als Vorschuss zur Mängelbeseitigung. Der Bauträger wandte ein, er hafte nur in der Höhe des Aufwands, der für eine Herstellung der Wärmedämmung nach der EnEV 2002 und nicht nach der inzwischen geltenden EnEV 2009 erforderlich sei. Diese "Sowieso-Kosten" habe er nicht zu tragen.

#### **Leitsatz des OLG Stuttgart**

Eine Mängelbeseitigung muss grundsätzlich die zum Zeitpunkt ihrer Vornahme geltenden anerkannten Regeln der Technik und gesetzlichen Vorschriften einhalten.

Das OLG geht in Übereinstimmung mit der h.M. davon aus, dass das Werk grundsätzlich den zur Zeit der Abnahme anerkannten Regeln der Technik entsprechen müsse, was nicht unproblematisch ist, wie oben bereits erörtert wurde. Bei einer Mängelbeseitigung seien dagegen die zum Zeitpunkt ihrer Vornahme geltenden anerkannten Regeln der Technik und Vorschriften einzuhalten. Auch das ist in dieser Allgemeinheit sehr zweifelhaft.

Statt der ursprünglich geschuldeten Dachdämmung nach EnEV 2002 müsse deshalb die zur Nacherfüllung einzubauende Dämmung der EnEV 2009 mit einem geringeren Wärmedurchlasskoeffizienten gerecht werden.

"**Sowieso-Kosten**" seien nicht zu berücksichtigen, weil bei der vertragsgerechten Leistung im Zeitpunkt der Abnahme nur eine Dämmung nach der EnEV 2002 einzubauen gewesen wäre.

Für eine **Vorteilsausgleichung** wegen einer durch die höhere Dämmung bedingten Heizkostensparnis in den Dachgeschosswohnungen, die grundsätzlich zu berücksichtigen ist, hatte der Bauträger nichts vorgetragen.

Das OLG Stuttgart hat seine Auffassung unter Hinweis auf seine Rechtsprechung so begründet:

Da eine Sanierung zum jetzigen Zeitpunkt den heutigen Vorgaben an die Bauausführung gerecht werden muss, ist nicht auf die Kosten zum Zeitpunkt der Herstellung des Werks durch die Klägerin abzustellen, sondern auf die jetzt geltenden Vorgaben. Auch wenn das Werk grundsätzlich den zur Zeit der Abnahme anerkannten Regeln der Technik als vertraglichen Mindeststandard entsprechen muss, muss eine Mängelbeseitigung die zum Zeitpunkt ihrer Vornahme geltenden anerkannten Regeln der Technik und gesetzlichen Vorschriften einhalten<sup>60</sup>.

**Statt einer ursprünglich geschuldeten Dachdämmung** mit einem maximalen Wärmedurchgangskoeffizienten vom 0,30 W/(m<sup>2</sup> x K) gemäß Zeile 4a der Tabelle 1 des Anhangs 3 **der EnEV 2002**

<sup>59</sup> OLG Stuttgart, Urt. v. 03.07.2012 – 10 U 33/12, IBR 2012, 709

<sup>60</sup> OLG Stuttgart, NJW-RR 2011, 1589, juris RN 24 f.

**muss die jetzt einzubauende Dämmung den Vorgaben der EnEV 2009 gerecht werden**, die im Anhang 3 gemäß Zeile 4a der Tabelle 1 einen maximalen Wärmedurchgangskoeffizienten vom  $0,24 \text{ W}/(\text{m}^2 \times \text{K})$  vorsieht. Dies ist bei der Höhe eines Vorschussanspruches wegen mangelhafter Leistung zu berücksichtigen.

Es fallen **keine Sowieso-Kosten** an, weil bei vertragsgerechter Leistung bis zur Abnahme nur eine Dämmung mit einem maximalen Wärmedurchgangskoeffizienten vom  $0,30 \text{ W}/(\text{m}^2 \times \text{K})$  einzubauen gewesen wäre.

Jedoch kann die höhere Dämmung zu einer Kostenersparnis bei Heizkosten vor allem bei den Eigentümern der Wohnungen unter dem Dach führen. Ob bei einer **Vorteilsausgleichung** auf die Wohnungseigentümergeinschaft oder die einzelnen Wohnungseigentümer abzustellen ist, muss dahingestellt bleiben.

Das OLG Stuttgart hat nicht weiter begründet, warum die **die jetzt einzubauende Dämmung den Vorgaben der EnEV 2009 gerecht werden** muss. Es hat nicht zwischen den bauordnungsrechtlichen Vorgaben und der vertragsrechtlichen Beschaffenheitsvereinbarung differenziert.

## 1. Bauordnungsrechtliche Vorgaben

§ 28 EnEV 2009<sup>61</sup> enthält folgende **bauordnungsrechtliche Bestandsschutzregelung**

### Übergangsvorschrift

Auf Vorhaben, welche die Errichtung, die Änderung, die Erweiterung oder den Ausbau von Gebäuden zum Gegenstand haben, ist diese Verordnung in der zum Zeitpunkt der Bauantragstellung oder der Bauanzeige geltenden Fassung anzuwenden.

Die Nacherfüllung gem. §§ 634 Nr.1, 635 BGB ist eine modifizierte Erfüllung der geschuldeten Leistung. Sie dient ebenso wie die Selbstvornahme gem. § 637 BGB weiterhin der mangelfreien Herstellung des ursprünglich vom Auftragnehmer geschuldeten Werks. Auf dieses ist die Übergangsvorschrift des § 28 EnEV 2009 anzuwenden, d.h. die EnEV in der zum Zeitpunkt der Bauantragstellung oder Bauanzeige geltenden Fassung<sup>62</sup>, also die EnEV 2002.

## 2. Vertragsrechtlich geschuldete Beschaffenheit

Bei der **zivilrechtlichen Beurteilung**, ob ein Mangel gegeben ist, ist hingegen der **Zeitpunkt des Vertragsabschlusses** entscheidend. Das gilt auch für Änderungen der energetischen Anforderungen an ein Gebäude<sup>63</sup>. Der Auftragnehmer verspricht nicht ins Blaue hinein, dass das von ihm hergestellte Werk künftigen politischen Vorgaben entsprechen wird, die für ihn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht einmal vorhersehbar sind.

Die ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung dürfte sich, soweit es dazu Angaben in der Leistungsbeschreibung gibt, auf den Standard der EnEV 2002 bezogen haben und nicht denjenigen der EnEV 2009.

<sup>61</sup> Diese Regelung entspricht § 28 Abs. 1 EnEV 2014.

<sup>62</sup> Zutreffend Martin Oswald, Tagungsband Aachener Bausachverständigentag 2011, 41, 46

<sup>63</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.12.2005 - 22 U 32/04, BauR 2006, 996; Karczewski IBR 2006, 549

Nach der Rechtsprechung des BGH kann der Auftraggeber erwarten, dass ein Bauwerk diejenigen **Qualitäts- und Komfortstandards** erfüllt, die vergleichbare zeitgleich erstellte Bauwerke erfüllen. Im Zeitpunkt des Umbaus des Fabrikgebäudes dürfte das der Standard der EnEV 2002 gewesen sein. Es ist **rechtsdogmatisch nicht vertretbar**, dass die Bundesregierung durch den Erlass einer Rechtsverordnung, die auf dem **politischen Gestaltungswillen des Gesetz- und Verordnungsgebers** beruht, in den verfassungsrechtlich geschützten Bereich der Privatautonomie eingreifen und eine vom Auftragnehmer vertraglich geschuldete Leistung modifizieren kann. Das will sie auch nicht, wie sich aus § 28 EnEV 2009 und 2014 und allen anderen bauordnungsrechtlichen Vorgaben ergibt.

Die Einhaltung der nach der EnEV 2009 erhöhten Anforderungen an den Wärmeschutz kann auch nicht damit begründet werden, dass bei einer Nacherfüllung die im Zeitpunkt der Nacherfüllung geltenden anerkannten Regeln der Technik zu beachten sind, da die EnEV keine anerkannten Regeln der Technik zum Inhalt hat<sup>64</sup>, sondern erhöhte **Vorgaben für den Wärmeschutz**, die mit der verfassungsrechtlich gebotenen Zurückhaltung auf dem **politischen Gestaltungswillen** des Gesetz- und Verordnungsgebers beruht, wie bereits erörtert wurde.

#### 4.1. Stand der Technik

Dem **Stand der Technik** fehlt im Gegensatz zu den allgemein anerkannten Regeln der Technik eine langjährige Erprobung und allgemeine Anerkennung. Der Begriff **Stand der Technik** wird in einem Großkommentar<sup>65</sup> zu § 22 WEG wie folgt definiert:

Damit ist das Niveau einer **anerkannten und in der Praxis bewährten, fortschrittlichen technischen Entwicklung** gemeint, das das **Erreichen des gesetzlich vorgegebenen Ziels gesichert erscheinen lässt**, wobei auch wirtschaftliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind.

Der Begriff Stand der Technik wird im Einklang mit dieser Definition in verschiedenen Gesetzen einheitlich bestimmt, z.B. in § 3 Abs. 6 Bundes-ImmissionsschutzG und § 3 Nr. 11 WasserhaushG, § 2 Abs. 11 der GefahrstoffVO und den deutschen technischen Anleitungen zum Bundes-ImmissionsschutzG:

Entwicklungsstand **fortschrittlicher Verfahren**, Einrichtungen oder Betriebsweisen, der **die praktische Eignung einer Maßnahme** zum .... **gesichert erscheinen lässt**.

Der "Stand der Technik" ist nach h.M. fortschrittlicher und dynamischer als die "allgemein anerkannten Regeln der Technik", weil er eine schnellere Berücksichtigung des technischen Fortschritts erlaubt. Neue technische Verfahren setzen sich (relativ) langsam durch und werden - wenn überhaupt - erst am Ende dieses Prozesses allgemein anerkannt. Der "Stand der Technik" ist noch nicht hinreichend erprobt und teilweise nur Spezialisten bekannt. Durch die Bezugnahme auf den "Stand der Technik" wird ausdrücklich **auf** eine solche **Anerkennung verzichtet**, sodass eine Zeitverkürzung zwischen technischer Neuentwicklung und ihrer

---

<sup>64</sup> Karczewski, IBR 2006, 549, Kleine-Möller/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, 3. Aufl. 2005, § 12 Rz. 250; ausführlich oben 2.3.1.

<sup>65</sup> Engelhardt in Münchener Kommentar BGB | WEG § 22 Rn. 35 | 5. Auflage 2009

Anwendbarkeit eintritt. Dementsprechend können DIN-Normen, die eine (allgemein) anerkannte Auffassung der technischen Fachleute zum Zeitpunkt ihres Erscheinens wiedergeben, den dynamischen und auf eine allgemeine Anerkennung bewusst verzichtenden Standard „Stand der Technik“ nicht konkretisieren<sup>66</sup>. Der Stand der Technik stellt gegenüber den anerkannten Regeln der Technik einen höheren, fortschrittlicheren oder moderneren Qualitätsstandard dar<sup>67</sup>.

Wenn die Soll-Beschaffenheit einer Bauleistung dem „Stand der Technik“ entsprechen soll, bedarf das im Gegensatz zu der Berücksichtigung der „anerkannten Regeln der Technik“ üblicherweise einer ausdrücklichen Vereinbarung. Für deren Einhaltung hat der Unternehmer grundsätzlich nur kraft einer besonderen Vereinbarung einzustehen<sup>68</sup>.

#### 4.2.1. Sonderkonstruktionen

Sonderkonstruktionen können **fortschrittliche, innovative oder praktikable Lösungen** darstellen, die aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen sinnvoll und sachgerecht erscheinen. Soweit sie nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechen, muss der Auftraggeber über die Vor- und Nachteile aufgeklärt werden und sich ausdrücklich mit dieser Ausführung einverstanden erklären.

#### 4.2.2. Herstellerangaben zu Sonderkonstruktion – OLG München 22.2.2011<sup>69</sup>

##### Leitsätze

1. Ein Architekt darf in seiner Planung **nur eine Konstruktion** vorsehen, von der er **völlig sicher** ist, dass sie den an sie zu stellenden Anforderungen genügt. Er handelt schuldhaft, wenn er sich bei vorhandenen Zweifeln nicht vergewissert, dass der von ihm zu verfolgte Zweck auch zu erreichen ist. Dies gilt für die ursprüngliche Planung, aber auch für spätere Planungsänderungen.
2. Dabei darf ein Architekt die Konstruktion eines Fachunternehmens übernehmen, dessen Spezialkenntnisse den seinen überlegen sind und die von ihm auch nicht ohne weiteres erwartet werden können.
3. Einen Architekten trifft jedenfalls dann kein Verschulden, wenn er sich zur Lösung einer bestimmten Spezialaufgabe an ein Unternehmen wendet, das sich hierauf besonders eingerichtet hat und wenn für ihn kein triftiger Grund besteht, den Spezialkenntnissen und Erfahrungen dieses Unternehmens zu misstrauen.

Erhält der Architekt vom Dachziegelhersteller eine Garantieerklärung, dass die Wasserdichtigkeit des Daches auch bei einer den Dachdecker-Fachregeln widersprechenden Dachneigung von 15

<sup>66</sup> Seibel, ZfBR 2006, 523.

<sup>67</sup> Bayerlein, Praxishandbuch Sachverständigenrecht, § 16, Rdnr. 22 bzw. S. 335

<sup>68</sup> Leupertz/ Hettler, Der Bausachverständige vor Gericht, Rd. 98.

<sup>69</sup> OLG München, Urteil vom 22.02.2011 - 13 U 4056/10, IBR 2011, 595

Grad gewährleistet ist, braucht er diese Auskunft nicht durch die Hinzuziehung eines Sachverständigen zu überprüfen.

