gen. Aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber in § 57 II HOAI 2021 auf das vor dem 1.1.2021 begründete Vertragsverhältnis Bezug nimmt, ergibt sich, dass alle Architektenverträge, deren Regelungsprogramme vor dem 1.1.2021 ganz oder teilweise zustande gekommen sind, als Altverträge iSd § 57 II HOAI 2021 anzusehen sind. Darüber hinaus können die Vertragsparteien – gegebenenfalls klarstellend ergänzt durch entsprechende Formulierung – auch bei nachträglichen Änderungen und Erweiterungen des Regelungsprogramms festlegen, dass Grundlage des Vertragsvertragsverhältnisses das zur Zeit der Begründung des Vertragsverhältnisses bestehende mitgliedstaatliche Gesetzesrecht bleibt. ■

Rechtsanwalt Professor Thomas Karczewski*

Die anerkannten Regeln der Technik im Wandel der Zeit

Auswirkungen auf Bau- und Bauträgerverträge

Der BGH (BGHZ 217, 13 = NZBau 2018, 207) hat in seiner jüngsten Entscheidung vom 14.11.2017 zu den anerkannten Regeln der Technik (im Folgenden: aRdT) für den VOB-Vertrag die Rechtsfolgen für die Vertragsparteien definiert, wenn sich die aRdT zwischen Vertragsschluss und Abnahme ändern. In dieser Einzelfallentscheidung mussten höchstrichterlich jedoch nur einige der Fragen beantwortet werden, die sich zu diesem Problemkreis stellen. Weitere Fragen scheinen durch frühere Entscheidungen geklärt, andere sind noch offen.

I. Einleitung

Die aRdT spielen in der Baupraxis eine wichtige Rolle. Der Auftragnehmer muss sie einhalten, damit seine Leistung mangelfrei ist. Da sie ständiger Weiterentwicklung unterworfen sind, können sie sich auch während der Ausführungsphase eines Bauvorhabens oder in der Gewährleistungszeit ändern. Der Beitrag stellt dar, welche Rechtsfolgen dies nach der herrschenden Meinung für die Vertragsparteien hat und setzt sich damit kritisch auseinander.

II. Begriff und Bedeutung

Unter den aRdT werden die Regeln für den Entwurf und die Ausführung baulicher Anlagen verstanden, die sich unter einer hinreichenden Zahl kompetenter Fachleute als theoretisch richtig durchgesetzt und in der Baupraxis bewährt haben.[1] Unter dem „Stand der Technik" versteht man hingegen einen fortschrittlicheren Entwicklungsstand.[2] Er ist vorrangig im Recht der Sicherheitstechnik von Bedeutung und ist dann erreicht, wenn die Wirksamkeit fortschrittlicher, vergleichbarer Verfahren in der Betriebspraxis zuverlässig nachgewiesen werden kann, wofür bereits experimentelle Tests ausreichen.[3] Eine Bewährung in der betrieblichen Praxis über einen längeren Zeitraum ist nicht erforderlich.

Die aRdT sind der Mindeststandard, dem die Werkleistung des Unternehmers entsprechen muss, damit kein Sachmangel vorliegt, es sei denn, eine andere Vereinbarung ist getroffen.[4] Dies ist in § 13 I 2 VOB/B ausdrücklich geregelt. In § 633 BGB hat der Gesetzgeber die aRdT bewusst nicht aufgenommen.[5] Es bestehen aber keine Zweifel, dass sie auch im Rahmen sämtlicher BGB-Werkverträge (Bau-, Verbraucherbau-, Architekten- und Ingenieur-, Bauträger- und Werkvertrag über Bauleistungen) einzuhalten sind, selbst wenn dies nicht ausdrücklich im Vertrag geregelt ist.[6] Sie gelten regelmäßig als Bestandteil der Beschaffenheitsvereinbarung[7] oder ihre Einhaltung wird vom Unternehmer üblicherweise stillschweigend bei Vertragsschluss als Standard zugesichert[8] bzw. zur Geschäftsgrundlage gemacht.[9] Eine Abweichung führt zur Haftung des Unternehmers und zwar unabhängig davon, ob ein Schaden an der Substanz des Werks eingetreten, die Gebrauchstauglichkeit gemindert[10] oder das Werk funktionstauglich ist und auch sonst der Leistungsbeschreibung entspricht.[11] Der Verstoß gegen die aRdT stellt damit eine eigenständige Mangelalternative dar. Der Unternehmer ist in diesem Fall gem. § 635 I BGB oder § 13 V 1VOB/B zur Nacherfüllung verpflichtet.[12]

III. Bedeutung technischer Regelwerke für die aRdT

Die aRdT sind dynamisch und entwickeln sich „lautlos" weiter.[13] Deshalb besteht für die technischen Regelungen in DIN-Normen auch nur eine widerlegbare Vermutung, dass sie die aRdT wiedergeben. DIN-Normen können die aRdT wiedergeben, aber auch hinter diesen zurückbleiben.[14] Entsprechendes gilt für DIN EN- bzw. DIN EN ISO-Normen sowie das DVGW-Regelwerk, die VDE-Normen und die VDI-Richtlinien. All diesen Regelungen ist gemein, dass sie von einem Gremium entworfen werden, das mit Sachverständigen verschiedener Gruppierungen besetzt ist. Dies soll für eine gewisse Neutralität der überbetrieblichen technischen Normen sorgen.[15]

„Richtlinien" und „Merkblätter" privater Hersteller und Produktorganisationen sollen wegen fehlender Überbetrieblichkeit unterhalb der DIN-Normen stehen.[16] Von einigen Oberlandesgerichten werden sie jedoch als Teil der aRdT qualifiziert .[17] Ihre Beachtung befreit den Unternehmer nicht von einer Mangelverantwortung.[18] Umgekehrt spricht es für einen Verstoß gegen die aRdT, wenn nicht einmal die Angaben der Merkblätter oder Richtlinien beachtet wurden.

IV. Geschuldeter Stand der aRdT

Unproblematisch sind die Fälle, in denen die Parteien im Vertrag festgelegt haben, welcher Stand der aRdT bei der

* Der Autor ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Partner bei *Rembert Rechtsanwälte*, Hamburg.

1 *Jurgeleit* in *Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher*, Kompendium d. BauR, 5. Aufl. 2020, 5. Teil, Rn. 47; *Seibel* NZBau 2020, 558 (559).
2 Vgl. hierzu insb. *Seibel* BauR 2004, 774.
3 *Merkens* in *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB, Teile A u. B, 7. Aufl. 2020, § 4 VOB/B Rn. 56.
4 *BGHZ* 139, 16 = NJW 1998, 2814.
5 BT-Drs. 14/6040, 261.
6 *Jurgeleit* in *Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher*, Kompendium d. BauR, 5. Teil, Rn. 46; *Kniffka* in *Kniffka*, Bauvertragsrecht, 3. Aufl. 2018, § 633 BGB Rn. 23; *Steffen* in *Leinemann/Kues*, BGB-Bauvertragsrecht, 2018, § 633 Rn. 36.
7 Vgl. zB *Moufang/Koos* in *Messerschmidt/Voit*, Privates Baurecht, 3. Aufl. 2018, Syst. J Rn. 18.
8 *BGHZ* 139, 16 = NJW 1998, 2814; *BGH* NZBau 2014, 568 = NJW 2014, 3511; *Jurgeleit* in *Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher*, Kompendium d. BauR, 5. Teil, Rn. 53; MüKoBGB/*Busche*, 7. Aufl. 2018, § 633 Rn. 21.
9 *Kniffka* in *Kniffka*, Bauvertragsrecht, § 633 BGB Rn. 26 aE.
10 *BGH* NZBau 2013, 295 = NJW 2013, 1226 = DS 2013, 229.
11 *Moufang/Koos* in *Messerschmidt/Voit*, Privates Baurecht, Syst. J Rn. 18.
12 Anschaulich *OLG Koblenz*, Urt. v. 31.5.2019 – 6 U 1075/18, BeckRS 2019, 51117.
13 *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 16. Aufl. 2018, Rn. 1970; *Junghenn* in *Ganten/Jansen/Voit*, Beck´scher VOB-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 4 II VOB/B Rn. 43.
14 *BGHZ* 139, 16 = NJW 1998, 2814; *Seibel* NZBau 2020, 558 (559); *Jurgeleit* in *Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher*, Kompendium d. BauR, 5. Teil. Rn. 51.
15 *Junghenn* in *Ganten/Jansen/Voit*, Beck´scher VOB-Kommentar, § 4 II VOB/B Rn. 121 ff.; sehr kritisch aber zur Neutralität des DIN eV *Ritter-Höll/Vogel* BauR 2019, 1681 (1688 ff.).
16 *Junghenn* in *Ganten/Jansen/Voit*, Beck´scher VOB-Kommentar, § 4 II VOB/B Rn. 126; vgl. auch *Seibel* BauR 2004, 774 (781).
17 *OLG Stuttgart*, Urt. v. 25.7.2007 – 6 U 242/03, BeckRS 2008, 19482.
18 *OLG Hamm* BeckRS 1996, 30995670 = BauR 1997, 309.

