

Herleitung konkludenter Beschaffenheitsvereinbarung aus tatsächlicher Ausführung

BGB §§ 631, 633, 634 Nr. 2, 636 III, 637 III

1. Eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung zur Bauleistung eines Bauträgers dahin, dass die Fassade für eine Beanspruchung durch Hochwasser geeignet sein soll, kann daraus herzuleiten sein, dass der Bauträger im Vertrag Leistungen nach den anerkannten Regeln der Baukunst versprochen und mit einer Perimeter-Dämmung einen Baustoff verwendet hat, der dem Schutz vor eindringender Feuchtigkeit dient.

OLG Hamburg: Herleitung konkludenter Beschaffenheitsvereinbarung aus tatsächlicher Ausführung (NZBau 2016, 29)

30

2. Wenn es keine anerkannten Regeln der Technik für den Einsatz von Wärmedämmverbundsystemen im hochwasserbeanspruchten Bereich gibt, ist die dortige Erstellung eines derartigen Systems mangelhaft auch dann, wenn es im Einzelfall bauordnungsrechtlich zugelassen ist und der Beanspruchung tatsächlich standzuhalten verspricht.

3. Soweit die Möglichkeit besteht, den geschuldeten Erfolg unter Einhaltung der anerkannten Regeln der Baukunst herbeizuführen, ist diese Ausführungsart geschuldet und zwar auch dann, wenn der Bauträger hierdurch von seiner Konzeption abrücken muss (hier: Erstellung einer weißen Wanne mit innen liegender Dämmung statt eines Wärmedämmverbundsystems).

4. „Sowieso“-Kosten für die abweichende Ausführungsart sind nicht abzuziehen, wenn der Unternehmer von vornherein zu einem bestimmten Preis einen bestimmten Erfolg versprochen hat, ohne seine Verpflichtung auf ganz bestimmte – etwa in einem bepreisten Leistungsverzeichnis aufgeführte – Leistungen zu beschränken.

5. Hat der Besteller objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrags, kann ihm der Unternehmer regelmäßig die Nachbesserung wegen hoher Kosten der Mängelbeseitigung nicht verweigern. Der Einwand unverhältnismäßiger Nacherfüllungskosten ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Bestehen auf ordnungsgemäße Vertragserfüllung im Verhältnis zu dem dafür erforderlichen Aufwand unter Abwägung aller Umstände einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt. Der Umstand, dass die Gebrauchstauglichkeit des Werks nur bei einem außergewöhnlichen Naturereignis in Form eines Hochwassers beeinträchtigt werden könnte, lässt das objektiv berechtigte Interesse des Erwerbers nicht entfallen.

6. Sind in einem Prozess auf Kostenvorschuss die Kosten nach einer bestimmten Nachbesserungsmethode berechnet worden, so erwächst das Urteil insoweit nicht in Rechtskraft, so dass es möglich ist, dass der Besteller im Rahmen des aus seiner Sicht Erforderlichen anders nachbessert. (Leitsätze der Redaktion)

OLG Hamburg, *Urt. v. 19.2.2015* – 4 U 111/13

Zum Sachverhalt:

Die Kl. macht als Wohnungseigentümergeinschaft in Prozesstandschaft für die Erwerber Mängelansprüche gegen die bekl. Bauträgergesellschaft wegen Baumängeln am Gemeinschaftseigentum der neu errichteten Wohnanlage E. in H. geltend. Die Bekl. schloss im Jahr 2006 mit den Erwerbern im Wesentlichen gleichlautende notarielle Kaufverträge über den Erwerb von Eigentumswohnungen in der neu zu errichtenden Wohnanlage, bestehend aus zwei Villengebäuden nebst Tiefgarage. In den notariellen Kaufverträgen wird auf die notariell beurkundete Baubeschreibung vom 2.1.2006 Bezug genommen. In dieser heißt es unter dem Punkt „Fassade“:

„Die Putzfassade wird als Wärmedämmverbundsystem, Dämmung gemäß Wärmeschutznachweise, Beschichtung der gedämmten Flächen mit feinem Edelkatzputz, Farbgestaltung nach Wahl des Bauträgers, ausgeführt.“

Die Erdgeschoss-Fassadenbereiche der Gebäude wurden sodann – wie auch die Fassadenbereiche der Obergeschosse – mit Wärmedämmverbundsystemen (im Weiteren nur noch: WDVS) erstellt. Die Kl. hat mit dem vorliegenden Verfahren im Wege der Teilklage einen Kostenvorschussanspruch von 150.000 Euro geltend gemacht. Sie hat vorgetragen, dieser Betrag solle erstrangig zur Mängelbeseitigung bezüglich des WDVS in den Erdgeschoss-Bereichen verwendet werden. Die Erdgeschosse der beiden Villen lägen im Überflutungsbereich der Elbe. Die Höhe einer sogenannten Bemessungssturmflut werde seitens der Deichverteidigung zurzeit mit einem Pegel von 7,30 Meter über Normalnull, gemessen an den St. Pauli Landungsbrücken, angenommen. Daher werde im Falle einer Sturmflut, bei entsprechendem hohem Pegelstand, das WDVS in den Erdgeschoss-Bereichen der Gebäude von dem Hochwasser erreicht. Das WDVS sei indes nicht geeignet, einem Hochwasser standzuhalten. Auf Grund des Wasserdrucks, der Hinterläufigkeit und der verwendeten Materialien sei davon auszugehen, dass das WDVS im Überflutungsfall irreparable Schäden davontragen werde beziehungsweise die Instandsetzung der flutschädigten Fassadenteile nur relativ aufwändig erfolgen könne. Das von der Bekl. beziehungsweise ihrer Subunternehmerin eingebaute WDVS habe auch keine Zulassung für den Überflutungsbereich der Elbe. Es entspreche mithin nicht den konkreten funktionalen Anforderungen an ein WDVS im Überflutungsbereich der Elbe. Die Kosten für eine überflutungssichere Ausführung der Erdgeschoss-Fassadenbereiche der Gebäude beliefen sich auf weit über 150.000 Euro. Zweitrangig hat die Kl. den Kostenvorschussanspruch darauf gestützt, dass die Brüstungsverglasungen der Balkone abweichend von der Baubeschreibung nicht abklappbar hergestellt seien. Drittrangig sei als Mangel zu berücksichtigen, dass an den rund ausgebildeten Balkonen beider Villengebäude die Attikaabdeckung als auffälliger Polygonalzug ausgeführt worden sei. Des Weiteren hat die Kl. mit dem vorliegenden Verfahren Ersatz von Kosten in Höhe von 29.998,29 Euro geltend gemacht, die sie für die gutachterliche Tätigkeit des Sachverständigen P verauslagt habe.