### **Sachverhalt**

In einer Ausschreibung war hinsichtlich eines Daches weder ein regensicheres noch ein wasserdichtes Unterdach vorgesehen. In der Folgezeit kamen Bedenken auf, ob dies ausreichend sei. Daraufhin fragte der Bauleiter G. beim Hersteller der vorgesehenen Dachziegel, der Firma M. GmbH & Co, hinsichtlich des erforderlichen Unterbaus und der Regeldachneigung für diese Ziegel an. Diese antwortete, die regensichere Mindestdachneigung für die vorgesehenen Ziegel betrage 15 Grad. Hierfür werde entgegen den Dachdecker-Fachregeln eine Garantie übernommen.

Die Firma Sch. meldete gegenüber dem Auftraggeber schriftlich Bedenken gegen den geplanten Dachaufbau entgegen der Dachdeckerrichtlinien an und bat um Bestätigung des von ihr beschriebenen Dachaufbaus. Der Bauleiter G wandte sich daraufhin erneut an die Firma M. und folgende an den Auftraggeber gerichtete Antwort:

Wir garantieren Ihnen für den Megaton Falzziegel eine Mindestdachneigung von 15 Grad, entgegen den Dachdecker-Fachregeln, die sowohl den einfach verfalzten als auch den doppelverfalzten (Megatonfalzziegel) Doppelmuldenfalzziegel in die 30 Grad-Gruppe einstuft. Diese Regeldachneigung geben wird daher für unsere Megaton-Serie nicht an.

Als regensicher gilt eine Dachdeckung, die unter Beachtung der anerkannten Regeln der Bautechnik so ausgeführt ist, dass der Regen vom First zur Traufe geleitet wird, ohne unter normalen Witterungsverhältnissen auf diesem Wege in das Innere des Bauwerks einzudringen.

Eine Wasserdichtigkeit dieser Deckungen ist allein schon aus den konstruktiven Verarbeitungsmöglichkeiten heraus nicht herzustellen. Die Sicherheit gegen das Eindringen von Wasser kann durch stehendes Wasser, über Eisbarrieren oder Rückstau, unter starkem Winddruck entgegen der natürlichen Fließrichtung des Wassers, der Erscheinung, dass Wasser auch bergan läuft, beeinträchtigt werden.

Auch die Forderung nach Staub- und Schneedichte kann selbst die beste und solideste regensichere Dachdeckung nicht erfüllen. In diesem Falle ist es erforderlich, höherwertige Zusatzmaßnahmen bezüglich des Unterdaches zu ergreifen.

Aus langjähriger Erfahrung können wir sagen, dass bei dem besichtigten Bauvorhaben eine Schalung mit einer verschweißten oder verklebten Unterdeckung (z. B. Bauder TOP UDS oder Bauder TOP DIFUBIT NSK) i. V. m. Bauder Nageldichtstreifen, ausreichend ist. Sollten sich hierzu noch Fragen ergeben, steht Ihnen Herr Z. jederzeit telefonisch zur Verfügung.

Die Firma Sch. führte sodann den Dachaufbau wie vorgeschlagen aus. Die Klägerin rügte mehrfache Feuchtigkeitsdurchtritte am Dach und nahm den Architekt auf Schadensersatz in Anspruch.

### **Stellungnahme**

Die Firma Sch. haftet aufgrund ihres Bedenkenhinweises nicht für die Mängel.

Bezüglich des Architekten geht das OLG München zutreffend davon aus, dass ein Architekt nach der Rechtsprechung des BGH in seiner **Planung nur eine Konstruktion** vorsehen darf, von der er **völlig sicher ist, dass sie den an sie zu stellenden Anforderungen genügt**. Er würde schuldhaft handeln, wenn er darüber Zweifel hegen müsste und sich dennoch nicht vergewisserte, ob der von ihm verfolgte Zweck auch zu erreichen ist. Dies gilt für die ursprüngliche Planung, aber auch für spätere Planungsänderungen<sup>70</sup>.

Zutreffend ist auch, dass ein **Architekt die Konstruktion eines Fachunternehmens übernehmen** darf, dessen **Spezialkenntnisse den seinen überlegen** sind und die von ihm auch nicht ohne weiteres erwartet können. Ihn trifft jedenfalls dann kein Verschulden, wenn er sich zur Lösung einer bestimmten Spezialaufgabe an ein Unternehmen wendet, das sich hierauf besonders eingerichtet hat und wenn für ihn kein triftiger Grund besteht, den Spezialkenntnissen und Erfahrungen dieses Unternehmens zu misstrauen<sup>71</sup>.

Das OLG Hamm hätte die entscheidende Frage, ob der Architekt sich auch ohne die **Vereinbarung eines Haftungsausschlusses** mit dem Auftraggeber über die anerkannten Regeln der Technik hinwegsetzen und auf die vollmundigen Angaben eines Herstellers vertrauen darf, wohl anders entschieden.

Hintergrund der Entscheidung des OLG München dürfte seine zutreffende Annahme sein, dass zwischen dem **Auftraggeber und dem Hersteller** durch die Anfrage ein **Beratervertrag** zustande gekommen ist, der die Haftung des Herstellers gegenüber dem Auftraggeber begründet.

## **B. Aufklärungs- und Beratungspflicht, Prüf- und Bedenkenhinweispflicht**

Die Terminologie bezüglich der Pflichten des Auftragnehmers ist nicht immer einheitlich mit der Folge, dass auch deren Voraussetzungen häufig miteinander vermengt werden. Unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Bedeutung bietet sich folgende Differenzierung an:

- **Aufklärungs- und Beratungspflicht** des Auftragnehmers, der (auch) die Planung des Werks übernommen hat,
- **Prüf- und Bedenkenhinweispflicht** des Auftragnehmers, dem der Auftraggeber eine verbindliche Planung, Baustoffe, Vorleistungen anderer Unternehmer vorgegeben hat,
- **vertraglichen Nebenpflicht gem. § 241 Abs. 2**, die sich nicht auf die Herstellung des vom Auftragnehmer geschuldeten Werks beziehen.

### **1.1. Aufklärungs- und Beratungspflicht**

Der Auftragnehmer (Planer und/oder Unternehmer) schuldet dem Auftraggeber ein Werk, das

- **zweckentsprechend und nachhaltig funktionstauglich** ist,

<sup>70</sup> BGH, Urt. v. 29.06.1981 - VII ZR 284/80, BauR 1981, 479, 481, NJW 1981, 2243

<sup>71</sup> BGH, Urt. v. 30.10.1975 VII ZR 309/74, BauR 1976, 66,68.

- diejenigen **Qualitäts- und Komfortstandards** erfüllt, die vergleichbare zeitgleich erstellte Bauwerke erfüllen,
- einen übermäßigen, nicht erforderlichen Aufwand vermeidet und
- den anerkannten Regeln der Technik entspricht.

Die Wünsche und Vorstellungen des Auftraggebers entsprechen diesen Anforderungen häufig nicht. Insoweit greift die **Aufklärungs- und Beratungspflicht** des Auftragnehmers ein, der das Werk nicht nur herstellt, sondern zugleich die Planung übernimmt. Die Aufklärungs- und Beratungspflicht ist also Grundlage einer Beschaffenheitsvereinbarung, die die o.g. Voraussetzungen erfüllt. Sie ist deshalb untrennbar mit der Herstellung eines mangelfreien Werks verbunden und damit selbst eine **erfolgsbezogene Leistungspflicht i.S.d. § 631 BGB**, d.h. der Herstellungsverpflichtung. Der Auftragnehmer muss sie bereits bei den Vertragsverhandlungen vor dem Vertragsschluss erfüllen. Nach dem Vertragsschluss muss er sie ebenfalls erfüllen, wenn ihm Umstände bewusst werden, die einen Mangel begründen könnten. Das hat zur Folge, dass ein Mangel des Werks, der auf einer unzureichenden Aufklärung und Beratung beruht,

- ohne ein Verschulden des Auftragnehmers Mängelansprüche gem. §§ 633, 634 BGB begründet und
- dem Unternehmer eine Frist zur Beseitigung der durch die Pflichtverletzung verursachten Mängel gesetzt werden muss (Nacherfüllung).

Die unten noch zu erörternde Verletzung einer **vertraglichen Nebenpflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB** betrifft nicht die Herstellungsverpflichtung des Auftragnehmers und führt deshalb nicht zu einem Mangel des Werks, sondern zu einem Schaden am sonstigen Vermögen des Auftraggebers.

## **1.2. Wünsche und Vorstellungen des Auftraggebers sind keine verbindlichen Vorgaben**

Bevor die Parteien eine bestimmte Beschaffenheit des Werks vereinbaren, finden regelmäßig Vertragsverhandlungen zwischen ihnen statt. Die bei dieser Gelegenheit geäußerten **Vorstellungen und Wünsche** des Auftraggebers muss der Auftragnehmer grundsätzlich als eine an ihn als Fachmann gerichtete **Frage** auffassen, ob und wie ein **zweckentsprechendes und funktionstaugliches Werk** hergestellt werden kann, das diesen Vorstellungen entspricht oder möglichst nahe kommt. Das Werk muss ungeachtet der vom Auftraggeber **nachhaltig zum Ausdruck gebrachten Vorstellungen** und der Beschaffenheitsvereinbarung, die diesen Vorstellungen entspricht, alle unter A.1. und A.2. dargestellten Auslegungskriterien erfüllen, also **zweckentsprechend und nachhaltig funktionstauglich** sein, den üblichen **Qualitäts- und Komfortstandards** entsprechen und einen nicht erforderlichen Aufwand vermeiden sowie den **anerkannten Regeln der Technik** entsprechen. Die vom Auftraggeber ausdrücklich genannten Wünsche und Vorstellungen sind deshalb zunächst **unverbindlich**, auch wenn der Auftraggeber sie mit Nachdruck vertritt. Eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung, die das nicht berücksichtigt und deshalb dem stillschweigend zum Ausdruck gekommenen Interesse des Auftraggebers nicht entspricht, ist letztlich nicht maßgebend und ändert nichts daran, dass das **Werk** als **mangelhaft** bewertet wird.

Die Erklärungen des Auftraggebers und die Erläuterung seiner Wünsche stellen also lediglich unverbindliche **Diskussionsgrundlagen** dar und **keine verbindlichen Vorgaben** i.S.d. § 13 Abs. 3 VOB/B<sup>72</sup>. Liegen diese nicht vor, reicht ein **Bedenkenhinweis** gegen die vom Auftraggeber gewünschte Herstellungsweise nicht aus, um die Haftung des Auftragnehmers für die Mängel auszuschließen, die durch die Berücksichtigung der entsprechenden Wünsche verursacht worden sind. Wenn der **Auftraggeber beratungsresistent** ist, d.h. nicht auf die **Aufklärung und Beratung des Auftragnehmers** hören will, muss der Auftragnehmer mit ihm in einer nachweisbaren Weise einen **Haftungsausschluss**<sup>73</sup> vereinbaren. Diesen Haftungsausschluss muss der Auftragnehmer beweisen. Solch eine Vereinbarung führt dem Auftraggeber nachhaltig die **Bedeutung** und den **Ernst** der **Aufklärung** und **Beratung** des Auftragnehmers vor Augen.

Beim Bauen im Bestand stellt das **vorhandene Bauwerk keinen** vom Auftraggeber „**vorgeschriebenen Stoff, kein geliefertes Bauteil** oder die Vorleistung eines anderen Unternehmers“ i.S.d. § 13 Abs. 3 VOB/B dar. Diese Voraussetzung ist nur erfüllt, wenn der Vor- und der Nachunternehmer gewissermaßen arbeitsteilig ein bestimmtes Bauwerk herstellen, so dass sich der Nachunternehmer in einem eingeschränkten Umfang darauf verlassen darf, dass die Leistung des Vorunternehmers dazu geeignet ist, die Nachunternehmerleistung darauf aufzubauen. Das setzt eine verbindliche Planung eines Architekten oder Sonderfachmanns voraus, oder eine Vorleistung eines anderen Unternehmers, die ebenfalls auf die Herbeiführung des vom Auftragnehmer geschuldeten Erfolgs ausgerichtet waren.

### 1.3. OLG Rostock Urt. v. 11.06.2009 – 3 U 213/08<sup>74</sup>

Der Auftraggeber beauftragte im Rahmen des Umbaus einer älteren Werkhalle einen Unternehmer mit dem Einbau eines Falttor, das rund 3 t wog. In dem Giebel über der Öffnung für das Falttor waren zuvor Stützen entfernt und ein Querträger eingezogen worden. Der Auftragnehmer prüfte die Statik nicht, „weil er das nie mache“.

Der Träger verdrillte, die Falttoranlage war schwergängig und die Gummis sowie Bürstenschienen verformten sich. Ursache war die unzureichende Tragkraft des Trägers.

Die Werkleistung ist mangelhaft, weil sie nicht funktionstauglich ist. Wäre an dem Träger nichts verändert worden, würde es sich um eine Baumaßnahme im Bestand handeln, bei dem jeder Unternehmer die Pflicht hat, den Bestand zu **untersuchen**, um zu klären, ob und wie er seine Werkleistung in einer funktionstauglichen Weise den vorhandenen Bestand integrieren kann. Der Bestand ist kein „**vorgeschriebener Stoff und kein geliefertes Bauteil**“. Die **Untersuchungs-, Aufklärungs- und Beratungspflicht** beim Bauen im Bestand muss jeder Auftragnehmer unabhängig davon erfüllen, ob er über entsprechendes Spezialwissen über die notwendigen Voraussetzungen für die Montage derartiger Toranlagen verfügt.

<sup>72</sup> Vgl. zu den **verbindlichen Vorgaben** i.S.d. § 13 Abs. 3 VOB/B unten 2.2.

<sup>73</sup> Zur Vereinbarung eines Haftungsausschlusses s.u. 1.6.