Abnahme vom Auftragnehmer geschuldet ist.[19] Nachfolgend werden nur die Fälle behandelt, in denen die Parteien diesbezüglich keine Regelung getroffen haben, sowie die Fälle, in denen die Vertragsparteien die VOB/B vereinbart haben.

Ist im Vertrag nichts geregelt, gibt es eine Reihe plausibler Anknüpfungspunkte, zu welchem Zeitpunkt die aRdT eingehalten werden müssen,[20] zum Beispiel

- zum Zeitpunkt der Planung. Der Planer kann nur die zu diesem Zeitpunkt gültigen aRdT berücksichtigen;
- zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit dem ausführenden Unternehmer. Zu diesem Zeitpunkt weiß der Auftraggeber, welchen technischen Standard er einkauft, und der Auftragnehmer, welche Leistung er für die vereinbarte Vergütung zu erbringen hat;
- zum Zeitpunkt der Bauausführung. Zu diesem Zeitpunkt kann die Bauleistung noch problemlos den dann gültigen aRdT angepasst werden.[21]

1. Herrschende Meinung

Demgegenüber hat der *BGH*[22] erst jüngst sein Dogma bestätigt, wonach die Bauleistung den zum Zeitpunkt der Abnahme gültigen aRdT entsprechen muss. Dies soll nicht nur für den VOB-Vertrag, sondern auch für BGB-Bauverträge gelten.[23] So auch die herrschende Literaturmeinung[24] und Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.[25]

Weshalb der Zeitpunkt der Abnahme ausschlaggebend sein soll, scheinen der *BGH*[26] und die herrschende Meinung[27] für den VOB-Vertrag mit dem Wortlaut des § 13 I VOB/B begründen zu wollen, wo es in S. 1 und 2 heißt: „Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber seine Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln zu verschaffen. Die Leistung ist zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht."

Beim BGB-Werkvertrag begründet der *BGH*[28] seine Rechtsansicht mit der Erwartungshaltung des Bestellers. Er könne redlicherweise erwarten, dass das Werk zum Zeitpunkt der Fertigstellung und Abnahme diejenigen Qualitäts- und Komfortstandards erfüllt, die auch vergleichbare andere, zeitgleich fertiggestellte und abgenommene Bauwerke erfüllen. Es komme deshalb im Allgemeinen auf den Stand der aRdT zum Zeitpunkt der Abnahme an. *Kniffka*[29] und *Pause*[30] versuchen die Auffassung der herschenden Meinung aus der Idee herzuleiten, dass der Vertrag über Baumaßnahmen ein auf punktuellen Austausch gerichteter Werkvertrag sei, so dass es nur darauf ankäme, was im Zeitpunkt der Abnahme abzuliefern bzw. iSd § 633 I BGB zu verschaffen sei. Sie betonen jedoch zutreffend, dass diese Sichtweise den werkvertragstypischen Herstellungsprozess außer Acht lässt.[31]

2. Stellungnahme

Zwingend ist dieses Verständnis der herrschenden Meinung nicht.[32] Im Gegenteil spricht mehr dagegen als dafür:[33]

a) *Wortlaut und Systematik der VOB.* § 13 I 2 VOB/B bestimmt nach seinem Wortlaut nicht, welchem Stand die aRdT zum Zeitpunkt der Abnahme entsprechen müssen.[34] Dies ergibt sich auch nicht in Verbindung mit Satz 1 der Regelung,[35] die insoweit lediglich bestimmt, dass *die Leistung zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln ist, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den aRdT entspricht.* Die vereinbarte Beschaffenheit wird unter anderem durch das Leistungsverzeichnis, die Baubeschreibung, Baupläne und Verhandlungsprotokolle bei Vertragsschluss festgelegt.[36] Der Auftraggeber möchte zu diesem Zeitpunkt wissen bzw. bestimmen und festlegen können, welche Bauleistung er für die vereinbarte Vergütung erhält. Nichts anderes kann aber für die aRdT gelten. Zumal in § 1 I 1, 2 VOB/B geregelt ist, dass die auszuführende Leistung nach Art und Umfang durch den *Vertrag* bestimmt wird und auch die DIN-Normen der VOB/C als Vertragbestandteil gelten. Jedenfalls für deren Abschnitte 2 und 3 mit den technischen Vorschriften zu Baustoffen und Ausführung gilt aber die widerlegbare Vermutung, dass sie die aRdT wiedergeben.[37] Soweit der Auftragnehmer bei Vertragsschluss die Einhaltung der aRdT verspricht, kann sich dieses Versprechen denklogisch nur auf diejenigen aRdT beziehen, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestanden.[38] Zu diesem Zeitpunkt kann er seinen Angebotspreis entsprechend kalkulieren.[39]

§ 4 VOB/B „Ausführung" bestimmt in Abs. 2 Nr. 1, dass der Auftragnehmer die Leistung unter eigener Verantwortung nach dem Vertrag auszuführen und dabei unter anderem die aRdT zu beachten hat. Während der Ausführung kann er jedoch nur die aRdT beachten, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. in der Ausführungsphase gültig sind. Trotzdem soll sich nach der herrschenden Meinung nichts an der Mangelhaftung des Auftragnehmers ändern, wenn sich zum späteren Zeitpunkt der Abnahme die aRdT gegenüber dem Stand der früheren Zeitpunkte, an denen er

