

grund des Wortlautes einer Erklärung – oder des Fehlens eines Wortlautes – auf den Inhalt einer Willenserklärung zu schließen. Nach § 133 kommt es nicht auf den buchstäblichen Wortsinn einer Klausel an, sondern vielmehr ist der wirkliche Wille der Parteien zu erforschen. Grundsätzlich gilt, dass, wenn ein übereinstimmender Wille der Parteien besteht, dieser rechtlich auch dann allein maßgeblich ist, wenn er im Inhalt der Erklärung keinen oder nur einen unvollkommenen Ausdruck gefunden hat.<sup>43</sup> Das übereinstimmend Gewollte hat Vorrang vor einer irrtümlich oder absichtlichen Falschbezeichnung.<sup>44</sup> Wichtig ist die Feststellung, dass sich der Erklärungsempfänger, den wirklichen Willen des Erklärenden nicht einmal zu Eigen gemacht haben muss. Vielmehr genügt es, dass er den wirklichen Willen des Erklärenden erkannt hat.<sup>45</sup> Erst wenn es dem erkennenden Gericht nicht gelingt, zu ermitteln, was der wirkliche Wille der Parteien war, ist der vorliegende Vertrag und seine empfangsbedürftigen Willenserklärungen anhand des objektiven Empfängerhorizonts unter Berücksichtigung von Treu und Glauben auszulegen.<sup>46</sup>

Die Auslegung des Vertrages bedeutet beim Werk- oder Bauvertrag daher die Auslegung der gesamten Leistungsbeschreibung. Der BGH hat seine Auslegungsgrundsätze wiederholt beschrieben. In der „Konsoltraggerüst-Entscheidung 2“, auch „Handelsspeicher-Entscheidung“ genannt, heißt es: „Welche Leistungen durch die Leistungsbeschreibung erfasst sind, ist durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung der Parteien zu ermitteln, §§ 133, 157 (...). Dabei ist das gesamte Vertragswerk zu Grunde zu legen.“<sup>47</sup> Tatsächlich hat der BGH mit der sogenannten Hallendach-Entscheidung<sup>48</sup> bereits Ende der neunziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts den Weg vorgezeichnet, der beschritten werden muss, um zu definieren, was der geschuldete Erfolg des konkreten Vertrages ist. Hier finden sich die Grundlagen zur Bestimmung der Beschaffenheitsvereinbarung. In der Hallendach-Entscheidung hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Tatsache, dass ein Dach regensicher sein muss, derart selbstverständlich sei, dass dies in der Leistungsbeschreibung keiner ausdrücklichen Beschreibung bedarf. Sind also weitere Baumaßnahmen, die in der Leistungsbeschreibung nicht näher beschrieben wurden, erforderlich, um das vereinbarte Ziel, dh den Erfolg, zu erreichen, hat der Unternehmer die Leistung zur Erreichung der geschuldeten Beschaffenheit (ohne zusätzliche Vergütung) zu erbringen. Es kommt bei der Bestimmung der geschuldeten Beschaffenheit mithin nicht ausschließlich auf den Inhalt einer Leistungsbeschreibung oder gar eines Leistungsverzeichnisses an. Auch ohne dass Leistungen konkret beschrieben wurden, können diese geschuldet sein.

Tatsächlich ist die geschuldete Beschaffenheit nach den allgemeinen Grundsätzen zur Auslegung von Verträgen und Willenserklärungen gemäß §§ 133, 157 zu ermitteln.

<sup>43</sup> BGH 29.3.1996 – II ZR 263/94, NJW 1996, 1678; BGH 20.11.1997 – IX ZR 152/96, NJW 1998, 746ff.; BGH 7.12.2001 – V ZR 65/01, NJW 2002, 1038.

<sup>44</sup> BGH 18.1.2008 – V ZR 174/06, NJW 2008, 1658.

<sup>45</sup> BGH 26.10.1983 – IV ZR 80/82, NJW 1984, 721; BGH 20.11.1992 – V ZR 122/91, NJW-RR 1993, 373.

<sup>46</sup> BGH 5.10.1961 – VII ZR 207/60, NJW 1961, 2251; BGH 24.2.1988 – VIII ZR 145/87, NJW 1988, 1378; BGH 5.7.1990 – IX ZR 10/90, NJW 1990, 3206; 2006, 3777; BGH 5.10.2006 – III ZR 166/05, NJW 2006, 3777.

<sup>47</sup> BGH 27.7.2006 – VII ZR 202/04, NJW 2006, 3413.

<sup>48</sup> BGH 11.11.1999 – VII ZR 403/98, BauR 2000, 411.

