

Funktion als Pflicht

Nur ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk ist mangelfrei

Wie die Praxis zeigt, gehen die meisten Auftragnehmer davon aus, dass ihr Werk mangelfrei ist, wenn sie die Werkleistung nach dem Leistungsverzeichnis, der Baubeschreibung und den Bauplänen sowie den anerkannten Regeln der Technik erbracht haben. Eine Haftung sei dann ausgeschlossen. Hierbei handelt es sich jedoch um einen verbreiteten Irrtum, wie dieser Beitrag zeigen soll.

■ Von Prof. Thomas Karczewski

Regelungen in BGB und VOB/B

Gemäß § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB ist ein Werk frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Entsprechendes liest man in § 13 Abs. 1 Satz 2 VOB/B, wo es heißt: „Die Leistung ist zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht.“ Während in der VOB/B also die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik ausdrücklich gefordert wird, ist es allgemeine

Ansicht, dass dies auch für die Werkverträge des BGB gilt.

Die Mangelfreiheit eines Bauwerks hängt maßgeblich davon ab, ob es der vereinbarten Beschaffenheit entspricht. Nach der Rechtsprechung des BGH¹ sind unter der Beschaffenheit des Werks insbesondere alle dem Werk unmittelbar und jedenfalls für eine gewisse Zeit anhaftenden physischen Merkmale zu verstehen. Zu ihr gehören alle Eigenschaften des Werks, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen.

1 BGH, Urt. v. 31.08.2017, VII ZR 5/17, Rz. 22

Eine Beschaffenheitsvereinbarung kann ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten getroffen werden. Ob die Parteien eines Bauvertrags eine solche Vereinbarung getroffen und welche Beschaffenheit sie gegebenenfalls vereinbart haben, ist durch Auslegung des Bauvertrags zu ermitteln.² Die vertraglich geschuldete Beschaffenheit orientiert sich

- an der Beschreibung der Leistung nach Art und Weise,
- an der Qualität,
- am Komfortstandard und
- am Umfang,

die im Vertrag oder auch in vorvertraglichen Unterlagen, wie z. B. im Verkaufsprospekt eines Bauträgers, zum Ausdruck gekommen sind.³ Deshalb sind das Leistungsverzeichnis, die Baubeschreibung, die Baupläne und andere Vertragsunterlagen für den Inhalt der Beschaffenheitsvereinbarung in der Regel von großer Bedeutung.

Funktionaler Herstellungsbegriff

Damit ist das werkvertragliche Verständnis der vereinbarten Beschaffenheit aber keineswegs erschöpft. Schon früh hat der BGH⁴ darauf hingewiesen, dass der Auftragnehmer die Entstehung eines mangelfreien, **zweckgerechten** Werks zu gewährleisten hat und die Leistung fehlerhaft ist, wenn sie diesen Anforderungen nicht entspricht – und zwar unabhängig davon, ob die anerkannten Regeln der Technik eingehalten worden sind. Ausschlaggebend sei allein, dass der Leistungsmangel zwangsläufig

2 BGH, a. a. O., Rz. 23

3 Jurgeleit, in: Kniffka, Koeble, Jurgeleit, Sacher: Kompendium des Baurechts, 5. Teil, 5. Aufl. 2020, Rz. 25

4 BGH, Urt. v. 17.05.1984, VII ZR 169/82, mit Hinweis auf BGH, Urteil v. 20.12.1971, VII ZR 97/70



(1) Ein Dach muss dicht sein, selbst wenn es mit einer preiswerten Abdichtung hergestellt wurde. Diese ändert nichts an der gewünschten Funktion, das Gebäude vor Wasser einbrüchen zu schützen.

den angestrebten Erfolg beeinträchtigt. Der BGH hatte ein Wärmedämmverbundsystem als mangelhaft beurteilt, das zwar den anerkannten Regeln der Technik im Jahr 1972/1973 entsprach, aber zur Rissbildung führte.

Später formulierte der BGH,⁵ dass der Auftragnehmer im Rahmen der getroffenen Vereinbarungen ein **funktionstaugliches und zweckentsprechendes** Werk schuldet und sich an dieser Erfolgshaftung nichts ändert, wenn die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben, mit der die geschuldete Funktionstauglichkeit des Werks nicht erreicht werden kann.