19 Zur Zulässigkeit solcher Vereinbarungen *BGHZ* 217, 13 = NZBau 2018, 207 (209) = NJW 2018, 391 = DS 2018, 273 Rn. 29 mwN.
20 Vgl. *Jagenburg*, FS Hermann Korbion zum 60. Geburtstag, 179.
21 *Kniffka* in *Kniffka*, ibrOK Bauvertragsrecht, Stand 16.02.2021, § 633 BGB Rn. 25.
22 *BGHZ* 217, 13 = NZBau 2018, 207 (209) = NJW 2018, 391 = DS 2018, 273 Rn. 25, unter Hinw. auf *BGHZ* 139, 16 (19) = NJW 1998, 2814; *BGHZ* 181, 225 = NZBau 2009, 648 (649) = NJW 2009, 2439 = DS 2009, 275 Rn. 14.
23 *BGHZ* 139, 16 = NJW 1998, 2814 (2815).
24 *Merkens* in *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB, Teile A u. B, § 4 VOB/B Rn. 58; *Kapellmann* in *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB, Teile A u. B, § 2 VOB/B Rn. 49; *Ganten* in *Ganten/Jansen/Voit*, Beck´scher VOB-Kommentar, Teil B, § 13 Rn. 5; *Leinemann* in *Leinemann*, VOB/B, 7. Aufl. 2019, § 4 Rn. 61; *Steffen* in *Leinemann/Kues*, BGB-Bauvertragsrecht, § 633 Rn. 39; *Seibel* in *Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel*, VOB, 4. Aufl. 2016, § 13 Rn. 43; *Wirth* in *Ingenstau/Korbion*, VOB, Teile A u. B, 20. Aufl. 2017, § 13 VOB/B Rn. 99; *Riedl/Mansfeld* in *Heiermann/Riedel/Rusam*, HK-VOB, 13. Aufl. 2012, § 13 VOB/B Rn. 10; MüKoBGB/*Busche*, § 633 Rn. 19; *Jurgeleit* in *Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher*, Kompendium d. BauR, 5. Teil, Rn. 53; *Herchen* NZBau 2007, 139 (140).
25 *OLG Koblenz*, Urt. v. 31.5.2019 – 6 U 1075/18, BeckRS 2019, 51117; *OLG München*, Urt. v. 28.7.2015 – 28 U 3070/13 Bau, BeckRS 2015, 120800; *OLG Dresden*, Urt. v. 24.9.2009 – 9 U 1430/08, BeckRS 2011, 16665; *OLG Nürnberg* NJW-RR 2011, 100; *OLG Zweibrücken* DNotZ 2008, 187 = OLG-Report Frankfurt 2007, 439.
26 Vgl. *BGHZ* 217, 13 = NZBau 2018, 207 (209) = NJW 2018, 391 = DS 2018, 273 Rn. 23.
27 *Riedl/Mansfeld* in *Heiermann/Riedel/Rusam*, HK-VOB, § 13 VOB/B Rn. 10; *Kniffka* in *Kniffka*, ibrOK Bauvertragsrecht, § 633 BGB Rn. 26; *Seibel* in *Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel*, VOB/B, § 13 Rn. 43; *Voit* in *Messerschmidt/Voit*, Privates Baurecht, § 13 VOB/B Rn. 2; *Schliemann* in *Leinemann*, VOB/B, § 13 Rn. 31; *Ganten* in *Ganten/Jansen/Voit*, Beck´scher VOB-Kommentar, § 13 I VOB/B Rn. 77.
28 *BGHZ* 139, 16 = NJW 1998, 2814 (2815).
29 *Kniffka* in *Kniffka*, ibrOK Bauvertragsrecht, § 633 BGB Rn. 25.
30 *Pause*, FS Koeble, 177 (186).
31 Vgl. auch *Althaus* in *Althaus/Bartsch*, Nachträge am Bau, Teil 2 Rn. 9.
32 *Leinemann* in *Leinemann*, VOB/B, § 4 Rn. 61; *Pause*, FS Koeble, 177 (186).
33 So auch *Jagenburg*, FS Hermann Korbion, 179 (184); *Kniffka* in *Kniffka*, ibrOK Bauvertragsrecht, § 633 BGB Rn. 25., der im Fall fehlender Regelung auf den Zeitpunkt der Bauausführung abstellt.
34 So schon zutreffend *Pause*, FS Koeble, 177 (187 f.); aA *Kniffka* in *Kniffka*, ibrOK Bauvertragsrecht, § 633 BGB Rn. 26.
35 So schon *Jagenburg*, FS Hermann Korbion, 179 (187); aA *Kapellmann* in *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB, Teile A u. B, § 2 Rn. 49.
36 *Leupertz/Halfmeier, Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB, 13. Aufl. 2018; § 633 Rn. 16; MüKoBGB/*Busche*, § 633 Rn. 7, 16; *Langen* in *Kapellmann/Messerschmidt*,VOB, Teile A u. B, § 13 VOB/B Rn. 39; *Jagenburg*, FS Hermann Korbion, 179 (187).
37 *Merl/Hummel* in *Kleine-Möller/Merl/Glöckner*, Hdb. d. privaten Baurechts, 6. Aufl. 2019, 2. Teil, § 15 Rn. 255.
38 *Steffen* in *Leinemann/Kues*, BGB-Bauvertragsrecht, § 633 Rn. 39.
39 So auch *Jagenburg*, FS Hermann Korbion, 179 (185).

seine Leistung ausgerichtet hat, geändert haben.[40] Zudem kann sich der Zeitpunkt der Abnahme ohne sein Verschulden oder gar aus Gründen, die im Verantwortungsbereich des Auftraggebers liegen, noch verzögern.

In konsequenter Anwendung der herrschenden Meinung erhielte der Begriff aRdT drei unterschiedliche inhaltliche Bedeutungen (bei Vertragsschluss, während der Ausführung und zum Zeitpunkt der Abnahme). Je nachdem, wann sich die aRdT zufällig ändern, haben sie einen anderen technischen Inhalt.[41] Dies widerspricht dem Regelwerk der VOB als einem AGB-Klauselwerk. Ein Begriff, der innerhalb eines AGB-Klauselwerks mehrfach verwendet wird, ist grundsätzlich für alle Klauseln einheitlich auszulegen. Das ergibt sich einerseits aus den Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders der AGB und andererseits daraus, dass sich eine Auslegung in erster Linie am Wortlaut der Klausel orientiert.[42] Zudem soll die VOB die für die Belange des Bauvertragsrechts (trotz dessen Novellierung noch immer) lückenhaften und teilweise untauglichen Regelungen des gesetzlichen Werkvertragsrecht praxisgerecht modifizieren und so einen einheitlichen Standard für öffentliche Bauverträge schaffen.[43]

Schließlich bestimmt § 7 I Nr. 3 VOB/A, dass dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden darf. Dieser Grundsatz soll auch für den privat ausschreibenden Auftraggeber gelten, selbst wenn er keine Ausschreibung nach VOB/A wählt[44] und setzt nach dem Wortlaut der Vorschrift das Vorhandensein von Umständen voraus, auf die der Auftragnehmer keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf seine Preiskalkulation er im Voraus nicht einschätzen kann.[45] Eben solche Umstände liegen aber vor,[46] wenn der Auftragnehmer die zum Zeitpunkt der Abnahme gültigen aRdT einhalten muss, die ihm zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht bekannt sein können.

b) *Wortlaut und Systematik des Mangelbegriffs im Werkvertragsrecht des BGB.* Die aRdT gelten nach dem Willen des Gesetzgebers auch für den BGB-Werkvertrag. Der entsprechende Regierungsentwurf[47] enthält aber keine Anhaltspunkte dafür, dass der Unternehmer den Stand der aRdT zum Zeitpunkt der Abnahme einhalten muss.

Im Rahmen des BGB-Vertrags kann der Besteller nach Auffassung des *BGH*[48] redlicherweise erwarten, dass das Werk zum Zeitpunkt der Fertigstellung und Abnahme diejenigen Qualitäts- und Komfortstandards erfüllt, die auch vergleichbare andere, zeitgleich fertiggestellte und abgenommene Bauwerke erfüllen, weshalb es auf den Stand der aRdT zum Zeitpunkt der Abnahme ankomme. Diese Begründung ist jedoch ein Zirkelschluss, da sowohl das zu errichtende Werk, als auch vergleichbare andere, zeitgleich fertiggestellte Werke das Ergebnis eines Herstellungsprozesses sind. Die vom *BGH* angenommene Erwartungshaltung des Bestellers ist konstruiert. Das augenscheinliche Interesse des Bestellers liegt grundsätzlich darin, die Art und Weise, den Umfang und die Qualität der Werkleistung bei Vertragsschluss festlegen zu können. Der tatsächliche Wille der Parteien wird sich zu diesem Zeitpunkt aber nur auf Leistungen beziehen, die sie zu diesem Zeitpunkt planerisch, kalkulatorisch und ausführungsbezogen einschätzen können.[49] Deshalb kann es auch für den vertraglich geschuldeten Stand der aRdT nur auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommen und nicht auf den Zeitpunkt der Abnahme.[50]

c) *Ausreichender Schutz des Auftraggebers durch andere Mangelalternativen.* Der Auftraggeber ist auch dann ausreichend geschützt, wenn der Auftragnehmer „nur" die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gültigen aRdT einhalten muss. Er kann nämlich auch in diesem Fall Mangelansprüche geltend machen, wenn die Bauleistung, trotz Einhaltung der aRdT, eine andere Mangelalternative erfüllt. Wenn die aRdT über einen gewissen Zeitraum unerkannt falsch waren und deshalb geändert werden,[51] war regelmäßig auch die nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion des Werks nicht erfüllt[52] und die Werkleistung damit mangelhaft.

Zu dieser Fallkonstellation zählt etwa, wenn die zur Zeit der Abnahme geltende Fachregel des Dachdeckerhandwerks eine unzureichende Verklammerung von Dachziegeln für ein Steildach vorsieht[53] oder die Funktion des Werks entfällt, weil zum Beispiel das Dach einer Lager- und Produktionshalle nicht regendicht ist.[54] Hierher gehören auch die „Flachdach-Entscheidungen" des *BGH*, bei denen es darum ging, dass Flachdächer nach einer bewährten Konstruktion errichtet wurden, die jedoch bei hohen Temperaturschwankungen zu Schäden führte, was zum Zeitpunkt der Errichtung nicht erforscht war.[55] Auch die Entscheidung des *OLG Köln*,[56] bei der es darum ging, dass eine aus Spanplatten hergestellte Einbauschrankwand gesundheitsgefährdendes Formaldehyd ausdünstete, was zum Zeitpunkt des Einbaus und der Abnahme nicht allgemein bekannt war, ist in diesem Zusammenhang zu nennen.

