

Bau- und Architektenrecht nach Ansprüchen

Christian Zanner
Daniel Wegener

Baumangelhaftung nach Ansprüchen

Entscheidungshilfen für Auftraggeber und
Auftragnehmer

 Springer Vieweg

Bau- und Architektenrecht nach Ansprüchen

Weitere Bände in dieser Reihe:
<http://www.springer.com/series/10952>

Die Thematik des Baurechts stellt sich für den Nichtjuristen oft sehr komplex und unübersichtlich dar. Die Reihe „Bau- und Architektenrecht nach Ansprüchen“ möchte hier Abhilfe schaffen und verständliche Hilfestellung für Baupraktiker bieten.

Systematisch nach Anspruchsgrundlagen geordnet werden die Voraussetzungen für alle wichtigen Ansprüche des Auftraggebers und Auftragnehmers im Rahmen der Mängelhaftung dargestellt.

Grafische Übersichten helfen dem Leser bei der Navigation durch die Anspruchsvoraussetzungen und Strukturen der Baumängelhaftung.

Herausgeber: Professor Christian Zanner

Christian Zanner • Daniel Wegener

Baumangelhaftung nach Ansprüchen

Entscheidungshilfen für Auftraggeber
und Auftragnehmer

Christian Zanner
Berlin
Deutschland

Daniel Wegener
Hennigsdorf
Deutschland

ISBN 978-3-8348-2601-5
DOI 10.1007/978-3-8348-2602-2

ISBN 978-3-8348-2602-2 (eBook)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Springer Vieweg

© Springer Fachmedien Wiesbaden 2013

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Lektorat: Karina Danulat, Annette Prenzer

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Springer Vieweg ist eine Marke von Springer DE. Springer DE ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media
www.springer-vieweg.de

Einleitung

Mängel und die daraus resultierenden Folgen sind bei der Realisierung praktisch jeden Bauprojektes gegenwärtig. Unerheblich ist, ob es sich um die Errichtung eines Einfamilienhauses, eines Flughafens oder die Verlegung eines Bahnhofes unter Tage handelt. Eine auf Anhieb völlig mangelfreie Bauleistung ist in der Praxis nur sehr selten.

Das ist in vielen Fällen nicht auf ein Unvermögen des Auftragnehmers¹ zurückzuführen. Ursache ist vielmehr häufig eine ungenaue Leistungsvorgabe durch den Auftraggeber². In anderen Fällen sind ungenügende Planungsleistungen festzustellen, oder Fehler, die aus Planungsschnittstellen bei der teilweisen Planungsverlagerung auf den Auftragnehmer resultieren. Häufig - aber im Grunde vermeidbar - sind solche Mängel, die bei der Abweichung von der Leistungsvorgabe entstehen, weil der Auftragnehmer - berechtigt oder unberechtigt - Planung und/oder Leistungsbeschreibung für fehlerhaft, unzureichend oder sonst mangelhaft hält und sich daher bei der Ausführung an den anerkannten Regeln der Technik orientiert und meint, dem Auftraggeber damit sogar eine höherwertige Bauleistung zu übergeben.

In diesem Buch werden die Mängelrechte und -ansprüche als Teilbereich des Bauvertragsrechtes systematisch dargestellt und durch grafische Übersichten veranschaulicht. Die Autoren setzen ihre langjährige Erfahrung in der projektbegleitenden Rechtsberatung anwenderfreundlich um, was aber die fachkundige Rechtsberatung nicht ersetzt. Das Praxisbuch wendet sich an alle mit der Durchführung von Baumaßnahmen befassten nicht juristischen Berufsgruppen, sowie Studenten und bietet darüber hinaus auch für Juristen einen Einstieg in die komplexe Materie des Privaten Baurechts, insbesondere der VOB/B.

Die Autoren freuen sich über kritische Anmerkungen und Hinweise.

Berlin, September 2013

Christian Zanner
Daniel Wegener

¹ Zur besseren Verständlichkeit verwenden wir im Folgenden durchgängig den Begriff „Auftragnehmer“ für den bauausführenden Unternehmer.

² Zur besseren Verständlichkeit verwenden wir im Folgenden durchgängig den Begriff „Auftraggeber“ für den Veranlasser der Bauleistung.

Inhaltsverzeichnis

1	Mangelbegriff	1
1.1	Vorbemerkungen	1
1.2	Mangelbegriffe in VOB/B und BGB	2
1.3	Festlegung der geschuldeten Leistung	2
1.4	Voraussetzungen der Mangelhaftigkeit	3
1.4.1	Definition des Mangelbegriffes	3
1.4.2	Rechtsprechung zu Baumängeln	32
2	Mängelhaftung nach VOB	35
2.1	Ansprüche/Rechte des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer	35
2.1.1	Mängelhaftung vor Abnahme	35
2.1.2	Mängelhaftung nach Abnahme	52
2.1.3	Verjährung der Mängelansprüche, § 13 Abs. 4 VOB/B	75
2.2	Ansprüche des Auftraggebers gegen andere Baubeteiligte	81
2.2.1	Gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Auftragnehmer, VOB/B i. V. m. §§ 421 ff. BGB	81
2.2.2	Gesamtschuldnerische Haftung zwischen Auftragnehmer und anderen Baubeteiligten, VOB/B i. V. m. §§ 421 ff. BGB	83
2.3	Ansprüche des Auftragnehmers	84
2.3.1	Ansprüche des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber	84
2.3.2	Ansprüche des Auftragnehmers gegen andere Baubeteiligte, VOB/B i. V. m. §§ 421 ff. BGB	89
3	Abnahme und Mängelhaftung in VOB/B und BGB	91
3.1	Wirkungen der Abnahme	91
3.2	Verweigerung der Abnahme aufgrund wesentlicher Mängel	92
3.3	Behandlung der vor Abnahme entstandenen Mängel	94
3.3.1	Kenntnis des Auftraggebers	94
3.3.2	Erklärung des Vorbehaltes	95
3.3.3	Rechtsfolgen des fehlenden Vorbehaltes	95
3.3.4	Darlegungs- und Beweislast	95