In dem vom BGH entschiedenen Fall war das Dach einer Produktions- und Lagerhalle nach dem vereinbarten Leistungsverzeichnis neu gedeckt worden. Trotzdem kam es bei stärkerem Regen mit Windeinfall zu Wassereinbrüchen. Dies steht einer zweckentsprechenden Nutzung der Halle (nach Auffassung des BGH) entgegen. Die Nutzung als Lager oder zur Produktion fordert in der Regel einen sicheren Schutz auch bei stärkerem Regen mit Windeinfall. Die fehlende Funktionstauglichkeit stelle damit einen eigenständigen Mangeltatbestand dar. Es liegt deshalb selbst dann ein Mangel vor, wenn die vom Auftragnehmer erbrachte Leistung den anerkannten Regeln der Technik und der vereinbarten Ausführungsart (nach Leistungsverzeichnis, Leistungsbeschreibung, Bauplänen ect.) entspricht.⁶ Die Funktionstauglichkeit ist damit Gegenstand der Beschaffenheitsvereinbarung. Insoweit ist die Leistungsvereinbarung der Parteien überlagert und konkretisiert durch die Herstellungspflicht, die dahin geht, ein nach den Vertragsumständen zweckentsprechendes, funktionstaugliches Werk zu erbringen.⁷

Welche Funktion des Werks die Parteien nach dem Vertrag vorausgesetzt oder vereinbart haben, ist durch Auslegung unter Berücksichtigung aller für den Vertrag maßgebenden Umstände zu ermitteln. Dabei ergeben sich viele Herstellungspflichten bereits aus der Natur der Leistung. Beispiele hierfür sind:

- Ein Dach muss dicht sein.⁸
- Eine Abdichtung muss abdichten, was nicht der Fall ist, wenn (Regen-)Wasser über die Terrasse oder durch sie hindurch in das neu abgedichtete Gebäude eindringt.⁹
- Eine Heizung muss heizen, und zwar selbst dann, wenn die fehlende Funktion durch die mangelhafte Vorleistung eines anderen Unternehmers verursacht wird, weil dieser z. B. ein Blockheizkraftwerk erstellt, das zu wenig Energie für den Betrieb der Heizung erzeugt.¹⁰
- In einer Dusche muss man duschen und in einer Badewanne baden können. Dies ist nach Ansicht des OLG Hamburg¹¹ nicht der Fall, wenn es zu Temperaturschwankungen von 5 °C des Warmwassers in Dusche oder Badewanne kommt, wenn an anderen Zapfstellen Kaltwasser entnommen wird.
- Der Putz eines neu hergestellten Wärmedämmverbundsystems an einer Hauswand darf nicht fleckig sein, selbst wenn er entsprechend der Leistungsbeschreibung ausgeführt ist und nicht gegen die anerkannten Regeln der Technik verstößt. Er widerspricht sonst nach Auffassung des OLG Frankfurt¹² seiner (optischen) Funktionstauglichkeit.
- Möbel dürfen nach einem Zeitraum von über drei Monaten nach dem Einbau nicht so starke Ausdünstungen verursachen, dass diese deutlich wahrnehmbar sind und zu Reizungen von Augenschleimhäuten und Atemwegen führen, wie das OLG Düsseldorf¹³ entschieden hat.
- Ein PVC-Design-Bodenbelag in einer repräsentativen Arztpraxis darf nach Ansicht des OLG Hamburg¹⁴ auch bei hoher Belastung durch rollbares Praxismobiliar keine optisch stark störenden Dellen und Eindrücke aufweisen, auch wenn er mangelfrei verlegt wurde und das Material der vereinbarten Beschaffenheit entspricht.
- Der Anschluss einer Abwasserleitung an die Grundleitung darf nicht zu einem Wasserschaden im Haus führen, weil ein Rückstauventil in der Grundleitung

fehlte, selbst wenn diese von einem Vorunternehmer ohne Rückstauventil verlegt wurde, so der BGH.¹⁵

- Bei den Scheiben einer Glasfassade eines Bürogebäudes darf es nach einer anderen Entscheidung des BGH¹⁶ zu keinerlei Glasbrüchen durch Nickelsulfid-Einschlüsse kommen, selbst wenn dies nach dem im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Prüfverfahren nicht zu 100 % ausgeschlossen werden kann, sondern eine minimale statistische Bruchwahrscheinlichkeit der ausgedruckten Scheiben verbleibt.