Anders sind nach der hier vertretenen Auffassung die Fälle zu beurteilen, in denen sich nach Vertragsschluss die allgemeinen Nutzungserwartungen (Qualitätsanforderungen) ändern und höhere Maßstäbe setzen, Bauverfahren und/oder Materialeigenschaften nicht mehr zeitgemäß, zwar technisch-konstruktiv weiterhin einwandfrei sind, sich aber der wirtschaftliche Anspruch an das Vertragsergebnis ändert (zB Schall- u. Wärmeschutz).[57] In diesen Fällen ist es nicht gerechtfertigt, einer Leistung, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses den gültigen aRdT entsprach, nachträglich den Makel der Mangelhaftigkeit in der Alternative „ Verstoß gegen die aRdT" anzuheften. Ist keine andere Mangelalternative erfüllt, ist das Werk mangelfrei.[58]

d) *Zwischenfazit.* Aus der Regelung in § 13 I 1, 2 VOB/B folgt nicht, dass der Auftragnehmer die zum Zeitpunkt der Abnahme geltenden aRdT einhalten muss, damit sein Werk mangelfrei ist. Er schuldet grundsätzlich eine Bauleistung, die der vereinbarten Beschaffenheit und den aRdT entspricht, die bei Vertragsschluss galten.[59] Entsprechendes gilt für die BGB-Bauverträge. Verlangt der Auftraggeber, dass die vom Auf-

40 Vgl. *Kniffka* in *Kniffka*, ibrOK Bauvertragsrecht, § 633 BGB Rn. 26; *Merl/Hummel* in *Kleine-Möller/Merl/Glöckner*, Hdb. d. privaten Baurechts, 2. Teil, § 15 Rn. 258.
41 *Steffen* in *Leinemann/Kues*, BGB-Bauvertragsrecht, § 633 Rn. 39, spricht insoweit von sich widersprechenden Leistungspflichten.
42 Vgl. *BGH* NZBau 2010, 47 (48) = NJW 2009, 3717 Rn. 18 f.
43 *Leupertz/v. Wietersheim* in *Ingenstau/Korbion*, VOB, Teile A u. B, Einl. Rn. 1.
44 *Kniffka* in *Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher*, Kompendium d. BauR, 4. Teil, Rn. 126.
45 *Weyand*, ibr-OK Vergaberecht, Stand 14.9.2015, § 7 VOB/A Rn. 165.
46 Vgl. auch *Herchen* NZBau 2007, 139 (144).
47 RegE, BR-Drs. 338/01, 616 (617).
48 *BGHZ* 139, 16 = NJW 1998, 2814.
49 *Steffen* in *Leinemann/Kues*, BGB-Bauvertragsrecht, § 633 Rn. 39.
50 So auch *Jagenburg*, FS Hermann Korbion, 179 (185).
51 Vgl. *Parentier* BauR 1998, 207 (211 ff.).
52 *BGHZ* 174, 110 = NZBau 2008, 109 (110) = NJW 2008, 511 Rn. 15; *BGHZ* 91, 206 = NJW 1984, 2457 (2459); *BGH* NJW-RR 1989, 849 (850), für den VOB-Vertrag; *OLG Koblenz*, Urt. v. 27.9.2016 – 4 U 674/14, BeckRS 2016, 136796; *Jurgeleit* in *Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher*, Kompendium d. BauR, 5. Teil, Rn. 42.
53 *OLG Nürnberg* NJOZ 2005, 4229.
54 *BGH* NZBau 2000, 74 = NJW-RR 2000, 465.
55 *BGHZ* 48, 310 = NJW 1968, 43; *BGH* NJW 1971, 92; vgl. auch *OLG Nürnberg* NJOZ 2005, 4229.
56 *OLG Köln* NJW-RR 1991, 1077.
57 *Jungbenn* in *Ganten/Jansen/Voit*, Beck´scher VOB-Kommentar, Teil B, § 4 II Rn. 44 ff.
58 So auch *Jagenburg*, FS Hermann Korbion, 179 (187).
59 So bereits *Jagenburg*, FS Hermann Korbion, 179 (185).

tragnehmer zu erbringende Leistung den zum Zeitpunkt der Abnahme gültigen aRdT entspricht, muss er dies mit dem Auftragnehmer vereinbaren.[60] Eine dahingehende, stillschweigende Zusicherung, wie sie der *BGH*[61] annimmt, kann der Auftraggeber redlicherweise nicht erwarten.[62]

V. Änderung der aRdT zwischen Vertragsschluss und Abnahme

1. Informationspflicht und Vergütungsanpassung

Ändern sich die aRdT während der Ausführungsphase, muss der Auftragnehmer nach der Rechtsprechung des *BGH*[63] den Auftraggeber über die Änderung und die damit verbundenen Konsequenzen und Risiken für die Bauausführung informieren, es sei denn, diese sind dem Auftraggeber bekannt oder ergeben sich ohne Weiteres aus den Umständen. Daraufhin bestehen für den Auftraggeber zwei Optionen:

Der Auftraggeber kann entweder die Einhaltung der neuen aRdT verlangen, mit der Folge, dass ein aufwändigeres Verfahren zur Herstellung des Werks erforderlich werden kann, oder dass ein bereits erstelltes Bauwerk für die Abnahme noch ertüchtigt werden muss. Der Auftragnehmer kann, soweit hierfür nicht von der Vergütungsvereinbarung erfasste Leistungen erforderlich werden, im Regelfall eine Vergütungsanpassung nach § 1 Nr. 3 oder Nr. 4, § 2 Nr. 5 oder Nr. 6 VOB/B verlangen.

Der Auftraggeber kann aber auch von einer Einhaltung der neuen aRdT und damit von einer etwaigen Verteuerung des Bauvorhabens absehen. Der *BGH*[64] hat dies grundsätzlich für den VOB-Vertrag entschieden. Entsprechendes gilt aber auch für die (Verbraucher-) Bauverträge nach BGB, da der Besteller nach § 650 b I Nr. 2, II BGB ein Anordnungsrecht und der Unternehmer dann nach § 650 c BGB einen zusätzlichen Vergütungsanspruch hat.[65]

Unproblematisch ist der Mehrvergütungsanspruch zu ermitteln, wenn die sich aus den aRdT zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ergebende Ausführungsart im Vertrag eindeutig beschrieben ist und der Auftraggeber eine (aufwändigere) Ausführung nach den neuen aRdT anordnet. Dies gilt für den Einheitspreisvertrag ebenso wie für den Detail-Pauschalvertrag. Einen Mehrvergütungsanspruch hat der Unternehmer in beiden Fällen selbst dann, wenn das Leistungsverzeichnis nicht vom Besteller erstellt wurde, sondern die Parteien auf Anregung des Auftragnehmers nicht nur den Leistungserfolg, sondern eine ganz bestimmte Ausführungsart ausdrücklich zum Vertragsgegenstand gemacht haben.[66] Daran ändern auch die Regelungen in §§ 650 b I 5, 650 c I 2 BGB nichts, obwohl dort formuliert ist, dass ein Nachtragsangebot in diesem Fall nicht zu erstellen ist und der Unternehmer keinen zusätzlichen Vergütungsanspruch hat. Denn der Gesetzgeber hat nur an den Global-Pauschalvertrag mit funktionaler Leistungsbeschreibung gedacht.[67]

Nach der *BGH*-Rechtsprechung[68] scheint der Unternehmer aber auch dann einen Mehrvergütungsanspruch nach VOB/B zu haben, wenn die davon betroffene Leistung im Vertrag funktional beschrieben ist:[69] Die Parteien vereinbaren die Ausführung eines Daches, das eine Schneelast von 80 kg/Quadratmeter tragen muss. Das entsprach den aRdT zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Im Zeitpunkt der Fertigstellung muss das Dach nach den neuen aRdT eine Schneelast von 138 Kilo pro Quadratmeter tragen. Verlangt der Auftraggeber diese Ausführung, hat der Auftragnehmer einen Mehrvergütungsanspruch. Nach dem Tatbestand des *BGH*-Urteils ist keine konkrete Ausführungsart der Dachkonstruktion vereinbart, sondern die Funktion des Daches in Form der Traglast beschrieben.