<sup>74</sup> OLG Rostock, Urt. v. 11.06.2009 – 3 U 213/08, NZBau 2010, 110 ff



Steht die Arbeit eines Werkunternehmers dagegen in einem **engem Zusammenhang** mit der **Vorarbeit** eines anderen Unternehmers oder ist sie auf Grund **dessen Planung** auszuführen<sup>75</sup>, muss er **prüfen** und gegebenenfalls auch **geeignete Erkundigungen** einziehen, ob diese Vorarbeiten, Stoffe oder Bauteile eine geeignete Grundlage für sein Werk bieten und keine Eigenschaften besitzen, die den Erfolg seiner Arbeit in Frage stellen können (**Prüf- und Bedenkenhinweispflicht**). Diese ist auf das Fachwissen und zumutbare Nachforschungen beschränkt.

Die Klägerin traf die Pflicht, den Träger, an welchen sie ihr Tor montieren wollte, dahin zu untersuchen, ob er auf Grund seiner Dimensionierung, Fertigung und Montage geeignet ist, das von ihr gefertigte und zu montierende Tor zu tragen. Diese Verpflichtung ergibt sich nicht nur aus dem Umstand, dass es sich bei der Klägerin um ein Fachunternehmen handelt, welches über entsprechendes Spezialwissen über die notwendigen Voraussetzungen für die Montage derartiger Toranlagen verfügt. Zu beachten ist auch, dass es sich um eine Toranlage von beachtlicher Höhe und Breite mit immerhin einem Gewicht von ca. 3 t handelte.

#### **1.4. Mangel als Folge der Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzung**

**Grundlage der Haftung** ist bei einer **Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzung** **der Mangel des Werks**, die **Abweichung der Ist-Beschaffenheit** von der ausdrücklich und stillschweigend vereinbarten **Soll-Beschaffenheit**.

Ein Verschulden des Auftragnehmers ist keine Voraussetzung seiner Erfolgshaftung. Er schuldet die Herstellung eines mangelfreien Werks, also einen Erfolg. Seine Haftung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass er die Umstände nicht kannte, die zu einem Mangel des Werks geführt haben. Es entlastet ihn nicht, dass

- die Herstellung des Werks ein Fachwissen voraussetzt, das der Auftragnehmer nicht hat,
- der vorhandene Bestand überraschender Weise atypische Besonderheiten aufweist,
- das Werk im Zeitpunkt der Herstellung den anerkannten Regeln der Technik entsprach, wenn sich nachträglich herausgestellt hat, dass diese fehlerhaft waren.

Regelt eine technische Norm ein Verfahren oder eine Herstellungsweise, die objektiv nicht dazu geeignet ist, ein zweckentsprechendes funktionstaugliches Werk herzustellen, dann ist solch ein Werk nicht deshalb mangelfrei, weil es der technischen Norm entspricht, sondern die technische Norm ist falsch. Das hat der BGH<sup>76</sup> beispielsweise bezüglich eines **Wärmedämmschutzsystems** angenommen, das im Zeitpunkt der Herstellung in Fachkreisen allgemein anerkannt war, das sich nachträglich aber als untauglich herausgestellt hat. Ebenso hat das OLG Frankfurt in dem bekannten Fall der Blasbach-Talbrücke<sup>77</sup> entschieden, dass eine Brücke, die einsturzgefährdet ist, mangelhaft ist. Die „Anerkennung“ der Technik durch den DIN- Normenausschuss vermag die Einsturzgefahr der Brücke nicht zu verhindern, zu beseitigen oder sonst zu ändern.

---

<sup>75</sup> BGH, Urt. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05 - Blockheizkraftwerk, vgl. Fn. 84

<sup>76</sup> BGH, Putzsystem 1-Urteil vom 17. Mai 1984- VII ZR 169/82, BauR 1984, 510

<sup>77</sup> OLG Frankfurt, NJW 1983, 456 = BauR 1983, 156.

Allerdings wird der **Planer in der Regel** nicht auf Nacherfüllung (Beseitigung der Mängel seiner Planung) gem. §§ 633, 634 Nr. 1 BGB in Anspruch genommen, sondern auf Ersatz des Schadens gem. §§ 633, 634 Nr. 4, 280 BGB, der durch die **Ausführung seiner Planung** entstanden ist. Der **Schadensersatzanspruch gem. § 280 BGB** setzt ein **Verschulden des Planers** voraus, das er widerlegen kann, wenn das Werk im Zeitpunkt der Herstellung den anerkannten Regeln der Technik entsprach.

Wenn der **Auftragnehmer** das Werk auf der Grundlage einer Planung des vom Auftraggeber beauftragten Planers herstellen soll, dürfte das eine **verbindliche Vorgabe des Auftraggeber** sein, die lediglich zu einer Prüf- und Bedenkenhinweispflicht des Auftragnehmer führt. Er haftet in solch einem Fall nur dann, wenn er aufgrund des **von ihm zu erwartenden Fachwissens** wusste oder wissen musste, dass die anerkannten Regeln der Technik inzwischen überholt und nicht mehr anzuwenden sind. Die Haftung des Unternehmers kann deshalb völlig ausgeschlossen sein, wenn sein Werk einer ihm verbindlich vorgegebenen Planung beruhte, die auf fehlerhaften anerkannten Regeln der Technik beruhte.

### **1.5. Verletzung der Aufklärungs- und Beratungspflicht - uneingeschränkte Erfolgshaftung**

Der Unternehmer ist ohne Rücksicht auf die ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung für die Herbeiführung dieses von ihm geschuldeten Erfolges allein verantwortlich.

Deshalb muss der Auftragnehmer die Grenzen seines Fachwissens kennen und den Auftraggeber über diese informieren. Beim Bauen im Bestand muss er alle Umstände untersuchen und aufklären, die dem von ihm geschuldeten Erfolgseintritt entgegenstehen könnten.

Aufgrund seiner **Aufklärungs- und Beratungspflicht** muss der Planer bzw. Unternehmer

- den Auftraggeber darüber aufklären, wie weit sein **Fachwissen** reicht,
- ob die **Hinzuziehung eines Sonderfachmanns** erforderlich oder zweckmäßig erscheint,
- welche Untersuchungen beim Bauen im Bestand zum Ausschluss jeglicher Restrisiken erforderlich sind und welche zu deren Begrenzung wirtschaftlich sinnvoll sind,
- welche vorsorglichen Sicherheitsmaßnahmen geboten sein könnten.

Das Risiko eines Fehlschlags trägt der Auftragnehmer, wenn er seine **Haftung** nicht **wirksam ausgeschlossen** hat. Allerdings hat Kniffka bei einer Erörterung der Problematik mit dem Verfasser angedeutet, dass ein Auftraggeber, der beim Bauen im Bestand auf die Hinzuziehung eines Planers verzichtet, die Untersuchung völlig atypischer Umstände von einem Unternehmer nicht erwarten könne. Insoweit kommt eine praxisgerechte Einschränkung der Untersuchungspflichten des Unternehmers in Betracht, die unter Berücksichtigung seiner Erfolgshaftung aber auf Ausnahmefälle zu beschränken ist. Die Gerichte werden im Zweifel davon ausgehen, dass der Unternehmer die Erforderlichkeit der Hinzuziehung eines Planers besser beurteilen kann als der Auftraggeber und er diesen deshalb entsprechend aufklären muss.

## 1.6. Haftungsausschluss

Der Unternehmer kann seine Haftung für Risiken, die mit einer bestimmten Bauweise, der Verwendung des Baustoffs oder einer eingeschränkten Untersuchung der örtlichen Gegebenheiten verbunden sind, nur durch eine

**zum Haftungsausschluss führende, rechtsgeschäftliche Risikoübernahme des Auftraggebers** vermeiden. Das setzt voraus, dass der Unternehmer den Besteller vor der Ausführung der Leistung über das **bestehende Risiko** aufgeklärt hat, dass die gewünschte Ausführung der Leistung zu einem näher erläuterten Mangel führen kann und der Besteller sich gleichwohl mit der **Übernahme des Risikos rechtsgeschäftlich einverstanden erklärt**<sup>78</sup>. Solch eine Risikoübernahme kommt insbesondere beim Bauen im Bestand, z.B. einer Altbausanierung, in Betracht, wenn die Untersuchung des Bestandes aus wirtschaftlichen Erwägungen begrenzt werden soll.

## 2. Prüf- und Bedenkenhinweispflicht

### 2.1. Mängel aufgrund verbindlicher Vorgaben oder Vorleistungen

Der Auftragnehmer (Planer und/oder Unternehmer) schuldet auch dann gem. §§ 633, 634 Nr. 1 BGB bzw. § 13 VOB/B ein **zweckentsprechendes** und nachhaltig **funktionstaugliches Werk**, wenn ihm vom Auftraggeber eine **verbindliche Planung vorgegeben**<sup>79</sup> worden ist, die **Verwendung bestimmter Stoffe oder Bauteile verbindlich vorgeschrieben** wurde oder wenn die **Vorleistungen anderer Unternehmer Auswirkungen auf sein Werk** hat.

Die **Haftung des Planers bzw. Unternehmers** gründet sich auch in diesem Fall auf den **Mangel des Werks**, also die Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der stillschweigend vereinbarten Soll-Beschaffenheit. Das Werk muss ungeachtet der **verbindlichen Vorgaben** des Auftraggebers alle unter A.1. und A.2. dargestellten Auslegungskriterien erfüllen, also **zweckentsprechend** und **nachhaltig funktionstauglich** sein, den üblichen **Qualitäts- und Komfortstandards** entsprechen und einen nicht erforderlichen Aufwand vermeiden sowie den **anerkannten Regeln der Technik** entsprechen.

### 2.2. Verbindliche Vorgaben oder Vorleistungen i.S.d. § 13 Abs. 3 VOB/B

**Verbindliche Vorgaben oder Anordnungen des Auftraggebers** i.S.d. § 13 Abs. 3 VOB/B, die zu einer Haftungsprivilegierung des Auftragnehmers führen, sind nur dann anzunehmen, wenn der Bauherr **darauf besteht**, dass eine Baumaßnahme in einer ganz bestimmten Weise bzw. mit einem ganz bestimmten Stoff auszuführen ist, **ohne dass der Auftragnehmer eine Wahl oder Auswahlmöglichkeit hat**. Die Anordnung muss also zwingend zu beachten sein und **dem Auftragnehmer keine andere Wahl lassen**<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> BGH, Urt. v. 29.09.2011 - VII ZR 87/11 (Vermessung eines Dükers); Urt. v. 10. Februar 2011 –VII ZR 8/10, BauR 2011, 869, 871 = NZBau 2011, 360= ZfBR 2011, 454 (Notwendige Nachbarzustimmung) Kniffka/Koebler 6. Teil, Rn. 25, 36.

<sup>79</sup> BGH, Urt. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05 – Blockheizkraftwerk, vgl. Fn.2

<sup>80</sup> BGH Urteil vom 17.5.1984 - VII ZR 169 /82 = BGHZ 91, 206, 214 = BauR 1984, 510 = NJW 1984 24 57; Kniffka/Koebler, 6. Teil, Rdnr. 49

Das gilt in gleicher Weise, wenn sich der Bauherr eigenverantwortlich darüber informiert hat, ob ein bestimmtes Bauteil für ein Bauwerk geeignet ist und dessen **Verwendung deshalb dem Unternehmer vorschreibt**.

Das ist dagegen nicht der Fall, wenn der Unternehmer entscheidenden Einfluss auf die Vorgaben des Auftraggebers und die Details der Beschaffenheitsvereinbarung genommen hat. Eine bindende Anordnung liegt deshalb nicht vor, wenn der Auftraggeber einen bestimmten Baustoff nur vorschlägt oder mit der vom Unternehmer vorgeschlagenen oder beabsichtigten Verwendung durch den Unternehmer lediglich einverstanden ist<sup>81</sup>.

Die Grenze eines nachhaltig vorgetragenen Wunsches, bei dem geäußerte Bedenken nicht zu einer Haftungsbefreiung führen zur verbindlichen Vorgabe des Auftraggebers, die dem Auftragnehmer **keine Wahl mehr lässt**, so dass geäußerte Bedenken zu einer Haftungsbefreiung führen können, ist fließend. Im Zweifel wird gegen den Auftragnehmer entschieden, weil das Werk zweifelsfrei mangelhaft ist und der Auftragnehmer die Voraussetzungen des Ausschlusses seiner Haftung beweisen muss.

### 2.3.1. Erfüllung der Prüf- und Bedenkenhinweispflicht - Haftungsausschluss

Um einen Mangel zu vermeiden und den von ihm geschuldeten Erfolg zu erreichen, trifft den Auftragnehmer eine **Prüf- und Bedenkenhinweispflicht**, deren Umfang im Gegensatz zu der Aufklärungs- und Beratungspflicht durch

- das **von dem Unternehmer zu erwartende Fachwissen** und die
- **Zumutbarkeit von Erkundigungen, Nachforschungen und Untersuchungen begrenzt** ist.

Die Prüf- und Bedenkenhinweispflicht ist eine **erfolgsbezogene Leistungspflicht und Teil der Herstellungsverpflichtung**, also **keine vertragliche Nebenpflicht** deren Verletzung ein Verschulden voraussetzen würde. Die **Haftung des Unternehmers** wird durch den **Mangel des Werks** begründet und nicht durch die Verletzung der Prüf- und Bedenkenhinweispflicht.

Kommt der Unternehmer seiner **Prüf- und Hinweispflicht in dem ihm zumutbaren Umfang nach, wird er von seiner Mängelhaftung befreit**. Die § 13 Abs. 1 VOB/B und §§ 633, 634 BGB begründen zwar eine **Erfolgshaftung des Unternehmers**, diese wird aber beim VOB/B-Vertrag durch die Erfüllung der Prüf- und Hinweispflicht gem. §§ 13 Abs. 3, 4 Abs. 3 VOB/B ausgeschlossen und beim BGB-Werkvertrag nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB<sup>82</sup>. Wenn Leistungen anderer Unternehmer oder von Planern im Rahmen der **arbeitsteiligen Herstellung des Werks** auf den herzustellenden Erfolg ausgerichtet sind, erscheint es vertretbar, den Unternehmer nur für solche Mängel, die durch die Vorunternehmerleistung verursacht worden sind, haften zu lassen, die er bei einer zumutbaren Prüfung hätte erkennen können. Das musste der BGH in letzter Zeit wiederholt betonen, weil diese Rechtsfolge immer wieder verkannt wird.