4 Mängelhaftung nach BGB	97
4.1 Systematik der Mängelhaftung im BGB	97
4.1.1 Allgemeines und Besonderes Leistungsstörungenrecht	97
4.1.2 Anwendungsbereich der Leistungsstörungenrechte	98
4.2 Ansprüche des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer	102
4.2.1 Vor Abnahme: Allgemeines Leistungsstörungenrecht	102
4.2.2 Vertragsgestaltung	109
4.2.3 Nach Abnahme: Besonderes Leistungsstörungenrecht	110
4.3 Ansprüche des Auftraggebers gegen andere Baubeteiligte und Ansprüche des Auftragnehmers	150
Anhang	151
Literatur	167
Sachverzeichnis	169

1.1 Vorbemerkungen

Mängelrechte, Mängelansprüche, Gewährleistungsansprüche, Sachmängelansprüche – zahlreiche Begriffe, die aber im Grunde das Gleiche bezeichnen: Ansprüche und Rechte der Vertragsparteien, die bei Vorliegen eines Mangels bestehen. Zur Vereinfachung werden wir im Folgenden nur von Mängelrechten und Mängelansprüchen sprechen. Ein begründeter Anspruch befähigt, von einem Anderen ein bestimmtes Tun oder Unterlassen durchsetzbar verlangen zu können (§ 194 BGB). Ein begründetes Recht ermöglicht es dem Inhaber dieses Rechtes, ohne Handlung oder Unterlassen des Vertragspartners einseitig Einfluss auf das Vertragsverhältnis zu nehmen.

Beides ist sowohl im BGB, als auch in der VOB/B vorgesehen. Ist beispielsweise die geschuldete Bauleistung fertiggestellt, die Abnahme erfolgt, wurde die Schlussrechnung gelegt und ist der Fälligkeitszeitpunkt (§ 16 Absatz 3 VOB/B) erreicht, hat der Auftragnehmer *Anspruch* auf Zahlung des Schlussrechnungsbetrages. Er kann diesen Anspruch gerichtlich durchsetzen und durch Zwangsvollstreckung den Auftraggeber zur Handlung (Zahlung) zwingen. Ein Recht hingegen ist weder auf Handlung noch Unterlassen des Vertragspartners gerichtet: Der Auftraggeber hat gemäß § 8 Absatz 1 VOB/B das *Recht*, den Bauvertrag jederzeit ganz oder teilweise ohne Gründe zu kündigen.

Voraussetzung aller Mängelrechte und – ansprüche ist, dass ein Mangel vorliegt. Nur zur Klarstellung sei erwähnt, dass die VOB weitere Rechte und Ansprüche vorsieht, die nicht mit Mängeln zusammenhängen. Dann handelt es sich aber eben auch nicht um Mängelrechte oder -ansprüche und nur mit diesen befassen wir uns im vorliegenden Buch.

1.2 Mangelbegriffe in VOB/B und BGB

Dem Wortlaut nach stimmen die Regelungen in § 633 BGB und § 13 Abs. 1 VOB/B weitgehend überein. Letztere enthält gegenüber den gesetzlichen Regelungen den ausdrücklichen Hinweis darauf, dass die Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln sein muss. Auch wenn § 633 BGB keinen entsprechenden Hinweis auf die Abnahme enthält, ist es doch einhellige Auffassung, dass sich die Verschaffung des mangelfreien Werkes auf den Zeitpunkt der Abnahme bezieht. Darüber hinaus enthält § 13 Abs. 1 VOB/B den ausdrücklichen Hinweis auf die anerkannten Regeln der Technik. Da der Gesetzgeber bei der Formulierung des § 633 BGB ohnehin davon ausging, dass der Auftragnehmer generell die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik schuldet, die zudem auch für alle drei Tatbestände des § 13 Abs. 1 VOB/B gelten, besteht also auch in diesem Zusammenhang eine inhaltliche Übereinstimmung zwischen beiden Regelungen. Dies gilt für die Definition des Sachmangels. Für die Sachmangelhaftung gilt demnach, dass die Mangelhaftigkeit einer Leistung im BGB-Werkvertrag und im VOB/B-Bauvertrag gleich zu beurteilen ist.