Das *LG Hamburg* (Urt. v. 26.7.2013 – [325 O 315/08](#), BeckRS 2015, [17026](#)) hat die Bekl. verurteilt, an die Kl. 164.128,63 Euro nebst Zinsen und vorgerichtliche anwaltliche Kosten zu zahlen. Weiter hat das *LG* festgestellt, dass die Bekl. verpflichtet sei, der Kl. diejenigen Schäden zu ersetzen, die durch die zur Beseitigung des Mangels der Erdgeschoss-Fassadenbereiche der Gebäude E. und auszuführenden Maßnahmen (Ersetzung des vorhandenen Wärmedämmverbundsystem in den Erdgeschoss-Fassadenbereichen der Gebäude durch ein Außenfassadensystem, das für eine Verwendung in einem hochwassergefährdeten Bereich zugelassen ist und geeignet ist, einer Hochwasserbeanspruchung standzuhalten) entstünden sowie diejenigen Schäden, die durch die zur Beseitigung des Mangels, dass die Brüstungsverglasungen der Balkone/Terrassen nicht abklappbar seien, auszuführenden Maßnahmen entstünden. Im Übrigen hat das *LG* die Klage abgewiesen. Die Berufung der Streithelferin zu 1 der Bekl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

[48] II. (...)

[50] 1. Die Kl. hat gegen die Bekl. einen Anspruch auf Zahlung eines Mängelbeseitigungskostenvorschusses iHv 150.000 Euro gem. §§ [631](#), [633](#), [634](#) Nr. 2, [637](#) III BGB.

[51] a) Das *LG* hat zutreffend und von den Parteien auch nicht beanstandet angenommen, dass zwischen den einzelnen Erwerbern und der Bekl. ein Werkvertrag/Kaufvertrag zu Stande gekommen ist.

[52] b) Das *LG* ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass das in den Erdgeschoss-Fassadenbereich der Gebäude aufgebraute WDVS nicht die vereinbarte Beschaffenheit iSd § [633](#) II 1 BGB aufweist und die Bekl. damit eine mangelhafte Werkleistung erbracht hat.

[53] aa) Zwischen den Vertragsparteien war vereinbart, dass die Außenfassade der Gebäude in den Erdgeschossbereichen den anerkannten Regeln der Technik entspricht und sie für eine Beanspruchung durch Hochwasser geeignet sein sollte.

[54] Welche Beschaffenheit des Werks zwischen den Parteien vereinbart ist, ist durch Auslegung des Vertrags zu ermitteln (vgl. *BGHZ* 174, [110](#) = NZBau 2008, [109](#) = NJW 2008, [511](#) = NZM 2008, [94](#) = ZfBR 2008, [168](#) Rn. 15; *BGHZ* 201, [148](#) = NZBau 2014, [492](#) = NJW 2014, [3365](#) = DS 2014, [187](#) = NZM 2014, [645](#) =

ZfBR 2014, 560). Dabei ergibt sich der vertraglich geschuldete Erfolg allerdings nicht allein aus der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, wie sie sich etwa in Leistungsverzeichnissen oder sonstigen Leistungsbeschreibungen dokumentiert, sondern auch daraus, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll. Sofern eine vertragliche Beschreibung der Ausführungsart mit Angaben über den mit der Ausführung erstrebten Erfolg zusammentrifft, schuldet der Werkunternehmer nicht nur die bestimmte Ausführungsart, sondern auch den Erfolg (vgl. BGHZ 174, 110 = NZBau 2008, 109 = NJW 2008, 511 = NZM 2008, 94 = ZfBR 2008, 168 Rn. 15; BGHZ 201, 148 = NZBau 2014,

OLG Hamburg: Herleitung konkludenter Beschaffenheitsvereinbarung aus tatsächlicher Ausführung (NZBau 2016, 29)

31 ▲▼

492 = NJW 2014, 3365 = DS 2014, 187 = NZM 2014, 645 = ZfBR 2014, 560).

[55] In § 1 Nr. 4 der mit den Erwerbern geschlossenen Verträge übernimmt die Bkl. zunächst ausdrücklich die Verpflichtung, die Leistungen nach den anerkannten Regeln der Baukunst zu erbringen. Ansonsten verpflichtet sich die Bkl. in der Baubeschreibung, auf die in den mit den Erwerbern geschlossenen Verträgen Bezug genommen wird, in Bezug auf die äußere Gebäudehülle die Putzfassade als WDVS auszuführen. Eine ausdrückliche Vereinbarung, wonach die Erdgeschoss-Fassadenbereiche, das heißt die dort für die äußere Gebäudehülle verbauten Bauteile, für eine Beanspruchung durch Hochwasser geeignet sein sollen, haben die Parteien nicht getroffen. Das LG geht aber zutreffend davon aus, dass die Bkl. im Rahmen ihrer gegenüber den Erwerbern eingegangenen Errichtungsverpflichtung konkludent eine dahingehende Leistungsbestimmung iSd § 315 I BGB getroffen hat, indem sie ein Fassadensystem errichtet hat, das für eine Beanspruchung durch Hochwasser geeignet sein sollte. Dass die Außenfassade in den Erdgeschoss-Bereichen der Beanspruchung durch ein drohendes Hochwasser Rechnung tragen sollte, hat die Bkl. zwar nicht schon dadurch zum Ausdruck gebracht, dass sie die im Erdgeschoss gelegenen Fenster und Türen mit Flutschutz-Klappen versehen hat. Denn insoweit handelt es sich um Vorkehrungen, die das Gebäudeinnere vor dem Eindringen von Hochwasser bei einer Sturmflut schützen sollen. Daraus folgt nicht zugleich, dass auch die Außenfassade mit einem spezifischen Hochwasserschutz ausgerüstet werden sollte. Ebenso wenig kann allein aus dem Umstand, dass die Bkl. davon ausgegangen ist, dass die Erdgeschoss-Fassadenbereiche im hochwassergefährdeten Bereich liegen, schon auf eine entsprechende Funktionsbestimmung der Außenfassade geschlossen werden. Dass die Außenfassade für eine Beanspruchung durch Hochwasser geeignet sein sollte, folgt jedoch aus dem Umstand, dass in den Erdgeschoss-Fassadenbereichen für die Herstellung des WDVS Perimeter-Dämmung verwendet worden ist, das heißt die für die Dämmung in erdberührten und damit feuchtigkeitsbelasteten Bereichen vorgesehene Dämmung über den üblichen Bereich (bis Oberkante Gelände u. Sockelbereich) hinaus bis 3,0m über Geländeoberkante aufgebracht worden ist. Wie das LG zutreffend ausführt, kann dies nur so verstanden werden, dass auch die Außenfassade im Erdgeschoss für eine Beanspruchung durch Hochwasser geeignet sein sollte. Ob die Bkl. tatsächlich eine dahingehende Leistungsbestimmung treffen wollte, ist dabei unbeachtlich. Denn insoweit ist alleine maßgeblich, wie das Verhalten der Bkl. vom objektiven Empfängerhorizont aus zu verstehen war. Ein innerer Vorbehalt der Bkl., keine entsprechende Leistungsbestimmung zu setzen, bleibt gem. § 116 S. 1 BGB unbeachtlich. Auch auf die Frage, inwieweit die eingebaute Perimeter-Dämmung tatsächlich geeignet ist, einer Hochwasserbelastung standzuhalten, kommt es insoweit nicht an. Dass die versprochene Leistung objektiv nicht geeignet ist, den bestimmten Erfolg herbeizuführen, steht der Wirksamkeit einer dahingehenden Beschaffenheitsvereinbarung nicht entgegen (vgl. § 311a I BGB). Dass die Bkl. eine hochwasserbeständige Fassade erstellen wollte, lässt sich schließlich daraus schließen, dass auch nach ihrer Vorstellung das WDVS diese Anforderung erfüllen sollte. Denn ihr gesamtes Vorbringen, wie im Übrigen auch das der Nebenintervenienten, ist darauf gerichtet, dass das verbaute WDVS einem Hochwasser tatsächlich standhält.