<sup>81</sup> BGH Urteil vom 12.5.2005 - VII ZR 45/04, BauR 2005, 1314 = NZBau 2005, 456; Kniffka/Koebler, 6. Teil, Rdnr. 49

<sup>82</sup> BGH, Urt. v. 23.10.1986 – VII ZR 48/85, NJW 1986, 643

### 2.3.2. Blockheizkraftwerk-Entscheidung vom 8.11.2007

In der **Blockheizkraftwerk-Entscheidung** vom 8.11.2007<sup>83</sup> heißt es:

Der **Auftragnehmer haftet demnach trotz eines Mangels seiner Leistung nicht**, wenn er **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 unverzüglich - möglichst schon vor Beginn der Arbeiten - **schriftlich mitgeteilt hat**<sup>84</sup>.

In dem Urteil vom 10. Februar 2011<sup>85</sup> heißt es bezüglich der mangels einer notwendigen Nachbarzustimmung zur Unterschreitung des Grenzabstands nicht genehmigungsfähigen und deshalb mangelhaften Planung eines Architekten:

Trotz **Mangelhaftigkeit der Architektenleistung** tritt eine **Haftungsbefreiung des Architekten** ein, wenn ihm eine **bindende Vorgabe des Auftraggebers für die Planung** gemacht worden ist, er seiner **Bedenkenhinweispflicht** ordnungsgemäß nachgekommen ist und aus dem Verhalten des Auftraggebers der Schluss gezogen werden durfte, dieser wolle die Fortführung der aus Sicht des Architekten bedenklichen Leistung.

Im Urteil v. 29.09.2011<sup>86</sup> hat der BGH seine Rechtsprechung wie folgt zusammengefasst:

Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein Unternehmer dann **nicht für den Mangel seines Werks verantwortlich**, wenn dieser auf **verbindliche Vorgaben des Bestellers** zurückzuführen ist und der Unternehmer seine **Prüf- und Bedenkenhinweispflicht** erfüllt hat<sup>87</sup>. Das gilt auch in den Fällen, in denen die Parteien eine bestimmte Funktion des Werkes voraussetzen oder vereinbaren, die Befolgung der **bindenden Anordnungen** des Bestellers zur Ausführungsweise jedoch dazu führt, dass diese Funktion nicht erfüllt wird.

Der **Unternehmer haftet nicht für die fehlende Funktionstauglichkeit des Werkes**, wenn er den **Besteller auf die Bedenken gegen eine solche Anordnung hingewiesen** hat und dieser **auf der untauglichen Ausführung besteht**.

Die Darlegungs- und Beweislast für alle Umstände, die dazu führen, dass der Unternehmer von der Mängelhaftung befreit ist, trägt der Unternehmer<sup>88</sup>. Er muss die Voraussetzungen des Ausschlusses seiner Haftung darlegen und beweisen. Deshalb muss er vortragen und beweisen, dass die Verfehlung der Zweck- und Funktionstauglichkeit des Werkes auf bindende Anordnungen des Bestellers zurückzuführen ist und er seiner Prüf- und Hinweispflicht nachgekommen ist.

---

<sup>83</sup> BGH, Urt. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110 = BauR 2008, 344 = NZBau 2008, 109

<sup>84</sup> BGH, Urt. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05, (Blockheizkraftwerk), BGHZ 174, 110 = BauR 2008, 344 = NJW 2008, 511 = NZBau 2008, 109 = NZM 2008, 94 = MDR 2008, 200 = WM 2008, 459 = ZfBR 2008, 168; ZIP 2008, 273

<sup>85</sup> Urteil vom 10.02.2011 – VII ZR 8/10 – nicht genehm.fähige Planung, BauR 2011, 869, 871 = NZBau 2011, 360

<sup>86</sup> Urteil v. 29.09.2011 - VII ZR 87/11 - Dücker Vermessung; IBR 2011, 694, 2011 = NZBau 2011, 746.

<sup>87</sup> BGH, Urt. v. 8.11.2007 – VII ZR 183/05, (Blockheizkraftwerk), vgl. Fn. 2; Urt. v. 10.02.2011 – VII ZR 8/10, vgl. Fn. 85

<sup>88</sup> BGH, Urt. v. 8.11.2007 – VII ZR 183/05, (Blockheizkraftwerk), vgl. Fn. 2, Rdnr. 26.

### 2.3. Umfang der Prüf- und Bedenkenhinweispflicht

Während sich die Beratungs- und Aufklärungspflicht des Auftragnehmers ohne jede Einschränkung auf alle Umstände bezieht, die für die mangelfreie Herstellung eines nachhaltig funktions-tauglichen Werks relevant sind, ist die Prüf- und Hinweispflicht im Rahmen des arbeitsteiligen Zusammenwirkens auf **zumutbare Maßnahmen** beschränkt<sup>89</sup>:

... Was hiernach zu fordern ist, bestimmt sich in erster Linie durch das

- **vom Unternehmer zu erwartende Fachwissen** und durch
- **alle Umstände, die für den Unternehmer bei hinreichend sorgfältiger Prüfung als bedeutsam erkennbar sind.**

Steht die Arbeit eines Werkunternehmers in engem Zusammenhang mit der Vorarbeit eines anderen Unternehmers oder ist sie auf Grund dessen Planung auszuführen,

- **muss er prüfen und ggf. auch geeignete Erkundigungen einziehen,**

ob diese Vorarbeiten, Stoffe oder Bauteile eine geeignete Grundlage für sein Werk bieten und keine Eigenschaften besitzen, die den Erfolg seiner Arbeit infrage stellen könnten. Auch wenn er den Besteller darauf hingewiesen hat, dass bestimmte Voraussetzungen für sein Werk vorliegen müssen, muss er sich grundsätzlich vergewissern, ob diese Voraussetzungen eingehalten sind. Regelmäßig kann er sich auch nicht allein deshalb darauf verlassen, dass diese Voraussetzungen vorliegen, weil er sie mit dem Vorunternehmer besprochen hat, sondern er muss dies im Rahmen des ihm Zumutbaren selbständig prüfen. ...

### 2.4. Ordnungsgemäßer Bedenkenhinweis

Der Auftragnehmer muss den **Bedenkenhinweis**

- zur rechten Zeit
- in der rechten Form
- mit der gebotenen Klarheit
- an den richtigen Adressaten richten<sup>90</sup>.

#### 2.4.1. Bedenkenhinweis zu rechten Zeit

Ein Bedenkenhinweis muss nicht vor der Auftragserteilung erfolgen, weil zu dem Zeitpunkt eine intensive Prüfung der Planung nicht zumutbar ist, sondern unverzüglich nach Feststellung der Tatsachen, die die Bedenken begründen. Die erforderliche Prüfung und Mitteilung hat spätestens vor der Aufnahme der Arbeiten zu geschehen<sup>91</sup>. Treten erst später Bedenken auf, ist der Bedenkenhinweis unverzüglich nachzuholen<sup>92</sup>.

#### 2.4.2 Bedenkenhinweis in der rechten Form

Bei der Frage, in welcher Form der Bedenkenhinweis zu erfolgen hat, ist zwischen dem BGB- und dem VOB/B-Werkvertrag zu unterscheiden.

<sup>89</sup> BGH, Urt. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05, BauR 2008, 344, 349 (Blockheizkraftwerk), vgl. Fn. 2

<sup>90</sup> In Anlehnung an Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 6. Teil, Rz. 47.

<sup>91</sup> Kapellmann/Messerschmidt-Merkens, VOB, 3. Aufl., § 4 VOB/B, Rz. 96.

<sup>92</sup> OLG Köln, Urt. v. 19.07.2006 - 11 U 139/05, BauR 2007, 887 ff..

#### **2.4.2.1. Bedenkenhinweis bei einem VOB-Werkvertrag**

Beim VOB-Werkvertrag bestimmt § 4 Abs. 3 VOB/B, dass der Bedenkenhinweis schriftlich zu erfolgen hat. Ein mündlicher Bedenkenhinweis, der die Bedenken klar und deutlich benannt hat, entlastet den Auftragnehmer nur teilweise. Der Auftraggeber muss sich ein Mitverschulden gem. §§ 254, 278 BGB zurechnen lassen<sup>93</sup>. Im Ergebnis läuft dies auf eine Quotelung der Haftung hinaus. Beachtet der Auftraggeber in ganz krassen Fällen den mündlichen Bedenkenhinweis nicht, kann das zu einer vollständigen Haftungsbefreiung des Auftragnehmers führen<sup>94</sup>.

#### **2.4.2.2 Bedenkenhinweis bei einem BGB-Werkvertrag**

Ein ordnungsgemäßer Bedenkenhinweis bedarf bei einem BGB Vertrag keiner besonderen Form. Er kann also auch mündlich erfolgen. In der Praxis ist davor zu warnen, sich darauf zu verlassen, weil der Auftragnehmer im Streitfall darlegen und beweisen muss, dass der Bedenkenhinweis ordnungsgemäß und umfassend erfolgt ist. Beim mündlichen Bedenkenhinweis ist er darauf angewiesen, dass Zeugen ihn bei einer etwaigen Zeugenvernehmung vor Gericht auch bezüglich der erforderlichen Details bestätigen können. Insoweit kann der Auftragnehmer nicht vorhersehen, ob das Gericht dem Zeugen Glauben wird, dass alles so war, wie der Auftragnehmer es vorgetragen hat und nicht anders. Ein Zeugenbeweis ist ein sehr unsicheres Beweismittel. Der Auftragnehmer sollte schon „aus Selbstschutz“ den Bedenkenhinweis schriftlich verfassen und ihn beweissicher dem Adressaten zugehen lassen.

#### **2.4.3. Bedenkenhinweis mit der gebotenen Klarheit**

Der Bedenkenhinweis muss so eindeutig sein, dass dem Auftraggeber die Tragweite des Nichtbefolgens klar wird<sup>95</sup>. Das bedenkliche Hin und Her-Wiegen des Kopfes verbunden mit der Erklärung: „Wenn das mal gut geht!“, reicht keinesfalls.

Der Auftragnehmer muss und sollte keine Vorschläge unterbreiten, wie das Problem zu beheben ist<sup>96</sup>. Vor solch einem Vorschlag ist eher zu warnen, da er eine Planungsleistung wäre, für die der Auftragnehmer haftet, wenn sie falsch ist. Der Bedenkenhinweis richtet sich ja gegen eine verbindliche Vorgabe – in diesem Fall gegen die Planung eines Dritten, der zunächst Gelegenheit erhalten muss, seine Planung nachzubessern.

So ließ das OLG Celle einen Rohbauunternehmer haften, der bei anstehendem drückendem Wasser die Bauherrn zwar richtigerweise darauf hinwies, die vom Architekten geplante Abdichtung sei nicht ausreichend, seinerseits aber eine Art der Abdichtung vorschlug, die ebenfalls nicht ausreichend war<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> OLG Hamm, BauR 1995, 852, ebenda; Kapellmann/Messerschmidt-Merkens, VOB, 3. Aufl., § 4 VOB/B, Rz. 102 m.w.N..

<sup>94</sup> Kapellmann/Messerschmidt-Merkens, VOB, 3. Aufl., § 4 VOB/B, Rz. 102.

<sup>95</sup> BGH, Urt. v. 10.04.1975 – VII ZR 183/74, NJW 1975, 1217, ebenda; ferner etwa: OLG Hamm – 17. Senat – BauR 1995, 852, ebenda.

<sup>96</sup> Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 6 Teil, Rz. 47.

<sup>97</sup> OLG Celle BauR 2000, 1073 f.; ebenso Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 6. Teil, Rz. 47 im Anschluss an die genannte Entscheidung.

#### 2.4.4. Bedenkenhinweis an den richtigen Adressaten

Ein praktisch überaus relevantes Problem ist die Frage, an wen der Bedenkenhinweis zu richten ist. **Richtiger Adressat** ist auf jeden Fall der **Auftraggeber** oder ein von ihm Bevollmächtigter<sup>98</sup>. Ein Architekt ist grundsätzlich kein Bevollmächtigter des Auftraggebers. Die Ansicht, dass es sich bei der Empfangnahme von Bedenkenhinweisen um eine technische Angelegenheit handele, so dass der Architekt im Regelfall bevollmächtigt sei<sup>99</sup>, ist abzulehnen, wenn sich der Architekt dem Bedenkenhinweis verschließt. Der Bundesgerichtshof hat folgendes klargestellt<sup>100</sup>:

... Nach der ständigen Rechtsprechung des Senates führt der Hinweis des Bauunternehmers auf Bedenken gegen die geplante Ausführung **gegenüber dem Architekten** des Bauherrn dann **nicht zu einer Verlagerung des Mängelrisikos auf den Bauherrn**, wenn es sich um einen Fehler handelt, den der Architekt zu verantworten hat oder wenn der Architekt sich den berechtigten Einwänden des Bauunternehmers verschließt und auf der Ausführung besteht. ...

Der Bundesgerichtshof hat keinen Zweifel daran gelassen, was der Auftragnehmer zu tun hat:

... In derartigen Fällen **entfällt die Verantwortlichkeit des Bauunternehmers nur**, wenn er seine **Bedenken dem Bauherrn gegenüber äußert**. ...