Dem Wortlaut nach besteht zwischen beiden Regelungen ein Unterschied im Hinblick auf die Rechtsmängelhaftung, die in § 633 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BGB ausdrücklich aufgeführt ist und insoweit ebenfalls dem Mangelbegriff unterfällt. Ein Rechtsmangel liegt nach der Legaldefinition in § 633 Abs. 3 BGB vor, wenn Dritte in Bezug auf das Werk Rechte gegen den Besteller geltend machen können. Dies ist etwa der Fall bei der Verletzung gewerblicher Schutzrechte Dritter (z. B. Urheberrechtsverletzung im Rahmen der Architektenplanung) oder bei Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Beschränkungen. Es ist ganz herrschende Auffassung, dass die Regelung in § 13 Abs. 1 VOB/B insoweit um die gesetzliche Regelung in § 633 BGB ergänzt wird, sodass der Auftragnehmer also auch bei einem VOB/B-Bauvertrag verpflichtet ist, dem Auftraggeber das Werk frei von Rechtsmängeln zu verschaffen.

Wegen der bedeutenden Praxisrelevanz der VOB/B werden wir bei der Erläuterung des Mangelbegriffes auf die Regelung in der VOB/B abstellen – wohlwissend, dass dies inhaltlich auch für die gesetzliche Regelung des Mangelbegriffes in § 633 BGB gilt.

1.3 Festlegung der geschuldeten Leistung

Wann ist eine Bauleistung also mangelfrei?

Die Frage nach der Mangelhaftigkeit der Bauleistung geht zwingend mit der Feststellung einher, was als mangelfreie Leistung vom Auftragnehmer geschuldet ist, weil die festgelegte mangelfreie Leistung naturgemäß das primäre Bewertungskriterium für Mängel ist. Grundlage dafür ist der Bauvertrag, in dem die Parteien vereinbaren, was der Auftragnehmer als mangelfreie Leistung schuldet. Bei dieser sehr grundsätzlichen Regel handelt es sich keineswegs um eine Selbstverständlichkeit. In der Baupraxis ist sehr häufig zu beobachten, dass bei der Ausführung in bester Absicht in erster Linie auf die anerkannten Regeln der Technik abgestellt wird, von Planungen abgewichen wird, um vermeintliche Planungsfehler auszugleichen oder Vorgaben des Bauvertrages gar nicht berücksichtigt

werden. Damit liegt dann grundsätzlich ein Mangel der Leistung vor.¹ Das wird in der Baupraxis sehr häufig unterschätzt. Vor der Erörterung des eigentlichen Mangelbegriffs wollen wir daher beleuchten, wie die geschuldete Leistung genau definiert wird – und was damit vertraglich vereinbartes Kriterium für die Feststellung der Mangelhaftigkeit oder Mangelfreiheit der Leistung wird.

Nach § 1 Absatz 1 VOB/B wird die auszuführende Leistung nach Art und Umfang durch den Vertrag bestimmt. Zum Vertrag gehören alle Vertragsbestandteile, die als Vertragsbestandteile von den Vertragsparteien definiert werden. Dazu gehört nicht nur der Vertragstext als solcher, sondern auch Verhandlungsprotokolle, Ergänzungsprotokolle, Leistungsverzeichnis, Funktionale Leistungsbeschreibung, Allgemeine und Besondere Vertragsbedingungen, Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen, ATV/ VOB/C, Pläne und andere Vertragsunterlagen, soweit ihre Einbeziehung in den Vertrag geregelt ist.

Die Gesamtheit aller Vertragsbestandteile bildet die vom Auftragnehmer geschuldeten Leistungen ab. Demzufolge sind auch alle Vertragsbestandteile heranzuziehen, um zu ermitteln, welche Leistung konkret vom Auftragnehmer geschuldet wird.² Auch bei der Feststellung, ob eine Leistung mangelhaft ist, sind daher sämtliche Vertragsbestandteile heranzuziehen. Man spricht insoweit von der Totalität der Vertragsunterlagen.

Durch das OLG Düsseldorf wurde diese Rechtsprechung in einem aktuellen Urteil bestätigt. Der Auftragnehmer hatte bei der Herstellung eines Kellergeschosses als WU – Konstruktion ein anderes Fugenabdichtungssystem verwendet, als dies in der Planung des vom Auftraggeber beauftragten Ingenieurbüros vorgesehen war. In seiner Entscheidung stellt das OLG Düsseldorf klar, dass allein darin eine mangelhafte Leistung liegt.^{3 4}

Hieran wird deutlich, dass im Rahmen der Angebotsbearbeitung und bei der Ausführung eine genaue Kenntnis sämtlicher Vertragsbestandteile und –unterlagen unerlässlich ist (Abb. 1.1).

1.4 Voraussetzungen der Mangelhaftigkeit

1.4.1 Definition des Mangelbegriffes

Die zentrale Definition des Mangelbegriffes findet sich in § 13 Absatz 1 VOB/B, der die Mängelrechte nach der Abnahme umfasst. Der Mangelbegriff aus § 13 Absatz 1 VOB/B gilt jedoch auch für die Mängelrechte vor der Abnahme, so etwa aus § 4 Absatz 7 VOB/B.

