

## **Der Metallbauer als Planer - wer trägt die Verantwortung und wer haftet?**



**RiOLG Dr. Tobias Rodemann, Düsseldorf**

## **A. Fragestellung**

Eine verbreitete Vorstellung der Arbeitsteilung auf Baustellen sieht so aus: Architekten planen und Bauunternehmer oder Handwerker bauen. Für die Planung ist also der Architekt verantwortlich und für Fehler bei der Ausführung der Unternehmer. Für weite Teile von Werkverträgen trifft dies jedoch nicht zu. Oft liegen Planung und Ausführung in einer Hand. Die hieraus folgenden Probleme sollen anhand eines konkreten Beispiels erörtert werden.

## **B. Unterschiedliche Auftragsmodelle**

Das Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 631 ff. BGB) unterscheidet grundsätzlich nicht zwischen verschiedenen Typen von Werkverträgen. Lediglich bei einzelnen Regelungen (zum Beispiel §§ 632a, 648, 648a BGB) gibt es auf das Baurecht gemünzte Sonderregelungen. Die gesetzlichen Regelungen des Werkvertragsrechts gelten also sowohl für einen Vertrag über das Besohlen von Schuhen als auch für einen Vertrag über die Herstellung eines Bauwerks, zum Beispiel die schlüsselfertige Herstellung eines Flughafens. Die VOB/B als „bereitliegende Vertragsordnung“ eröffnet den Parteien die Möglichkeit, speziell auf die Realisierung von Bauwerken abgestimmte Regelungen zu vereinbaren. Dabei geht die VOB/B gegenüber dem BGB von einem anderen „Vertragsmodell“ aus.

### **I. Der Werkvertrag nach dem Modell des BGB**

Gemäß § 631 Abs. 1 BGB gilt:

„Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes (...) verpflichtet.“

Nach der Vorstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs steht das Werk im Mittelpunkt. Geschuldet ist ein Ergebnis körperlicher oder geistiger Arbeit. Entscheidend ist für das BGB, dass das Werk pünktlich zum Abnahmetermin mangelfrei hergestellt wird. Dabei ist es im Ausgangspunkt allein Sache des Unternehmers, wie er dieses Ziel erreicht. Nicht die Zwischenschritte zur Herstellung eines geschuldeten Werks sind geschuldet, sondern das Ergebnis. Der Unternehmer eines solchen Werkvertrages ist daher zugleich Planer und

Ausführender. Die „Planung“ gehört zu den Zwischenschritten, die zur Herstellung des Werks erforderlich sind. Sie ist eine Voraussetzung der Herstellung des Werkes, kein selbständig geschuldeter Erfolg.

## **II. Der Werkvertrag nach dem Modell der VOB/B**

Der VOB/B liegt ein gänzlich anderes Modell zu Grunde. Die VOB/B geht von einem Ausschreibungsmodell mit auftraggeberseitiger Planung aus: Der Auftraggeber plant (bzw. lässt planen) und schreibt aufgrund dieser Planung die Werkleistung mit einem detaillierten Leistungsverzeichnis aus. Dem Auftragnehmer stellt er die Ausführungsunterlagen zur Verfügung (vgl. zum Beispiel § 3 Abs. 1 VOB/B). Der Auftragnehmer hat diese Planung nur noch umzusetzen. Bei diesem Modell - das auch bei BGB-Verträgen möglich ist - wird die Planung verselbständigt. Der Unternehmer erhält die Planung vom Auftraggeber. Seine Rolle beschränkt sich darauf, die Planung umzusetzen, indem er die ihm vorgegebenen „Arbeitsschritte“ des Leistungsverzeichnisses ausführt.

## **III. Mischformen**

Zwischen den beiden Polen auftraggeberseitiger Planung und Planung durch den Auftragnehmer liegen Mischformen. Häufig ist zum Beispiel der Fall, dass die Planung zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber aufgeteilt wird. Viele Auftraggeber vergeben Verträge auf Grundlage einer wenig detaillierten Entwurfsplanung. Die weitere zur Ausführung des Werks erforderliche Werkplanung überlassen sie dem Auftragnehmer mit der Vorgabe, dass er die gestalterischen und sonstige Vorgaben beachten muss.