Die ausdrückliche Formulierung der Leistungsbeschreibung – und erst recht die Beschreibung nur in einem Teil der Leistungsbeschreibung, wie dem Leistungsverzeichnis – gibt den Umfang der vertraglichen Leistungspflichten regelmäßig nur unvollkommen wieder. Es ist also erst durch Auslegung zu ermitteln, was die Parteien als geschuldeten Erfolg und geschuldete Beschaffenheit vereinbart haben und von welchen Leistungen sie ausgingen, die erforderlich sein sollen, um dies zu erreichen.

22 Alle Vertragsbestandteile und auch die Umstände bei Vertragsschluss sind dabei entscheidend. Für die Auslegung der Leistungsbeschreibung sind nach der Rechtsprechung des BGH somit insbesondere folgende Kriterien heranzuziehen:

Leistungsbeschreibungen in Bauverträgen sind regelmäßig nicht abschließend. Viele Details der Ausführung sind in ihnen nicht erwähnt oder genauer beschrieben. Daraus, dass ein bestimmtes Ausführungsdetail nicht erwähnt ist, kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass es nicht geschuldet ist. Zur Ermittlung des Vertragsinhaltes sind auch die gesamten Umstände des Vertragsschlusses zu berücksichtigen.<sup>49</sup>

Der Wortlaut der einschlägigen Vertragsklauseln ist zu berücksichtigen.<sup>50</sup>

Die Sicht maßgeblicher Fachkreise ist entscheidend, dh an dem Wortlaut der Leistungsbeschreibung ist nicht sklavisch festzuhalten. Das allgemeine Sprachverständnis ist jedenfalls dann nicht von Bedeutung, wenn die verwandte Formulierung von den angesprochenen Fachleuten in einem spezifischen technischen Sinne verstanden wird.<sup>51</sup>

Die technische Fachsprache, Bezeichnungsnormen (wenn sich solche faktisch durchgesetzt haben) sind heranzuziehen; auch hier gilt das zuvor Gesagte entsprechend. An dem allgemeinen sprachlichen Wortverständnis darf nicht festgehalten werden, wenn sich eine technische Sprache herausgebildet hat, zB in DIN-Vorschriften, die vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichen.<sup>52</sup>

Abzustellen ist auf den Empfängerhorizont der Bietergemeinschaft (nicht die besonderen Verhältnisse einzelner Bieter und deren Sichtweise sind maßgeblich).<sup>53</sup>

Zuschnitt und Funktion, zB des Gebäudes, sind zu berücksichtigen.<sup>54</sup>

Im Zweifel ist der Vertrag VOB/A-konform auszulegen. Ist eine Interpretation des Vertrages möglich, der beispielsweise dem Auftragnehmer kein besonders ungewöhnliches Wagnis aufbürdet, so ist dies im Zweifel zwischen den Parteien vereinbart.<sup>55</sup>

Bei der Interpretation des Vertrages ist auf die üblichen Verhältnisse abzustellen, nicht auf solche, mit denen eine Seite vernünftigerweise bei Vertragsschluss nicht rechnen musste und konnte.<sup>56</sup>

---

<sup>49</sup> BGH 21.11.2013 – VII ZR 275/12, NJW 2014, 620.

<sup>50</sup> BGH 9.2.1995 – VII ZR 143/93, BauR 1995, 538.

<sup>51</sup> BGH 23.6.1994 – VII ZR 163/93, BauR 1994, 625.

<sup>52</sup> BGH 23.6.1994 – VII ZR 163/93, BauR 1994, 625; BGH 9.1.1997 – VII ZR 259/95, BauR 1997, 466.

<sup>53</sup> BGH 9.1.1997 – VII ZR 259/95, BauR 1997, 466; BGH 22.4.1993 – VII ZR 118/92, BauR 1993, 595.

<sup>54</sup> BGH 22.4.1993 – VII ZR 118/92, BauR 1993, 595; BGH 9.2.1995 – VII ZR 143/93, BauR 1995, 538. BGH 25.6.1987 – VII ZR 214/86, BauR 1987, 693.

<sup>55</sup> BGH 9.1.1997 – VII ZR 259/95, BauR 1997, 466; BGH 11.11.1993 – VII ZR 47/93, BauR 1994, 236.

<sup>56</sup> BGH 11.11.1993 – VII ZR 47/93, BauR 1994, 236.