Nach § 13 Absatz 1 VOB/B hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber zum Zeitpunkt der Abnahme die Leistung frei von Sachmängeln zu verschaffen, das heißt, die Leistung muss zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln sein. Im Gegensatz zur gesetz-

¹ OLG Düsseldorf, Urteil v. 03.07.2012 – 21 U 150/09

² BGH, Urteil v. 20.08.2009 – VII ZR 205/07; BGH, Urteil v. 27.07.2006 – VII ZR 202/04

³ OLG Düsseldorf, Urteil v. 03.07.2012 – 21 U 150/09

⁴ Allerdings wurden in diesem Einzelfall dem Auftraggeber Mängelansprüche versagt.

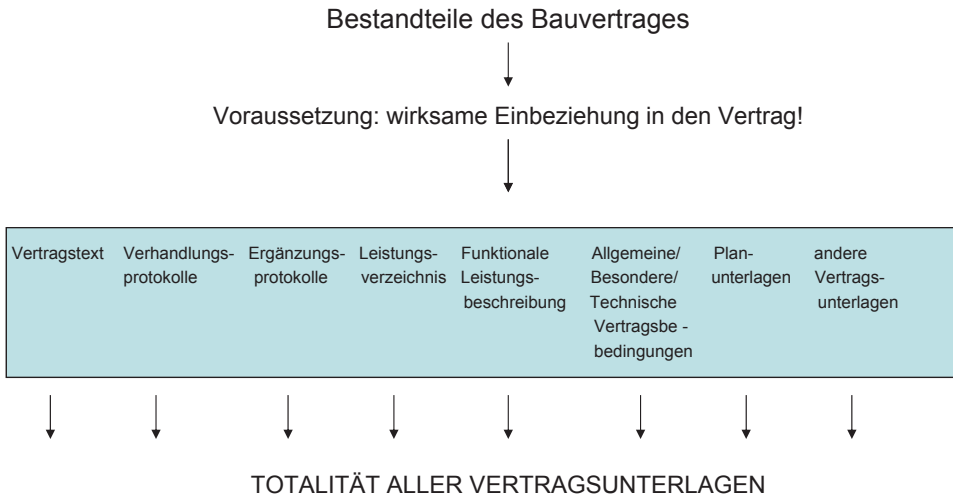


Abb. 1.1 Bestandteile des Bauvertrages

lichen Regelung in § 633 Absatz 2 BGB sind Rechtsmängel nicht ausdrücklich erwähnt, so zum Beispiel Verstöße gegen gewerbliche Schutzrechte oder Urheberrechtsverletzungen. Für Rechtsmängel gilt daher § 633 Absatz 1 BGB direkt, weil sie von der VOB/B nicht ausgenommen sein sollten.

In § 13 Absatz 2 VOB/B findet sich die Definition des Mangelbegriffs: Eine Leistung ist frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Wenn die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, so ist die Leistung zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art der Leistung erwarten kann.

Schon dem Wortlaut lässt sich entnehmen, dass die Regelung drei verschiedene Anknüpfungspunkte für den Mangelbegriff umfasst, die sich an dem Inhalt des Bauvertrages und der Tiefe der Leistungsvorgabe orientieren. Sehr häufig wird auch von einem dreistufigen Aufbau des Mangelbegriffes gesprochen.⁵ Die anerkannten Regeln der Technik werden nur in § 13 Absatz 1 Satz 2 VOB/B erwähnt, sodass man daraus schließen könnte, dass sie nur dann heranzuziehen sind, wenn eine vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt. In der Tat ist diese Frage umstritten. Teilweise wird vertreten, dass die anerkannten Regeln der Technik bei fehlender Beschaffenheitsvereinbarung keine Anwendung finden sollen, weil sie in der Regelung eben ausdrücklich nur für diesen Fall erwähnt sind, hingegen bei der vertraglich vorausgesetzten und der gewöhnlichen Beschaffenheit

⁵ Wirth in Ingenstau/Korbion: VOB/B, § 13 Abs. 1 Rn. 61

nicht. Daraus wird teilweise gefolgert, dass die anerkannten Regeln der Technik nur im Rahmen einer vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung gelten.⁶