[56] Die in der Errichtungsverpflichtung ausdrücklich getroffene Vereinbarung, dass die Herstellung der Gebäude den anerkannten Regeln der Baukunst entspricht, ergibt in einer Gesamtschau mit der getroffenen Leistungsbestimmung die Verpflichtung der Bkl., die Außenfassade der Gebäude in den Erdgeschossbereichen in einer Weise zu errichten, die den anerkannten Regeln der Technik entspricht und für eine Beanspruchung durch Hochwasser geeignet ist.

[57] bb) Das von der Bkl. errichtete WDVS weist nicht die Beschaffenheit auf, die zwischen den Parteien vereinbart wurde.

[58] Dies folgt bereits daraus, dass die Bkl. nicht belegen kann, dass der Einsatz des WDVS im hochwassergefährdeten Bereich den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Der Sachverständige H hat in den mündlichen Verhandlungen vom 27.10.2011 und vom 15.5.2013 bei seinen Anhörungen dargelegt, dass es keine anerkannten Regeln der Technik für WDVS-Systeme zum Einsatz im hochwasserbeanspruchten Bereich gibt. Es verhalte sich so, dass es für WDVS in hochwasserbeanspruchten Bereichen keine Regeln gebe, die durch Bewährung in der Praxis und dadurch, dass sie von den einschlägigen Fachkreisen anerkannt werden, zu anerkannten Regeln der Technik geworden sein könnten. Allenfalls ließe sich ein WDVS-System in einer Weise herstellen, die dem Stand der Technik entspreche, nicht aber den anerkannten Regeln der Technik. Um den anerkannten Regeln der Technik zu entsprechen, müsste bei einer Konstruktion in dem hier in Rede stehenden Bereich die Abdichtungsebene außen sitzen und die Wärmedämmung entsprechend innen vorgesehen und angebracht sein (zB weiße Wanne).

[59] Die fehlende Übereinstimmung mit den anerkannten Regeln der Technik wird auch nicht durch die vorgelegte bauordnungsrechtliche Zulassung im Einzelfall ersetzt. Die in den Erwerbverträgen in § 1 Nr. 4 getroffene Beschaffenheitsvereinbarung, wonach die Bkl. das Werk nach den anerkannten Regeln der Baukunst zu errichten hat, sind im Wege der Auslegung nicht dahingehend zu verstehen ist, dass dann, wenn allgemein anerkannte Regeln der Baukunst im Einzelfall nicht existieren, eine bauaufsichtliche Zulassung oder ein bauaufsichtliches Prüfzeugnis beziehungsweise eine bauaufsichtliche Zulassung im Einzelfall für das jeweilige Werk genügen soll. Denn die vorgelegte Zulassung im Einzelfall führt lediglich dazu, dass die Verwendung des eingebauten Materials den Anforderungen des allein am Maßstab der Gefahrenabwehr ausgerichteten Bauordnungsrechts genügt. Die Sicherung von Qualitätsansprüchen, die zum Beispiel der Werterhaltung dienen, ist nicht Prüfgegenstand.

[60] Die Feststellungen, dass die anerkannten Regeln der Technik nicht eingehalten sind und mangels Existenz solcher Regeln auch nicht eingehalten werden können, werden durch die von dem Nebenintervenienten zu 3 eingereichten Gutachten des Dr. O vom 10.10.2011 und vom 4.7.2013 nicht in Frage gestellt. In seinem Gutachten vom 4.7.2013 führt der Sachverständige Dr. O vielmehr ebenfalls aus, dass es Regeln der Technik für ein WDVS, das sicher jedem Hochwasserfall standhalte, nicht gebe. Ansonsten konzentrieren sich die Gutachten des Dr. O auf die Frage, inwieweit das verbaute WDVS einer Hochwasserbelastung standhält. Darauf, ob die Nichteinhaltung der Regeln der Technik keine weiteren nachteiligen Folgen hat, weil das WDVS tatsächlich für die Verwendung im hochwassergefährdeten Bereich geeignet ist, kommt es vorliegend aber überhaupt nicht mehr an. Dies kann nämlich nichts daran ändern, dass die ausdrücklich vereinbarte Beschaffenheit, die allgemein anerkannten Regeln einzuhalten, nicht erfüllt ist. Die hinter den Erwägungen der Bkl. und der Nebenintervenienten stehende Überlegung, dass die allgemein anerkannten Regeln der Technik auf Grund ihrer fehlenden Gesetzeskraft grundsätzlich nur die widerlegliche Vermutung für einen Mangel begründen können, so dass ein Mangel der Bauausführung dann nicht angenommen werden kann, wenn der Einsatz nicht in vollem Umfang den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechender Konstruktionen ein zufriedenstellendes Ergebnis erzielt wird, kann dort nicht greifen, wo die Parteien die Einhaltung dieser Regeln ausdrücklich vereinbart und damit zum Maßstab der Bauausführung gemacht haben. Soweit die Parteien die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik vereinbart haben, ist ein Werk vielmehr bereits dann mangelhaft, wenn die Werkstoffe nicht einen nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik notwendigen Gebrauchstauglichkeitsnachweis haben (vgl. BGH, NZBau 2013, 295 = NJW 2013, 1226 = DS 2013, 229 = NZM 2013, 321 = ZfBR 2013, 355 Rn. 12, unter Verweis auf OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 146 [147]; vgl. ferner BGH, NZBau 2011, 415 = NJW-RR 2011, 1240 Rn. 11, unter Verweis auf BGH, BauR 1981, 577 [579]). Auf Grund der ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung, die Regeln der Technik bei der Errichtung der Gebäude zum Maßstab des Handelns zu machen, begründet somit bereits der Umstand einen Mangel, dass der Einsatz des WDVS ohne weitere Schutzvorkehrungen im hochwassergefährdeten Bereich den allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht entspricht.