Eine detaillierte Beschreibung geht der allgemeinen Beschreibung grundsätzlich vor.<sup>57</sup>

Haben die Parteien eine bestimmte konkrete Leistung vereinbart, so ist diese Leistung selbst dann geschuldet, wenn sie für die Herbeiführung des ebenfalls vereinbarten Erfolges nicht zwingend notwendig ist.<sup>58</sup>

Die wie vor skizzierten Auslegungsgrundsätze können auch nicht durch sogenannte **Rangfolgeklauseln** oder Regelungen – gleichgültig ob AGB-mäßig oder durch individualvertragliche Vereinbarungen – umgangen werden. Klauseln, die Widersprüche in unterschiedlichen Vertragsbestandteilen dadurch lösen wollen, dass die einzelnen Vertragsbestandteile in einer festgelegten Rangfolge zu beachten sind, führen oft in die Irre. Die Ermittlungen des wirklichen Parteiwillens durch Auslegung des Vertrages im Sinne der Berücksichtigung aller Vertragsbestandteile gleichwertig nebeneinander gehen einer Rangfolgeklausele immer vor.<sup>59</sup> Das heißt, dass Verträge, auch wenn die Parteien eine Rangfolgeklausele vorgesehen haben, stets als sinnvolles Ganzes auszulegen sind.<sup>60</sup> Auch aus individualvertraglich vereinbarten Rangfolgeklauseln kann nicht pauschalierend ohne eine Gesamtwürdigung aller Umstände auf den wirklichen Willen der Parteien geschlossen werden.<sup>61</sup> Erst wenn durch eine verständige Auslegung eine Ermittlung des tatsächlichen Parteiwillens nicht möglich ist, können Rangfolgeklauseln eine eigenständige Bedeutung erlangen.

Die konkludente Vereinbarung bestimmter Beschaffenheiten kann sich insbesondere auch daraus ergeben, dass im Übrigen für die Leistung eine besondere Qualität vereinbart wurde. Es ist also möglich, dass aus konkreten Vereinbarungen zu Beschaffenheiten, Stoffen und Materialien<sup>62</sup> Rückschlüsse gezogen werden auf Bereiche, in denen solche Vereinbarungen gerade fehlen. Ein Indiz für eine bestimmte vereinbarte Qualität kann auch der Preis sein, wobei aus einem unüblich niedrigen Preis dennoch nicht der Schluss gezogen werden kann, dass die Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigt sein darf.<sup>63</sup> Ob ein Rückschluss aus anderen zwischen den Parteien geschlossenen Verträgen zur geschuldeten Qualität möglich ist, ist sehr zweifelhaft.<sup>64</sup>

**c) Funktionaler Mangelbegriff.** Es entspricht der mittlerweile ständigen Rechtsprechung des BGH, dass der Unternehmer, ungeachtet der Leistungsbeschreibung im Einzelnen, ein Werk schuldet, dass die vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion erfüllt. Dies ist Gegenstand der Beschaffenheitsvereinbarung.<sup>65</sup> Zu der vereinbarten Beschaffenheit iSv § 633 Abs. 2 S. 2 gehören alle Ei-

<sup>57</sup> BGH 5.12.2002 – VII ZR 342/01, BauR 2003, 388.

<sup>58</sup> BGH 21.9.2004 – X ZR 244/01, NZBau 2004, 672.

<sup>59</sup> BGH 21.3.1991 – VII ZR 110/90, NJW-RR 1991, 980; Quack BauR 1992, 18.

<sup>60</sup> BGH 5.12.2002 – VII ZR 342/01, NJW 2003, 743.

<sup>61</sup> AA OLG Köln 27.10.2010 – 17 U 128/09, BeckRS 2011, 22968.

<sup>62</sup> OLG Stuttgart 20.5.2014 – 10 U 111/13, BeckRS 2017, 108019.

<sup>63</sup> BGH 11.11.1999 – VII ZR 403/98, NJW-RR 2000, 465.

<sup>64</sup> So aber wohl BGH 14.5.1998 – VII ZR 184/97, NJW 1998, 2814.

<sup>65</sup> BGH 19.5.2011 – VII ZR 24/08, NJW 2011, 3291; BGH 10.2.2011 – VII ZR 8/10, NJW 2011, 1442; BGH 10.6.2010 – Xa ZR 3/07, NZBau 2010, 558; BGH 8.11.2007 – VII ZR 183/05, NJW 2008, 511; BGH 25.1.2007 – VII ZR 41/06, NJW-RR 2007, 597; BGH 15.10.2002 – X ZR 69/02, NJW 2003, 200; BGH 11.11.1999 – VII ZR 403/98, NJW-RR 200, 465; BGH 16.7.1998 – VII ZR 350/96, NJW 1998, 3707; BGH 17.5.1985 – VII ZR 169/820, NJW 1984, 2457; OLG Düsseldorf 26.3.2013 – 23 U 87/12, BauR 2013,