Nach hier vertretener Auffassung gelten die anerkannten Regeln der Technik generell, also in sämtlichen Stufen des § 13 Absatz 1 VOB/B. Der Gesetzgeber hat im § 633 Absatz 2 BGB bewusst auf die Erwähnung der anerkannten Regeln der Technik verzichtet, weil diese generell Anwendung finden, also vom Auftragnehmer einzuhalten sind.⁷ Weil sich § 13 Absatz 1 VOB/B ersichtlich an der gesetzlichen Regelung orientiert und die Regelungen der VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingungen anhand des gesetzlichen Leitbildes auszulegen ist, sind die anerkannten Regeln der Technik auch bei Vereinbarung der VOB/B generell vom Auftragnehmer zu beachten, ihre Einhaltung wird also vom Auftragnehmer geschuldet. Das muss auch deswegen gelten, weil die vertraglich vorausgesetzte Verwendung und die gewöhnliche Verwendung im Sinne von § 13 Absatz 1 Satz 3 Nr. 1 und 2 ebenso wie die vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung gemäß Absatz 1 Satz 2 eine Festlegung des geschuldeten Werkerfolges darstellen, allerdings ohne die Beschaffenheit genau zu definieren. Gerade bei diesen Fällen muss davon ausgegangen werden, dass die Bauvertragsparteien die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik wünschen, denn bei einer weniger genau definierten Beschaffenheit kommt es umso stärker auf die bautechnischen Normen an, die sich in Wissenschaft und Baupraxis bewährt haben. Insofern bilden die anerkannten Regeln der Technik einen Mindeststandard ab, der bei der Ausführung von Bauleistungen geschuldet ist und in § 13 Absatz 1 VOB/B sollte insoweit kein unterschiedlicher Mindeststandard definiert werden, dessen Anwendung allein davon abhängig ist, ob eine vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt oder nicht. Die ausschließliche Erwähnung der anerkannten Regeln der Technik in § 13 Absatz 1 Satz 2 VOB/B ist daher ein systematischer Fehler, der nichts daran ändert, dass die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik generell vom Auftragnehmer geschuldet wird. Allerdings ist zu beachten, dass die konkret anzuwendenden Allgemeinen Regeln der Technik von den vertraglichen Vereinbarungen beeinflusst sein können (Abb. 1.2).

1.4.1.1 Vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung

Die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit ist also das Entscheidungskriterium, um auf dieser Stufe festzustellen, ob ein Mangel vorliegt oder nicht. Ein Mangel liegt stets vor, wenn die Leistung des Auftragnehmers nicht die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit aufweist.⁸ Es ist unerheblich, ob es sich nur um eine unwesentliche oder geringfügige Abweichung von der vertraglichen Beschaffenheit – die Leistung ist mangelhaft, wenn die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit nicht erreicht ist.

Woraus ergibt sich nun die vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung?

Wir haben bereits eingangs festgestellt, dass die Beurteilung der Leistung des Auftragnehmers zwingend mit der Festlegung der geschuldeten (mangelfreien) Leistung einher-

⁶ Kemper BauR 2002, 1613

⁷ Amtliche Begründung BT-Drucksache 14/640, S. 616

⁸ OLG Düsseldorf, Urteil v. 03.07.2012 – 21 U 150/09; BGH, Urteil v. 10.11.2005 – VII ZR 147/04

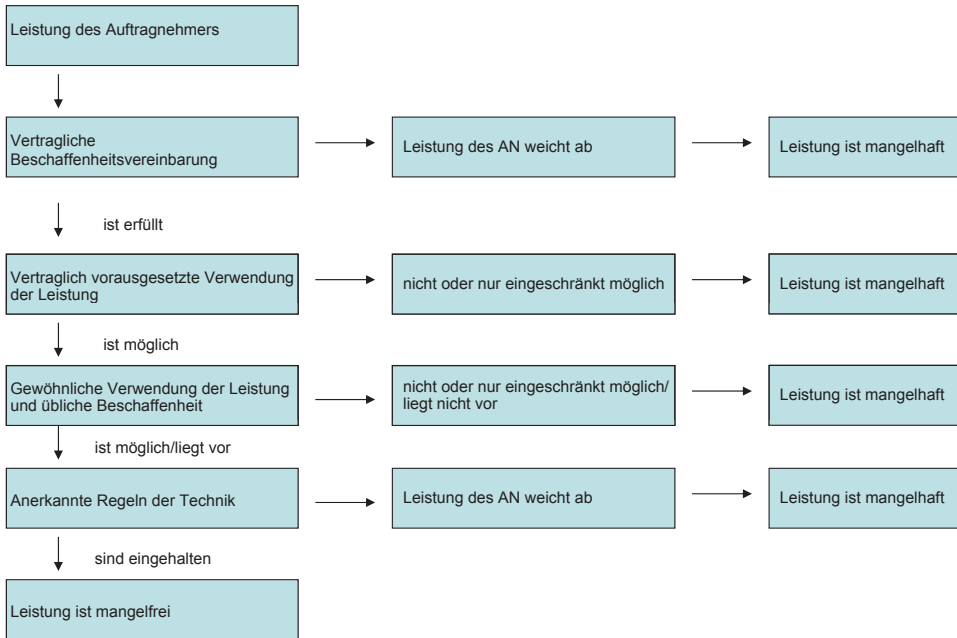


Abb. 1.2 Prüfdiagramm Mangelbegriff gem § 13 Abs. 1 VOB/B

geht. Diese Festlegung der geschuldeten Leistung stellt die vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung dar und wird üblicherweise auch als Leistungsbeschreibung bezeichnet. Sie erfolgt im Bauvertrag, dem Leistungsverzeichnis, den Plänen und allen sonstigen Vertragsbestandteilen, die vereinbarungsgemäß Bestandteile des Bauvertrages werden sollen. Im Grunde handelt es sich um eine Selbstverständlichkeit, die in § 1 Absatz 1 VOB/B geregelt ist. Danach bestimmt sich die auszuführende Leistung nach Art und Umfang „durch den Vertrag“. Gemeint sind damit sämtliche Vertragsbestandteile, die als solche vertraglich vereinbart werden. Damit sind zur Feststellung der vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung sämtliche Vertragsbestandteile heranzuziehen, die vertraglich vereinbart worden sind.⁹ Dabei muss in den Vertragsbestandteilen nicht ausdrücklich oder gesondert klargestellt sein, dass die vertraglich geschuldete Leistung beschrieben wird, etwa in Abgrenzung zu Nebenpflichten (z. B. Regelungen zur Aufstellung der Rechnungen). Entscheidend ist, ob und wie sich im Wege der Auslegung des Willens der Vertragsparteien feststellen lässt, dass bestimmte Angaben die geschuldete Leistung beschreiben.¹⁰

Im Rahmen dieser festgelegten Leistungen schuldet der Auftragnehmer auch eine Funktionalität. Er hat stets ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk herzustellen.¹¹ Dies jedoch immer im Rahmen des Bauvertrages, also der geschuldeten Leistungen.