[61] Soweit die Nebenintervenientin zu 1 in ihrer Berufungsbegründung und der Nebenintervenient zu 3 anführen, die Ausführungen des Sachverständigen Dr. O zur generellen Eignung des WDVS im hochwassergefährdeten Bereich hätten Anlass für das LG sein müssen, die abweichenden Feststellungen des Sachverständigen H in Zweifel zu ziehen und nochmals in die Beweisaufnahme einzutreten, kann dem somit nicht gefolgt werden. Ergänzend sei hierzu aber angemerkt, dass

OLG Hamburg: Herleitung konkludenter Beschaffenheitsvereinbarung aus tatsächlicher Ausführung (NZBau 2016, 29)

32 ▲▼

auch der Sachverständige Dr. O dann, wenn man davon ausgeht, dass eine hochwasserbeständige Fassade geschuldet ist, die Eignung des WDVS in Abrede stellt. So führt er in seinem Gutachten vom 4.7.2013 aus, dass ein WDVS der typischen und geregelten Bauweise nicht in der Lage sei, eine Hochwasserbelastung ohne eine nachteilige Wirkung auf das WDVS zu überstehen. Ein WDVS, das sicher jedem Hochwasserfall als planmäßige Einwirkung ohne Schaden zu nehmen standhalte, gebe es nicht. Immer habe man nach einem Hochwasserereignis zu prüfen, ob beziehungsweise inwieweit eine Überarbeitung

des Systems nötig sei. Wenn man davon ausgehe – dies sei eine rechtliche Fragestellung –, dass den Hauseigentümern eine in jeder Hinsicht hochwasserbeständige Fassade geschuldet werde, hätte man kein WDVS montieren lassen dürfen.

[62] cc) Auch der Einwand, es gebe im Umfeld des streitgegenständlichen Objekts und entlang der gesamten Elbe weitere Häuser, die mit einem WDVS gedämmt seien, greift nicht durch, um zu belegen, dass es grundsätzlich keinen Mangel darstelle, WDVS im Hochwasser gefährdeten Bereich zu verbauen. Denn welche Verträge die Eigentümer/Besteller der jeweiligen WDVS mit deren Hersteller haben und ob sie nach diesen Verträgen bewusst das Risiko einer Beschädigung durch Hochwasser eingegangen sind, erschließt sich nicht.

[63] dd) Ohne Erfolg greifen die Bekl. und die Nebenintervenienten die Feststellungen des LG an, das konkret verbaute WDVS sei mangelhaft. Das LG hat zu Recht auf der Grundlage seiner freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO angenommen, dass die Kl. die Mangelhaftigkeit des verbauten WDVS bewiesen hat. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Berufung gehen fehl. Sie stellen sich vielmehr als unzulässiger Versuch dar, die Beweiswürdigung des LG durch die eigenen zu ersetzen. (Wird ausgeführt und ist abrufbar unter BeckRS 2015, 13109)

[69] d) Die Kl. kann wegen des Mangels des WDVS gem. § 634 Nr. 2, 637 III BGB einen Mängelbeseitigungskostenvorschuss für eine von der Kl. im Wege der Selbstvornahme auszuführende Mängelbeseitigung verlangen. Dieser Vorschuss bezieht sich nach den Ausführungen des LG zunächst auf die Herstellung einer Fassade im Erdgeschossbereich in Form massiver Wände (weiße Wanne) oder nach dem Vortrag der Kl. auf eine Außenwandbekleidung aus Aluminiumtafeln mit einer Wärmedämmbeschichtung an der Innenseite. Diese Mängelbeseitigungsmaßnahmen können nicht als aliud verstanden werden, das als solches nie geschuldet gewesen ist (§ 275 I BGB). Der Einwand, dass diese Form der Nacherfüllung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich sei (vgl. § 635 III BGB), greift nicht durch.

[70] aa) Das LG führt zutreffend aus, dass die vom Sachverständigen H in seinem schriftlichen Gutachten als Grundlage für die Ermittlung der Mängelbeseitigungskosten zu Grunde gelegte Ausführungsart, nämlich eine Neuherstellung des WDVS in den Erdgeschoss-Fassadenbereichen, bei der das WDVS aus XPS-Dämmplatten, die mittels eines einer Hochwasserbeanspruchung standhaltenden Klebers, der so vollflächig wie möglich und insbesondere in den Randbereichen vollflächig aufgetragen wird, nicht für die Bemessung des Kostenvorschusses zu Grunde gelegt werden kann. Nach den Ausführungen des Sachverständigen Ha würde diese Ausführungsart bei fachgerechter und sorgfältiger Planung und Ausführung zwar auftriebssicher sein und einer Hochwasserbelastung – vom Anprall von Treibgut abgesehen – voraussichtlich standhalten. Auf diese Ausführungsart muss sich die Kl. hinsichtlich der beabsichtigten Mängelbeseitigung jedoch nicht verweisen lassen, weil auch diese Ausführungsart nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht und damit ebenfalls nicht die Beschaffenheit aufweisen würde, die vertraglich von der Bekl. geschuldet ist. Um den anerkannten Regeln der Technik zu entsprechen, müsste bei einer Konstruktion in dem hier in Rede stehenden Bereich die Abdichtungsebene außen sitzen und die Wärmedämmung entsprechend innen vorgesehen und angebracht sein (weiße Wanne). Ob die vom Sachverständigen H in seinem schriftlichen Gutachten als Grundlage für die Ermittlung der Mängelbeseitigungskosten zu Grunde gelegte Ausführungsart des WDVS für die Verwendung im hochwassergefährdeten Bereich über eine bauaufsichtliche Zulassung oder ein bauaufsichtliches Prüfzeugnis beziehungsweise eine bauaufsichtliche Zulassung im Einzelfall verfügen würde, kann dahingestellt bleiben. Denn die in den Erwerbverträgen in § 1 Nr. 4 getroffene Beschaffenheitsvereinbarung, wonach die Bekl. das Werk nach den anerkannten Regeln der Baukunst zu errichten hat, kann jedenfalls nicht dahingehend verstanden werden, dass auch dann, wenn allgemein anerkannte Regeln der Baukunst existieren, um den geschuldeten Erfolg herbeizuführen, eine bauaufsichtliche Zulassung oder ein bauaufsichtliches Prüfzeugnis beziehungsweise eine bauaufsichtliche Zulassung im Einzelfall für das jeweilige Werk genügen soll. Soweit die Möglichkeit besteht, den geschuldeten Erfolg unter Einhaltung der anerkannten Regeln der Baukunst herbeizuführen, ist diese Ausführungsart geschuldet und zwar auch dann, wenn die Bekl. hierdurch von ihrer Konzeption abrücken muss.