2. Stellungnahme

a) *Hinweis- und Informationspflicht des Auftragnehmers.* Ändern sich die aRdT zwischen Vertragsschluss und Abnahme hat der Auftragnehmer auch nach der hier vertretenen Auffassung eine Informationspflicht.

Waren die aRdT zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unerkannt falsch, ist mit ihnen der Zweck und die Funktionstauglichkeit des Werks in der Regel nicht zu erreichen. Wenn sich der Auftragnehmer von seiner Haftung befreien will, muss er entsprechend § 4 III VOB/B ebenso auf seine Bedenken hinweisen wie in dem Fall, dass die vereinbarte Beschaffenheit hinter den aRdT zurücksteht.[70] Das Vorliegen der Voraussetzungen für die Haftungsbefreiung muss er darlegen und beweisen.[71]

Steigern bzw. verbessern sich durch die Änderung der aRdT lediglich die Qualitätsanforderungen an die Bauleistung zwischen Vertragsschluss und Abnahme (zB an Schall- und Wärmeschutz), führt diese Änderung nach der hier vertretenen Auffassung nicht zu einem Mangel, wenn die Ausführung dem bei Vertragsschluss geltenden Standard entspricht. Ein Hinweis entsprechend § 4 III VOB/B ist deshalb für eine Enthaftung des Auftragnehmers nicht erforderlich. Dennoch wird man dem Auftragnehmer in diesem Fall eine Informationspflicht gegenüber dem Auftraggeber zuschreiben, die, anders als der Hinweis nach § 4 III VOB/B, die Qualität einer Nebenpflicht hat. Der *BGH*[72] hat eine solche Informationspflicht des Auftragnehmers aufgrund seiner überlegenen Sachkunde für den Fall angenommen, dass für ihn nach Abnahme erkennbar wird, dass dem Werk aufgrund eines verzögerten Bauablaufs ein Frostschaden droht.

Diese Rechtsprechung ist auch auf die Fallkonstellation anwendbar, bei der sich zwischen Vertragsschluss und Abnahme aufgrund geänderter aRdT die Qualitätsanforderungen erhöhen, weil dem Auftragnehmer auch in diesem Fall aufgrund seiner überlegenen Sachkunde die Regeländerungen seines Gewerks bekannt sein müssen.

b) *Anpassung der Vergütung.* Für die Fälle, in denen sich der Auftraggeber während der Ausführungsphase dafür entscheidet, die Bauleistung nach den neuen aRdT ausführen zu lassen, hat der *BGH* lediglich entschieden, dass er die Kosten zu tragen hat, die durch eine aufwändigere Bauweise bedingt sind (sog. „Sowieso-Kosten").[73] Keine Aussage hat er aber zu den Kosten getroffen, die dadurch entstehen, dass der Auftragnehmer die Leistung bereits ganz oder teilweise erbracht hat, die nun ausgebaut und entsorgt und von ihm ein zweites Mal, jetzt aber nach den neuen aRdT erbracht wer-

60 AA *OLG Koblenz*, Urt. v. 31.5.2019 – 6 U 1075/18, BeckRS 2019, 51117.
61 *BGHZ* 217, 13 = NZBau 2018, 207 (209) = NJW 2018, 391 = DS 2018, 273 Rn. 25.
62 *Kniffka* in *Kniffka*, ibrOK Bauvertragsrecht, § 633 BGB Rn. 25.
63 *BGHZ* 217, 13 (26 ff.) = NZBau 2018, 207 = NJW 2018, 391 = DS 2018, 273; *OLG Koblenz* , Urt. v. 31.5.2019 – 6 U 1075/18, BeckRS 2019, 51117; vgl. auch bereits *Festge* BauR 1990, 322 (323 f.).
64 *BGHZ* 217, 13 = NZBau 2018, 207 (209) = DS 2018, 273 = NJW 2018, 391 = NZM 2018, 292 Rn. 27.
65 *Kniffka* in *Kniffka*, Bauvertragsrecht, § 633 Rn. 27; *Jurgeleit* in *Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher*, Kompendium d. BauR, 5. Teil, Rn. 53.
66 *BGHZ* 91, 206 = NJW 1984, 2457.
67 *Kniffka* in *Kniffka*, Bauvertragsrecht, § 633 BGB Rn. 67; *v. Rintelen* in *Kniffka*, Bauvertragsrecht, § 650 c BGB Rn. 78; *Kniffka* in *Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher*, Kompendium d. BauR, 4. Teil, Rn. 308.
68 *BGHZ* 217, 13 = NZBau 2018, 207 = NJW 2018, 391 = DS 2018, 273.
69 *Kapellmann* in *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB, Teile A u. B, § 2 Rn. 51.
70 *Oppler* in *Ingenstau/Korbion*, VOB, Teile A u. B, § 4 II Rn. 41.
71 *Jurgeleit* in *Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher*, Kompendium d. BauR, 5. Teil, Rn. 36; *BGHZ* 174, 110 = NZBau 2008, 109 (111 f.) = NJW 2008, 511 = NZM 2008, 94 Rn. 22, 26.
72 *BGH* NZBau 2011, 483 (485) = NJW 2011, 3291 Rn. 24 f.; vgl. auch *Jagenburg*, FS Hermann Korbion, 179 (186).
73 *BGHZ* 217, 13 = NZBau 2018, 207 (209) = NJW 2018, 391 = DS 2018, 273 Rn. 27.

den muss. Diese Aus- und Wiedereinbaukosten (zukünftig: „Mehrkosten") können sehr erheblich sein. Sie stellen keine „Sowieso-Kosten" dar, die bei einer Entscheidung des Auftraggebers vor der Bauausführung ohnehin entstanden wären.[74] Es stellt sich daher die Frage, welche Partei die Mehrkosten zu tragen hat.

Merl/Hummel[75] sprechen dem Auftragnehmer in diesem Fall ohne Differenzierung einen Vergütungsanspruch zu. *Miernik*[76] und *Kniffka*[77] wollen das Problem nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage lösen. Der Auftragnehmer schulde bei Geltung der VOB/B den Stand der aRdT, der zum Zeitpunkt der Abnahme aktuell ist. Die Vertragsparteien hätten bei Vertragsschluss aber redlicherweise stillschweigend zugrunde gelegt, dass die so versprochene Leistung nicht durch Änderungen der aRdT außergewöhnlich verteuert wird. Tritt das Unerwartete dennoch ein, gehöre dazu eine Vertragsanpassung hinsichtlich der dadurch verursachten gesamten Mehrkosten. Diese Lösung ist nicht zwingend.

Naheliegender ist eine die Interessen der Vertragsparteien berücksichtigende Vertragsauslegung, wonach die Parteien, wie bei der Beschaffenheitsvereinbarung, nur den Stand der aRdT zum Vertragsgegenstand machen, der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt und gültig ist. Nur das kann der Auftraggeber redlicherweise erwarten. Sachgerecht ist es, die Mehrkostenfrage danach zu beurteilen, ob der vom *BGH* geforderte Hinweis des Auftragnehmers auf die geänderten aRdT rechtzeitig erfolgte.[78]

aa) *Fehlerhafte aRdT.* Sind die aRdT von vornherein fehlerhaft und werden während der Bauausführung aktualisiert, obliegt dem Auftragnehmer ein Hinweis entsprechend § 4 III VOB/B, um sich von der Mangelhaftung zu befreien. Erkennt er deren Fehlerhaftigkeit nicht und erbringt die Leistung ganz oder teilweise nach den alten, fehlerhaften aRdT, hat er die entstehenden Mehrkosten zu tragen. Weil das Werk dadurch seine Funktion nicht (voll) erfüllt, gehören diese Mehrkosten zur verschuldensunabhägigen Mängelbeseitigungspflicht des Auftragnehmers.[79] Auf die Rechtzeitigkeit des Bedenkenhinweises, für dessen Ordnungsgemäßheit der Auftragnehmer die Beweislast trägt,[80] kommt es in diesem Fall nicht an.