genschaften des Werkes, derer es bedarf, um den vereinbarten Erfolg sicherzustellen. Der Erfolg definiert sich nicht (nur) nach der Summe der vereinbarten Leistungen, sondern (auch) nach dem angestrebten Zweck und Funktion.<sup>66</sup> Was Gegenstand der vertraglich vereinbarten Beschaffenheitsvereinbarung, mithin die geschuldete Funktion ist, muss durch Auslegung des Vertrags gem. §§ 133, 157 ermittelt werden. Die Funktionsvereinbarung ergibt sich in der Regel aus dem Gesamtzusammenhang. Maßgeblich ist die Gesamtheit der Leistungsbeschreibung, dh, dass alle Bestandteile der Leistungsbeschreibung bei der Ermittlung des geschuldeten Erfolgs, namentlich der Funktionstauglichkeit des Gesamtwerkes, heranzuziehen sind.<sup>67</sup>

26 Wichtig ist es an dieser Stelle zu betonen, dass, selbst wenn die Leistungsbeschreibung keine Angaben zu bestimmten Ausführungsmodalitäten zu Bauteilen, Stoffen oder Materialien enthält, dies nicht bedeutet, dass insoweit keine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt. Auch in solchen Fällen kommt es stets darauf an, dass durch Auslegung der Leistungsbeschreibung unter Berücksichtigung aller seiner Bestandteile und unter zusätzlicher Heranziehung aller sonstigen Umstände des Vertragsschlusses zu ermitteln ist, ob die Parteien (ggf. konkludent) eine bestimmte Beschaffenheit vereinbart haben. Dabei sind auch Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die die Qualität der Leistung insgesamt betreffen. Eine Beschaffenheitsvereinbarung kann also ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten getroffen werden.<sup>68</sup>

27 Es darf nicht verkannt werden, dass die Annahme einer bestimmten Funktionstauglichkeit, die als Beschaffenheit geschuldet sein soll, voraussetzt, dass der Besteller die erforderlichen Umstände und Informationen kannte, die auf die bestimmte Funktionstauglichkeit schließen lassen. Hatte der Auftragnehmer alle erforderlichen Informationen und Kenntnis von dem vom Auftraggeber beabsichtigten Verwendungszweck, ist im Zweifel anzunehmen, dass die Erreichung dieses Zweckes in Gestalt der konkreten Funktion und Tauglichkeit vom Auftragnehmer geschuldet ist. So wurde beispielsweise das Vorliegen eines Mangels, unabhängig davon, ob die erforderlichen Leistungen konkret beschrieben wurden, bejaht, wenn das Dach einer Lagerhalle nicht regendicht ist<sup>69</sup>, Fenster nicht regendicht sind<sup>70</sup>, ein Bauwerk nicht genehmigungsfähig ist<sup>71</sup>, ein Bauwerksfundament für das konkret geplante Gebäude nicht tragfähig ist<sup>72</sup>, ein Heizungsrohr, welches Feuchtigkeit ausgesetzt ist, keinen erforderlichen Korrosionsanstrich erhält<sup>73</sup>, das Putzsystem eines Hauses nicht dauerhaft rissfrei ist<sup>74</sup>, ein Rest Glasbruchrisiko an einer Glasfassade ver-

---

1889; OLG Brandenburg 22.12.2015 – 4 U 26/12, BeckRS 2016, 01229; OLG Hamm 18.9.2008 – 24 U 48/07, BauR 2010, 21213; OLG Celle 22.1.2014 – 14 U 131/13, BauR 2016, 120.

<sup>66</sup> OLG Düsseldorf 24.3.2015 – I 21 U 62/14, BauR 2016, 2097.

<sup>67</sup> Steffen BauR 2011, 579 (587 ff.); Steffen BauR 2022, 3.

<sup>68</sup> Vgl. BGH 9.7.2002 – X ZR 242/99, NZBau 2002, 611 (612), zu § 633 BGB aF; BGH 31.8.2017 – VII ZR 5/17, BeckRS 2017, 127083.

<sup>69</sup> BGH 11.11.1999 – VII ZR 403/98, NJW-RR 2000, 465.

<sup>70</sup> BGH 2.5.1963 – VII ZR 221/61, NJW 1963, 1451.

<sup>71</sup> BGH 10.2.2011 – VII ZR 8/10, NJW 2011, 1442.

<sup>72</sup> BGH 1.4.1965 – VII ZR 230/63.