[71] Ohne Erfolg wenden die Nebenintervenienten ein, das LG und mit ihm der Senat forderten eine Mängelbeseitigung oder eine Herstellung, die es gar nicht geben könne. Jede Fassade trage im Hochwasserfall gegebenenfalls Schäden davon und könne diesem Lastfall nicht standhalten. Dieses Vorbringen ist durch die Ausführungen des Sachverständigen insoweit widerlegt, als jedenfalls durch die Konstruktion einer weißen Wanne mit innen liegender Wärmedämmung eine Bauart existiert, die den anerkannten Regeln der Technik entspricht und bestmöglichen Schutz bietet.

[72] Auf die Frage, welchem Anpralldruck die Fassade nach dem von der Freien und Hansestadt Hamburg herausgegebenen Bauprüfdienst 3/1994 standhalten muss, kommt es insoweit nicht mehr an. Das Vorbringen der Nebenintervenientin zu 1 in ihrer Berufungsbegründung, das LG habe sich nicht mit dem Vortrag der Nebenintervenientinnen zu 1 und zu 2 zur Auslegung des Bauprüfdienstes 3/1994 betreffend den Anprallschutz der Fassade auseinandergesetzt, geht damit ins Leere.

[73] Eine Ertüchtigung der Flutschutzmauer stellt von vornherein keine geeignete Form der Mängelbeseitigung dar. Sie würde im Ergebnis zwar dazu führen, dass das WDVS keiner Gefährdung durch Hochwasser ausgesetzt ist. Der Besteller hat jedoch einen Anspruch darauf, dass die Mängelbeseitigung in einer Weise erfolgt, die dem Werk die vereinbarte Beschaffenheit verschafft und nicht etwa in einer Weise, die die vereinbarte Beschaffenheit letztlich entbehrlich macht, weil es auf diese nicht mehr ankommt, um die vereinbarte Funktionstauglichkeit zu gewährleisten. Ein Fall der Zweckerreichung iSd § 275 I BGB würde die Ertüchtigung der Flutschutzmauer allenfalls dann darstellen, wenn diese schon in einer Weise ertüchtigt wäre, die eine Hochwasserbeanspruchung der Fassade in den Erdgeschossbereichen ausschließt. Insoweit trifft die Kl. aber keine Verpflichtung, die Kosten der Nacherfüllung dadurch zu reduzieren, dass sie die Flutschutzmauer ertüchtigen lässt und somit eine Zweckerreichung herbeiführt. Denn auf diese Weise würde ihr auf Umwegen ihr Recht genommen, von der Bekl. die Herstellung der vereinbarten Beschaffenheit verlangen zu können. Die Bekl. könnte sich hierdurch ihrer werkvertraglichen Erfolgshaftung entziehen.

[74] bb) Die vertraglich geschuldete Beschaffenheit, wonach die Außenfassade in den Erdgeschossbereichen der Gebäude in einer Weise zu errichten ist, die für eine Beanspruchung durch Hochwasser geeignet ist und den anerkannten Regeln der Technik entspricht, ist – wie das LG zutreffend ausgeführt hat – jedenfalls in der Weise zu erreichen, dass – nach Entfernung des gegenwärtig in den Erdgeschoss-Bereichen vorhandenen WDVS und Freilegung bis auf eine Tiefe unterhalb Höhe Sohlplatte – an die vorhandene(n) Sohlplatte(n) ein Streifen anbetoniert wird und darauf in massiver Bauweise Wände, die dann die äußere Fassade bilden, errichtet werden (weiße Wanne). Dies steht nach den nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen H zur Überzeugung.

OLG Hamburg: Herleitung konkludenter Beschaffenheitsvereinbarung aus tatsächlicher Ausführung (NZBau 2016, 29)

33 ▲
▼

gung des Senats fest. Die Ausführungen des Sachverständigen H werden in diesem Punkt auch nicht durch das vom Nebenintervenient zu 3 eingereichte Gutachten des Dr. O in Frage gestellt. Das Gutachten beschränkt sich – wie bereits ausgeführt – auf die Frage, inwieweit das verbaute WDVS einer Hochwasserbelastung standhält. Dass den anerkannten Regeln der Technik insoweit aber jedenfalls der Bau einer weißen Wanne entspricht, wird in dem Gutachten des Dr. O nicht in Abrede gestellt.

[75] cc) Ob die Kl. den vom LG ausgeurteilten Kostenvorschuss nunmehr auch für die von ihr dargelegte Mängelbeseitigung in Form einer Fassade mit Aluminiumvertäfelung mit innen liegender Wärmedämmung einsetzen darf, muss nicht entschieden werden. Denn der ausgeurteilte Kostenvorschuss bleibt in beiden Fällen hinter den tatsächlichen Mängelbeseitigungskosten zurück. Vorsorglich ist darauf hinzuweisen, dass der Besteller ohnehin nur Methoden wählen darf, die den Mangel mit Sicherheit und nicht nur wahrscheinlich beseitigen. Andererseits muss er aber auch die wirtschaftlich günstigste Methode der Mängelbeseitigung wählen (vgl. Staudinger/Peters/Jacoby, Kommentar zum BGB, 2014, § 634 Rn. 82). Der Besteller darf nur jene Aufwendungen machen, die er nach den Umständen für erforderlich halten darf. Der BGH stellt in diesem Sinne auf das ab, was ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Besteller auf Grund sachverständiger Beratung im Zeitpunkt der Nachbesserung für erforderlich halten darf (vgl. BGH, NJW-RR 1991, 789 = ZfBR 1991, 104). Sind in einem Prozess auf Kostenvorschuss die Kosten nach einer bestimmten Nachbesserungsmethode berechnet worden, so erwächst das Urteil insoweit nicht in Rechtskraft, so dass es möglich ist, dass der Besteller nach den genannten Maßstäben doch anders nachbessert (vgl. Staudinger/Peters/Jacoby, § 634 Rn. 82).

[76] dd) Der Einbau einer weißen Wanne kann nicht als aliud verstanden werden, das als solches nie geschuldet gewesen ist (§ 275 I BGB).

[77] Der BGH geht zu Recht davon aus, dass eine Mängelbeseitigung nicht schon dann unmöglich ist, wenn mit den vertraglich vorgesehenen Leistungen die nach dem Vertrag vereinbarte oder vorausgesetzte Funktionstauglichkeit nicht erreicht werden kann. Vielmehr soll der Besteller in diesen Fällen andere Maßnahmen einfordern dürfen, sofern diese erforderlich sind, um das mit dem Vertrag verfolgte Ziel zu erreichen (vgl. BGH, NZBau 2014, 160 = NJW 2014, 620 = DS 2014, 123 = NZM 2014, 281 = ZfBR 2014, 143 Rn. 15). Eine Nachbesserung soll erst dann unmöglich sein, wenn der Mangel durch die technisch und rechtlich möglichen Maßnahmen nicht behoben werden kann oder wenn die zur Beseitigung der Mangelfolgen geeignete Maßnahme die Grundsubstanz oder die Konzeption des Werks nicht unwesentlich verändert (BGH, NZBau 2001, 261 = NJW 2001, 1642 [1644] = ZfBR 2001, 310; NJW-RR 1989, 775 [776] = DNotZ 1989, 761 = ZfBR 1989, 58).