### **C. Planerische Verantwortung in den einzelnen Konstellationen**

#### **I. Modell des VOB/B-Vertrags**

Die Planung durch den Auftraggeber bei einem Vertrag nach dem Modell der VOB/B führt nicht dazu, dass der Auftragnehmer von jeder Planungsverantwortlichkeit befreit würde. Denn der Auftragnehmer ist auch bei auftraggeberseitiger Planung verpflichtet, ein mangelfreies Werk zu erstellen. Seine Aufgabe beschränkt sich nicht darauf, das Leistungsverzeichnis abzuarbeiten. Er muss auch bei fehlerhaften planerischen Vorgaben ein mangelfreies Werk schaffen. Ob ein Werk mangelfrei ist, wird nicht daran gemessen, dass die

(vorgegebene) Planung und das aus ihr abgeleitete Leistungsverzeichnis befolgt worden ist. Entscheidend ist vielmehr, ob das von dem Besteller mit der Werkleistung angestrebte Ziel erreicht wird. Diese Betrachtungsweise (die mit dem Schlagwort **funktionaler Mangelbegriff** bezeichnet wird) trennt den angestrebten Erfolg und den Weg dahin. Die Planung weist den Weg zum Erfolg, sie definiert ihn aber nicht. Dem angestrebten Erfolg wird vor der Leistungsbeschreibung der **Vorrang** eingeräumt.

Kniffka, in: ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 633 Rz. 9.

Beispiel: Ausgeschrieben werden Arbeiten für die Herstellung eines Daches. Der Architekt plant fehlerhaft. Deshalb werden in der detaillierten Ausschreibung Positionen ausgeschrieben, die nicht geeignet sind, ein dichtes Dach herzustellen. Stellt der Unternehmer das Dach nach den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses her und ist es undicht, so hat er mangelhaft geleistet. Er kann sich nicht darauf berufen, dass er lediglich mit den Arbeiten des Leistungsverzeichnisses beauftragt worden sei. Denn er schuldet nicht das „Abarbeiten“ des Leistungsverzeichnisses, sondern ein mangelfreies Werk.

Der Unternehmer kann sich aber von der Mängelhaftung befreien, wenn er seiner Prüfungs- und Hinweispflicht genügt. Hierfür sind drei Alternativen denkbar:

- Der Unternehmer kann auch bei gewissenhafter Prüfung des Leistungsverzeichnisses und der Ausführungsplanung nicht erkennen, dass deren Umsetzung zu einem Mangel führen wird. In diesem Fall wird der Unternehmer von der Gewährleistungspflicht frei.
- Der Unternehmer erkennt den Mangel und weist den Besteller - hinreichend deutlich - auf den Planungsfehler hin. Es ist dann Sache des Bestellers, eine Anordnung zu treffen, damit eine mangelfreie Ausführung erfolgt.
- Es steht fest, dass der Besteller auch im hypothetischen Falle eines (unterbliebenen) Hinweises an der Planung festgehalten hätte.

## **II. Modell des BGB-Vertrags ohne Planung des Bestellers**

Eine planerische Verantwortlichkeit des Bestellers gibt es nicht, der Besteller gibt lediglich das gewünschte Ergebnis vor. Baurechtlich wäre von einem Totalunternehmervertrag zu sprechen, bei dem Planung und Bauausführung in einer Hand liegen.

Im handwerklichen Bereich sind solche Gestaltungen häufig. Denn handwerkliche Leistungen werden oft mit dem Handwerker besprochen und bestellt, ohne dass zuvor eine Planung durch einen Architekten stattfinden würde. Planung und Ausführung liegen in einer Hand.

Dabei ist noch eine Besonderheit zu vermerken: zumindest ein Teil der Planung wird in einem Zeitpunkt von dem Unternehmer geleistet, zu dem er noch nicht beauftragt ist. Schon die Erstellung eines Angebots erfordert eine Planung, da geklärt werden muss, welche Leistung ausgeführt werden soll.

Für die Haftung des Unternehmers hat das erhebliche Folgen. Er muss für die Richtigkeit seiner Planung einstehen. Beispiele:

### **1. Beratungspflicht zum Bedarf**

Der Handwerker darf den Auftrag des Bestellers nicht einfach hinnehmen. Er muss zum Beispiel hinterfragen, ob die von dem Besteller gewünschte Leistung für ihn (aus wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen) sinnvoll ist.

Beispiel 1: Der Besteller wünscht die kostspielige Reparatur eines Parkettbodens, eine Neuverlegung wäre günstiger oder nur unwesentlich teurer (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 20.03.1992 - 26 U 155/91, NJW-RR 1992, 1329). Diese Pflicht geht allerdings nicht so weit, dass der Handwerker auf bessere Konkurrenzprodukte hinweisen müsste (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.11.1996 - 22 U 109/96).

Beispiel 2: Der Besteller lässt vom Handwerker einen teuren Natursteinboden verlegen. Der Handwerker weist nicht darauf hin, dass durch Kalibrierung der Platten ein besonders schönes Verlegbild erzielt werden kann. Er haftet daher für die Kosten für die Neuverlegung, obwohl die nach der DIN zulässigen Toleranzen nicht überschritten werden (OLG Hamm, Urt. v. 08.05.2012 - 21 U 89/11, NZBau 2012, 642).