bb) *Qualitätssteigerung durch aRdT.* In den Fällen, in denen die Änderung der aRdT lediglich zu einer Qualitätssteigerung der Bauleistung und nicht zu einem Mangel der ursprünglich vereinbarten Bauleistung führt, verletzt der Auftragnehmer seine Informationspflicht, wenn er die Änderung nicht rechtzeitig mitteilt. Er muss dieser Pflicht spätestens dann nachkommen, wenn die Vermutungswirkung, dass eine DIN-Norm den aRdT entspricht, erschüttert ist. Dies ist der Fall, wenn bereits eine Vornorm – so genannter „Gelbdruck" – für eine neue DIN-Norm existiert[81] oder eine Anzahl von Publikationen bekannt ist, die speziellere Anforderungen an die Bauausführung stellen als die geltende DIN-Norm.[82] Die Vermutungswirkung wird hingegen nicht widerlegt, wenn ein Gerichtssachverständiger der Abdichtungsnorm DIN 18195-6 bzw. DIN 18533 aufgrund der vier Jahre zurückliegenden Antworten von Berufskollegen auf seine Befragung nach deren und aufgrund seiner eigenen Schadenserfahrungen mit der normierten Abdichtung, die Geltung als aRdT abspricht.[83] Aufgrund der Verletzung dieser Nebenpflicht schuldet er Schadensersatz in Höhe der Mehrkosten. Die Beweislast dafür, dass er vom Auftragnehmer nicht in gebotener Weise (rechtzeitig) aufgeklärt wurde, trägt der Auftraggeber.[84] Als Schadensersatzanspruch kann er in diesem Fall zwar grundsätzlich Geldersatz für die entsprechenden Kosten der Herstellung wählen, § 249 II BGB. Im Rahmen seiner Schadensminderungspflicht ist jedoch zu erwägen, dass der Auftragnehmer die entsprechenden Arbeiten selbst ausführen kann.[85] Dies ist dem Auftraggeber zumutbar, da der Auftragnehmer insoweit fachlich geeignet ist. Dadurch wird zudem ein Wertungswiderspruch zu den Fällen vermieden, in denen der Auftragnehmer ein Nachbesserungsrecht hat, weil er nicht auf fehlerhafte aRdT hingewiesen und nach diesen gebaut hat.

cc) *Nicht erkennbare Änderung der aRdT.* Hat der Auftragnehmer Teile der Bauleistung ausgeführt und war die Änderung der aRdT für ihn davor nicht erkennbar, hat der Auftraggeber als Veranlasser der Bauleistung nicht nur die Kosten für die aufwändigere Bauausführung als „Sowieso-Kosten" zu tragen, sondern auch die Aus- und Wiedereinbaukosten der bereits verbauten Bauteile, wenn er den Auftragnehmer auffordert, die Bauleistung nach den neuen aRdT zu errichten. Dies gilt nur für die Fälle, in denen durch die Änderung der aRdT die Qualitätsanforderungen an die Bauleistung steigen.

dd) *Mitverschulden des Auftraggebers.* Hatte der Auftraggeber die Planung inne bzw. diese durch einen qualifizierten Planer ausführen lassen[86] und entsprach die danach ausgeführte Bauleistung des Unternehmers nicht den aRdT, kommt eine Kostenbeteiligung des Auftraggebers aufgrund Mitverschuldens nach §§ 254, 278 BGB in Betracht.

VI. Änderung der aRdT nach Abnahme

Haben sich die aRdT erst in der Gewährleistungszeit geändert, ohne dass der Auftragnehmer gegen die „alten" aRdT verstoßen hat oder seine Leistung sonst mangelhaft ist, kann der Auftraggeber nach herrschender Meinung (wie auch nach Meinung des *Verf.*) keine Nachrüstung der Bauleistung nach den neuen aRdT verlangen/anordnen. Die Leistung des Auftragnehmers ist mangelfrei[87] und das Anordnungsrecht mit der Abnahme erloschen.[88] Es kommt nur ein neuer (Modernisierungs-)Vertrag in Betracht. Hatte der Auftragnehmer die „alten" aRdT hingegen nicht beachtet und tritt der dadurch bedingte Schaden an der Bauleistung während der Gewährleistungszeit auf, ist fraglich, nach welchem Stand der aRdT der Auftragnehmer nunmehr die mangelhafte Leistung nachbessern muss.

1. Vorherrschende Meinung

Das *OLG Stuttgart*,[89] ihm folgend das *OLG Schleswig*[90] und *Schliemann*[91] vertreten die Auffassung, dass der Auftragnehmer bei Mängelbeseitigungsarbeiten, die bei deren Ausführung gültigen aRdT einhalten muss.[92] Führt die Ausführung dann zu einer aufwändigeren, von der ursprünglichen Vergütungsabrede nicht gedeckten Bauausführung, sind die zusätzlichen Kosten nach dieser Auffassung vom Auftragnehmer zu tragen. Sie beruhten auf einer Vertrags-

74 *Kniffka* in *Kniffka*, Bauvertragsrecht, § 633 Rn. 26.
75 *Merl/Hummel* in *Kleine-Möller/Merl/Glöckner*, Hdb. d. privaten Baurechts, 2. Teil, § 15 Rn. 259.
76 *Miernik* BauR 2012, 151 (156 f.).
77 *Kniffka* in *Kniffka*, Bauvertragsrecht, § 633 Rn. 27.
78 Vgl. auch zutreffend *Herchen* NZBau 2007, 139 (144).
79 Zum Umfang der Mängelbeseitigungspflicht vgl. *BGH* NJW 1979, 2095 .
80 *BGHZ* 174, 110 = NZBau 2008, 109 (112) = NJW 2008, 511 Rn. 26.
81 *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, Rn. 1972.
82 *OLG Nürnberg*, Urt. v. 6.8.2015 – 13 U 577/12, BeckRS 2015, 131552.
83 So zutr. die lesenswerte Kritik von *Seibel* NZBau 2020, 558 (559 ff.), am Urteil des *OLG Hamm* NZBau 2020, 29 = NJW 2019, 3791 = DS 2020, 90.
84 *Jurgeleit* in *Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher*, Kompendium d. BauR, 5. Teil, Rn. 36.
85 *BGH* NJW-RR 1996, 1044 (1045) mwN z. Rspr.
86 Auch dieser hat nach der hM die Entwicklung aRdT nach Vertragsschluss zu berücksichtigen, *OLG Dresden*, Urt. v. 9.6.2010 – 1 U 745/09, BeckRS 2010, 33120.
87 *Merl/Hummel* in *Kleine-Möller/Merl/Glöckner*, Hdb. d. privaten Baurechts, Teil 2, § 15 Rn. 260; *OLG Stuttgart*, NZBau 2012, 42 (43) = NJW-RR 2011, 1589.
88 *OLG Hamm* NZBau 2019, 298 (302) = NJW-RR 2019, 651 Rn. 79.
89 *OLG Stuttgart* NZBau 2012, 42 (43) = NJW-RR 2011, 1589; abl. *Miernik* BauR 2012, 151 (153); aA *OLG Nürnberg*, Urt. v. 20.12.2017 – 2 U 1219/16, IBRRS 2019, 1931, wonach die Nachbesserungsarbeiten „nur" den zum Zeitpunkt der ursprünglichen Abnahme der Bauleistung geltenden aRdT genügen müssen.
90 *OLG Schleswig* BeckRS 2019, 1761 = BauR 2019, 1796.
91 *Schliemann* in *Leinemann*, VOB/B, § 13 VOB/B Rn. 40.
92 *Jurgeleit* in *Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher*, Kompendium d. BauR, 5. Teil, Rn. 53, unter Bezugnahme auf *OLG Stuttgart* NZBau 2012, 42 (43) = NJW-RR 2011, 1589.

verletzung des Auftragnehmers, der zum Zeitpunkt der Abnahme kein mangelfreies Werk erstellt hat.[93]

2. Stellungnahme

Die vorherrschende Meinung verkennt, dass der Grund der Haftung des Auftragnehmers seine mangelhafte Leistung ist und, dass der Auftraggeber mit der Mängelbeseitigung nach den neuen aRdT ein Bauwerk erhält, für das er wegen des von der Vergütungsvereinbarung nicht erfassten, zusätzlichen Herstellungsaufwands von vornherein mehr hätte zahlen müssen, wie der *BGH* in seinem Urteil vom 14.11.2017 ausführt.[94] Daher sind auch für diesen Fall abzugsfähige „Sowieso-Kosten" anzunehmen. Grundlage für deren Berechnung wären in konsequenter Anwendung der herrschenden Meinung diejenigen Kosten, die für eine Ausführung nach den aRdT zum Zeitpunkt der ursprünglichen Abnahme entstehen.[95] Nach der hier vertretenen Auffassung ist auch in den Fällen, in denen sich die aRdT während der Gewährleistungszeit ändern, die Rechtsprechung des *BGH* vom 14.11.2017 anzuwenden.[96] Der Auftragnehmer hat den Auftraggeber über die Änderung aRdT zu informieren. Der Auftraggeber hat das Wahlrecht, welchem Stand der aRdT die Nachbesserungsleistung entsprechend soll. Für die Berechnung der zusätzlichen Kosten ist auf die aRdT zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen.