<sup>73</sup> BGH 15.3.1971 – VII ZR 153/69, NJW 1984, 2457 = BeckRS 1971, 31125155.

<sup>74</sup> BGH 17.5.1984 – VII ZR 169/82; BGH 20.11.1986 – VII ZR 360/85, NJW-RR 1987, 336.

bleibt<sup>75</sup>, eine Farbe nicht dauerhaft (länger als zwei Jahre) farbecht bleibt<sup>76</sup>, eine raumluftechnische Anlage für ein Fitnessstudio die erforderliche Luftqualität nicht sicherstellt<sup>77</sup>, bei einem Dachaufbau eine (hinreichende) Belüftung des Dachraums nicht gegeben ist<sup>78</sup>, es Temperaturschwankungen zwischen 3 bis 5 °C an der Waschtischarmatur gibt<sup>79</sup>, eine Abdichtung nicht abdichtet<sup>80</sup> oder nach der Sanierung eines Altbaus der Keller nass ist<sup>81</sup>.

In der sogenannten **Blockheizkraftwerk-Entscheidung** erläutert der BGH **28** zunächst die Bedeutung des funktionalen Mangelbegriffes und erklärt, dass die Funktionalität regelmäßig zur vereinbarten Beschaffenheit des Werkes gehört. Der BGH<sup>82</sup> führt dann weiter aus:

„Das gilt unabhängig davon, ob die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben oder die anerkannten Regeln der Technik eingehalten worden sind. Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart und ist dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart oder den anerkannten Regeln der Technik nicht zu erreichen, schuldet der Unternehmer [dennoch] die vereinbarte Funktionstauglichkeit (BGH, Urteil vom 16. Juli 1998 – VII ZR 350/96, a. a. O.; Urteil vom 11. November 1999 – VII ZR 403/98, a. a. O.).“

Diese Rechtsprechung des BGH wurde seitdem weiter konkretisiert. So hat der BGH ausdrücklich klargestellt, dass auch die Fallkonstellation, bei der die vereinbarte Funktion nur deshalb nicht erreicht wird, weil Vorleistungen eines anderen Unternehmers unzureichend sind, von denen die Funktionsfähigkeit des Werks aber abhängt, vom funktionalen Mangelbegriff mitumfasst ist. Auch hier liegt ein Mangel vor.<sup>83</sup> Ob der jeweilige Unternehmer aber haftet, ist letztlich nicht allein Frage des Vorliegens eines Mangels. Es ist vielmehr zB zu prüfen, ob der Unternehmer durch die Erfüllung seiner Prüfungs- und Hinweispflichten von einer Haftung frei geworden ist.<sup>84</sup>

Richtig ist indes, dass es weder in der Blockheizkraftwerk-Entscheidung noch in **29** einem der nachfolgenden Urteile um eine Haftung desjenigen ging, der seine Leistung zeitlich vor einem anderen Auftragnehmer erbracht hat, dessen Leistung für die fehlende Funktionstauglichkeit des Gesamtwerkes verantwortlich war und die in seinem Vertrag mit dem Auftraggeber auch konkret beschrieben wurde. Fraglich ist also, ob diese Fallkonstellation grundsätzlich anders bewertet werden muss, weil der kausale Verursachungsbeitrag für die Funktionsunfähigkeit des Werkes in dem Nachfolgewerk liegt. Zentral ist hier die Frage, was eigentlich eine „Vorunternehmerleistung“ ist. Eine „Vorleistung“ muss gerade nicht den jeweiligen Leistungen

<sup>75</sup> BGH 8.5.2014 – VII ZR 203/11, NJW 2014, 3365.

<sup>76</sup> BGH 31.8.2017 – VII ZR 5/17, BeckRS 2017, 127083.

<sup>77</sup> OLG Zweibrücken 3.12.2013 – 8 U 32/11, BeckRS 2013, 197572.

<sup>78</sup> OLG Saarbrücken 2.6.2016 – 4 U 136/15, BeckRS 2016, 122016.

<sup>79</sup> OLG Hamburg 16.7.2020 – 8 U 61/19, NJW-RR 2021, 90.

<sup>80</sup> BGH 7.2.2019 – VII ZR 274/17, NJW 2019, 2169.

<sup>81</sup> OLG Düsseldorf 11.10.2016 – 21 U 120/15, BeckRS 2016, 134298.

<sup>82</sup> BGH 8.11.2007 – VII ZR 183/05, NJW 2008, 511.

<sup>83</sup> BGH 10.6.2010 – Xa ZR 3/07; BGH 16.5.1974 – VII ZR 214/72, BauR 1974, 276; BGH 23.10.1986 – VII ZR 267/85, BauR 1987, 86; OLG Köln 22.12.1993 – 16 U 50/93, NJW-RR 1994, 1045.