#### 2.5. Undichte Kellerisolierung OLG Hamm, Beschl. v.12.10.2010 – 19 W 33/10<sup>101</sup>

Die Auftraggeber nehmen den Auftragnehmer auf Schadensersatz wegen einer unzureichenden Abdichtung des Kellers ihres Bauvorhabens in Anspruch. Der Auftragnehmer war verpflichtet das Haus zu errichten. Die Auftraggeber hatten die Abdichtung des Kellers als Eigenleistung übernommen. Es traten Feuchte- und Nässeprobleme auf. Ursache war, dass die Abdichtung dem zeitweise auftretenden drückenden Wasser nicht standhielt.

Die Haftung des Auftragnehmers für die Mängel entfällt nicht schon deshalb, weil die Auftraggeber die Kellerabdichtung als **Eigenleistung** ausgeführt haben. Eigenleistungen sind ebenso zu bewerten **wie die Leistungen anderer vom Auftraggeber beauftragter Vorunternehmer**. Wenn nach dem Vertrag bestimmte Leistungen "bauseits" zu erbringen sind, ändert das nichts an der Verpflichtung des Auftragnehmers ein funktionsfähiges Gesamtwerk herzustellen<sup>102</sup>. Das Werk ist auch dann mangelhaft, wenn es eine vereinbarte Funktion nur deshalb nicht erfüllt, weil vom Besteller gelieferte Stoffe oder Bauteile oder Vorleistungen anderer Unternehmer sowie Eigenleistungen, von denen die Funktionsfähigkeit des Werks abhängt, unzureichend sind. Bezüglich solcher Leistungen besteht im Rahmen der Herstellungsverpflichtung des Auftragnehmers eine **Prüf- und Bedenkenhinweispflicht**, deren Erfüllung zu einem Haftungsausschluss führen kann:

<sup>98</sup> So schon BGH, Urt. v. 10.04.1975 – VII ZR 183/74, NJW 1975, 1217, ebenda.

<sup>99</sup> Werner/Pastor-Pastor, Der Bauprozess, 13. Aufl., Rz. 2046.

<sup>100</sup> BGH, Urt. v. 19.12.1996 – VII ZR 309/95, BauR 1997, 301, ebenda.

<sup>101</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 12.10.2010 – 19 W 33/10, IBR 2011, 16

<sup>102</sup> BGH, Urt. v. 10.06.2010 – Xa ZR 3/07, BauR 2011, 517, 518 f..



Dem Unternehmer obliegt grundsätzlich der **Hinweis** an den Bauherrn, dass die **Ausführung von Abdichtungsarbeiten**, die der Bauherr in Eigenleistung ausführen will, **handwerkliche Fähigkeiten und Spezialkenntnisse voraussetzt**, über die jedenfalls nicht selbstverständlich jeder Laie verfügt, und bei deren Kenntnis gleichwohl handwerkliche Ausführungsfehler auftreten können.

Das OLG hat angenommen, dass der Auftragnehmer diese Hinweispflicht erfüllt hat, sie hat die Auftraggeber **mehrfach auf die Bedeutung und die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Abdichtung des Baukörpers hingewiesen**.

Wenn eine Drainage nicht eingebaut werden könne und anfallendes Wasser das Bauwerk gefährde, seien bauliche Maßnahmen in Form einer Wannenausbildung zu ergreifen.

Allein die Ausführung der von den Klägern in Auftrag gegebenen wasserdichten Fundamentplatte lasse nicht den Schluss auf einen wasserdichten Keller zu. Die vorgesehene Mauerwerkskellerabdichtung sei nicht mit einer Wannenausbildung vergleichbar.

Die senkrechte Isolierung gegen aufstauendes Sickerwasser müsse nach DIN 18195 Teil 6 Absatz 9 erfolgen. Zusätzlich sei der Einbau einer Drainage angezeigt.

Wenn eine Drainage nicht gelegt werden könne, sei es ratsam, auf die Unterkellerung des Gebäudes zu verzichten oder aber andere geeignete Maßnahmen zum Schutz des Gebäudes zu ergreifen.

Diese Hinweise des Auftragnehmers hat das OLG als ausreichend bewertet, zumal sich das Erfordernis einer fachgerechten Abdichtung des Baukörpers jedem Bauherrn ohne weiteres erschließt und die Auftraggeber im Vertrag auf mögliches Grund- und Schichtenwasser und das Erfordernis einer wasserundurchlässigen Abdichtung hingewiesen worden waren.

Allerdings hat der Bauherr ein ungeeignetes Material für die Abdichtung verwendet und diese teilweise nur bis zur Oberkante der Bodenplatte - teilweise mit Lücken von 3 cm - 4 cm aufgebracht. Insoweit habe der Auftragnehmer seine Prüf- und Bedenkenhinweispflicht verletzt.

### **3.1. Vertragliche Nebenpflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB zu Hinweisen und zur Aufklärung**

Außer der Aufklärungs- und Beratungspflicht sowie der Prüf- und Bedenkenhinweispflicht, die Teil der leistungsbezogenen Verpflichtung des Auftragnehmers zur mangelfreien Herstellung eines nachhaltig funktionstauglichen Werks sind, muss der Unternehmer die in § 241 Abs. 2 BGB geregelte Nebenpflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Auftraggebers erfüllen, um den Auftraggeber vor Schäden zu bewahren.

**§ 241 Abs. 2 BGB** lautet:

Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

### 3.2. Haftung für eine schuldhafte Pflichtverletzung der Nebenpflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB

**Bis zum bis zum Übergang der Leistungsgefahr** auf den Auftraggeber durch die Abnahme haftet der Unternehmer für jeden Mangel seines Werks, auch wenn dieser nachträglich durch einen Dritten verursacht worden ist. Er trägt bis zur Abnahme das Risiko, dass sein Werk durch einen Dritten beschädigt wird; deshalb muss er sein Werk bis zur Abnahme durch geeignete Maßnahmen schützen.

**OLG Hamm, Urte. v. 25.09.2001<sup>103</sup>** - Vom Heizungsinstallateur verursachter Estrichschaden  
Nachdem in einem Bauvorhaben eine Fußbodenheizung verlegt worden war, beauftragte der Bauherr den Estrichleger mit den Estricharbeiten. Dieser stellte einen mangelfreien Estrich her. Der Bauherr nahm ihn noch nicht ab, weil er noch nicht belegreif war. Der Heizungsinstallateur befüllte die Fußbodenheizung im Januar mit Wasser, um eine Druckprobe durchzuführen und versäumte es das Wasser wieder vollständig abzulassen. Es gefror in den Leitungen, drückte den Estrich hoch und zerstörte ihn irreparabel.

Der Estrich war anschließend zweifelsfrei mangelhaft. Da die Werkleistung vom Bauherrn noch nicht abgenommen war, trug der Estrichleger noch die Leistungsgefahr. Er musste sein Werk noch einmal erbringen, ohne einen zusätzlichen Vergütungsanspruch gegen den Bauherrn zu erlangen. Diesen traf kein Verschulden an der Entstehung des Mangels. Er musste sich die Pflichtverletzung des Heizungsinstallateurs nicht gem. § 278 BGB zurechnen lassen, da dieser im Verhältnis zum Estrichleger kein Erfüllungsgehilfe des Bauherrn war. Der Estrichleger hatte nur gegen den Heizungsinstallateur einen Schadensersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt der Drittschadensliquidation<sup>104</sup>.

**Nach der Abnahme** und des damit verbundenen Übergangs der Leistungsgefahr ist es grundsätzlich nicht mehr die Aufgabe des Unternehmers, sondern diejenige des Auftraggebers, das Werk vor Beschädigungen zu schützen. Wenn der Estrichleger jedoch nach der Abnahme erkennt, dass der Heizungsinstallateur das Wasser nach der Druckprobe trotz einer bestehenden Frostgefahr nicht wieder vollständig abgelassen hat, besteht für ihn gem. **§ 241 Abs. 2 BGB die vertragliche Nebenpflicht**, den Bauherrn auf das Risiko eines Schadenseintritts hinzuweisen. Diese Nebenpflicht ergibt sich **nicht mehr aus der Verpflichtung zur Herstellung eines mangelfreien Werks**, die **mit der Abnahme bereits erfüllt** war, sondern aus der **Pflicht zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Vertragspartners**. Aus ihr ergibt sich die Pflicht, zu verhindern, dass das bereits fertiggestellte und abgenommene Werk des Unternehmers beschädigt wird, soweit dieses Risiko für den Auftragnehmer erkennbar ist. Er muss allerdings keine Vorsorge mehr treffen, um solch ein Risiko rechtzeitig zu erkennen.

Der „Vorunternehmer“ ist aufgrund seiner **vertraglichen Treuepflicht** verpflichtet im Rahmen des Zumutbaren auf Gefahren hinzuweisen, die zu einer Beschädigung seines Werks führen können und vom Auftraggeber, einem anderen Unternehmer, insbesondere dem Nachunternehmer

<sup>103</sup> OLG Hamm, Urte. v. 25.09.2001 - 21 U 108/00, BauR 2002, 635 ff.

<sup>104</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in dem Urte. d.OLG Hamm v. 25.09.2001 - 21 U 108/00, BauR 2002, 635 ff.

verkannt werden. In einer Entscheidung vom 8. Juli 1982 hat der BGH<sup>105</sup> seine entsprechende Rechtsprechung wie folgt zusammengefasst:

Eine Ausnahme ist nur zu machen, wenn der zunächst ausführende Auftragnehmer Anhaltspunkte dafür hat, dass der nachfolgende am Bau Beteiligte fachlich nicht zu erkennen vermag, ob die Vorarbeit für ihn eine geeignete Arbeitsgrundlage darstellt, oder wenn ihm bekannt ist, dass die Anschlussarbeiten fehlerhaft ausgeführt werden. Dann gehört es zu seinen Pflichten aus dem Bauvertrag, den Auftraggeber auf solche Tatbestände hinzuweisen und ihn so vor Schäden zu bewahren.

Diese vertragliche Nebenpflicht folgt aus dem in § 242 BGB niedergelegten Grundsatz von Treu und Glauben (jetzt aus § 241 Abs. 2 BGB n.F.). Ihre Verletzung begründet keine Gewährleistungsansprüche gemäß § 13 VOB/B (bzw. §§ 633 ff. BGB), sondern löst Schadensersatzansprüche wegen positiver Vertragsverletzung (jetzt § 280 BGB n.F.) aus. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob in dem Zeitpunkt, in dem der Hinweis hätte gegeben werden müssen, das Vertragsverhältnis durch Erfüllung oder durch (Teil-) Kündigung bereits beendet war. Aus dem Gebot redlicher und verkehrsüblicher Vertragserfüllung folgt für den Auftragnehmer nämlich auch nach der eigentlichen Leistung noch eine Rechtspflicht zu bestimmten Handlungen oder Unterlassungen, wenn andernfalls der Vertragszweck vereitelt oder gefährdet würde. Dementsprechend hat der Senat schon mehrfach entschieden, dass z. B. Architekten nachvertragliche Beratungspflichten treffen können.

Diese Rechtsprechung hat der BGH<sup>106</sup> im Mai 2011 nochmals in einem Fall bestätigt, in dem es um einen wintertauglichen Schutz einer bereits abgenommenen Betonbodenplatte ging. Der Bauherr hatte die geplante Halle nicht rechtzeitig vor dem Einbruch des Winters errichtet und die Bodenplatte nicht ausreichend geschützt, was dem Auftragnehmer bekannt war. In der Bodenplatte, waren wegen des fehlenden Schutzes Risse aufgetreten, die mit einem Aufwand von **7 Millionen €** saniert werden mussten:

Zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Klägerin auch dann zu einer Aufklärung über die eingeschränkte Winterauglichkeit der Bodenplatte verpflichtet war, wenn sie nicht mehr zu einer Änderung der Ausführung geführt hätte. Es ist allgemein anerkannt, dass der Auftragnehmer selbst nach der Abnahme verpflichtet ist, im Rahmen des ihm Zumutbaren eine Vereitelung oder Gefährdung des Vertragszwecks zu verhindern<sup>107</sup>. Diese Pflicht ergibt sich aus der nach Treu und Glauben vorzunehmenden Auslegung des Vertrages, §§ 133, 157 BGB. Als Folge können sich in Anbetracht der in diesem Rahmen zu berücksichtigenden beiderseitigen Interessen vor allem für jede Partei **Auskunfts-, Aufklärungs- oder Obhutspflichten** ergeben<sup>108</sup>. Eine solche Aufklärungspflicht kann bestehen, wenn der Unternehmer erkennt, dass das von ihm geschaffene Werk in nicht vorhergesehener Weise Risiken aus Umwelteinflüssen ausgesetzt ist, für die es nicht ausgelegt ist.

---

<sup>105</sup> BGH, Urt. v. 8.07.1982- VII ZR 314/81, BauR 1983, 70.

<sup>106</sup> BGH, Urteil v. 19.05.2011 - VII ZR 24/08

<sup>107</sup> BGH, Urteil v. 14. 12.1954 – I ZR 65/53, BGHZ 16, 4, 10; Urteil v. 7.3.1956 – V ZR 106/54, BGHZ 20, 169; Urteil v. 25.06. 1973 - II ZR 26/72, BGHZ 61, 176; Urteil v. 8. 07.1982 – VII ZR 314/81, BauR 1983, 70

<sup>108</sup> BGH, Urteil v. 14.09.1999 – X ZR 89/97, BauR 2000, 262, 263 = NZBau 2000, 196 = ZfBR 2000, 42.

**Selbst nach der Abnahme** ist der Auftragnehmer also verpflichtet, eine Gefährdung des Vertragszwecks zu verhindern, soweit er eine **überlegene Sachkunde** besitzt. Voraussetzung für eine schuldhaftige Verletzung seiner Aufklärungspflicht ist aber, dass der Auftragnehmer Anhaltspunkte für eine Gefährdung seines Werks erkannt hat.