## **2. Pflegehinweise**

Der Handwerker muss zutreffende Hinweise zu einer erforderlichen Pflege geben.

Beispiel: Der Handwerker rät zur Pflege eines von ihm verlegten Bodenbelags mit Pflegemilch. Das führt zur „Überfettung“ des Bodens, die sich in einer Grautönung zeigt (OLG Hamm, Urt. v. 08.10.1991 - 26 U 46/91, NJW-RR 1992, 155).

## **3. Hinweise auf fehlende Eignung**

Der Unternehmer muss den Besteller darauf hinweisen, wenn das von ihm gewünschte Werk nicht geeignet ist, den angestrebten Zweck zu erfüllen.

Beispiel: Der Besteller bittet den Schreiner um ein Angebot für einen Carport. Die Maße gibt er dem Schreiner vor. Der Schreiner fertigt den Carport. Bei der ersten Benutzung stellt der Besteller fest, dass sein Auto zu breit für den Carport ist.

In diesem Fall konkurrieren zwei Pflichtverletzungen. Schon bei Abgabe des Angebots hätte der Schreiner darauf hinweisen müssen, dass die Breite nicht ausreicht. Der Besteller kann ihm also vorwerfen, dass er einen für ihn sinnlosen Auftrag vergeben hat. Eine zweite Pflichtverletzung liegt darin, dass der Schreiner im Zuge der Ausführung nicht auf die fehlende Nutzbarkeit hingewiesen hat. Nach dem funktionalen Mängelbegriff hätte der Schreiner darauf hinweisen müssen, dass die angestrebte Verwendung mit der vorgesehenen Ausführung nicht erzielt werden kann. Die Rechtsfolgen der beiden Pflichtverletzungen sind unterschiedlich. Bei der ersten Pflichtverletzung (= Verletzung einer Aufklärungspflicht anlässlich der Beauftragung) haftet der Unternehmer unmittelbar auf Schadenersatz, Folge der zweiten Pflichtverletzung ist die Anwendung der Gewährleistungsregeln.

In derartigen Fällen ist die Gewährleistungshaftung vorrangig. Der angestrebten Funktion wird der Vorrang vor der Leistungsbeschreibung/Ausführung (hier: die von dem Besteller vorgegebenen Abmessungen des Carports) eingeräumt. Im Beispiel ist der Schreiner danach trotz der in der Bestellung fixierten Abmessungen zur Herstellung eines benutzbaren Carports verpflichtet, er hätte den Besteller auf die zu geringen Maße hinweisen müssen. Die Beratungspflichtverletzung wird so durch den funktionalen Mangelbegriff überlagert.

Krause-Allenstein, in: Kniffka, Ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 634 Rz. 30; Voit, in: BeckOK-BGB, § 631 Rz. 55.

Aus diesem Grund sind Judikate zu einer Beratungspflichtverletzung relativ selten. Denn die Beratungspflichtverletzungen gehen in der Gewährleistungsverpflichtung des Unternehmers auf.

Eigenständige Bedeutung gewinnt die Beratungspflichtverletzung daher eher im Kaufrecht oder bei Anwendung des Kaufrechts gemäß § 651 BGB.

Beispiel: Der Besteller sucht sich bei einem Ofenbauer einen (serienmäßig hergestellten) Ofen aus, der ihm besonders gut gefällt und sich der Größe nach gut in seine Räume einfügt. Der Ofenbauer weist vor dem Einbau des Ofens pflichtwidrig nicht darauf hin, dass die Heizleistung des von dem Besteller ausgesuchten Ofens zu gering ist (vgl. OLG Saarbrücken, Ur. v. 19.10.2004 - 4 U 146/04, NJOZ 2005, 1159).

### **III. Beispiel zur Planungsverantwortung**

Auch wenn der Handwerker plant und auch insoweit für den werkvertraglichen Erfolg verantwortlich ist, so sind ihm doch oft Umstände vorgegeben, auf die er keinen unmittelbaren Einfluss hat. Für zahlreiche Leistungen ist eine Abstimmung auf die vorhandene Baubsubstanz erforderlich.

Beispiel: Über einer Markise soll zusätzlich ein Vordach angebracht werden. Der Unternehmer besichtigt den Balkon vor Ort und geht davon aus, dass sich oberhalb der Markise ein Betonsturz befindet, wie er auch in die Baupläne des Bauwerks eingezeichnet ist. Er übersendet ein Angebot. Danach soll das Vordach unmittelbar und optisch unauffällig an der Wand montiert werden. Der Besteller nimmt das Angebot an, daraufhin fertigt der Unternehmer das Vordach und will es montieren. Beim Bohren in den vermeintlichen Betonsturz stellt sich heraus, dass an den für die Bohrungen vorgesehenen Stellen nur Styropor liegt. Das Vordach kann daher nicht so montiert werden, wie in dem Angebot vorgesehen. Es müssten (alternativlos) zusätzliche Elemente montiert werden, auf die das Vordach angebracht werden kann.