<sup>84</sup> BGH 8.11.2007 – VII ZR 183/05, NJW 2008, 511; BGH 10.6.2010 – Xa ZR 3/07, NZBau 2010, 558.

des Auftragnehmers zwingend zeitlich vorgelagert sein. Ob es sich bei einer Leistung um eine „Vorunternehmerleistung“ handelt, ist nicht durch eine bestimmte Reihenfolge gekennzeichnet. Vorleistung sind nach der herrschenden Meinung und der Rechtsprechung des BGH solche Leistungen, die Auswirkungen auf die Leistungen des Auftragnehmers haben, weil sie diese nachträglich beeinflussen können. Das ist dann der Fall, wenn sie die sachlich-technische Grundlage für die Leistung des Auftragnehmers bilden.<sup>85</sup> Das zeitliche Moment der Abfolge der Bauleistung tritt nach allgemeiner Auffassung dabei weitestgehend in den Hintergrund. Diese Betrachtung ist deshalb zutreffend, da die tatsächliche Abfolge im konkreten Baugeschehen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses häufig noch gar nicht feststeht und nicht selten von willkürlichen Faktoren abhängt.<sup>86</sup> Damit kommt grundsätzlich das Vorhandensein eines Mangels auch dann in Betracht, wenn die geschuldete Funktionalität als Beschaffenheit nur deshalb verfehlt wird, weil ein Dritter im Nachgang zum Unternehmer die Funktionalität (vor der Abnahme) vereitelt.<sup>87</sup>

Bei hierhin kann festgehalten werden, dass der Rechtssatz, nämlich dass der Umfang der konkret geschuldeten Leistung des Auftragnehmers von der Frage abhängt, ob die erforderlichen Arbeiten bei einem anderen Fachunternehmer in Auftrag gegeben worden sind, in seiner Pauschalität mit der ständigen Rechtsprechung des BGH unvereinbar ist.<sup>88</sup> Die konkrete Beschreibung bestimmter Leistungen in der Leistungsbeschreibung spielt nämlich jedenfalls dann keine Rolle, wenn sich durch eine Auslegung des Vertrages ergibt, dass eine bestimmte Funktionalität geschuldet sein soll. Auch alle in dem konkreten Vertragsverhältnis nicht beschriebenen Leistungen sind dann geschuldet, um die vereinbarte Funktionalität herzustellen. Bei der Auslegung im Hinblick auf eine etwaige Beschaffenheitsvereinbarung ist insbesondere auch die berechtigte Erwartung des Bestellers an die Werkleistung von Bedeutung.<sup>89</sup>

- 30 Nicht von vornherein als unzutreffend verworfen werden kann jedoch der Gedanke, dass eine andere Betrachtung dann angezeigt ist, wenn verschiedene aufeinander aufbauende Leistungen zwingend in einer bestimmten Reihenfolge zu erbringen sind und bewusst bestimmte Leistungen aus dem Auftragsumfang des einen Unternehmers herausgelöst und in den Umfang eines anderen Unternehmers implementiert wurden. Hier ist es jedenfalls denkbar, dass die Parteien nicht eine bestimmte Gesamtfunktionalität vereinbart haben, sondern nur die Erreichung eines bestimmten Teilerfolges auf dem Weg zur Herstellung der Gesamtfunktionalität.<sup>90</sup>

An eine solche Interpretation eines Vertrages sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen. Gerade der handwerkliche Laie als Besteller kann in der Regel nicht beurteilen, welche Leistung sinnvollerweise von dem einen oder anderen Unterneh-

<sup>85</sup> BGH 14.2.1974 – VII ZR 195/72, NJW 1974, 747; Kapellmann/Messerschmidt/Langen VOB/B § 13 Rn. 107; OLG Hamm 19.4.2016 – 24 U 48/15, NJW 2016, 3038.

<sup>86</sup> OLG Hamm 19.4.2016 – 24 U 48/15, NJW 2016, 3038.

<sup>87</sup> AA aber unzutreffend OLG Hamm 19.4.2016 – 24 U 48/15, NJW 2016, 3038 mit kritischer Anmerkung Steffen/Scherwitzki BauR 2016, 1815; LG Krefeld 3.8.2016 – 2 O 346/15, IBR 2017, 191.

<sup>88</sup> So aber OLG Hamm 19.4.2016 – 24 U 48/15, NJW 2016, 3038; Funke BauR 2017, 169.