Der **Auftraggeber**, der Ansprüche aus der Verletzung der vertraglichen Nebenpflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB herleiten will, muss **beweisen**, dass die oben dargestellten Voraussetzungen einer Hinweispflicht objektiv gesehen vorgelegen haben. Sodann muss der Auftragnehmer gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB beweisen, dass ihn kein Verschulden an der Verletzung der Hinweispflicht trifft.

#### **4.1. Vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung gem. § 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB**

Das neue Modethema ist die Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht, die zu einer Beschaffenheitsvereinbarung geführt hat, die nicht den (angeblichen) Vorstellungen des Auftraggebers entspricht. Kniffka<sup>109</sup> hat dieses Problem in moderater Weise zur Diskussion gestellt. Die Rechtsprechung tut sich schwer mit dessen Lösung.

Hat der Auftragnehmer eine vertragsgerechte Leistung erbracht, kommt nach der Auffassung von Kniffka eine Haftung wegen fehlerhafter Beratung in Betracht, wenn er den Auftraggeber nicht darüber aufgeklärt hat, dass die vertraglich geschuldete Qualität Nachteile hat, die der Auftraggeber **erkennbar nicht** tragen wollte. Ein Vertragspartner muss den anderen über alle wesentlichen Umstände aufklären, die für diesen erkennbar die Entscheidung über den Vertragsabschluss beeinflussen können. Voraussetzung für eine Haftung ist danach, dass diese **Umstände für den anderen Vertragspartner erkennbar von wesentlicher Bedeutung** sind. Ist über diese Umstände nicht geredet worden, fehlt es häufig daran. Maßgeblich dürfte sein, welchen **Informationsbedarf der Besteller zum Ausdruck bringt** und welche Erwartungshaltung der Unternehmer objektiv erweckt. Insoweit wird sich der Besteller generell darauf verlassen können, dass der Unternehmer ihn über solche **Umstände** aufklärt, die **regelmäßig nur er aufgrund seiner überlegenen Sachkunde** hat und von denen er erkennt, dass sie für die **Zwecke und Bedürfnisse des Bestellers von Bedeutung** sind. Die rechtlichen Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch des Auftraggebers wegen einer unterlassenen Aufklärung sind allerdings weitgehend ungeklärt<sup>110</sup>.

#### **4.2. Porto-Schiefer-Entscheidung des OLG Hamm v. 08.05.2012 – 21 U 89/11<sup>111</sup>**

Der Auftragnehmer hat Porto-Schiefer (50/50/1,2 cm, kalibrierte Fliesen) in der Eigentumswohnung des Bestellers verlegt; Preis: 137,50 € €/m<sup>2</sup>, insgesamt 8.059,75 €. Der Auftraggeber rügte nach dem Verlegen Maßabweichungen von mehr als ± 0,5 mm, die angeblich außerhalb der Toleranzen der DIN 12057 und 18352 lägen, sowie Differenzen der Fugenbreiten sowie einen Fugenlinienversatz, so dass sich insgesamt ein unsymmetrisches Fugenbild ergebe hätte.

<sup>109</sup> Kniffka, ibr-online Kommentar Bauvertragsrecht, vor § 631 BGB Rdnr. 118 - 120

<sup>110</sup> Kniffka, ibr-online Kommentar Bauvertragsrecht, vor § 631 BGB Rdnr. 118 - 120

<sup>111</sup> OLG Hamm, Urt. v. 08.05.2012 – 21 U 89/11 – Porto-Schiefer; NZBau 2012, 642, DS 2012, 323, IBR 2012, 510

Das OLG Hamm<sup>112</sup> hat festgestellt, dass der Auftragnehmer einen Natursteinboden verlegt habe, der der vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung und den anerkannten Regeln der Technik mit wenigen Ausnahmen entspricht. Es hat verkannt, dass das Werk bereits wegen des erheblichen Fugenlinienversatzes und unsymmetrischen Fugenbilds mangelhaft war, weil es schon deshalb nicht die geschuldete „optische Funktionstauglichkeit“ aufwies.

Stattdessen hat es angenommen, dass **Porto-Schiefer** ein **hochwertiger** und **hochpreisiger Natursteinboden** sei, der in einer **luxuriösen Privatwohnung** mit einer **hochwertigen Ausstattung** verlegt worden sei. Bei dem Porto-Schiefer mit einer spaltrauen Oberfläche hat es eine Maßabweichung von  $\pm 1$  mm als eine „**nicht unerhebliche** – zulässige – Toleranz bei der Maßhaltigkeit des Formats“ bezeichnet, und beanstandet, dass „der Vertrag hinsichtlich des Formats exakte Größenangaben vorsah, ohne dass sich – etwa durch eine **Circa-Angabe** – Hinweise auf Toleranzen ergaben“. Der Auftragnehmer habe seine **Beratungspflicht verletzt**, dass die Vereinbarung einer **qualitativ höherwertigen Verlegung** den Ansprüchen des Auftraggebers besser gerecht geworden wäre. Er habe den Auftraggeber pflichtwidrig nicht darüber beraten, dass hinsichtlich des Formats der Platten Toleranzen von  $\pm 1$  mm bestehen und eine zu vereinbarende Toleranz von  $\pm 0,5$  mm zu einer exakteren Maßhaltigkeit und damit zu einer höherwertigen **Verlegequalität** führe.

Zanocco hat am 1.12.2012 bei dem 8. Bauseminar der Fachzeitschrift Naturstein in Kassel darauf hingewiesen, dass alle erfahrenen Baupraktiker wissen, dass gem. der DIN EN 18352 Nr. 3.4.1 „die Fugen gleichmäßig breit anzulegen sind. Toleranzen der Belagsstoffe sind in den Fugen auszugleichen.“ Die Unebenheiten der spaltrauen Oberfläche des Porto-Schiefers sind deshalb beim Verlegen zu berücksichtigen, so dass insoweit eine größere Fugenbreite gewählt werden müsse. Entscheidend ist also die **handwerksgerechte Ausführung der Verlegearbeiten** und nicht eine Maßgenauigkeit von  $\pm 0,5$  mm der Porto-Schiefer-Fliesen mit einem Format 50/50/1,2 cm.

Das ergibt sich auch aus Abs. 4.1.2 der im Urteil angesprochenen DIN EN 12057:

Die Toleranzen für Maße, Ebenheit und Rechtwinkligkeit müssen den Angaben in Tabelle 1 entsprechen. Tabelle 1 gilt nicht für Fliesen mit naturrauen/spaltrauen Oberflächen, für die die Grenzabmaße für Maße, Ebenheit und Rechtwinkligkeit vom Hersteller angegeben werden müssen.

**Schieferplatten mit spaltrauer Oberflächen** stellen also einen Sonderfall dar, der nicht in DIN EN 12057 geregelt ist. Deren Anforderungen bez. der Toleranzen für kalibrierte Fliesen sind deshalb nicht auf Porto-Schiefer mit einer bruchrauen Oberfläche anwendbar.

Der Sachverständige **Dipl.-Ing. Krug** (Würzburg) hat auf meine Anfrage bestätigt, dass die DIN EN 12057 nicht auf Porto-Schiefer mit einer bruchrauen Oberfläche anwendbar ist und ergänzt:

Im aktuellen Entwurf der neuen DIN EN 12057 von 2011 (Überarbeitung der bestehenden Norm) wurden die Anforderung an die Länge und Breite der kalibrierten Fliesen geändert, so dass hier nun immer 1 mm Abweichung vom Nennmaß erlaubt sind.“

---

<sup>112</sup> Vgl. Anlage 1 und die Erörterung unter B.1.

Das OLG Hamm hat also eine Beratungspflicht bezüglich der möglichen Vereinbarung von Maßtoleranzen angenommen, die wegen der Eigenheiten der Natursteinfliesen mit einer bruchrauen Oberfläche in den technischen Regelwerken nicht vorgesehen ist.

Die Annahme des OLG, dass Porto-Schiefer ein hochpreisiger Natursteinboden sei, ist unzutreffend. Er ist mit 42-45 € im unteren Preissegment einzuordnen. Nach Auskunft der führenden Natursteinlieferanten in NRW, auf deren Angaben bezüglich der Maßtoleranzen die DIN EN 12057 verweist, bieten diese keinen Porto-Schiefer mit einer Toleranz von  $\pm 0,5$  mm an. Das bedürfe einer Nachbearbeitung in einem Veredlungsbetrieb und kostet 6 €/m, also 48 €/m<sup>2</sup>.

Sachverständige verweisen darauf, dass eine Reduzierung der Toleranzen auf  $\pm 0,5$  mm zu keinem optisch wahrnehmbaren Vorteil führe. Insoweit müsse man sich bewusst machen, dass z.B. eine Visitenkarte 0,3 – 0,33 mm dick ist. Durch das gebotene Sortieren möglichst gleichgroßer Fliesen, die nebeneinander verlegt werden, und deren handwerksgerechter Verlegung reduziere sich die geringere Toleranz von zusätzlichen  $\pm 0,5$  mm auf die Dicke eines normalen Schreibpapiers auf jeder Kantenseite der Fliesen. Solch eine geringfügige Reduzierung der Toleranzen sei wegen der bruchrauen Oberfläche des Porto-Schiefers, die nicht maschinell verlegt werden, nicht erkennbar.

Wie der Auftragnehmer bei Auftragserteilung und während der Ausführung seiner Arbeiten erkennen konnte, dass es sich bei der Wohnung, die renoviert werden sollte, um eine luxuriöse Privatwohnung mit einer hochwertigen Ausstattung handelte, ist aus dem Urteil nicht ersichtlich. Zudem betrifft die vom OLG Hamm angenommene Aufklärungs- und Beratungspflicht einen Qualitätsstandard der geschuldeten Leistung, so dass sie bereits bei der Auslegung der Beschaffensvereinbarung zu berücksichtigen gewesen wäre, wie das OLG Düsseldorf ausgeführt hat.

Die Entscheidung des OLG Hamm, die sich über die Regelwerke und die Bewertung des von ihm beauftragten Sachverständigen mit der Begründung hinweggesetzt hat, dass die Entscheidung, welche Aufklärungs- und Beratungspflicht der Auftragnehmer schulde, eine Rechtsfrage sei, ist nach der übereinstimmenden Meinung aller Sachverständigen „aus der Sicht der Baupraktiker“ nicht nachvollziehbar. Das OLG hat den Grund, warum der Sachverständige eine Aufklärungspflicht aus der Sicht des Baupraktikers verneint hat, nicht ausreichend aufgeklärt.

### **4.3. Voraussetzungen einer nicht leistungsbezogenen Aufklärungspflicht**

Eine nicht leistungsbezogene Aufklärungspflicht wird nur dann angenommen werden können, wenn der Auftraggeber einen Aufklärungsbedarf zu erkennen gibt. Das kann z.B. der Fall sein, wenn er den Auftragnehmer um einen Rat fragt oder der Auftragnehmer erkennt, dass der Auftraggeber bei der Auswahl von Produkten erkennbar von fehlerhaften Vorstellungen ausgeht. Ein Vertragspartner muss den anderen über alle **solche Umstände aufklären**, die den Vertragszweck des anderen vereiteln können und **daher für dessen Entscheidung über den Vertragsabschluss von wesentlicher Bedeutung** sind, sofern eine **Mitteilung nach der Verkehrsauffassung** erwartet werden kann.

Ist der Auftraggeber durch einen Architekten beraten, der die Produktauswahl vorgenommen hat, kommt eine Verletzung einer Aufklärungspflicht regelmäßig nicht in Betracht, wenn nicht ausdrücklich um eine (weitere) Beratung gebeten wird.

#### **4.4. Verbraucherrechterichtlinie**

Durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie (Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rats vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher) und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnraumvermittlung vom 20.9.2013 (BGBl. 2013 I, 3642) werden mit Wirkung zum 13.6.2014 gesetzliche Aufklärungspflichten für den Auftragnehmer geschaffen, wenn er Verträge mit Verbrauchern schließt.

Der insoweit maßgebliche Art. 246 EBGBG lautet:

Der Unternehmer ist, sofern sich diese Informationen nicht aus den Umständen ergeben, nach § 312a Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs verpflichtet, dem Verbraucher vor Abgabe von dessen Vertragserklärung folgende Informationen in klarer und verständlicher Weise zur Verfügung zu stellen:

1. die wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen in dem für den Datenträger und die Waren oder Dienstleistungen angemessenen Umfang,
2. seine Identität, beispielsweise seinen Handelsnamen und die Anschrift des Ortes, an dem er niedergelassen ist, sowie seine Telefonnummer,
3. den Gesamtpreis der Waren und Dienstleistungen einschließlich aller Steuern und Abgaben oder in den Fällen, in denen der Preis auf Grund der Beschaffenheit der Ware oder Dienstleistung vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden kann, die Art der Preisberechnung sowie gegebenenfalls alle zusätzlichen Fracht-, Liefer- oder Versandkosten oder in den Fällen, in denen diese Kosten vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden können, die Tatsache, dass solche zusätzlichen Kosten anfallen können,
4. gegebenenfalls die Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen, den Termin, bis zu dem sich der Unternehmer verpflichtet hat, die Waren zu liefern oder die Dienstleistungen zu erbringen, sowie das Verfahren des Unternehmers zum Umgang mit Beschwerden,
5. das Bestehen eines gesetzlichen Mängelhaftungsrechts für die Waren das Bestehen eines gesetzlichen Mängelhaftungsrechts für die Waren und gegebenenfalls das Bestehen und die Bedingungen von Kundendienstleistungen und Garantien,
6. ...  
(2) Absatz 1 ist nicht anzuwenden auf Verträge, die Geschäfte des täglichen Lebens zum Gegenstand haben und bei Vertragsschluss sofort erfüllt werden.