Der Unternehmer sinnt nach, was zu tun ist.

## **1. Auslegung des Vertrags**

Im ersten Schritt ist zu klären, was genau der Unternehmer schuldet. Denn erst nach Klärung des Inhalts der vertraglichen Verpflichtung kann eine Aussage getroffen werden, ob der (unerwartet) fehlende Betonsturz für die Vertragsabwicklung relevant ist.

Dabei können drei Alternativen unterschieden werden.

### **a) Nur funktionale Beschreibung**

Bei Werkverträgen kann es sich so verhalten, dass der Besteller dem Unternehmer lediglich bestimmte Eigenschaften des Werks vorgibt und es dem Unternehmer überlässt, wie er diese Zielvorgaben erreicht. Auf das Beispiel gemünzt, kann es sich etwa so verhalten, dass der Besteller lediglich Neigung, Größe und Material des Vordachs vorgibt. In diesem Fall liegt es allein im Ermessen des Unternehmers, wie er das Vordach befestigt. Die von ihm gewählte Lösung muss selbstverständlich den Regeln der Technik entsprechen und das Leistungsziel (festes Anbringen) erreichen. Eine bestimmte gestalterische Vorgabe hat er in diesem Fall nicht. Der Unternehmer müsste also nach einer anderen Lösung suchen, um das Vordach anzubringen und diese umsetzen. Für Rückfragen beim Besteller bestünde danach kein Anlass.

Diese Alternative liegt allerdings für den Beispielsfall fern. Denn aus der Abstimmung des Angebots folgt, dass der Besteller das geplante Vordach wollte, nicht irgendein Vordach. Dieser Alternative soll daher aus der nachfolgenden Betrachtung ausgeschieden werden.

### **b) Vorrang des Leistungsziels**

Die Beauftragung kann auch dahin gedeutet werden, dass es dem Besteller im Wesentlichen auf das Vordach ankommt und die vorgesehene Art des Anbringens des Vordaches für ihn nachrangig ist. Bei dieser Auslegung wird der Vertrag aufgespalten in ein Leistungsziel (Anbringen des Vordachs) und den Weg zu diesem Ziel (direkte Montage des Vordaches in den Betonsturz). Diese Betrachtungsweise entspricht dem funktionalen Mängelbegriff. Der Unternehmer bleibt also zur Herbeiführung des Erfolgs verpflichtet. Er muss den Besteller darauf hinweisen, dass mit der vorgesehenen Ausführung das Anbringen des Vordachs nicht möglich ist.



Da der Unternehmer geplant hat, muss er dem Besteller zudem eine Alternative eröffnen, wie das Vordach auf andere Art und Weise angebracht werden kann. Der Unternehmer muss also eine Umplanung vornehmen, um einen möglichst gleichwertigen Zustand herzustellen. Denn in dem Fall, dass der Unternehmer die Markise nach der im Angebot vorgesehenen Ausführung anbringen und so einen mangelhaften Zustand schaffen würde, wäre er zur Gewährleistung verpflichtet. Er müsste einen möglichst gleichwertigen Zustand zu der vorgesehenen Ausführung schaffen.

vgl. BGH, Urt. v. 23.06.2005 - VII ZR 200/04, NZBau 2005, 511; Urt. v. 20.04.1989 - VII ZR 80/88, NJW-RR 1989, 849; Urt. v. 26.02.1981 - VII ZR 287/79, NJW 1981, 1448.

In Erfüllung dieser Pflicht müsste er auch die zur Mangelbeseitigung erforderliche Planung leisten. Eine solche Pflicht muss ihn daher konsequenterweise ebenso treffen, wenn er bereits vor der Ausführung bemerkt, dass die Umsetzung der im Angebot vorgesehenen Ausführung zu einem Mangel führen würde.

Hinweis: Hier zeigt sich ein erheblicher Unterschied zu Werkverträgen nach dem Modell der VOB/B. Beruht nämlich die Gewährleistung des Unternehmers darauf, dass er pflichtwidrig auf einen Fehler der Planung des Bestellers nicht hingewiesen hat, so ist er im Rahmen der Nacherfüllung nicht zur Erstellung einer fehlerfreien Planung verpflichtet. Vielmehr muss der Besteller bei der Mängelbeseitigung dadurch mitwirken, dass er eine fehlerfreie Planung stellt (OLG Hamm, Urt. v. 16.02.2011 - 12 U 82/10, Ibr 2011, 260), so wie er auch bei einem Hinweis des Unternehmers vor Ausführung des Werks eine fehlerfreie Planung bereitstellen müsste.