⁹ Siehe Fußnote Nr. 4; ebenso: Zanner: VOB/B nach Ansprüchen, S. 159

¹⁰ Wirth in Ingenstau/Korbion, VOB/B, § 13 Abs. 1 Rn. 23

¹¹ BGH, Urteil v. 10.11.2005 – VII ZR 147/04; BGH, Urteil v. 11.11.1999 – VII ZR 403/98

Die Verpflichtung, ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk herzustellen, besteht auch, wenn die Parteien eine Ausführungsart vereinbart haben sollten, mit der für sich genommen die Funktionstauglichkeit des Werkes nicht erreicht werden kann.¹² Ist im Bauvertrag das Dach für eine Lagerhalle nur mit einer relativ einfachen und preisgünstigen Konstruktion beschrieben, muss das Dach dennoch auch bei starken Regenfällen dicht sein, denn wie der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung ausdrücklich klargestellt hat, erfordert auch die Nutzung als Lagerhalle einen sicheren Schutz gegen Regen und Wind.¹³ Ist im Bauvertrag für die Sanierung zweier nebeneinanderliegender Mehrfamilienhäuser im Einzelnen konkret beschrieben, wie Decken und Böden nach ihrer Entfernung wieder aufgebaut werden sollen, liegt zwar eine vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung vor. Die Leistung des Auftragnehmers ist dennoch mangelhaft, wenn mit der vereinbarten Beschaffenheit für Decke und Wände die Brand- und Schallschutzvorschriften für Mietshäuser nicht eingehalten werden können. Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch nicht gewährleistet, ist die Leistung mangelhaft. Kann die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch mit der vertraglich vereinbarten Ausführungsart nicht zu erreichen, schuldet der Auftragnehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit, in dem Fall des Bundesgerichtshofes also die Einhaltung der Brand- und Schallschutzvorschriften für Mehrfamilienhäuser.¹⁴

Es lässt sich also festhalten, dass alle vereinbarten Bestandteile des Bauvertrages in ihrer Gesamtheit die geschuldete Leistung beschreiben. Aus dieser Gesamtheit der Vertragsbestandteile ergibt sich die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit, wie wir dies schon eingangs festgestellt hatten. Insbesondere für die Angebotsbearbeitung ist es daher immens wichtig, sämtliche Pläne, Leistungsverzeichnis und sonstigen Unterlagen zu kennen, die Bestandteil des Bauvertrages werden sollen.

Die geschuldete Leistung kann also auf vielfältige Weise beschrieben werden – demzufolge kann auch die vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung sehr unterschiedlich erfolgen.

1.4.1.1.1 Detaillierte Beschreibung und Mängelhaftung

Bei der detaillierten Leistungsbeschreibung werden die zu erbringenden Leistungen im Einzelnen und konkret beschrieben. Im Vordergrund steht die Angabe der zu erbringenden Leistungen durch den Auftraggeber. Gegenstück hierzu ist die funktionale Beschreibung der geschuldeten Leistung, bei der die geschuldeten Leistungen nicht im Einzelnen angegeben, sondern der geschuldete Erfolg oder die zu erreichende Funktionalität beschrieben wird.

Zum Beispiel kann bei der Errichtung eines Einfamilienhauses jede einzelne Leistung in einem Leistungsverzeichnis enthalten sein oder das Einfamilienhaus kann im Vertrag in groben Zügen und unter Benennung bestimmter Ausstattungsmerkmale und mit Ent-

¹² BGH, Urteil v. 16.07.1998 – VII ZR 350/96

¹³ Siehe Fußnote Nr. 12

¹⁴ Siehe Fußnote Nr. 12

wurfsplänen beschrieben sein. Im ersten Fall handelt es sich dann um eine detaillierte Beschreibung, im zweiten Fall liegt eine Funktionale Beschreibung vor.

Typischer Fall einer detaillierten Beschreibung ist die Verwendung eines Leistungsverzeichnisses mit Ordnungsziffern. Sie geben konkret an, welche Leistungen zu erbringen sind. Die Vordersätze (Mengenangaben im Leistungsverzeichnis) stellen eine Schätzung der erforderlichen Mengen dar. Bleibt es bei dieser Schätzung und sollen die tatsächlich ausgeführten Mengen abgerechnet werden, handelt es sich um einen sogenannten Einheitspreisvertrag. Werden die Mengen pauschaliert und die entsprechenden Teilpauschalen für die jeweilige Ordnungsziffer abgerechnet, handelt es sich um einen Detailpauschalvertrag.