<sup>89</sup> Vgl. BGH 26.4.2007 – VII ZR 210/05, NZBau 2007, 507 Rn. 23; BGH 31.8.2017 – VII ZR 5/17, BeckRS 2017, 127083.

<sup>90</sup> Ähnlich aber zu weitgehend ibrOK BauVertrR/Jurgleit Stand 15.11.2021, § 633 Rn. 71.

mer erbracht wird, in welcher zeitlichen Reihenfolge Arbeiten erfolgen und schließlich worin das Problem eigentlich liegt, wenn die Gesamtfunktionalität verfehlt wurde. Das Interesse des Bestellers besteht in aller Regel in der Herstellung der Gesamtfunktionalität und gerade nicht in dem Funktionieren des Einzelteils. Der Besteller wünscht sich eine funktionierende Heizung oder ein regensicheres Dach. Es ist normalerweise gerade nicht anzunehmen, dass ein Auftraggeber sich einen Heizkessel im Keller und eine Solaranlage auf dem Dach wünscht, ihm aber egal ist, ob er sein Haus damit (energieeffizient) beheizen kann. Die grundsätzliche Vermutung, dass ein bestimmter Erfolg vertraglich vereinbart sein soll, wird nicht allein dadurch erschüttert, dass verschiedene Leistungsteile – nicht selten willkürlich – auf verschiedene Unternehmen verteilt und nacheinander hergestellt werden. Zwar ist eine Reduzierung des Leistungsumfangs auf den konkreten Leistungsteil und damit ein Ausschluss der Haftung für eine Gesamtfunktionalität denkbar. Jedoch wird man dies nur annehmen dürfen, wenn die Parteien dies ausdrücklich regeln. Jeder anderen Interpretation steht nicht nur die Rechtsprechung des BGH entgegen, sondern vor allem auch der Gedanke der Erfolgshaftung des Werkvertragsrechts und das offenkundige – auch für den Unternehmer ersichtliche – Bedürfnis des Bestellers nach der Funktionstauglichkeit des vereinbarten Werkes als Beschaffenheit.

Bei der Auslegung des Vertrages ist schließlich auch zu berücksichtigen, dass die **31** im Bauvertrag ausdrücklich vereinbarte Leistungsverpflichtung des Unternehmers von seiner werkvertraglichen Herstellungspflicht, die dahin geht, ein nach den Vertragsumständen zweckentsprechendes und funktionstaugliches Werk zu erbringen, überlagert wird.<sup>91</sup> Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart und ist dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart nicht zu erreichen, schuldet der Unternehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit.<sup>92</sup> Hier ist es wichtig sich zu vergegenwärtigen, dass das Vorhandensein eines Mangels für sich betrachtet noch nicht bedeutet, dass der Auftragnehmer haftet, und wenn er haftet, ob er den ihm entstandenen „Schaden“ nicht liquidieren kann. Zu denken ist dabei an das Rechtsinstitut der Bedenkenhinweispflicht<sup>93</sup>, an den Gesamtschuldnerausgleich<sup>94</sup>, an die Sowsio-Kosten<sup>95</sup> und an den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter<sup>96</sup>. Zu bedenken ist stets auch der Mitverschuldenseinwand gemäß §§ 254, 278 BGB. Nach herrschender Meinung steht dem jedoch die sogenannte Vorunternehmer-Rechtsprechung des BGH entgegen.<sup>97</sup> Tatsächlich ist die dogmatische Begründung

---

<sup>91</sup> OLG Zweibrücken 3.12.2013 – 8 U 32/11, BeckRS 2013, 197572; BGH 8.11.2007 – VII ZR 183/05, NJW 2008, 511; OLG Hamburg 16.7.2020 – 8 U 61/19, NJW-RR 2021, 90.

<sup>92</sup> Vgl. BGH 29.9.2011 – VII ZR 87/11, NJW 2011, 3780; BGH 8.11.2007 – VII ZR 183/05, NJW-RR 2009, 891.

<sup>93</sup> BGH 24.2.2005 – VIII ZR 328/03; BGH 8.11.2007 – VII ZR 183/05, NJW 2008, 511.

<sup>94</sup> BGH 22.3.1984 – VII ZR 50/82, NJW 1984, 1676; BGH 27.11.2008 – VII ZR 206/06, NJW 2009, 582; Leupertz BauR 2010, 1999.

<sup>95</sup> BGH 22.3.1984 – VII ZR 50/82, NJW 1984, 1676; 13.9.2001 – VII 392/00, NJW 2002, 141.

<sup>96</sup> Vgl. hierzu ausführlich Steffen/Scherwitzki BauR 2016, 1815; aA Krause/Schroeder NZBau 2017, 402.