Der Unternehmer muss dem Besteller die Möglichkeit eröffnen, die Umplanung mit ihm abzustimmen, jedenfalls wenn mehrere Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht kommen. Der Unternehmer darf also nicht von sich aus eine von der Planung abweichende Lösung ausführen.

BGH, Urt. v. 23.05.2005 - VII ZR 200/04, NZBau 2005, 511; Motzke, NZBau 2011, 705 ff mit Nachweisen zur Gegenansicht.

### **c) Äquivalenz von Leistungsziel und vorgesehener Ausführung**

Der Vertrag kann auch so ausgelegt werden, dass die von dem Unternehmer im Angebot geplante Ausführung verbindliches Leistungsziel ist. Der geschuldete Werkerfolg „Anbringen des Vordachs“ wird so verengt auf „Anbringen des Vordachs durch direktes Einschrauben in den Betonsturz“. Dies führt zu einer völlig anderen Rechtsfolge, nämlich der Unmöglichkeit der Leistung: Ein Anbringen des Vordachs durch direktes Einschrauben in den Betonsturz ist weder dem Unternehmer noch sonst einem Dritten möglich. Denn der Betonsturz existiert nicht.

Ähnlicher Fall: Der Besteller will eine Glasfassade aus ESG-H-Scheiben und sieht vor, dass die Scheiben keine Nickel-Sulfid-Einschlüsse haben dürfen (Grund: dies kann zum spontanen Bruch der Glasscheiben führen). In diesem Fall hat der BGH einen Mangel angenommen (Grund: es gibt kein Herstellungs- oder Prüfungsverfahren, bei dem garantiert ist, dass eine ESG-H-Scheibe keinen Nickel-Sulfid-Einschluss hat), die Beseitigung des Mangels sei danach aber auch unmöglich, weil eine bruch sichere Glasfassade auch ESG-H-Scheiben nicht hergestellt werden könne (vgl. BGH, Ur. v. 08.05.2014 - VII ZR 203/11, BauR 2014, 1291).

### **d) Abgrenzung zwischen den Alternativen b) und c)**

Die Frage, ob Unmöglichkeit vorliegt (Alternative c) oder das Leistungsziel vorrangig ist (Alternative b) ist eine von Wertungen abhängige Auslegungsfrage.

Recht unproblematisch dürften Fälle sein, in denen die Abweichung von der vorgesehenen Ausführung nicht hervortritt und das Werk in seinem Erscheinungsbild daher nicht verändert wird.

Beispiele: In dem Angebot des Unternehmers für die Anbringung des Vordachs ist ein spezieller Dübel vorgesehen. Später stellt sich heraus, dass dieser Dübel nicht geeignet ist, das Anbringen des Vordaches mit einem anderen Dübel aber problemlos möglich ist. Es wäre offensichtlich fernliegend, wenn man annehmen würde, die Verwendung des angebotenen Dübels sei zwingend. Ebenso: Nachbesserung bei einer Windkraftanlage durch Einbau eines anderen Getriebetyps als des angebotenen Getriebetyps (vgl. OLG München, Ur. v. 24.01.2012 - 9 U 3013/11, NJW-RR 2012, 826).

Wesentlich problematischer sind Fälle, in denen die „Umplanung“ zu einer Abänderung des Werks selbst führt. Hierzu hat der Bundesgerichtshof darauf abgestellt, ob die „Konzeption des Werks“ nicht unwesentlich verändert würde. Er hat danach zum Beispiel eine Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung angenommen, wenn die erforderliche Umplanung zum Wegfall von Balkonen und einer um 10 cm niedrigeren Deckenhöhe führt.

BGH, Urt. v. 21.12.2000 - VII ZR 17/99, NJW 2001, 1642; BGH, vgl. auch Urt. v. 24.11.1988 - VII ZR 222/87, NJW-RR 1989, 775: Umplanung mit Absenkung des Bodens um 10 cm im Keller, um Genehmigungsfähigkeit zu erreichen.

In anderen Fällen ist er demgegenüber nicht von Unmöglichkeit ausgegangen, auch wenn die vorgesehene Ausführung nicht zu erreichen war.