Dienstleistungen im Sinne dieses Gesetzes sind auch Leistungen aufgrund von Werkverträgen. Das Gesetz gilt deshalb für alle Bauverträge, jedoch mit Ausnahme der Verträge über den Bau eines neuen Gebäudes oder über erhebliche Umbaumaßnahmen, § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB n.F. und der notariell zu beurkundenden Verträge, § 312 Abs. 2 Nr. 1 b), oder der ohne entsprechenden Zwang beurkundeten Verträge, wenn der Notar auf den Entfall der Informationspflicht hingewiesen hat. Verträge über den Bau eines neuen Gebäudes oder über erhebliche Umbaumaß-

nahmen sind ausgenommen worden, weil insoweit Initiativen zur Beschreibungspflicht, wie sie im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz vom 18.6.2013, S. 13 ff., 15, zum Ausdruck gekommen sind, nicht vorgegriffen werden soll<sup>113</sup>) und weil der Verbraucher insoweit nicht als schutzwürdig erachtet wird (BT-Drucksache 17/12637 S. 95), was völlig unverständlich ist.

Es wird sich bei den ab dem 13.6.2014 geschlossenen Verträgen deshalb die Frage stellen, welche Informationspflichten der Unternehmer (Handwerker) hat, was also die wesentlichen Eigenschaften seines Werkes sind, über die zu informieren ist, inwieweit er Alternativen aufzeigen muss und welche Rechtsfolgen daraus abgeleitet werden können, dass die gesetzlich vorgeschriebene Information nicht stattgefunden hat<sup>114</sup>.

Der Arbeitsgruppenbericht schlägt Folgendes vor:

- Für Verträge mit Verbrauchern über den Bau von neuen Gebäuden und Verträge über erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden soll eine Pflicht des Unternehmers zur Erstellung einer Baubeschreibung gesetzlich vorgeschrieben werden. Die Regelung soll nur für solche Fälle gelten, in denen der Verbraucher die wesentlichen Planungsvorgaben weder selbst noch durch einen von ihm Beauftragten macht.
- Bei der Ausgestaltung sollen folgende Eckpunkte berücksichtigt werden:
- Die Baubeschreibung ist dem Besteller in Textform und rechtzeitig vor Vertragsschluss zur Verfügung zu stellen.
- In der Baubeschreibung sind die wesentlichen Eigenschaften des geschuldeten Werks in klarer und verständlicher Weise darzustellen. Hierzu gehören in der Regel:
  - eine allgemeine Beschreibung des herzustellenden Objekts (ggf. Haustyp und Bauweise),
  - Art und Umfang der angebotenen Leistungen (ggf. Planung und Bauleitung, Arbeiten am Grundstück und Baustelleneinrichtung, Ausbaustufe),
  - Gebäudedaten, Pläne (Raum- und Flächenangaben sowie Ansichten, Grundrisse und Schnitte),
  - Angaben zum Energie- und Schallschutzstandard sowie zur Bauphysik,
  - Angaben zur Beschreibung der Baukonstruktion aller wesentlichen Gewerke,
  - Beschreibung der haustechnischen Anlagen,
  - Angaben zu Qualitätsmerkmalen,
  - Beschreibung der Sanitäröbekte, der Armaturen, Elektroanlage, Installation, Informationstechnologie und der Außenanlagen.
- In die Regelung soll ausdrücklich eine Vermutung aufgenommen werden, dass die Angaben in einer vorvertraglich übergebenen Baubeschreibung zum Vertragsinhalt werden. Diese Vermutung kann insbesondere dadurch widerlegt werden, dass eine Einigung über Änderungen nachgewiesen wird.

---

<sup>113</sup> Glöckner, BauR 2014, 411, 416

<sup>114</sup> Glöckner, BauR 2014, 411 ff.



Eine den Anforderungen des zweiten Punktes genügende Baubeschreibung ist nach dem Vorbild der Auslegungskriterien des AGB-Rechts zu Gunsten des Verbrauchers (ergänzend) auszulegen. Maßstab soll dabei das Leistungsniveau der Baubeschreibung im Übrigen sein. Ein Rücktrittsrecht aus diesem Grund soll dem Verbraucher nicht gewährt werden.

## **5. Bindung an die vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung – Nur aufklären und beraten**

### **5.1. Mangel trotz technischer Gleichwertigkeit und wirtschaftlich sinnvoller Abweichung**

Der Auftragnehmer schuldet ein Werk, das **zweckentsprechend und nachhaltig funktionstauglich** ist und den **anerkannten Regeln der Technik entspricht** und zudem einen übermäßigen Aufwand vermeidet. Diese Formulierung darf nicht missverstanden werden. Der Auftragnehmer darf **ohne eine vertragliche Abänderungsvereinbarung mit dem Auftraggeber kein Werk** herstellen, das den vorgenannten Voraussetzungen entspricht.

Stimmen der **Planer, Bauleiter und Unternehmer** überein, dass eine andere Herstellungsweise **wirtschaftlich sinnvoller** ist oder dem **neusten Stand der Technik** besser entspricht, dann ist das Werk nach der Rechtsprechung des BGH **mangelhaft**, wenn der Bauherr der **Änderung der vereinbarten Herstellungsweise nicht zugestimmt** hat. Dass sie technisch und wirtschaftlich sinnvoll war, so dass der Planer und Unternehmer davon ausgegangen sind, dass sie dem Interesse des Auftraggebers entspricht, ist unerheblich. Wenn die erbrachte Leistung von der vertraglich vereinbarten Leistung abweicht, ist sie grundsätzlich mangelhaft.

Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>115</sup> kommt es nicht darauf an, ob die erbrachte Leistung mit der vereinbarte Leistung **gleichwertig oder sogar besser** ist als diese; es sei auch nicht entscheidend, dass die abweichende Ausführung zu einer **optimalen Funktionstauglichkeit** des Werks geführt hat. Der Entscheidung lag folgender Fall zugrunde:

Ein Architekt hatte nach einer Baubesprechung mit dem Ehemann der Bauherrin, einem Dachdecker, und dem Tiefbauunternehmer diesem und dem Rohbauunternehmer den Auftrag erteilt, die Gründung für ein Dreifamilienhaus abweichend von den Bauplänen und der erteilten Baugenehmigung um 1,15 m höher auszuführen, weil der städtische Abwasserkanal so hoch lag, dass andernfalls die Installation einer Fäkalienhebeanlage im Keller des Hauses erforderlich gewesen wäre. Die Planungsänderung hatte eine erhebliche Reduzierung der Baukosten zur Folge, sie hat die Wartungskosten der Fäkalienhebeanlage erübrigt. Die Bauherrin und der Rohbauunternehmer unterzeichneten kurz nach der Baubesprechung, den Bauvertrag, der bereits seit 2 Monaten vorlag und die Änderung bezüglich der höheren Gründung nicht enthielt.

Nachdem Rohbauleistungen im Wert von rund 53.000 DM erbracht waren, hat die Bauherrin den Stillstand des Baus angeordnet. Das Bauamt hätte eine Nachtragsbaugenehmigung erteilt, die Bauherrin war jedoch zu einer entsprechenden Antragstellung nicht bereit, weil sich das errichtete Bauwerk angeblich nicht in die örtliche Umgebung einfüge und ihren praktischen und ästhetischen

---

<sup>115</sup> BGH, NZBau 2002, 571 = BauR 2002, 1536; Kniffka/Koebele, 6. Teil Rn 22, 30; Werner/Pastor, Rdnr. 1456; und nochmals BGH, BauR 2005, 1016 = NZBau 2005, 400..

schen Bedürfnissen entspreche. Sie forderte von dem Bauunternehmer und Architekten Schadensersatz in der Höhe ihrer Abschlagszahlungen und der Kosten des Abbruchs des Rohbaus in Höhe von rund 20.000 DM. Ein Sachverständigengutachten kam zu dem Ergebnis, dass die Planungsänderung technisch und wirtschaftlich sinnvoll war und zu keinen optischen Beeinträchtigungen der Baumaßnahme führen würde.

Der 12. Zivilsenat des OLG Hamm<sup>116</sup> hat die Schadensersatzklage der Bauherrin gegen den Bauunternehmer unter Würdigung aller Umstände zwei Mal abgewiesen. Der BGH hat die Entscheidungen jedes Mal aufgehoben und die Klage der Bauherrin teilweise für begründet erachtet.

Diese Entscheidung ist interessant, weil sie klarstellt, dass der **Ehemann der Bauherrin** grundsätzlich **keine Vollmacht** hat, als Vertreter seiner Ehefrau einer Abänderung des Bauvertrags zuzustimmen, auch wenn er aufgrund seiner bautechnischen Fachkunde an ihrer Stelle an den entscheidenden Baubesprechungen mit dem Architekten und Bauunternehmer teilnimmt.

In der Baupraxis werden zudem immer wieder **Anordnungen von Architekten** gegenüber Bauunternehmern und Handwerkern getroffen, weil eine **unverzügliche Entscheidung zur sachgerechten Fortführung des Bauvorhabens erforderlich** ist. Es entspricht jedoch einer gefestigten Rechtsprechung, dass ein **Architekt keine Vollmacht** zu einer vertragsgestaltenden, rechtsgeschäftlichen Erklärung hat. Der BGH hat in dem Beispielsfall zu dem Umfang der Vollmacht des Bauleiters Stellung genommen, die im Vertrag wie folgt geregelt war:

„Als Bevollmächtigter des Bauherrn gilt der Bauleiter. Er ist berechtigt, Anordnungen zu treffen, die zur vertraglichen Durchführung der Leistung erforderlich sind.“

Diese Formulierung besagt nach der Auffassung des BGH nur, dass der Bauleiter für die ordnungsgemäße Durchführung der vertraglich geschuldeten Leistungen zu sorgen hat. Die dem Architekten erteilte Vollmacht erfasse nur die üblicherweise zur Erfüllung der Bauausführung erforderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen, nicht hingegen die Befugnis, den Vertrag in wesentlichen Punkten zu ändern. Auch diese Vollmacht berechtigt ihn also nicht zu umfassenden rechtsgeschäftlichen und vertragsgestaltenden Vereinbarungen.

Der BGH bejaht bezüglich des höher gegründeten Hauses einen Mangel mit der Begründung, dass die Ist-Beschaffenheit von der geschuldeten Sollbeschaffenheit abweicht:

Die höhere Gründung hat im Vergleich zu der vereinbarten Gründung eine erhebliche Veränderung des optischen Eindrucks des Gebäudes zur Folge. Sie erfordert außerdem zwei wesentliche Änderungen des ursprünglich vereinbarten Bauwerks. Es muss eine Eingangstreppe errichtet werden, und die Terrasse der Erdgeschosswohnung kann nicht entsprechend der ursprünglichen Planung errichtet werden. Es wäre entweder eine Aufschüttung von 1,15 m erforderlich oder die Terrasse müsste durch einen Balkon ersetzt werden.

---

<sup>116</sup> Der Verfasser war nicht an der Entscheidung beteiligt; er war stellvertretender Vorsitzender des 21. und Vorsitzender des 24. Zivilsenats des OLG Hamm.

Der Mangel beeinträchtigt den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch, weil das Gebäude nicht die für diesen Gebrauch erforderliche Beschaffenheit aufweist. Für das Bauwerk war eine ebenerdige Terrasse im Erdgeschoss und eine ebenerdige Eingangstür vorgesehen, die keine Eingangstreppe erforderten. Auf die Frage, ob der im Vergleich zu der geschuldeten Ausführung veränderte optische Eindruck des Gebäudes zu einer Beeinträchtigung des Wertes oder der Gebrauchstauglichkeit des Bauwerks führt, kommt es nicht an. Die Argumentation des Berufungsgerichts, die jetzige **Leistung sei wirtschaftlich und technisch besser als die ursprünglich geplante Lösung**, ist rechtlich unerheblich. Maßstab für die Frage, ob ein **Mangel** vorliegt, ist ausschließlich der **vom Bauunternehmer aufgrund des Werkvertrages versprochene Erfolg** und nicht die aus der Sicht des Sachverständigen oder des Gerichts vorzugswürdiger Ausführung des Bauwerks.

### 5.2.1. Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung

Gem. **§ 635 Abs. 3 BGB** kann der **Unternehmer die Nacherfüllung verweigern**, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist, er muss es nicht. Unter Berücksichtigung des Beibringungsgrundsatzes ist es allein **die Entscheidung des Unternehmers, sich auf diese Einrede zu berufen**. Macht er das nicht, darf weder das Gericht noch der Sachverständige die Erhebung der Einrede durch irgendwelche Ausführungen zur Unverhältnismäßigkeit anregen. Ein entsprechender Hinweis kann zu seiner Ablehnung wegen Befangenheit führen.

Anders ist es, wenn der Auftraggeber einen **Schadensersatzanspruch** geltend macht. Insoweit wendet der BGH<sup>117</sup> unter Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) den § 251 Abs. 2 BGB entsprechend an, der besagt, dass der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld entschädigen kann, wenn die Herstellung nur mit **unverhältnismäßigen Aufwendungen** möglich ist. Da sich die **Anspruchsbegrenzung danach aus Treu und Glauben** ergibt, muss sie **von Amts wegen** berücksichtigt werden. Der Sachverständige muss mit dem Gericht klären, ob er auf Bewertung der Unverhältnismäßigkeit eingehen und welche Kriterien er insoweit berücksichtigen soll.

Eine **Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung gem. § 635 Abs. 3 BGB** bzw. der **Aufwendungen** i.S.d. entsprechenden Anwendung des **§ 251 Abs. 2 BGB** wird von der Rechtsprechung nur dann angenommen werden, wenn

- einem **objektiv geringen Interesse des Bestellers** an einer **ordnungsgemäßen Leistung**
- ein **ganz erheblicher** und deshalb **unangemessener Aufwand** gegenübersteht.