Diese Wahl der vertraglichen Gestaltung wirkt sich auf Inhalt und Umfang der geschuldeten Leistungen aus. Entscheidet sich der Auftraggeber für eine detaillierte Beschreibung der Leistung (und diese Entscheidung obliegt ihm ja) dann führt dies zu einer gewissen Vermutung dahin gehend, dass alle Leistungen beschrieben sind, die vom Auftraggeber verlangt werden. Es entsteht also eine durch die detaillierte Beschreibung hervorgerufene „systembedingte Vollständigkeitsvermutung“. Der Auftragnehmer schuldet für die vereinbarte Vergütung die beschriebenen Leistungen, nichts darüber hinaus.¹⁵ Vielmehr lösen zusätzliche Leistungen weitere Vergütungsansprüche aus, wenn sie vom Auftraggeber angeordnet werden. Das wirkt sich auch auf die Beurteilung der Mangelhaftigkeit einer Leistung aus, denn ein Mangel liegt auch dann vor, wenn der Auftragnehmer ein anderes als das bestellte Werk herstellt, oder wenn er das Werk in zu geringer Menge herstellt.¹⁶ Ob ein „anderes als das bestellte Werk“ hergestellt wurde, ist anhand der Leistungsbeschreibung festzustellen.

Grundsätzlich liegt immer ein Mangel vor, wenn der Auftragnehmer von der detaillierten Leistungsbeschreibung abweicht. Die Detaillierung der Leistungsbeschreibung erfordert deswegen ein hohes Maß an Genauigkeit der Bearbeitung, denn die Vorgaben der detaillierten Leistungsbeschreibung sind – vollständig – einzuhalten und zu erfüllen, wie wir bereits erörtert haben und naturgemäß sind dies bei einer detaillierten Leistungsbeschreibung mehr Angaben, die vom Auftragnehmer zu beachten sind. Nur wenn sie vollständig eingehalten und umgesetzt werden, liegt keine Abweichung vor und auch nur dann ist die Leistung mangelfrei.

Darüber hinaus schuldet der Auftragnehmer aber auch ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk, weil bei einem Bauvertrag unabhängig von der Art der Leistungsbeschreibung stets die Erfolgshaftung, also das vereinbarte Werk, im Vordergrund steht. Diese Haftung für eine Funktionalität der Bauleistung bewegt sich jedoch stets im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen. Es besteht also ein Unterschied zwischen dem Abgeltungsumfang der Vergütung (vergütungsrelevantes Leistungssoll) und dem werkvertraglich geschuldeten Erfolg. Beide müssen nicht deckungsgleich sein. Möglich ist es, dass der werkvertraglich geschuldete Erfolg über den Abgeltungsumfang der Vergütung hin-

¹⁵ Kapellmann/Schiffers: Rn. 255

¹⁶ § 633 Abs. 2 Satz 2 BGB

ausgeht. Dann sind zur Erreichung des werkvertraglich geschuldeten Erfolges mehr Leistungen zu erbringen, als dies im Bauvertrag vorgesehen wurde. Maßgebendes Kriterium für die Mangelhaftigkeit der Leistung ist also die Erreichung des werkvertraglich geschuldeten Erfolges. Das bedeutet nicht immer zwingend eine arbeits- oder kostenauslösende Mehrleistung des Auftragnehmers. Häufig besteht in erster Linie die Hinweispflicht des Auftragnehmers aus § 4 Abs. 3 VOB/B, wenn mit den detailliert beschriebenen Leistungen der geschuldete Erfolg nicht erreicht werden kann. Werden dann etwa erforderliche weitere Leistungen durch den Auftraggeber angeordnet, kann dafür ein Anspruch auf zusätzliche Vergütung für den Auftragnehmer entstehen. Für die hier zu betrachtende Mängelhaftung ist aber entscheidend, dass die Leistung mangelhaft ist, wenn der werkvertraglich geschuldete Erfolg nicht erreicht wird.

Das heißt: Weicht der Auftragnehmer von der detaillierten Leistungsbeschreibung ab, liegt ein Mangel im Sinne von § 13 Abs. 1 VOB/B vor. Führt der Auftragnehmer nach der detaillierten Leistungsbeschreibung aus, ist das hergestellte Werk aber nicht funktionsfähig, liegt ebenfalls ein Mangel im Sinne von § 13 Abs. 1 VOB/B vor. Eine andere Frage ist es, ob der Auftragnehmer einen Anspruch auf zusätzliche oder geänderte Vergütung hat, wenn er zusätzliche oder geänderte Leistungen erbringen muss, die in der Leistungsbeschreibung nicht vorgesehen sind, die aber erforderlich sind, um den werkvertraglich geschuldeten Erfolg zu erreichen. Solche Mehrvergütungsansprüche kommen gerade bei detaillierter Leistungsbeschreibung häufiger als bei anderen Formen der Leistungsbeschreibung in Betracht, weil – wie bereits erörtert – der Auftraggeber hier ein größeres Risiko für Ausschreibungsfehler trägt („systembedingte Vollständigkeitsvermutung“).