BGH, Urt. v. 23.06.2005 - VII ZR 200/04, NZBau 2005, 511: Bei Unmöglichkeit der Realisierung von Kreuzstockfenstern Einbau von Sprossenfenstern geschuldet; BGH, Urt. v. 20.04.1989 - VII ZR 80/88, NJW-RR 1989, 849: Änderung der vertraglich vereinbarten Ausstattung der Heizung, weil die vertraglich vereinbarte Heizung technisch nicht realisierbar ist; BGH, Urt. v. 26.02.1981 - VII ZR 287/79, NJW 1981, 1448: Abdichtung von Stoßfugen durch an sich nicht vorgesehene Kunststoffteile, da dies ein einfache Mängelbeseitigung darstellt, die nicht mit einer ästhetischen Beeinträchtigung verbunden ist; Urt. v. 10.01.1972 - VII ZR 132/70, BGHZ 58, 30: Einbau eines Unterzugs mit Stützen um eine nicht tragfähige Decke zu ertüchtigen.

Diese zweite Gruppe Entscheidungen ist dadurch geprägt, dass der jeweilige Besteller Gewährleistungsansprüche geltend machte (er also die Nacherfüllung unter Inkaufnahme der „Umplanung“ wollte). In den zuvor genannten Entscheidungen war dies anders. Dort wollte sich der jeweilige Besteller von dem Werkvertrag lösen, weil ihm die vertragswidrige Ausführung nicht zusagte. Dass der Bundesgerichtshof in der zweiten Gruppe von Entscheidungen keine Unmöglichkeit angenommen hat, überzeugt. Denn der Besteller muss letztlich selbst entscheiden, ob eine Mangelbeseitigung, die den geschuldeten Erfolg abändert, für ihn zumutbar ist oder nicht. Wenn der Besteller es hinnimmt, dass das Werk in bestimmten Aspekten verändert werden muss, um funktionstauglich zu sein, dann gibt es keinen Grund, den gewährleistungspflichtigen Unternehmer aus der Mängelhaftung zu entlassen. Der Unternehmer, der fehlerhaft geplant hat, darf sich nicht darauf berufen, dass eine Änderung der Ausführung des Werks mit dem Ziel der Mangelbeseitigung dem Besteller unzumutbar sei und daher von ihm, dem Unternehmer, verweigert werden dürfe.

Es wäre sinnwidrig, wenn die Nachbesserungspflicht des Unternehmers deshalb ausgeschlossen wäre, weil er (zum Nachteil des Bestellers) zu einer vollständigen Nachbesserung nicht in der Lage ist.

Bezogen auf das Beispiel dürfte damit zu konstatieren sein, dass es der Besteller in der Hand hat, ob er die Alternativlösung will oder nicht. Dass die geänderte Ausführung, so wie sie der Unternehmer vorschlägt, eine Änderung der Konzeption des Werks darstellt und somit „an sich“ die mangelfreie Herstellung unmöglich ist, liegt nahe.

## **2. Hinweis an den Besteller**

Nach dem Vorgesagten sind zwei Entwicklungen des Vertragsverhältnisses in dem Beispiel denkbar. Der Besteller kann der vorgeschlagenen Änderung zustimmen oder sie ablehnen.

### **a) Rechtslage bei Zustimmung zu der Änderung**

In diesem Fall muss der Unternehmer die geänderte Planung umsetzen. Die Leistung ist dann trotz der Abweichung von der ursprünglichen Planung mangelfrei.

Fraglich ist, ob der Unternehmer für die zusätzlichen Leistungen eine zusätzliche Vergütung beanspruchen kann. Dies kommt unter dem Aspekt des Vorteilsausgleichs bzw. der Sowiesokosten in Betracht. Danach darf der Unternehmer nicht mit solchen zusätzlichen Kosten der Ausführung belastet werden, die er - hätte er die Notwendigkeit der zusätzlichen Maßnahmen von vornherein erkannt - bei der Preisfindung berücksichtigt hätte. Hierfür spricht es, wenn der Auftragnehmer seine Leistung auf der Grundlage eines detaillierten Leistungsverzeichnisses angeboten hat. Denn dann ist in der Regel anzunehmen, dass weitere bzw. andere erforderliche Leistungen in dem Angebot berücksichtigt worden wären.

vgl. etwa BGH, Beschl. v. 25.01.2007 - VII ZR 41/06. Anders läge es bei der nur funktionalen Beschreibung (vgl. oben 1.a), bei der Unternehmer ohnehin das Risiko etwaiger Mehrkosten getragen hätte.

## **b) Rechtslage bei Verweigerung der Zustimmung**

Verweigert der Besteller die Zustimmung, so bleibt es bei der Unmöglichkeit.

Erste Folge der Unmöglichkeit ist, dass der Unternehmer nicht zu leisten braucht. § 275 Abs. 1 BGB schließt die Leistungspflicht im Fall der Unmöglichkeit aus.

