

Werkerfolg oder Bausoll

Von der Mühsal der Juristen, Architekten und Ingenieure, einander zu verstehen

Sehr verehrter Herr Kollege Thierau,
Sehr verehrte Damen und Herren!

Das Thema, das ich für die heutige Festveranstaltung gewählt habe, ist für einen juristischen Vortrag ungewöhnlich. Es entspricht der Tradition deutscher Hochschulen, dass der Redner, dem die Aufgabe übertragen worden ist, einen Festvortrag zur Verleihung einer Honorarprofessur zu halten, zu Ehren des zukünftigen Professors und zur Demonstration seiner eigenen wissenschaftlichen Kompetenz einen Vortrag mit hohem wissenschaftlichen Anspruch zu hält. Wer von ihnen einen derartigen Vortrag erwartet, den muss ich enttäuschen.

Mit meinem Thema möchte ich ihnen an einigen Beispielen aufzeigen, welche Folgen es für Beteiligte am Bau haben kann, wenn die genannten Berufsgruppen einander nicht verstehen können.

Mein Vortrag ist zugleich mittelbar ein Kompliment an Herrn Thierau. Er soll verdeutlichen, dass Herr Thierau an Ihrer Hochschule einen notwendigen und wichtigen Beitrag für die Verständigung der unterschiedlichen Berufsgruppen leistet, die für die Gestaltung von Verträgen und deren erfolgreiche und möglichst störungsfreie Abwicklung unerlässlich ist.

I.

Die Frage Werkerfolg oder Bausoll bezeichnet beispielhaft eines der zentralen Verständigungsprobleme zwischen den Berufsgruppen. Die beiden Wörter haben, von den Beteiligten häufig unbemerkt, eine grundlegend andere Bedeutung. Missverständnisse, überflüssige Konflikte und vermeidbare Prozesse sind die Folge. Ein

Folgeproblem ist das unterschiedliche Verständnis der Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung.

Juristen und die juristischen Laien, Architekten und Ingenieure sowie Sachverständige, sind mit demselben Gegenstand, einem Bauvorhaben, befasst. Die Verständigungsschwierigkeiten beruhen darauf, dass beide Berufsgruppen diesen Gegenstand ganz anders wahrnehmen. Das professionelle Interesse der Architekten und Ingenieure ist an den technischen Bedingungen des Bauvorhabens orientiert. Sie betrachten es typischerweise als ihre Aufgabe, dass der Herstellungsprozess sachgerecht geplant und die Herstellung des Bauvorhabens plangerecht und entsprechend den Regeln der Technik ausgeführt wird. Das normative Bezugssystem der Juristen unterscheidet sich grundlegend von dem der Architekten und Ingenieure. Sie ordnen das Geschehen am Bau Tatbeständen von Normen zu, um die geregelten Rechtsfolgen zu ermitteln. Ein entscheidender Grund für die zahlreichen Missverständnisse und Animositäten zwischen den beiden Berufsgruppen resultiert aus dem Geltungsanspruch der vertraglichen und gesetzlichen Normen. Die normativen Vorgaben sind der Maßstab dafür, was der Unternehmer, Architekt und Ingenieur schuldet und nicht das Bezugssystem der Architekten, Ingenieure und Sachverständigen.

Ein Beispiel für die die grundlegenden Sprachbarrieren zwischen Juristen auf der einen Seite und Architekten und Ingenieuren auf der anderen Seite ist der Bedeutungsunterschied zwischen Werkerfolg und Bausoll (vgl. hierzu *Quack*, Bausoll, Risikosphären, originäre Bauherrenpflichten und allerlei „Verträge“, *ZfBR* 2006, 731 sowie *Thode*, Die Infiltration des Rechts durch metajuristische Begriffe, *ZfBR* 2006, 309).

Nach der Vorstellung der Vertreter der Baubetriebslehre, zahlreicher Architekten, Ingenieure und Sachverständiger umfasst der Begriff Bausoll den Bauinhalt und die Bauumstände, zwei weitere Begriffe, die wie der Begriff Bausoll nicht Inhalt des Gesetzes sind. Der Begriff Bausoll bezeichnet den Herstellungsprozess und nicht den durch den Gesetzesbegriff Werkerfolg benannten funktionalen Erfolg, den der Unternehmer, Architekt und Ingenieur schuldet. Der gesetzliche Begriff des Werkerfolges umfasst sowohl die mangelfreie Herstellung des Bauwerks und des vom Architekten oder Ingenieur geschuldeten Werkes als auch deren Funktionalität. Der geschuldete funktionale Erfolg, der in den Verträgen regelmäßig nicht vereinbart und damit nicht

genannt wird, ist das vorrangige Kriterium für die Beurteilung der vom Auftragnehmer geschuldeten Leistung.