[78] Vorliegend durfte die Kl. die konkludente Leistungsbestimmung (§ 315 I BGB), die die Bekl. durch die Verwendung der Perimeter-Dämmung in den Erdgeschossbereichen vorgenommen hat, vom insoweit maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont so verstehen, dass die Fassadenbereiche in den Erdgeschossbereichen für eine Beanspruchung durch Hochwasser geeignet sein sollten (s. oben). Die hierdurch getroffene Funktionsbestimmung erlaubt, diejenigen Maßnahmen einzufordern, die erforderlich sind, um die vertraglich vereinbarte Funktionstauglichkeit zu gewährleisten. Die Grundsubstanz oder die Konzeption des Werks wird hierdurch nicht in einem Ausmaß verändert, die zur Annahme einer Unmöglichkeit veranlasst. Zwar erfordert der Einbau einer weißen Wanne aus bautechnischer Sicht eine zusätzliche planerische Konzeption sowie einen Mehraufwand bei der Bauausführung. Ausgehend davon, dass sich die Parteien durch die konkludente Leistungsbestimmung (§ 315 I BGB) der Bekl. dahingehend verständigt haben, dass die Fassadenbereiche in den Erdgeschossbereichen einer Beanspruchung durch Hochwasser Stand halten sollten, führt dieses bautechnische „Mehr“ an Planung und Aufwand aber nicht dazu, dass die Grundsubstanz oder die Konzeption des Werks wesentlich verändert wird.

[79] ee) Die oben dargelegten Erwägungen gelten auch im Hinblick auf eine Mängelbeseitigung durch die Konstruktion einer Aluminiumvertäfelung mit innen liegender Wärmedämmung.

[80] ff) Die von den Nebenintervenienten erhobene Einwendung, dass eine Nacherfüllung in Form des Einbaus einer weißen Wanne oder der Herstellung einer Aluminiumvertäfelung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich sei (vgl. § 635 III BGB), greift nicht durch.

[81] Die Unverhältnismäßigkeit der Kosten der Nacherfüllung iSd § 636 III BGB ist in aller Regel nur dann anzunehmen, wenn einem objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht. Hat der Besteller objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrags, kann ihm der Unternehmer regelmäßig die Nachbesserung wegen hoher Kosten der Mängelbeseitigung nicht verweigern. Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Bestehen auf ordnungsgemäßer Vertragserfüllung im Verhältnis zu dem dafür erforderlichen Aufwand unter Abwägung aller Umstände einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt. Von Bedeutung bei der gebotenen Abwägung ist auch, ob und in welchem Ausmaß der Unternehmer den Mangel verschuldet hat (BGH, NZBau 2008, 575 = NJW-RR 2008, 971 = ZfBR 2008, 476)

[82] Nach diesen Grundsätzen sind die Voraussetzungen für eine Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung nicht gegeben.

[83] Im vorliegenden Fall wird die Gebrauchstauglichkeit des Werks allenfalls bei einem außergewöhnlichen Naturereignis beeinträchtigt. Die Nacherfüllung in Gestalt des Einbaus einer weißen Wanne oder einer Aluminiumvertäfelung ist andererseits aber mit erheblichem Aufwand und hohen Kosten verbunden. Dies könnte dafür sprechen, dass der Aufwand zur Mängelbeseitigung in keinem vernünftigen Verhältnis zu dem durch die Beseitigung des Mangels erzielbaren Erfolg steht, also zu dem Vorteil, den der Besteller dadurch erlangt (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 73. Aufl. 2014, § 635 Rn. 12 mwN) Auch kann der Bekl. vorliegend möglicherweise lediglich insoweit ein Verschuldensvorwurf gemacht werden, als dass sie nicht erkannt hat, dass die von ihr gewählte Konstruktion nicht den Regeln der Technik entspricht.

[84] Der Umstand, dass die Gebrauchstauglichkeit des Werks nur bei einem außergewöhnlichen Naturereignis in Form eines Hochwassers beeinträchtigt werden könnte, lässt das objektiv berechtigte Interesse der Kl. jedoch nicht entfallen. Während der voraussichtlichen Standzeit des WDVS muss durchaus mit Hochwasser durch Sturmfluten gerechnet werden, das auch die Fassade betreffen wird und in dessen Folge eine Beschädigung des WDVS nicht ausgeschlossen werden kann. Die Kl. muss sich nicht auf die Hoffnung verweisen lassen, dass es während der Standzeit nicht zu solchen Sturmfluten kommen wird oder dass das WDVS, obwohl es nicht den Regeln der Technik entspricht, eine solche Sturmflut unbeschadet übersteht. Indem in § 1 Nr. 4 der Erwerbverträge explizit fixiert wurde, dass die Leistungen der Bekl. den anerkannten Regeln der Baukunst entsprechen sollen, hat die Kl. zum Ausdruck gebracht, dass sie das

OLG Hamburg: Herleitung konkludenter Beschaffenheitsvereinbarung aus tatsächlicher Ausführung (NZBau 2016, 29)

34

Interesse an einer Bauausführung hat, die diesen Vorgaben auch tatsächlich entspricht. Das Interesse der Kl. an einer Bauausführung, die den anerkannten Regeln der Baukunst entspricht, darf nicht deshalb als gering bewertet werden, weil die tatsächlich erbrachte Leistung jedenfalls außerhalb der Beanspruchung durch ein Hochwasser vollumfänglich funktionstüchtig ist.

[85] Schließlich ist bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit im vorliegenden Fall zu bedenken, dass der Bekl. zwar lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf im Hinblick auf den Grund der Mangelhaftigkeit der Außenfassade im Erdgeschossbereich gemacht werden kann, dies letztlich aber nichts daran ändert, dass der Grund für die Mangelhaftigkeit in ihre Risikosphäre fällt. Verpflichtet sie sich, ein Werk zu erstellen, das den allgemein anerkannten Regeln der Baukunst entspricht, so trifft alleine sie und nicht etwa den Besteller die Verantwortung dafür, dass die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst bei Erreichung des vereinbarten Leistungssolls auch tatsächlich eingehalten werden.

[86] gg) Die Kl. muss sich nicht diejenigen Mehrkosten, um die das Werk bei ordnungsgemäßer Ausführung von vornherein teurer gewesen wäre, im Wege der Vorteilsausgleichung als so genannte Sowieso-Kosten anrechnen lassen.