Da die Leistungspflicht des Unternehmers entfällt, entfielen nach der allgemeinen Regelung des BGB allerdings auch sein Anspruch auf die Gegenleistung (§ 326 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Besteller müsste also nicht zahlen. Folge: der Unternehmer bliebe auf den Kosten seiner Vorbereitung (Planung und Fertigung des später nicht angebrachten Vordaches) sitzen.

Jedoch kann § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB durch die Regelung des § 645 BGB „überspielt“ werden.

Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, § 645 Rz. 4.

Gemäß § 645 BGB kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen beanspruchen, wenn das Werk infolge des Mangels eines von dem Besteller gelieferten Stoffes unausführbar geworden ist. Dies gilt allerdings nicht, wenn ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat.

Der Begriff „Stoff“ umfasst alle Gegenstände, aus denen, an denen oder mit deren Hilfe das Werk herzustellen ist.

BGH, Urt. v. 16.12.2004 - VII ZR 16/03, NJW-RR 2005, 669.

Bezogen auf das Beispiel: auch die Ausgestaltung des Bereichs über dem Fenster (Styropor statt Beton) gehört zum „Stoff“. Das Werk ist daher aufgrund des von dem Besteller „gelieferten Stoffs“ nicht ausführbar. Die Voraussetzungen für den Anspruch gemäß § 645 BGB liegen vor.

Entscheidend ist daher, ob ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat. Hierfür kommt es darauf an, ob der Unternehmer erkennen musste, dass aufgrund

des „Stoffs“ eine Ausführung nicht möglich wäre. Maßgeblich ist, ob die Unausführbarkeit des Werkes bei gehöriger Erfüllung der Prüfungs-, Beratungs- oder Hinweispflicht hätte bemerkt werden müssen.

Voit, in: BeckOK-BGB, § 645 Rz. 12.

Welche Anforderungen zu stellen sind, ist noch nicht abschließend geklärt. In der Kommentarliteratur findet sich der Hinweis, dass eine Überprüfungspflicht des Unternehmers von Verdachtsmomenten abhängig ist. Zu aufwendigen Spezialuntersuchungen soll er nicht verpflichtet sein.

Peters/Jacoby, in: Staudinger, BGB, 2013, § 645 Rz. 20.

Das OLG Celle hat zudem entschieden, dass ein Unternehmer grundsätzlich davon ausgehen darf, dass die Bausubstanz den (im Zeitpunkt der Errichtung geltenden) Regeln der Technik entspricht.

OLG Celle, Urt. v. 16.05.2013 - 16 U 160/12, BauR 2014, 1326.

Ebenso dürfte zu entscheiden sein, wenn Pläne oder Revisionsunterlagen vorliegen und sich erst im Zuge der Ausführung der Arbeiten zeigt, dass die Bausubstanz von den Plänen abweicht.

Allerdings darf sich der Unternehmer nicht auf § 645 BGB berufen, wenn er die Planung des Werks übernommen hat und zu den danach übernommenen Planungsaufgaben die Untersuchung des Baugrunds gehört.

OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.04.2010 - 4 U 129/08, Ibr 2011, 74: Wer Planung und Ausführung einer Tiefgarage übernimmt, darf nicht ohne nähere Prüfung von (unproblematischen) Boden- und Grundwasserverhältnissen ausgehen. Beachte: diese Pflicht knüpft an den bereits übertragenen Auftrag an. Der Unternehmer muss nach dieser Entscheidung also nicht schon in der Angebotsphase eine Untersuchung des Baugrunds vornehmen.

Dass die Anforderungen an den Unternehmer nicht zu niedrig angesetzt werden dürfen, folgt auch aus § 311a BGB. Nach dieser Vorschrift schuldet der Unternehmer Schadensersatz statt der Leistung, wenn er vor Auftragserteilung erkennen musste, dass die Ausführung des Auftrags unmöglich ist.

Hinweis: Für den Vergütungsanspruch kann entscheidend sein, zu welchem Zeitpunkt der Unternehmer die Unausführbarkeit infolge des nicht geeigneten „Stoffes“ hätte feststellen können und müssen. Denn ein Anspruch auf einen Teil der Vergütung wird nur bis zu dem Zeitpunkt in Betracht kommen, zu dem der Unternehmer die Unausführbarkeit hätte bemerken müssen. Bezogen auf das Beispiel: Nimmt man eine Pflicht des Stahlbauers an, bereits vor der Fertigung des Daches die vorhandene Bausubstanz daraufhin zu untersuchen, ob der (angenommene) Betonsturz tatsächlich vorhanden ist, so kann er Vergütung für die Fertigung des Vordaches nicht beanspruchen. Anders ist es, wenn man annimmt, dass er das Fehlen des Betonsturzes erst bei der Montage bemerken musste. Dann erhält er anteilige Vergütung für die bis dahin ausgeführten Arbeiten.