VII. Auswirkungen der BGH-Rechtsprechung auf den Bauträgervertrag

In den notariellen Bauträgerverträgen ist meist ausdrücklich geregelt, dass der Bauträger die Bauleistung nach den anerkannten Regeln der Baukunst herstellt, was gleichbedeutend mit den aRdT ist. Hinweise darauf, welchen Stand der Regeln er schuldet, finden sich dort oft nicht. Daher hat der *BGH*[97] entschieden, dass der Bauträger die zum Zeitpunkt der Abnahme geltenden aRdT einhalten muss. Ihm folgt die herrschende Meinung.[98] Das kann für den Bauträger fatale Folgen haben.

1. Änderung der aRdT zwischen Vertragsschluss und Abnahme

a) *Geschuldetes Bausoll.* Jeder Erwerber besitzt nach herrschender Meinung ein eigenes Recht, das Gemeinschaftseigentum selbst abzunehmen.[99] Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch andere Erwerber wirkt regelmäßig nicht zu seinen Lasten.[100] Deshalb können die Abnahmezeitpunkte bei großen Wohnanlagen wegen der Vielzahl der Erwerber erheblich auseinanderfallen. Besonders in Nachzüglerfällen wird deutlich, dass der Bauträger verschiedenen Erwerbern unterschiedliche Leistungsstandards schulden kann, wenn sich zwischen den verschiedenen Erwerbsvorgängen die aRdT geändert haben. Der Nachzügler ist hinsichtlich der Mängelbeseitigung und der Mängelbeseitigungskosten wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum nicht auf seinen Miteigentumsanteil beschränkt, sondern kann die vollständige Mängelbeseitigung in Natur und Geld verlangen.[101] Die Wohnungseigentümergemeinschaft hat die Möglichkeit, durch das „An-sich-ziehen" der Mängelrechte des letzten Erwerbers jeweils den neuesten Stand der aRdT für das gesamte Gemeinschaftseigentum zu fordern.

Desaströs wird die Situation für den Bauträger im Fall unwirksamer Abnahmeklauseln für das Gemeinschaftseigentum, wenn durch Klauseln im Bauträgervertrag versucht wird, das eigene Abnahmerecht des Erwerbers auszuschließen oder zu beschränken und auf Dritte zu übertragen.[102] Wenn dies erst viele Jahre nach Fertigstellung der Wohnanlage offenkundig wird,[103] muss der Bauträger die gesamte Wohnanlage im Rahmen der Erfüllung nach den dann geltenden aRdT neu konzipieren.

b) *Kein Anspruch des Bauträgers auf Anpassung der Vergütung.* aa) *Rechtslage vor dem 1.1.2018.* Vor der Baurechtsreform fehlte im gesetzlichen Werkvertragsrecht ein Leistungsbestimmungsrecht des Bestellers und ein daraus resultierender Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers entsprechend § 1 III, IV und § 2 V, VI VOB/B. Die Anwendung der VOB/B auf den Bauträgervertrag wird allgemein verneint.[104] Dem Bauträger ist es auch verwehrt, die Erwerber im Rahmen der „Sowieso"-Kosten an den Mängelbeseitigungskosten zu beteiligen, wenn er die Mängel nur mit einem höheren Aufwand, als dem vertraglich kalkulierten beseitigen konnte. Nach der Rechtsprechung des *BGH*[105] ist es dem Unternehmer nicht gestattet, sich auf diese Weise seiner werkvertraglichen Erfolgshaftung zu entziehen. In jedem Einzelfall ist die geschuldete Leistung konkret zu ermitteln und aus dem Vertrag heraus festzulegen. Hat der Unternehmer einen bestimmten Erfolg zu einem bestimmten Preis versprochen, bleibt er an seine Zusage selbst dann gebunden, wenn sich die beabsichtigte Ausführungsart nachträglich als unzureichend erweist und aufwändigere Maßnahmen erforderlich werden. Auch im Rahmen der Nachbesserung können diese Mehrkosten nicht dem Besteller aus dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung aufgebürdet werden. Bei einem Bauträgervertrag ist in der Regel davon auszugehen, dass der Bauträger einen bestimmten Erfolg zu einem bestimmten Preis verspricht. Er sichert für gewöhnlich die Einhaltung der aRdT zu einem Pauschalpreis zu, ohne dass sein planerisches Konzept zum Inhalt des Vertrags und der getroffenen Preisvereinbarung gemacht wird.[106]

bb) *Rechtslage nach dem 1.1.2018.* Ändern sich die aRdT zwischen Vertragsschluss und Abnahme ist die Rechtspre-

93 *OLG Stuttgart* NZBau 2012, 42 (43) = NJW-RR 2011, 1589; *OLG Stuttgart* NZBau 2012, 771 (774) = NJW 2013, 699; *OLG Schleswig* BeckRS 2019, 1761 = BauR 2019, 1796; *Schliemann* in *Leinemann*, VOB/B, § 13 VOB/B Rn. 40.

94 *BGHZ* 217, 13 = NZBau 2018, 207 (210) = NJW 2018, 391 = DS 2018, 273 Rn. 39, was das *OLG Schleswig* BeckRS 2019, 1761 = BauR 2019, 1796, u. *Schliemann* in *Leinemann*, VOB/B, § 13 VOB/B Rn. 40 verkennen; vgl. auch *OLG Hamm*, Urt. v. 27.10.2006 – 12 U 47/06, BeckRS 2008, 18230, das für einen Modernisierungszwang aus Anlass von Mängelbeseitigungsarbeiten keine rechtliche Grundlage sieht, wenn die nach Abnahme geänderte DIN 1045 für betonierte Tiefgaragensohlen ein Oberflächenschutzsystem ausdrücklich vorschreibt.

95 *OLG Nürnberg*, Urt. v. 20.12.2017 – 2 U 1219/16, IBRRS 2019, 1931.

96 *BGHZ* 217, 13 = NZBau 2018, 207 (209) = NJW 2018, 391 = DS 2018, 273 Rn. 26 ff.

97 *BGHZ* 139, 16 (18) = NJW 1998, 2814; *BGHZ* 181, 225 = NZBau 2009, 648 (649) = NJW 2009, 2439 = DS 2009, 275 Rn. 14.

98 *OLG Zweibrücken* DNotZ 2008, 187 = OLG-Report Frankfurt 2007, 439; *OLG Nürnberg* NJW-RR 2011, 100 (102); *Basty*, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 876; *Koeble* in *Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher*, Kompendium d. BauR, 10. Teil, Rn. 446; *Blank*, Bauträgervertrag, 5. Aufl. 2015, Rn. 140; *Martius* in *Reithmann/Terbrack*, Kauf vom Bauträger, 8. Aufl. 2018, C Rn. 193; aA *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 6. Aufl. 2018, Rn. 656.

99 *BGHZ* 210, 206 = NZBau 2016, 551 (554) = NJW 2016, 2878 Rn. 45; *OLG Stuttgart* NJW-RR 2015, 1226 (1229) Rn. 78 f.; *Pause/Vogel* in *Kniffka*, ibrOK Bauvertragsrecht, § 650 u BGB Rn. 113 mwN.

100 *BGHZ* 81, 35 = NJW 1981, 1841.

101 *BGH* NJW 1985, 1551 (1552).

102 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sienz*, Bauvertragsrecht, 2018, § 650 u Rn. 57 ff. mwN z. Rspr.

103 *OLG München* BeckRS 2018, 11100 = BauR 2019, 530.

104 *Pause/Vogel* in *Kniffka*, Bauvertragsrecht, § 650 u BGB Rn. 32 ff.

105 *BGHZ* 91, 206 = NJW 1984, 2457 (2458); *BGHZ* 126, 326 = NJW 1994, 2825 (2826).