[87] Im Rahmen seines werkvertraglichen Gewährleistungsrechts muss der Unternehmer nachbessern, bis die vereinbarte Funktionstauglichkeit erreicht ist. Die Kostentragungspflicht des Unternehmers entfällt nach ständiger Rechtsprechung aber im Hinblick auf so genannte Sowieso-Kosten (vgl. BGHZ 174, 110 = NZBau 2008, 109 = NJW 2008, 511 = NZM 2008, 94 = DNotZ 2008, 449 = ZfBR 2008, 168 Rn. 19; BGHZ 91, 206 = NJW 1984, 2457 [2458] = ZfBR 1984, 222). Dabei handelt es sich um Kosten für Leistungen, die zur Herbeiführung des vertraglich vereinbarten Erfolgs an sich erforderlich gewesen wären, von beiden Parteien (zum Beispiel auf Grund einer Fehlplanung) jedoch von vornherein nicht berücksichtigt worden sind. Kein Fall von „Sowieso“-Kosten liegt dagegen vor, wenn der Unternehmer von vornherein zu einem bestimmten Preis einen bestimmten Erfolg versprochen hat, ohne dass daraus die Verpflichtung nur zu ganz bestimmten Leistungen resultiert. Dann hat der Unternehmer diesen Erfolg herbeizuführen, auch wenn sich die beabsichtigte Ausführungsart nachträglich als unzureichend erweist und aufwändigere als die kalkulierten Maßnahmen erforderlich werden (BGHZ 91, 206 = NJW 1984, 2457 [2458] = ZfBR 1984, 222 mwN). So liegt es hier.

[88] Wie oben dargelegt hatte sich die Bekl. verpflichtet, zum vereinbarten Preis eine den allgemeinen Regeln der Technik entsprechende und hochwassersichere Wärmedämmung zu errichten. Damit wurde nicht zugleich auch das planerische Konzept der Bekl. zum Inhalt des Vertrags und insbesondere der getroffenen Preisvereinbarung gemacht. Die Kl. konnte die von der Bekl. getroffene Leistungsbestimmung vom objektiven Empfängerhorizont dahingehend verstehen, dass die Bekl. damit einen bestimmten Erfolg unabhängig von der Art und Weise der Erreichung garantiert hat. Dieser Erklärungsgehalt kann dem Verhalten der Bekl. und der von ihr getroffenen Leistungsbestimmung beigemessen werden. Die gesetzte Leistungsbestimmung in Form der Verwendung eines (vermeintlich) hochwassergeeigneten Materials (Perimeter-Dämmung) lässt für den objektiven Empfänger zwar erkennen, dass die Bekl. den angestrebten Erfolg in Form einer Hochwassereignung durch Verwendung spezifischer Materialien am WDVS selbst erreichen wollte. Die Bekl. hat aber als Verkäuferin nach ihren Vorstellungen die Leistung alleine bestimmt, ermittelt und kalkuliert. Dementsprechend haben die Erwerber der Gebäude auch kein im Einzelnen bepreistes Leistungsverzeichnis erhalten, sondern ihre Wohnungen zu einem Pauschalpreis gekauft. Damit fällt es allein in die Risikosphäre der Bekl., dass sich die Ausführungsart nachträglich als unzutreffend erweist. Für den Planungsfehler trägt alleine sie die Verantwortung.

[89] d) Die übrigen formellen Voraussetzungen für einen Mängelbeseitigungskostenvorschuss sind gegeben. (...)

Anmerkung von Rechtsanwalt Dr. Enno Engbers*

Das Urteil des OLG Hamburg befasst sich mit der praxisrelevanten Frage der Bestimmung der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit des Werks in Fällen einer unvollständigen bzw. fehlerhaften Baubeschreibung. Dabei geht das OLG Hamburg zwar von der Funktionstauglichkeits-Rechtsprechung des BGH aus, erkennt und vermeidet jedoch die Gefahr, das Interesse des Erwerbers einfach als stillschweigend oder konkludent „vereinbart“ zu unterstellen. Vielmehr begründet es die Feststellung, dass abweichend vom Wortlaut der Baubeschreibung ein für die Beanspruchung durch Hochwasser geeignetes Fassadensystem geschuldet war, überzeugend mit den von den Parteien ausdrücklich vereinbarten anerkannten Regeln der Technik und einer vom Bauträger durch die tatsächliche Art der Ausführung getroffenen Leistungsbestimmung. Konsequenz ist auch die weitere Annahme, dass auf Grund der alleinigen Planungsverantwortung des Bauträgers kein Abzug von Sowieso-Kosten in Betracht kommt. Anderenfalls würde die von diesem übernommene Erfolgshaftung im Ergebnis wieder auf den Erwerber verlagert.

I. Funktionstauglichkeits-Rechtsprechung des BGH

Nach der vom *BGH* im Blockheizkraftwerk-Urteil (in *BGHZ* 174, [110](#) = NZBau 2008, [109](#) = NJW 2008, [511](#) = NZM 2008, [94](#)) formulierten Funktionstauglichkeitstheorie ergibt sich der vertraglich geschuldete Erfolg nicht allein aus der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistungsart, sondern auch daraus, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll. Haben die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart, mit der die Funktionstauglichkeit des Werks für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch nicht erreicht werden kann, schuldet der Unternehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit (vgl. *BGH*, *BGHZ* 174, [110](#) = NZBau 2008, [109](#) [[110](#)] = NJW 2008, [511](#) [[512](#)] = NZM 2008, [94](#)). In der Literatur ist die Funktionstauglichkeitsrechtsprechung des *BGH* teils heftig kritisiert worden (vgl. nur *Kapellmann* in *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB Teile A und B, 5. Aufl. 2015, B, § 2 Rn. 28; *Peters*, NZBau 2013, [129](#), und *Sass*, NZBau 2013, [132](#)). Insbesondere wurde zu Recht eingewandt, dass das in § [633 II](#) 1 und 2 BGB vorgesehene Vorrangverhältnis der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit (§ [633 II](#) 1 BGB) vor der nach dem Vertrag vorausgesetzten bzw. gewöhnlichen Verwendung (§ [633 II](#) 2 BGB) vom *BGH* umgekehrt werde. Die in der Baubeschreibung bestimmte Art und Weise der Leistung sei auch vereinbart und stehe damit auf formal gleicher Rangstufe. Es bedürfe also einer „standfesten Begründung“, dass die „Funktionstauglichkeit“ trotzdem vorgehen solle (*Sass*, NZBau 2013, [132](#) [[134](#)]). Richtig ist daher der Ausgangspunkt des *OLG Hamburg*, dass sich die Funktionsbestimmung der Außenfassade als hochwassergeeignet nicht allein dem Umstand entnehmen lässt, dass die EG-Fassadenbereiche im hochwassergefährdeten Bereich liegen. Denn damit ist nur die Interessenlage des Auftraggebers umschrieben. Zur Rechtfertigung eines von der Baubeschrei

OLG Hamburg: Herleitung konkludenter Beschaffenheitsvereinbarung aus tatsächlicher Ausführung (NZBau 2016, 29)

35 ▲
▼

bung abweichenden Vereinbarungsinhalts bedarf es einer eingehenderen Erforschung des Parteiwillens. Das *OLG Hamburg* hat seine Vertragsauslegung daher auf die „Gesamtschau“ zweier zusätzlicher Umstände gestützt.