Bezogen auf das **Beispiel** wird zu erwägen sein, dass der Unternehmer keine Anhaltspunkte dafür hatte, dass das Wohnhaus abweichend von den Plänen ausgeführt worden ist. Wenn auch sonst keine Verdachtsmomente ersichtlich waren, durfte der Unternehmer davon ausgehen, dass die tatsächliche Ausführung des Wohnhauses der Planung entsprechen würde. Unter der Voraussetzung, dass er den abweichenden Zustand der Bausubstanz nur durch eine aufwendige Prüfung hätte erkennen können (etwa durch Öffnung des Bauteils), dürfte daher ein Vertretenmüssen des Unternehmers ausscheiden. Folge: er muss das Vordach nicht anbringen und er erhält anteilige Vergütung für die von ihm erbrachten Leistungen.

#### **IV. Schadensersatz bei Unmöglichkeit**

Eine weitere Folge der Unmöglichkeit ergibt sich aus § 311a Abs. 2 BGB. Danach kann der Besteller Schadensersatz statt der Leistung verlangen. „Statt der Leistung“ bedeutet: er ist so zu stellen, als hätte er die Leistung erhalten.

Das für die Schadensbemessung folgende Problem liegt auf der Hand: wie kann der Schaden bemessen werden, wenn die Ausführung der Leistung technisch unmöglich ist? Der auf Erfüllung des Vertrages gerichtete Schadensersatzanspruch geht in derartigen

Fällen ins Leere. Die sonst übliche Bemessung des Schadens nach den Mangelbeseitigungskosten (sogenannter kleiner Schadensersatz) ist daher nicht möglich. Aber: der Besteller kann Entfernung des Werks verlangen (sogenannter großer Schadensersatz). Der Unternehmer muss dann den Zustand vor Ausführung seiner Arbeiten wieder herstellen.

Ein derartiger Anspruch ist in Fällen relevant, in denen der Unternehmer einen Teil seiner Leistung bereits ausgeführt hat. Greift der Schadensersatzanspruch, so kann der Besteller Rückbau verlangen. Bezogen auf das Beispiel: wird ein Verschulden bejaht, so kann der Unternehmer nicht nur keine Vergütung für die von ihm erbrachten Leistungen geltend machen, er muss zudem auch noch den Zustand wiederherstellen, wie er vor Beginn der Arbeiten bestand, also etwa Bohrlöcher schließen.

Diese Folgen treffen den Unternehmer aber nicht, wenn er das „Leistungshindernis“ bei Vertragsschluss nicht kannte und auch nicht kennen musste. Gelingt ihm der Nachweis dieser Voraussetzungen, so schuldet er keinen Schadensersatz. Für die Frage, ob der Unternehmer das Leistungshindernis kennen musste, ist auf die vorstehenden Erwägungen zu dem Vergütungsanspruch gemäß § 645 BGB zu verweisen. Dort stellt sich die gleiche Frage.

#### **D. Folgerungen aus dem Beispiel**

Zeigt sich in der Ausführungsphase ein Hindernis für die Umsetzung der Planung, so bedarf es einer Anpassung der Planung an die tatsächlichen Umstände.

In diese Anpassung der Planung sollte der Besteller stets einbezogen werden.

In der Variante b) (Vorrang des Erfolgs vor der Ausführung) bedarf es einer Entscheidung des Bestellers, wie die Ausführung angepasst werden soll. Allenfalls im Fall völliger Alternativlosigkeit (es gibt nur eine einzige Möglichkeit, wie die Ausführung angepasst werden kann) oder letztlich unbedeutender Änderungen („Dübelbeispiel“) sollte in Betracht gezogen werden, ohne Mitwirkung des Bestellers die Ausführung zu ändern.

In der Variante c) (Gleichwertigkeit von Erfolg und Ausführung) bedarf es zwingend einer Entscheidung des Bestellers, welche Konsequenzen er aus der Unmöglichkeit ziehen will.



Er muss entscheiden, ob er es bei den Folgen der Unmöglichkeit belässt oder mit dem Unternehmer eine Abänderung der Ausführung vereinbart.

Zu Sicherung von Vergütungsansprüchen ist es hilfreich, wenn das Angebot nach dem Muster eines Einheitspreisvertrages in Leistungspositionen aufgegliedert ist. Denn dies erleichtert die Darlegung, von welchen erforderlichen „Ausführungsschritten“ die Parteien bei Vereinbarung des Werklohns ausgegangen sind. Der Unternehmer kann so plausibel machen, dass zusätzliche (nicht vorhergesehene) Ausführungsschritte eine zusätzliche Vergütung erfordern.