Risikoübernahme des Auftraggebers

Nicht selten ist die Auffassung anzutreffen, dass das Risiko, dass das Werk die vereinbarte Funktion erreicht, durch die Vereinbarung einer bestimmten (preiswerten) Ausführungsart (stillschweigend) eingeschränkt oder ausgeschlossen werde und vom Auftraggeber zu tragen sei, wenn mit der vereinbarten Ausführungsart die Funktionstauglichkeit des Werks nicht erreicht werden kann. Diese Einschätzung wird von der Rechtsprechung jedoch nicht geteilt.

Beispiel:

Die Vertragsparteien vereinbaren für die Glasfassade eines Bürogebäudes die Verwendung von Scheiben, bei denen kein Risiko eines Glasbruchs durch Nickelsulfid-Einschlüsse besteht. Im Leistungsverzeichnis ist vom Auftraggeber ein Prüfverfahren ausgeschrieben, das dieses Risiko nicht zu 100 % ausschließen kann. Dies führt aber nicht dazu, dass der Auftraggeber das sta-

¹⁵ BGH, Urt. v. 30.06.2011, VII ZR 109/10

¹⁶ BGH, Urt. v. 08.05.2014, VII ZR 203/11, Rz. 16 ff.



Bild: © Ewald Frösch – stock.adobe.com

(2) Die Scheiben einer Glasfassade dürfen nicht brechen, selbst wenn dies durch ein verwendetes Prüfverfahren nicht hundertprozentig ausgeschlossen werden kann.

⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 11.11.1999, VII ZR 403/98

⁹ BGH, Urt. v. 07.02.2019, VII ZR 274/17

¹⁰ BGH, Urt. v. 08.11.2007, VII ZR 183/05

¹¹ OLG Hamburg, Urt. v. 16.07.2020, 8 U 61/19

¹² OLG Frankfurt, Beschluss v. 10.05.2019, 21 U 64/18

¹³ OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.02.2019, 21 U 96/18

¹⁴ OLG Hamburg, Urt. v. 28.09.2018, 11 U 128/17

⁵ Bspw. BGH, Urt. v. 11.11.1999, VII ZR 403/98

⁶ BGH, Urt. v. 08.11.2007, VII ZR 183/05, Rz. 15

⁷ OLG Hamburg, Urt. v. 16.07.2020, 8 U 61/19

tistisch geringe Risiko des Glasbruchs trägt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass er an der vereinbarten Funktionalität der Glas-scheiben nichts ändern wollte und nicht erkannt hat, dass die gewählte Ausführung nicht in der Lage war, die gewünschte Funktion zu erreichen.¹⁷

Oder:

Der Eigentümer beauftragt den Unternehmer, das Dach seiner Lager- und Produktionshalle neu einzudecken. Er wählt eine preiswerte Dachabdichtung, ohne einen Hinweis darauf, dass er trotzdem ein Dach wünscht, welches auch einer stärkeren Regenbelastung standhält. An der vereinbarten Funktion der Dachabdichtung, das Halleninnere vor Wassereintrüben zu schützen, ändert die gewählte preiswerte Ausführungsart nichts. Durch die preisgünstige Ausführung hat der Auftraggeber nicht das Risiko der fehlenden Funktionstauglichkeit der Dachabdichtung übernommen.¹⁸

Birgt die ausgeschriebene Variante ein Risiko, dass der Auftraggeber erkennbar nicht übernehmen will, muss der Unternehmer ihn darauf hinweisen und mit ihm vertraglich einen Ausschluss des Risikos vereinbaren, wenn er es ebenfalls nicht tragen will.¹⁹ Das hat der BGH gerade in den Fällen entschieden, in denen es darum ging, ob die vereinbarte Ausführung in der Lage ist, die nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion zu erfüllen. Ist durch die beschriebene Ausführung die nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion erkennbar gefährdet oder nicht erreichbar, kann der Auftragnehmer den Auftraggeber nicht im Ungewissen lassen und für den Fall der Risikoverwirklichung die Auffassung vertreten, die Wahl einer bestimmten Ausführungsart führe dazu, dass die vereinbarte Funktionstauglichkeit eine andere sei, als der Auftraggeber sich vorgestellt habe. Der Auftragnehmer hat somit einen Bedenkenhinweis zu erteilen, um sich bei fehlender Funktionstauglichkeit seines Werks von der Haftung zu befreien.²⁰

17 A. a. O.

18 BGH, Urt. v. 11.11.1999, VII ZR 403/98

19 BGH, Urt. v. 08.05.2014, VII ZR 203/11, Rz. 19

20 Zum ordnungsgemäßen Bedenkenhinweis:

Karczewski, in: der bauschaden,

Ausgabe Dezember 2018/Januar 2019, S. 52 ff.