II. Beschaffenheitsvereinbarung durch tatsächliche Ausführung und anerkannte Regeln der Technik

Zum einen hat das *OLG Hamburg* in der tatsächlichen Bauausführung (Anbringung einer Perimeter-Dämmung über den üblichen Bereich hinaus) eine konkludente Leistungsbestimmung der Beklagten iSv § [315 I](#) BGB gesehen, die nach dem objektiven Empfängerhorizont nur so habe verstanden werden können, dass auch die Außenfassade im Erdgeschoss für eine Beanspruchung durch Hochwasser geeignet sein sollte. Dies ist richtig. Gerade in Bauträgerverträgen werden dem Bauträger regelmäßig Leistungsbestimmungsrechte eingeräumt. Die Leistungsbestimmung erfolgt in der Praxis zumeist konkludent mit der Aufforderung des Bauträgers an den Käufer auf Abnahme der Bauleistung. Diese Aufforderung kann nur so verstanden werden, dass der Bauträger das abzunehmende Werk als das geschuldete erachtet (*Krick/Sagmeister*, BayMittNot 2014, 205 [207]). Zum anderen hatten die Parteien ausdrücklich vereinbart, dass die Leistungen nach den anerkannten Regeln der Technik zu erbringen sein sollten. Dies war jedoch gar nicht möglich, da es kein Wärmedämmverbundsystem gibt, das sicher jedem Hochwasser standhält. Hierauf hätte die Beklagte sogar dann konkret hinweisen müssen, wenn die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik nicht ausdrücklich vereinbart gewesen wäre; diese gelten auch stillschweigend als qualitativer Mindeststandard (vgl. *BGH*, *BGHZ* 181, [225](#) = NZBau 2009, [648](#) [[649](#)] = NJW 2009, [2439](#)). Ob die Nichteinhaltung der Regeln im Einzelfall nachteilige Folgen hat, ist unerheblich (vgl. *BGH*, NJW 2013, [1226](#) [[1227](#)] = NZBau 2013, [295](#)). Dementsprechend konnte das Vorliegen einer bauordnungsrechtlichen Zulassung des Wärmedämmverbundsystems im Einzelfall, die zudem über eine langfristige Gebrauchstauglichkeit des Bauprodukts nichts aussagt, die Beklagte nicht entlasten.

III. Keine Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Nacherfüllung

Die Nacherfüllung war der Beklagten nach Auffassung des *OLG Hamburg* auch nicht unmöglich. Anders als im kürzlich vom *BGH* entschiedenen Glasfassaden-Fall (in *BGHZ* 201, [148](#) = NZBau 2014, [492](#) = NJW 2014, [3365](#)) war die vereinbarte Funktionalität etwa durch die Konstruktion einer weißen Wanne mit innenliegender Wärmedämmung technisch erreichbar. Diese stellte gegenüber dem Wärmedämmverbundsystem auch kein „aliud“ dar. Das kann – ausnahmsweise – nur angenommen werden, wenn die zur Beseitigung der Mangelfolgen geeignete Maßnahme die Grundsubstanz oder die Konzeption des Werks nicht unwesentlich verändert (*BGH*, NJW 2001, [1642](#) [[1644](#)] = NZBau 2001, [261](#); *BGH*, NJW-RR 1989, [775](#) [[776](#)]). Hiervon ist das *OLG Hamburg* nicht ausgegangen, was angesichts des vergleichsweise geringen Anteils des Fassadensystems am Gesamtwerk als vertretbar erscheint. Richtigerweise hat das *OLG Hamburg* die Nacherfüllung in Form des Einbaus einer weißen Wanne auch nicht gem. § [635 III](#) BGB für unzumutbar gehalten. Dieser Einwand greift nur durch, wenn das Bestehen auf ordnungsgemäßer Vertragserfüllung im Verhältnis zu dem dafür erforderlichen Aufwand unter Abwägung aller Umstände einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt. Besteht jedoch – wie hier – ein objektiv berechtigtes Interesse des Bestellers an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrags, ist dies nicht der Fall (vgl. *BGH*, NZBau 2006, [110](#) [[111](#)] = NJW-RR 2006, [304](#)).

IV. Kein Abzug von Sowieso-Kosten bei Planungsfehler

Bei den für die Erstellung einer weißen Wanne gegenüber dem WDVS anfallenden Mehrkosten handelte es sich in der vorliegenden Fallkonstellation auch nicht um „Sowieso“-Kosten, die sich der Besteller im Wege der Vorteilsausgleichung hätte anrechnen lassen müssen. Zwar soll der Unternehmer grundsätzlich nicht mit den Kosten solcher Maßnahmen belastet werden, die er nach dem Vertrag gar nicht zu erbringen hatte. Allerdings ist es ihm nicht gestattet, sich auf diese Weise seiner werkvertraglichen Erfolgshaftung zu entziehen (*BGH*, *BGHZ* 91, [206](#) = NJW 1984, [2457](#) [[2458](#)]). Da die Beklagte die Leistung alleine bestimmt, ermittelt und kalkuliert hatte, fiel es in ihre Risikosphäre, dass sich die Ausführungsart nachträglich als unzutreffend erwies. Auf Fälle, in denen Planungs- und Ausführungsleistungen nicht „aus einer Hand“ angeboten werden, ist die Entscheidung des *OLG Hamburg* jedoch nicht ohne Weiteres übertragbar.

V. Fazit

Das Urteil des *OLG Hamburg* zeigt, dass sich für die Verankerung einer bestimmten Funktionstauglichkeit des Werks im übereinstimmenden Parteiwillen überzeugende Begründungen finden lassen. Angesichts der erheblichen Konsequenzen, die die Ausweitung des geschuldeten Leistungssolls über den Wortlaut der Leistungsbeschreibung hinaus vor allem für den Unternehmer bzw. Bauträger mit sich bringt, kann auf eine eingehende Begründung nicht verzichtet werden. Andernfalls bliebe die Annahme einer bestimmten, stillschweigend oder konkludent vereinbarten Funktionalität eine reine Fiktion.

* Der Autor ist Partner der Kanzlei *Weiss Walter Fischer-Zernin*, München und Rosenheim.