Der vertraglich geschuldete Erfolg ist, wenn er im Vertrag nicht genannt wird, durch Auslegung des Vertrages im Einzelfall zu ermitteln. Er lässt sich nicht unabhängig vom Einzelfall durch vermeintlich objektive Begriffe wie Bausoll, Erfolgssoll oder technische Normen bestimmen.

II.

Die Erfolgsbezogenheit des Werkvertrages möchte ich beispielhaft an zwei Urteilen des BGH erläutern:

Das erste Urteil, das unter Fachleuten mit dem Satz „ ein Dach muss dicht sein“ benannt wird, betrifft eine groteske Entscheidung des OLG Düsseldorf (BGH, Urt. v. 11.11.1999 – VII ZR 403/98, BauR 2000, 411 = ZfBR 2000, 121).

Der Entscheidung lag – vereinfacht – folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Auftraggeber beanstandete gegenüber dem Bauunternehmer, der eine Lager- und Produktionshalle errichtet hatte, dass das Dach der Halle nicht regendicht sei. Nachdem der Unternehmer die Nachbesserung mit der Begründung abgelehnt hatte, das Dach entspreche den anerkannten Regeln der Technik, verlangte der Auftraggeber Vorschuss für die Nachbesserung. Das OLG hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, eine vertragswidrige Errichtung des Daches sei nicht feststellbar, weil der Auftraggeber nicht vorgetragen habe, dass das Dach regensicher zu sein habe. Das Urteil des OLG beruht auf dem Rechtsfehler, dass es die Frage der geschuldeten Werkleistung an der Herstellung und nicht an der geschuldeten Funktionstauglichkeit des Daches orientiert hat. Der BGH hat das Urteil aufgehoben und die Sache an das OLG zurückverwiesen. Die Leitsätze der Entscheidung des BGH lauten wie folgt:

„1. Im Rahmen der getroffenen Vereinbarungen schuldet der Auftragnehmer ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk.

2. Ergibt sich aus den getroffenen Vereinbarungen nichts anderes, muss ein für eine Lager- und Produktionshalle errichtetes Dach auch ohne entsprechenden Hinweis des Auftraggebers so dicht sein, dass es nach heftigem Regen nicht zu Wassereintrüben kommt.“

Das zweite Urteil des BGH, das ich Ihnen vorstellen möchte, befasst sich mit der Frage, ob ein Werk auch dann mangelhaft sein kann, wenn der Unternehmer das Werk entsprechend der vereinbarten Ausführungsart errichtet hat (BGH, Urt. v. 16.07.1998 – VII ZR 350/96, BauR 1999, 37 = ZfBR 1999, 692).

Der Entscheidung lag – vereinfacht – folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein Unternehmer wurde von dem Bauherrn damit beauftragt, zwei Mehrfamilienhäuser zu sanieren. Der Auftrag sah vor, dass die Fußböden und Decken erneuert und Trennwände errichtet werden sollten. In dem Vertragsangebot des Unternehmers ist im Einzelnen beschrieben, wie und mit welchen Materialien die Wände, Decken und Fußböden auszuführen sind. Die Bauteile, die der Unternehmer entsprechend der vertraglichen Vereinbarung ausführte, genügen nicht den für Mietshäuser maßgeblichen DIN-Vorschriften des Schall- und Brandschutzes.

Im Werklohnprozess des Unternehmers verteidigte sich der Bauherr mit Gewährleistungsansprüchen, die er auf die nicht den DIN-Vorschriften entsprechende Ausführung stützte.

Das OLG Rostock hat einen Mangel des Werkes mit der Begründung verneint, die vom Unternehmer erbrachte Leistung sei vertragsgerecht, weil der Unternehmer das Werk entsprechend der vereinbarten Ausführungsart ausgeführt habe.

Das Urteil des OLG Rostock beruht auf dem gleichen Rechtsfehler, wie das Urteil des OLG Düsseldorf. Maßgeblich für die Beurteilung, ob das Werk des Unternehmers vertragsgerecht ist oder nicht, ist der aufgrund des Vertrages geschuldete Werkerfolg und nicht die Ausführung des Werkes, selbst dann nicht, wenn der Unternehmer das Werk entsprechend der vertraglichen Vereinbarung ausführt.