106 *OLG Hamburg* NZBau 2016, 29 (34) = NJW 2016, 412 Rn. 87; vgl. auch *OLG Zweibrücken* BeckRS 2007, 4333 = DNotZ 2008, 187; *Manteufel*, ibrOK VOB/B, Stand 28.10.2019, § 13 Rn. 430; *Langen* in *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB, Teile A u. B, § 13 VOB/B Rn. 297; *OLG Stuttgart* NZBau 2012, 771 (774) = NJW 2013, 699.

chung des *BGH*[107] zur Informationspflicht des Auftragnehmers und dem Wahlrecht des Auftraggebers über die Art der Nachbesserung auf den Bauträgervertrag nicht übertragbar. Im Rahmen eines Bauträgervertrags hat der Erwerber kein Recht, Änderungen der Bauausführung anzuordnen – und demzufolge der Bauträger keinen Mehrvergütungsanspruch. Die Vorschriften der § 650 b und § 650 c BGB sind für den Bauträgervertrag gem. § 650 u II BGB ausdrücklich ausgeschlossen. Nach der Gesetzesbegründung käme es sonst zu erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Problemen, wenn im Geschosswohnungsbau dem einzelnen Erwerber ein Anordnungsrecht in Bezug auf das Gemeinschaftseigentum eingeräumt würde. Ein Anordnungsrecht in Bezug auf das Sondereigentum könnte Auswirkungen auf das Gemeinschaftseigentum oder das Sondereigentum anderer Erwerber haben. Änderungen der Bauausführung könnte der Bauträger nur nach entsprechenden Änderungen der Verträge mit den anderen Erwerbern umsetzen.[108] Auch eine Beteiligung der Erwerber in Höhe von „Sowieso"-Kosten kommt aus den oben genannten Gründen nicht in Betracht, zumal dies ein Wertungswiderspruch zu der gesetzlichen Regelung wäre.

Der Bauträger hat daher nach herrschender Meinung[109] das von ihm zu errichtende Bauwerk nach den bei der Abnahme geltenden aRdT herzustellen, ohne einen Mehrpreis verlangen zu können, selbst wenn sich dadurch die Qualität und der Standard der Bauausführung durch die Änderung der aRdT zwischen Vertragsschluss und Abnahme erhöht hat und die Herstellungskosten dadurch gestiegen sind.

c) *Stellungnahme.* Diese von der herrschenden Meinung gebilligte Rechtslage führt unabhängig von der oben geübten Kritik[110] zu einer nicht gerechtfertigten Schlechterstellung des Bauträgers gegenüber anderen Werkunternehmern, weil er, anders als diese, keinen Anspruch auf zusätzliche Vergütung bei höherwertiger und aufwändigerer Leistung aufgrund der Änderung der aRdT hat. Anders als beim klassischen VOB/B-Vertrag, bei dem der Auftragnehmer lediglich die Bauleistung ausführt und dafür die erforderlichen Pläne vom Auftraggeber erhält, § 3 I VOB/B, übernimmt der Bauträger gegenüber den Erwerbern nicht nur die Bauausführung, sondern hat als Bauherr auch die Planungshoheit. Damit ist ihm eine weitergehende technische Kompetenz und das damit verbundene Risiko zuzuschreiben. Er projektiert das Objekt und ist zudem Investor, weshalb er auch das damit verbundene Investitionsrisiko zu tragen hat. Das rechtfertigt nach der hier vertretenen Auffassung die Haftung des Bauträgers, wenn die geschuldete Bauleistung dem vereinbarten Zweck und der Funktion nicht gerecht wird. Sind die aRdT zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses fehlerhaft, trägt er das Risiko der verschuldensunabhängigen Haftung, ohne „Sowieso-Kosten" geltend machen zu können.[111] Hat die Änderung der aRdT nach Vertragsschluss aber lediglich zu einer Qualitätssteigerung geführt, ohne dass eine andere Mangelalternative erfüllt wäre, ist seine Leistung mangelfrei, wenn sie den aRdT zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit den Erwerbern entspricht.[112] Nur diesen Standard haben die Erwerber „eingekauft". Änderungen der Bauausführung nach den aRdT zum Zeitpunkt der Abnahme können nur einvernehmlich im Wege der Vertragsänderung zwischen dem Bauträger und allen Erwerbern geregelt werden.[113]

2. Änderung der aRdT nach Abnahme

a) *Vorherrschende Meinung.* Hat der Bauträger bei der Bauausführung die aRdT missachtet und ist deshalb im Rahmen der Gewährleistung zur Mängelbeseitigung verpflichtet, sollen nach herrschender Meinung[114] die zum Zeitpunkt ihrer Durchführung geltenden aRdT einzuhalten sein, ohne dass der Bauträger „Sowieso"-Kosten" gegenüber den Erwerbern geltend machen könnte.

b) *Stellungnahme.* Nach der hier vertretenen Auffassung schuldet der Bauträger, wie jeder andere Auftragnehmer auch, grundsätzlich nur die aRdT zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses – soweit diese nicht fehlerhaft waren. Eine Mängelbeseitigung nach dem neuen Stand der aRdT ist nicht sachgerecht. Dem Bauträger steht kein Nachtragsanspruch nach § 650 c BGB zu, wenn er die Mängel nach den zum Zeitpunkt ihrer Durchführung geltenden aRdT beseitigt, obwohl die Erwerber lediglich einen Standard zum Zeitpunkt ihres Vertragsschlusses „eingekauft" haben. Der Bauträger hat deshalb die Bauleistung nach dem Stand nachzubessern, der bei Vertragsschluss mit den Erwerbern galt. Etwas anderes kann nur durch eine Änderungsvereinbarung zwischen dem Bauträger und den Erwerbern geregelt werden.

3. Sukzessiver Erwerb

Auch wenn man, wie vom *Verfasser* vertreten, davon ausgeht, dass der Bauträger den Stand der aRdT zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses schuldet, besteht für ihn Regelungsbedarf. Bei der Errichtung großer Wohnanlagen und im Falle des Nachzüglererwerbs kann sich der Abverkauf über einen längeren Zeitraum hinziehen, in dem sich die aRdT ändern können. Die Rechtslage ist daher mit der vergleichbar, die bei sukzessiven Abnahmeerklärungen der Erwerber hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums gilt. Der Bauträger ist daher gut beraten, in den Verträgen mit den Erwerbern einen einheitlichen Zeitpunkt für den Stand der einzuhaltenden aRdT zu vereinbaren, der weiter zurückliegt als der Vertragsschluss. Dies ist nach der Rechtsprechung des *BGH*[115] bei entsprechender Aufklärung der Erwerber ausdrücklich möglich. Zu denken ist etwa an den Zeitpunkt der Baugenehmigung.

VIII. Fazit

Entgegen der Rechtsprechung des *BGH* und der herrschenden Meinung schulden Auftragnehmer und Bauträger den Stand der aRdT zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, soweit nichts anderes vereinbart ist. Dies gilt insbesondere für den Bauträger, der bei Änderungen der aRdT nach Vertragsschluss – anders als die übrigen Auftragnehmer – keine Anpassung der Vergütung fordern kann. Auftraggeber und Erwerber sind durch die anderen Mangelalternativen ausreichend geschützt. ■

107 *BGHZ* 217, 13 = NZBau 2018, 207 (209) = NJW 2018, 391 = DS 2018, 273 Rn. 26 ff.
108 BT-Drs. 18/84 86, 72.
109 S. o. Fußn. 23, 25 f.
110 Vgl. unter IV 2.
111 *OLG Hamburg* NZBau 2016, 29 (34) = NJW 2016, 412 Rn. 87; vgl. auch *OLG Zweibrücken* BeckRS 2007, 4333 = DNotZ 2008, 187; *Manteufel*, ibrOK VOB/B, Stand 28.10.2019, § 13 Rn. 430; *Langen* in *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB, Teile A u. B, § 13 VOB/B Rn. 297; *OLG Stuttgart* NZBau 2012, 771 (774) = NJW 2013, 699.
112 S. o. unter IV 2 c.
113 Das Problem, das die dadurch bedingte Bauzeitverlängerung mit sich bringt, und ob eine Vereinbarung zwischen dem Bauträger und der WEG in diesem Stadium gem. § 22 II oder III WEG in Betracht kommt, kann hier aus Platzgründen nicht erörtert werden.
114 *OLG Stuttgart* NZBau 2012, 771 (774) = NJW 2013, 699; *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rn. 876.
115 *BGHZ* 217, 13 = NZBau 2018, 207 (209) = NJW 2018, 391= DS 2018, 273 Rn. 29.