Beispiel

Wir wollen dies an zwei Beispielen verdeutlichen:

1. In einem Bauvertrag über die Errichtung eines Bürogebäudes sind für den Aufbau eines Erkerdaches an diesem Gebäude 30 mm Edelstahlgitterrostabdeckung, 50 mm Freiraum zwischen Gitterrostabdeckung und OK-Abdichtung, 14 mm Bitumenbahn 3-lagig, hochgeklebt bis zum Umgriff der Attika, 24 mm Holzschalung BxD 120×24 mm nicht imprägniert, 180 mm Sparren mit konischem Zuschnitt 60×210/150 nicht imprägniert, 4 mm Bitumenbahn mit Alu-Einlage, 180 mm Flachdachauskragung aus Stahlbeton und 15 mm Kalk-Innenputz gespachtelt und geschliffen vorgegeben. Dieser Aufbau ist auf den Vertragsplänen zu erkennen. Damit ist die Herstellung des Erkerdaches detailliert beschrieben. Führt der Auftragnehmer den Aufbau statt mit Bitumenbahnen mit einer hochwertigen Kunststoffabdichtung aus, liegt darin eine Abweichung von der vertraglichen Beschaffenheit und die Leistung ist mangelhaft im Sinne von § 13 Abs. 1 VOB/B. Das gilt selbst dann, wenn das zur Ausführung verwendete Kunststoffmaterial deutlich bessere Abdichtungs- und Verarbeitungseigenschaften aufweist als die vorgegebenen Bitumenbahnen.
2. Ist in einem Bauvertrag über Sanitärinstallationsarbeiten in einem Schwimmbad die Ausführungsart konkret vorgegeben, indem die Verwendung sintergestralter Roh-

re wegen der Pflegeleichtigkeit und optischer Vorzüge vorgegeben ist, welche jedoch für Korrosion anfällig sind, ist die Leistung mangelhaft, weil die Sanitärinstallation nicht die erforderliche Korrosionsbeständigkeit für ein Schwimmbad aufweist.¹⁷ Um der Mängelhaftung zu entgehen, hätte der Auftragnehmer hier seiner Hinweispflicht gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B nachkommen und den Auftraggeber auf die Korrosionsanfälligkeit der ausgeschriebenen Rohre hinweisen müssen. Wäre daraufhin vom Auftraggeber dann die Verwendung anderer Rohre oder eines zusätzlichen Korrosionsschutzes angeordnet worden, hätte der Auftragnehmer auch einen Anspruch auf geänderte oder zusätzliche Vergütung gehabt!

Fazit: Liegt einem Bauvertrag eine detaillierte Leistungsbeschreibung zugrunde, ist die Bauleistung nur dann mangelfrei im Sinne von § 13 Abs. 1 VOB/B, wenn von der Leistungsbeschreibung nicht abgewichen wird, also alle Vorgaben umgesetzt werden. Das erfordert bei der detaillierten Leistungsbeschreibung genaue Kenntnis aller leistungsbeschreibenden Vertragsunterlagen, die vollständig umgesetzt werden müssen.

Weiterhin ist die Leistung nur dann mangelfrei im Sinne von § 13 Abs. 1 VOB/B, wenn die geschuldete Bauleistung entsprechend dem Bauvertrag funktionstauglich und zweckentsprechend ist, also der geschuldete Erfolg erreicht ist. Ist das mit den in der Leistungsbeschreibung vorgesehenen Leistungen nicht (vollständig) möglich, muss der Auftragnehmer gegebenenfalls weitere Leistungen erbringen oder den Auftraggeber entsprechend auf die Unvollständigkeit/Fehlerhaftigkeit der Leistungsbeschreibung hinweisen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach und wird aufgrund dessen der werkvertraglich geschuldete Erfolg nicht erreicht, ist die Leistung mangelhaft.

Muss durch den Auftragnehmer aber eine in der Leistungsbeschreibung nicht vorgesehene Leistung erbracht werden, um den werkvertraglich geschuldeten Erfolg zu erreichen, kann Anspruch auf geänderte oder zusätzliche Vergütung zugunsten des Auftragnehmers bestehen (Abb. 1.3).

1.4.1.1.2 Funktionale/globale Beschreibung und Mängelhaftung

Bei einer funktionalen Beschreibung der Leistung steht nicht die detaillierte Beschreibung der einzelnen auszuführenden Arbeiten im Vordergrund, sondern das Leistungsziel, also der vom Auftraggeber gewünschte Erfolg. Die Leistungsbeschreibung erfolgt hier bewusst und gewollt unvollständig und lückenhaft, weil sich diese Form der Leistungsbeschreibung eben nicht an den Einzelleistungen und deren Verpreisung orientiert, sondern am Leistungsziel.¹⁸ Dadurch entsteht für den Auftragnehmer ein gewisser Spielraum bei der Leistungserbringung. Da die Einzelleistungen nicht konkret, sondern unvollständig und lückenhaft beschrieben sind, eröffnen sich für den Auftragnehmer häufig mehrere Varianten, mit denen das beschriebene Leistungsziel erreicht werden kann.

¹⁷ KG Berlin, Urteil vom 22.08.2006 – 21 U 165/03

¹⁸ OLG Naumburg IBR 2007, 10