Der BGH hat das Urteil des OLG Rostock aufgehoben und die Sache an das OLG zurückverwiesen. Die Leitsätze der Entscheidung lauten wie folgt:

„1. Der Auftragnehmer schuldet im Rahmen der getroffenen Vereinbarung ein Werk, das die Beschaffenheit aufweist, die für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch oder gewöhnlichen Gebrauch erforderlich ist.

2. An dieser Erfolgshaftung ändert sich grundsätzlich nichts, wenn die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben, mit der die geschuldete Funktionstauglichkeit des Werks nicht erreicht werden kann.“

Das Werk war deshalb mangelhaft, weil es nicht für den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch, die Vermietung der Wohnungen, geeignet war. Die Nachbesserung des Mangels war nur in der Weise möglich, dass die Arbeiten des Unternehmers beseitigt wurden, und die Sanierung in einer Weise durchgeführt wurde, die nicht der vereinbarten Ausführungsart entspricht. Die Frage, ob der Unternehmer die Nachbesserung, zu der er verpflichtet ist, nur gegen eine zusätzliche Vergütung ausführen muss, ist für die Beurteilung der von ihm geschuldeten Leistung und der von ihm geschuldeten Nachbesserung ohne Bedeutung.

III.

Die dritte Entscheidung des BGH, die ich Ihnen vorstellen möchte, zeigt anschaulich, dass zahlreiche Vertreter der Baubetriebslehre, Bauunternehmer, Architekten, Ingenieure und Sachverständige mit ihrer am Herstellungsprozess orientierten Vorstellung von der geschuldeten Leistung ein Verständnis von der Mangelhaftigkeit des Werks verbinden, das mit dem geltenden Recht unvereinbar ist (BGH, Urt. V. 07.03.2002 – VII ZR 1/00, BauR 2002, 1446 = ZfBR 2002, 767).

Der Entscheidung lag – vereinfacht – folgender Sachverhalt zugrunde:

Eine Bauherrin beauftragte einen Architekten mit Architektenleistungen für den Bau eines Dreifamilienhauses. Auf Weisung des Architekten und ohne Zustimmung der Bauherrin gründete der Unternehmer das Haus 1,15 m höher als ursprünglich geplant. Aufgrund der höheren Gründung wären zwei Änderungen des Bauwerks erforderlich gewesen. Für die nach der ursprünglichen Planung ebenerdige Eingangstür wäre eine Treppe erforderlich geworden. Die Terrasse der Erdgeschosswohnung hätte nicht entsprechend der ursprünglichen Planung errichtet werden können. Es wäre entweder eine Aufschüttung von 1,15 m erforderlich oder die Terrasse müsste durch einen Balkon ersetzt werden.

Die Bauherrin verlangte von dem Architekten die Kosten für den Abriss und die Neuerrichtung des Gebäudes.

Das OLG Hamm hat die Klage, gestützt auf das Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen, mit der Begründung abgewiesen, das Werk sei nicht mangelhaft, weil die planwidrige Ausführung technisch und wirtschaftlich besser sei, als die vereinbarte Ausführung. Aufgrund der planwidrigen Ausführung wäre der Pumpensumpf entfallen, der nach der vereinbarten Planung erforderlich geworden wäre.

Der BGH hat das Urteil des OLG aufgehoben und die Sache an das OLG zurückverwiesen. Der BGH hat ausgeführt, der Architekt sei zum Schadensersatz verpflichtet. Das Architektenwerk sei mangelhaft, weil der Architekt durch seine eigenmächtige Umplanung von der vereinbarten Planung abgewichen sei. Der Umstand, dass die geänderte Planung technisch und wirtschaftlich besser sei, sei ohne Bedeutung. Der Leitsatz der Entscheidung des BGH lautet wie folgt:

Ein Mangel eines Bauwerkes liegt vor, wenn die Bausführung von dem geschuldeten Werkerfolg abweicht, und durch diesen Fehler der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch gemindert wird. Für die Frage, ob ein Mangel vorliegt, ist es unerheblich, dass die Bauausführung möglicherweise wirtschaftlich und technisch besser ist als die vereinbarte.“

Das in dem Verfahren von einem Sachverständigen erstellten Gutachten beruht auf einer verbreiteten rechtlichen Fehlvorstellung der Architekten und Ingenieure: Die gesetzliche Regelung definiert den Mangel als Abweichung von dem nach dem Vertrag, dem Willen der Parteien, vereinbarten oder vorausgesetzten Gebrauch, in der Fachsprache subjektiver Fehlerbegriff genannt. Architekten, Ingenieure und Sachverständige haben nicht selten die Vorstellung, dass ein Mangel nur vorliegt, wenn der Bau nicht den technischen Anforderungen entspricht. Dieser objektive Fehlerbegriff, der im neunzehnten Jahrhundert vertreten wurde, ist seit dem in Krafttreten des BGB im Jahre 1900 kein geltendes Recht.