Er trägt auch die Beweislast für diesen Befreiungstatbestand.²¹

Zuschusspflicht des Auftraggebers

Mit der Leistungsbeschreibung beabsichtigen die Vertragsparteien, die geschuldete Leistung so festzulegen, dass der beabsichtigte Erfolg erreicht wird und ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Bauwerk entsteht. Ist die Leistungsbeschreibung (Leistungsverzeichnis, Baupläne) fehlerhaft, gibt es zwei Möglichkeiten:

Erstens: Dem Auftragnehmer fällt die Fehlerhaftigkeit der Ausschreibungsunterlagen auf. Er meldet Bedenken an und wird mit den notwendigen Ergänzungsarbeiten beauftragt. Gehen diese über die ursprünglich ausgeschriebenen Leistungen hinaus, kann der Unternehmer gem. § 2 Abs. 5 oder Abs. 6 VOB/B, § 650c BGB Nachtragsforderungen geltend machen.

Zweitens: Dem Auftragnehmer fällt die Fehlerhaftigkeit der Ausschreibungsunterlagen nicht auf. Er führt die Leistung aus, die aufgrund fehlender Funktionstauglichkeit mangelhaft ist. In diesem Fall ist der Auftragnehmer zur Mängelbeseitigung verpflichtet. Dabei spielt es keine Rolle, dass die Ausschreibungsunterlagen vom Auftraggeber oder dessen Architekt stammen. Ist ein Mangel zurückzuführen auf

- die Leistungsbeschreibung oder eine Anordnung des Auftraggebers,
- von diesem gelieferte oder vorgeschriebene Stoffe oder Bauteile oder
- die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers,

haftet der Auftragnehmer gem. § 13 Abs. 3, 1. Halbsatz VOB/B, falls er keinen ordnungsgemäßen Bedenkenhinweis erteilt hat. Aber auch im Rahmen der Mängelbeseitigung hat sich der Auftraggeber in Höhe der „Sowieso-Kosten“ an der Mängelbeseitigung zu beteiligen; das sind die Kosten, die auch bei ordnungsgemäßer Planung und Ausführung, also „sowieso“ entstanden wären.

21 BGH, Urt. v. 29.09.2011, VII ZR 87/11

Fazit

Der funktionale Herstellungsbegriff führt dazu, dass der Auftragnehmer seine Leistung nicht nur nach der vereinbarten Ausführungsart (Leistungsbeschreibung, Leistungsverzeichnis, Baupläne) und den anerkannten Regeln der Technik zu erbringen hat. Er muss auch ein funktionstaugliches, zweckentsprechendes Werk herstellen. Die fehlende Funktionstauglichkeit ist eine eigenständige Mangelalternative, die selbst dann zur Haftung des Auftragnehmers führt, wenn er die vereinbarte Ausführungsart und die anerkannten Regeln der Technik einhält. Die Funktionstauglichkeit ergibt sich meist schon aus der Natur der Werkleistung. ■

Zur Person



Prof. Thomas Karczewski

ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Partner der Anwaltskanzlei Rembert Rechtsanwälte in Hamburg. Er ist seit 1989 als Rechtsanwalt und spezialisierter Bau- und Immobilienrechtler tätig. Prof. Karczewski ist seit 2007 Lehrbeauftragter für Privates Baurecht und Wirtschaftsrecht an der Hochschule 21 (Buxtehude) und Gründer des Baurechtskolloquiums Hamburg. Er ist Mitautor des „Beck OK zum neuen Bauvertragsrecht“, ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift „IBR Immobilien- & Baurecht“ und ein bundesweit gefragter Referent für Vorträge, Schulungen und Seminare zu baurechtlichen Themen.

Kontakt

Rembert Rechtsanwälte
Kajen 12, 20459 Hamburg

Tel.: 040 4132290

www.rembert-rechtsanwaelte.de

hamburg@rembert-rechtsanwaelte.de