<sup>97</sup> BGH 27.6.1985 – VII ZR 23/84, NJW 1985, 2475; BGH 21.10.1999 – VII ZR 185/98, NJW 2000, 1336; BGH 26.10.2017 – VII ZR 16/17, NJW 2018, 544; BGH 30.1.2020 – VII ZR 33/19, NJW 2020, 1293.

der Vorunternehmer-Rechtsprechung jedoch nach der sogenannten Glasfassaden-Entscheidung des BGH<sup>98</sup> nicht mehr zwingend.<sup>99</sup>

Weitgehend ungeklärt ist die Frage, wie mit Konstellationen sich widersprechender Beschaffenheitsvereinbarungen auf der Ebene der Schlechtleistung vor und nach der Abnahme umzugehen ist (vgl. hierzu auch → Rn. 39 und → § 634 Rn. 35).<sup>100</sup>

### 3. Mangel bei nicht vereinbarter Beschaffenheit, § 633 Abs. 2 S. 2 BGB

- 32 Der „nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendungseignung“ nach § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 u. 2 kommt streng genommen kaum eine eigene Bedeutung zu. Auf die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder gewöhnliche Verwendung kann es nur ankommen, wenn nicht bereits durch Auslegung des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages feststeht, welche Beschaffenheit im Einzelnen geschuldet ist. Dabei kommt es auf die ausdrückliche Erwähnung der Beschaffenheit gerade nicht an.<sup>101</sup> Auch wenn es sich bei § 633 Abs. 2 S. 2 damit nur um einen Auffangtatbestand handeln kann, so bringt der Gesetzgeber doch durch die ausdrückliche Regelung, dass, wenn nichts anderes vereinbart ist, die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder gewöhnliche Verwendung geschuldet ist, ein gemeingültiges Verständnis zum Ausdruck, welche als Auslegungshilfe begriffen werden kann. So wird es nicht nur in der Regel dem Willen der Parteien entsprechen, dass ein zu errichtendes Bauwerk zumindest für die gewöhnliche Verwendung gebaut wird und die übliche Beschaffenheit aufweist, sondern § 633 Abs. 2 S. 2 führt auch dazu, dass, wenn die Parteien nicht ausdrücklich oder klar etwas anderes vereinbart haben, jedenfalls die nach dem Vertrag vorausgesetzte und gewöhnliche Verwendung auch bereits als vereinbarte Beschaffenheit geschuldet ist.
- 33 **a) Vorausgesetzte Verwendungseignung.** § 633 Abs. 2 S. 2 kann allenfalls dann eine eigenständige Bedeutung erlangen, wenn die Parteien ein gemeinsames Verständnis vom Verwendungszweck des Werkes haben. Dogmatisch ist die vorausgesetzte Verwendung damit gleichzusetzen mit einer Geschäftsgrundlage.<sup>102</sup>
- 34 **b) Gewöhnliche Verwendung.** Lässt sich weder eine vertragliche vereinbarte Beschaffenheit identifizieren und existiert auch kein gemeinsames Verständnis von der vorausgesetzten Verwendungseignung, muss das Werk der gewöhnlichen Verwendung genügen. Eine Verwendung ist in diesem Sinne gewöhnlich, wenn sie nach der allgemeinen Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung der allgemein zu erwartenden Gegebenheiten und durchschnittlicher Lebensverhältnisse genügt.<sup>103</sup> Auch § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 läuft in Bezug auf die gewöhnliche Verwen-

<sup>98</sup> BGH 27. 11. 2008 – VII ZR 206/06, NJW 2009, 582.

<sup>99</sup> LG Landau 30. 12. 2020 – 2 O 105/19, IBRRS 2021, 0957.

<sup>100</sup> *ibrOK BauVertrR/Jurgeleit* Stand 15. 11. 2021, § 633 Rn. 51; die Lösung von Jurgeleit, über eine ergänzende Vertragsauslegung und § 275 BGB, findet in der Rechtsprechung des BGH bisher keinen Widerhall. Tatsächlich steht die Putzsystem entscheidung des BGH dem klar entgegen, vgl. BGH, 17. 5. 1984 – VII ZR 169/82.

<sup>101</sup> Vgl. unter → Rn. 19.

<sup>102</sup> Ebenso Messerschmidt/Voit/Drossart, 2. Aufl. 2012, Rn. 46.

<sup>103</sup> *MüKoBGB/Busche*, 8. Aufl. 2020, § 633 Rn. 29; Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, 3. Aufl. 2018, § 633 Rn. 55.