IV.

Die letzte Entscheidung des BGH, die ich ihnen vorstellen möchte, demonstriert anschaulich die Diskrepanz zwischen der gesetzlichen Regelung und den unter Sachverständigen verbreiteten Vorstellungen von den Voraussetzungen einer unverhältnismäßigen Nachbesserung. Zahlreiche Fehlurteile sind die Folge, weil die Gerichte dazu neigen, die falschen Rechtsauführungen der Sachverständigen zur Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung ungeprüft zu übernehmen. Mit der rechtlich fehlerhaften Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung durch die Instanzgerichte hat der BGH sich, wie kaum mit einer anderen Frage, in den letzten Jahrzehnten befassen müssen. In allen der zahlreichen Entscheidungen zu dieser Frage hat der BGH die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte beanstandet.

Der Entscheidung des BGH (BGH, Urte. v. 10.11.2005 – VII ZR 64/04, BauR 2006, 377 = ZfBR 2006, 387) lag – verkürzt – folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Auftraggeber hat sich gegen die Werklohnklage des Auftragnehmers, der mit Fliesenarbeiten in einem Seniorenheim beauftragt war, mit Gegenansprüchen verteidigt, die er auf Mängel stützt. Der Auftragnehmer hatte entgegen der vertraglichen Vereinbarung und der wiederholten Aufforderung des Auftraggebers beim Fliesen der Bäder ein spezielles Abdichtungsverfahren auszuführen. Das Verfahren sollte dauerhaft verhindern, dass Wasser in den Estrich eindringen kann. Der Sachverständige hat die Kosten der Sanierung auf 216.000 € geschätzt.

Das OLG Oldenburg hat einen Nachbesserungsanspruch des Auftraggebers mit der Begründung verneint, die Nachbesserung sei in Hinblick auf den Sanierungsaufwand unverhältnismäßig. Es hat dem Auftraggeber lediglich eine Minderung in Höhe von 2.000 € zuerkannt.

Der BGH hat das Urteil des OLG aufgehoben und die Sache an das OLG zurückverwiesen. Er hat beanstandet, dass das OLG sich rechtsfehlerhaft lediglich an dem Sanierungsaufwand orientiert und weder das berechnete Interesse des Auftraggebers an der ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages berücksichtigt habe, noch das Verschulden des Auftragnehmers, der das geschuldete Abdichtungssystem bewusst nicht verwendet habe. Für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit sei das Preis-Leistungsverhältnis und das Verhältnis des Nachbesserungsaufwandes zu den Vertragspreisen ohne Bedeutung.

Der Leitsatz der Entscheidung des BGH lautet wie folgt:

Ein Nachbesserungsverlangen ist auch bei erheblichem Aufwand für die Mängelbeseitigung nicht unverhältnismäßig, wenn ein objektiv berechtigtes Interesse des Auftraggebers an einer mangelfreien Vertragsleistung besteht (im Anschluss an BGH, Urteil vom 4. Juli 1996 – VII ZR 24/95, BauR 1996, 858 = ZfBR 1996, 313).

V.

Mit der Analyse des Titels eines unter Sachverständigen verbreiteten Buches von Oswald/Abel möchte ich meine Ausführungen abschließen. Der Titel heißt: „Hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Gebäuden“. Dieses Buch ist nach meiner Erfahrung in hohem Maße mit verantwortlich dafür, dass Sachverständige sich gefragt

oder ungefragt zur der Rechtsfrage der Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung äußern und diese Frage regelmäßig falsch beantworten.

Der Titel des Buches ist in mehrfacher Hinsicht aufschlussreich:

Die sprachliche Fassung lässt den Schluss zu, dass der Autor die deutsche Sprache nur unzureichend beherrscht. „Unregelmäßigkeiten bei Gebäuden“ sind vermutlich nicht gemeint, sondern an Gebäuden. Im Vergleich zu dem ersten Teil des Titels „Hinzunehmende Unregelmäßigkeiten“ ist dieser Lapsus ein hinzunehmender Schönheitsfehler.