Hat der Besteller **objektiv ein berechtigtes Interesse an dieser Leistung**, so kann ihm regelmäßig nicht wegen hoher Kosten die Kompensation für die fehlende Vertragserfüllung verweigert werden. Ein solches Interesse ist vor allem dann anzunehmen, wenn die **Funktionstauglichkeit des Werkes spürbar beeinträchtigt** ist. Der Anspruch auf Nacherfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung wird nie allein deshalb verneint, weil die mangelfreie Herstellung des Werks zu teuer oder unwirtschaftlich ist.

---

<sup>117</sup> BGH, BauR 2006, 1736 = NZBau 2006, 642; Kniffka/Koeble, 6. Teil, Rdnr. 42, 165

### 5.2.2. BGH, Urt. v. 11.10.2012<sup>118</sup>

Die Entscheidung bezieht sich auf Heizungs- und Installationsarbeiten, bei denen der Installateur statt der in § 12 Abs. 5 EnEV seinerzeit geforderten 20 mm starken Dämmung der Warmwasserleitungen in der Bodenplatte nur eine 13 mm starke Dämmung vorgenommen hat. Der Auftraggeber machte einen Schadensersatzanspruch in Höhe von rund 44.000 € geltend nachdem der Installateur die Nacherfüllung gem. § 635 Abs. 3 BGB verweigert hat. Der mangelbedingt höhere Energieverbrauch führte zu Mehrkosten von ca. 50 € pro Jahr.

Das OLG Oldenburg hatte ausgeführt, dass

Der Installateur gemäß § 635 Abs. 3, 275 Abs.2 BGB berechtigt gewesen sei, die Nacherfüllung wegen **Unverhältnismäßigkeit** zu verweigern. Der **Aufwand** für die Beseitigung der in Rede stehenden Mängel stehe in **keinem vernünftigen Verhältnis** zu dem **Vorteil**, den der Besteller durch die Nachbesserung erlangen könne. Dessen Interesse an einer Beseitigung der Mängel sei gering, weil die **konkrete Nutzung** des Gebäudes durch die nicht fachgerechte Dämmung der Warmwasserleitungen **nicht beeinträchtigt** sei und der mangelbedingt höhere Energieverbrauch lediglich zu Mehrkosten von ca. 50 Euro pro Jahr führe. Dem stünden erhebliche, **unangemessen hohe Nachbesserungskosten** von ca. 44.000 Euro gegenüber.

Das OLG Oldenburg hat bei der Prüfung der Unverhältnismäßigkeit berücksichtigt, dass der Besteller vor Beginn der Estrich- und Verlegearbeiten von einem Bausachverständigen über die nicht ordnungsgemäße Dämmung informiert worden ist. Er habe aus Zeitgründen sehenden Auges eine mangelhafte Dämmung der Warmwasserrohre hingenommen, auf Durchführung der von dem Installateur vorgesehenen Arbeiten bestanden und dadurch selbst dazu beigetragen, dass die hohen Kosten entstanden seien.

Der BGH hat die Entscheidung aufgehoben und darauf hingewiesen, dass eine Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung zu verneinen sei, wenn noch weitere vom Besteller gerügte Mängel vorlägen, insbesondere die Gefahr einer Salmonellengefahr (oder Legionellengefahr?) bestehe.

Der BGH hat auf seine ständige Rechtsprechung<sup>119</sup> verwiesen:

Unverhältnismäßig sind die Aufwendungen für die Beseitigung des Werkmangels, wenn der in Richtung auf die Beseitigung des Mangels **erzielte Erfolg oder Teilerfolg** bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls **in keinem vernünftigen Verhältnis** zur Höhe des dafür gemachten Geldaufwandes steht und es dem Unternehmer nicht zugemutet werden kann, die vom Besteller in nicht sinnvoller Weise gemachten Aufwendungen tragen zu müssen. In einem solchen Fall würde es Treu und Glauben widersprechen, wenn der Besteller diese Aufwendungen dem Unternehmer anlasten könnte.

Sodann hat der BGH klargestellt:

<sup>118</sup> BGH, Urt. v. 11.10.2012 – VII ZR 179/11, IBR 2012, 699, 700

<sup>119</sup> BGH, Urt. v. 26.10.1972 – VII ZR 181/71; Urt. v. 27.03.2003 – VII ZR 443/01; Urt. v. 10.03.2005 – VII ZR 321/03; Urt. v. 29.06. 2006 – VII ZR 86/05

Macht der Besteller werkvertraglichen Schadensersatz in Höhe der Mängelbeseitigungskosten geltend, entsprechen die für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit dieses Aufwands nach § 251 Abs. 2 S.1 BGB maßgeblichen Kriterien denen, die bei der gemäß § 635 Abs.3 BGB gebotenen Prüfung des unverhältnismäßigen Nacherfüllungsaufwands heranzuziehen sind

Daraus folgt im Ergebnis, dass der Besteller **mangelbedingten Schadensersatz** stets nur **in Höhe der Verkehrswertminderung** beanspruchen kann, wenn der Unternehmer die **Nacherfüllung zu Recht** gemäß § 635 Abs. 3 BGB als **unverhältnismäßig** verweigert hat.

Der BGH hat sich nicht mit der Frage befasst, ob sich der Mangel lediglich daraus ergibt, dass die Dämmung der Rohre nicht den energetischen Anforderungen der EnEV entspricht und nicht gegen die anerkannten Regeln der Technik verstößt. In solch einem Fall könnte eine Nacherfüllung die wegen ihres Aufwands der energetischen Zielsetzung der EnEV widerspricht unverhältnismäßig sein, wenn sich das energetisch angestrebte Gesamtkonzept durch weniger aufwändige Maßnahmen erreichen lässt.

### **5.2.3. Mangel, obwohl die Beschaffenheit den anerkannten Regeln der Technik entspricht** **BGH Urteil vom 10. April 2008 - VII ZR 214/06**

#### **Leitsatz**

Bei der Beurteilung der **Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung** darf das Interesse des Auftraggebers an einer **vertraglich vereinbarten höherwertigen und risikoärmeren Art** der Ausführung nicht deshalb als gering bewertet werden, weil die tatsächlich erbrachte Leistung den anerkannten Regeln der Technik entspricht.

#### **Sachverhalt**

Die Beklagte wurde von der Klägerin mit Trockenbauarbeiten beauftragt. Nach dem Leistungsverzeichnis waren die WC-Trennwände aus beidseitig doppelt beplankten imprägnierten Gipskartonplatten herzustellen. Als es nach Abnahme zu einem Wasserschaden kam, stellte die Klägerin fest, dass die Beklagte die Trennwände mit einer imprägnierten und einer nicht imprägnierten Gipskartonplatte je Wandseite beplankt hatte. Die Klägerin forderte die Beklagte ohne Erfolg zur Mängelbeseitigung auf.

#### **Gründe:**

Die ausgeführte **Leistung ist mangelhaft**, weil sie von der geschuldeten Leistung abweicht. Das gilt auch dann, wenn nach dem Sachverständigengutachten die Ausführung mit nicht imprägnierten Platten auch den anerkannten Regeln der Technik entsprechen.

Das OLG München hat dennoch einen Anspruch der Klägerin auf Mängelbeseitigung abgelehnt, weil dies unverhältnismäßig sei und daher von der Beklagten zu Recht verweigert werde.

Entscheidend sei die Abwägung des Interesses des Auftraggebers an einer vertragsgemäßen Leistung mit den dadurch entstehenden Kosten. Bei einem **berechtigten Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages** könne regelmäßig die Nachbesserung nicht verweigert

werden. Anders als in dem vom BGH<sup>120</sup> entschiedenen Fall, in dem die ausgeführte Abdichtung nach den Bekundungen des Sachverständigen keine dauerhafte Lösung gewesen sei, entspreche hier die Ausführung an sich den allgemeinen Regeln der Technik. Es gehe nur darum, dass in einem außergewöhnlichen Schadensfall, dem unvorhergesehenen Wassereintritt in die Wand durch eine Undichtigkeit im Rohrsystem oder durch Löschwasser bei einem Brand, der Reparaturaufwand wegen Schädigung der Gipskartonplatten bei kurzzeitiger Wassereinwirkung geringer sein könne als bei vertragsgemäßer Ausführung. Da bei längerer Wassereinwirkung auch die imprägnierten Platten beschädigt werden könnten, wirke sich die Abweichung vom vertraglich Geschuldeten nur unter besonderen Umständen und mit einem geringeren Reparaturaufwand aus. Bei einer derart geringen Auswirkung des Mangels und den gegenüberstehenden **Mängelbeseitigungskosten von 61.850,00 €** zzgl. Mehrwertsteuer erscheine es sachgerecht, von einer Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung auszugehen. Dabei sei in die Gesamtabwägung auch einzubeziehen, dass es dem Unternehmer nicht gestattet sein könne, sich seiner vertraglichen Leistungspflicht unter Berufung auf die Höhe der Nachbesserungskosten zu entziehen. Berücksichtigt seien auch das **Ausmaß der Pflichtverletzung** und der **Verschuldensgrad**. Dabei sei davon auszugehen, dass ein bewusst vertragswidriges Handeln bei Ausführung der Arbeiten nicht mit Sicherheit angenommen werden könne. Aus dem Prozessverhalten der Beklagten, welche die weitergehende Verwendung nicht imprägnierter Platten zunächst bestritten habe, lasse sich darauf nicht sicher schließen.

**BGH:**

**Unverhältnismäßigkeit** ist in aller Regel nur dann anzunehmen, wenn einem **objektiv geringen Interesse des Bestellers** an einer mangelfreien Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise **unangemessener Aufwand** gegenübersteht. Hat der Besteller objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages, kann ihm der Unternehmer regelmäßig die Nachbesserung wegen hoher Kosten der Mängelbeseitigung nicht verweigern. Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Bestehen auf ordnungsgemäßer Vertragserfüllung im Verhältnis zu dem dafür erforderlichen Aufwand unter Abwägung aller Umstände einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt. Von Bedeutung bei der gebotenen Abwägung ist auch, ob und in welchem Ausmaß der Unternehmer den Mangel verschuldet hat<sup>121</sup>.

Nach diesen Grundsätzen sind die Voraussetzungen für eine Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung nicht gegeben. Das Berufungsgericht stellt bei der Beurteilung des objektiv berechtigten Interesses der Klägerin an einer mangelfreien Vertragsleistung in erster Linie darauf ab, dass die ausgeführte Leistung nach den Bekundungen des Sachverständigen als solche den anerkannten Regeln der Technik entspreche und die Gebrauchstauglichkeit nur in einem außergewöhnlichen Schadensfall beeinträchtigt sei. Darauf lässt sich jedoch die Annahme einer Unverhältnis-

<sup>120</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2005 - VII ZR 64/04, BauR 2006, 377 = NZBau 2006, 110 = ZfBR 2006, 154.

<sup>121</sup> BGH, Urteil vom 10. November 2005 - VII ZR 64/04, BauR 2006, 377 = ZfBR 2006, 154 = NZBau 2006, 110.

mäßigkeit der Nachbesserung nicht gründen, weil das Interesse der Klägerin nicht zutreffend gewichtet ist. Maßgebend ist vielmehr, dass die Klägerin durch die Wahl der vertraglich geschuldeten Leistung ihr Interesse an einer höherwertigen Ausführung zum Ausdruck gebracht hat. Nach den weiteren Feststellungen des insofern sachverständig beratenen Berufungsgerichts sind die imprägnierten Platten funktionell höherwertig. So kommt es etwa bei einer senkrecht im Wasser stehenden Platte nach 24-stündiger Eintauchzeit bei einer normalen Platte zu einer kapillaren Steighöhe von 210 mm, bei einer imprägnierten Platte zu einer solchen von 20 mm. Dieses Interesse der Klägerin an der teureren und zugleich risikoärmeren Art der Ausführung darf nicht deshalb als gering bewertet werden, weil die tatsächlich erbrachte Leistung den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Vielmehr stellt sich dieses durch Vereinbarung der teureren Ausführung bekundete Interesse der Klägerin an einer höherwertigen Leistung als objektiv berechtigt dar und schließt eine Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung aus.

Zudem kann, wie das Berufungsgericht ebenfalls sieht, im Rahmen der Gesamtabwägung dem Verschuldensgrad des Unternehmers Bedeutung zukommen. Soweit sich das Berufungsgericht mit dem Ausmaß des Pflichtenverstoßes und dem Verschuldensgrad der Beklagten befasst, stellt es in seine Erwägungen jedoch nur ein, dass ein bewusst vertragswidriges Handeln im Zeitpunkt der Ausführung der Arbeit nicht mit Sicherheit angenommen werden könne. Damit berücksichtigt es nicht hinreichend, dass bei der Abwägung aller Umstände auch ein nicht auf Vorsatz beruhendes grobes Verschulden, nämlich ein grob fahrlässiges Verhalten entscheidend ins Gewicht fallen kann<sup>122</sup>

Ein grobes Verschulden kann hier angenommen werden. Nach dem Vortrag der Klägerin hat die Beklagte im Erdgeschoß und im ersten Obergeschoss Wandseite jeweils die innere (also bei Undichtigkeit der Installation stärker gefährdete) Schicht aus nicht imprägnierten Platten, die äußere (Sichtseite) dagegen mit imprägnierten Platten hergestellt. Bei den Arbeiten an den WC-Anlagen in den darüber liegenden Stockwerken, denen die Bauleitung aus Zeitgründen keine größere Aufmerksamkeit gewidmet hat, wurden überhaupt keine imprägnierten Platten verwendet. Diesem Vortrag ist die Beklagte nicht ausdrücklich entgegengetreten, sondern hat nur ausgeführt, die Art der Ausführung sei erkennbar gewesen und vom Architekten nicht beanstandet worden. Auf die Erkennbarkeit für den Architekten des Auftraggebers kommt es bei der Beurteilung des Verschuldens des Auftragnehmers nicht an.

---

<sup>122</sup> BGH, Urt. v. 23.02.1995 - VII ZR 235/93, BauR 1995, 540 = ZfBR 995, 197.