Das Partizip Präsens des Verbs "hinzunehmen" wird als Verbaladjektiv verwendet. Die attributive Verwendung des Partizip Präsens dient dazu, eine Eigenschaft der Unregelmäßigkeiten zu beschreiben. Nicht das Recht ordnet als Rechtsfolge an, dass die Unregelmäßigkeiten unter bestimmten Voraussetzungen hinzunehmen sind, sondern die Unregelmäßigkeiten sind naturgesetzlich mit der Eigenschaft ausgestattet, dass sie hinzunehmen sind. Der betroffene Auftraggeber, der bezeichnender Weise im Titel nicht genannt wird, wird es, wenn er einsichtig ist, als naturgesetzliche Eigenschaft der Unregelmäßigkeit, wie beispielsweise das Gesetz der Schwerkraft, widerspruchslos akzeptieren, dass er den Pfusch am Bau hinzunehmen hat.

Der Begriff „Unregelmäßigkeit“ ist kein Begriff des Gesetzes. Der von den Autoren vorausgesetzte Geltungsanspruch des Begriffs für alle Bauverträge beruht auf einer angemäßen Vernunftshoheit gegenüber dem Gesetz. Seine konnotative Bedeutung besteht darin, den Beteiligten zu vermitteln, dass es sich um unbedeutende Bagatellmängel handelt.

Er dient dazu, spezielle Baumängel aus der rechtlichen Kategorie der Baumängel auszuklammern. Die Bedeutung und die Abgrenzung zu den Baumängeln, die keine Unregelmäßigkeiten sind, werden nicht durch das Gesetz bestimmt sondern durch die Sachverständigen.

Der Umstand, dass der Auftraggeber im Titel nicht genannt wird, lässt vermuten, dass die Autoren das rechtlich entscheidende Kriterium für die Unverhältnismäßigkeit, das durch den Vertrag begründete berechnigte Interesse des Auftraggebers, negieren und nach vermeintlich objektiven Kriterien festlegen, was ein Baumangel und was eine Unregelmäßigkeit ist.

VI.

Nach meinen Ausführungen haben Sie vermutlich den Eindruck, dass für die Verständigungsprobleme zwischen Juristen und der den Nichtjuristen am Bau ausschließlich die Architekten und Ingenieure verantwortlich sind. Diesen Eindruck konnte ich nicht vermeiden, weil mir als Rechtsanwalt und ehemaliger Richter nur die Beispiele zur Verfügung stehen, die ich erlebt habe und ständig erlebe. Anwesende Rechtsanwälte werden mir bestätigen, dass das Fehlverständnis vieler Sachverständiger von den rechtlichen Rahmenbedingungen ihrer Tätigkeit und ihr Anspruch, Rechtsfragen beurteilen zu können, eine häufige Ursache dafür ist, dass Konflikte am Bau in vermeidbaren Rechtsstreitigkeiten enden und dass Prozesse falsch entschieden werden.

Mühsal ist laut Duden

„eine große mit Mühe und Beschwerlichkeiten verbundene Anstrengung“.

Um eine konstruktive Zusammenarbeit zu ermöglichen, müssen alle Beteiligten am Bau, Juristen, Architekten und Ingenieure, bereit sein, die Mühsal, auf sich zu nehmen, die ein gegenseitiges Verstehen erfordert.

Die Bemühung um Verständigung zwischen den unterschiedlichen Berufsgruppen wird nur erfolgreich sein, wenn sie akzeptieren, dass die Beteiligten den gemeinsamen Gegenstand, das Bauvorhaben, unterschiedlich wahrnehmen und mit unterschiedlichen fachspezifischen Begriffen bezeichnen, die in ihrer Bedeutung und ihrer Funktion von einander abweichen.

Die Neigung zahlreicher Juristen, in inniger Anschmiegsamkeit an den Zeitgeist oder im vermeintlichen Interesse ihrer Klientel, normative Begriffe, wie den Werkerfolg, durch Bausoll und Erfolgssoll zu ersetzen, ist der notwendigen Verständigung nicht dienlich, sie ist vielmehr eine der Ursachen der Verständnis- und Sprachlosigkeit zwischen den Berufsgruppen am Bau.

Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Reinhold Thode, Richter am BGH a. D., Kpt. z. S. d. R., Landau in Pfalz.

Manuskript des Festvortrages gehalten am 09. April 2008 in Fachhochschule Münster anlässlich der Verleihung der Professorenwürde an Rechtsanwalt Thomas Thierau, Partner der Sozietät Redeker Sellner Dahs & Widmaier, Bonn.