

## 6 § 633 BGB (Sach- und Rechtsmangel)

*(1) Der Unternehmer hat dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.*

*(2) Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln,*

*1. wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst*

*2. für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.*

*Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringer Menge herstellt.*

*(3) Das Werk ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf das Werk keine oder nur die im Vertrag übernommenen Rechte gegen den Besteller geltend machen können.*

### 6.1 Verschaffungspflicht des Unternehmers

§ 633 Abs. 1 enthält seinem Wortlaut nach eine Verpflichtung des Unternehmers, dem Besteller das Werk zu „verschaffen“. Nach altem Recht war der Unternehmer verpflichtet, das Werk frei von Mängeln „herzustellen“. Nach der Gesetzesbegründung ist unklar, ob mit der Verwendung des Begriffes „verschaffen“ eine inhaltliche Änderung der Leistungspflicht des Unternehmers beabsichtigt ist. Dazu wird lediglich darauf hingewiesen, dass § 633 Abs. 1 der Regelung zum Kaufvertrag in § 433 Abs. 1 Satz 2 entspricht. In der Tat enthält die kaufvertragliche Regelung immer schon eine Verschaffungspflicht des Verkäufers. Diese ist dem Kaufvertrag immanent. Sie gehört dagegen nicht zu den wesentlichen Elementen des Werkvertrags. Das Werk wird nicht verschafft, sondern hergestellt. So ist es in § 631 geregelt, der unverändert geblieben ist. Es wird einstweilen davon ausgegangen werden müssen, dass sich die mangelnde Sorgfalt des Gesetzgebers bei der Anpassung des Werkvertragsrechts auch hier nachteilig ausgewirkt hat, er aber in der Sache die Leistungspflichten des Unternehmers aus § 631 Abs. 1 BGB nicht verändern wollte. Auf dieser Grundlage kann nicht angenommen werden, dass nach neuem Recht die Abnahme im Bauträgervertrag verweigert werden kann, wenn der Bauträger noch kein Eigentum verschafft hat, wie das für möglich gehalten wird (Thode, NZBau 2002, 297, 301). Abgenommen wird das Bauwerk. Die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung wird nach Kaufrecht beurteilt (Pause, NZBau 2002, 648, 652).

### 6.2 Sachmangel

Nach der sprachlich nicht klaren Bestimmung des § 633 Abs. 2 bietet das Gesetz drei Alternativen des Sachmangels. Die erste Alternative ist in § 633 Abs. 2 Satz 1 geregelt. Danach liegt ein Sachmangel vor, wenn das Werk die vereinbarte Beschaffenheit nicht hat. Die anderen beiden Alternativen betreffen ausschließlich den Fall, dass der Vertrag keine Vereinbarung zur Beschaffenheit enthält. Für diesen Fall differenziert das Gesetz danach, ob das Werk sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder für den Fall, dass nach dem Vertrag eine Verwendung nicht vorausgesetzt ist, die gewöhnliche Verwendung eignet. In letzterem Fall muss das

Werk auch die übliche Beschaffenheit haben. Diese gesetzliche Regelung entspricht der Regelung des § 434 Abs. 1 zum Kaufrecht (vgl. RegEntw. S. 498 ff). Mit ihr soll Art. 2 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umgesetzt werden. Ob dies richtig geschehen ist, ist allerdings zweifelhaft.

Artikel 2 lautet:

<b>Art. 2 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Vertragsmäßigkeit)</b>
<i>(1) Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Verbraucher dem Kaufvertrag gemäÙe Güter zu liefern.</i>
<i>(2) Es wird vermutet, dass Verbrauchsgüter vertragsgemäÙ sind, wenn sie</i>
<i>a) mit der vom Verkäufer gegebenen Beschreibung übereinstimmen und die Eigenschaften des Gutes besitzen, das der Verkäufer dem Verbraucher als Probe oder Muster vorgelegt hat;</i>
<i>b) sich für einen bestimmten vom Verbraucher angestrebten Zweck eignen, den der Verbraucher dem Verkäufer bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht hat und dem der Verkäufer zugestimmt hat;</i>
<i>c) sich für die Zwecke eignen, für die Güter der gleichen Art gewöhnlich gebraucht werden;</i>
<i>d) eine Qualität und Leistungen aufweisen, die bei Gütern der gleichen Art üblich sind und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, wenn die Beschaffenheit des Gutes und gegebenenfalls die insbesondere in der Werbung oder bei der Etikettierung gemachten öffentlichen ÄuÙerungen des Verkäufers, des Herstellers oder dessen Vertreters über die konkreten Eigenschaften des Gutes in Betracht gezogen werden.</i>
<i>(3) ...</i>
<i>(4) ...</i>
<i>(5) ...</i>

Aus Nr. 8 der Erwägungsgründe zu dieser Richtlinie geht hervor, dass diese verschiedenen Alternativen des Sachmangels „kumulativ“ gelten und ein Element nur dann ausscheidet, wenn es aufgrund der Umstände des betreffenden Falles offenkundig unanwendbar ist. Das bedeutet, dass die Regelungen über den Verwendungszweck und die Beschaffenheit grundsätzlich kumulativ anzuwenden sind, denn sie schließen sich grundsätzlich nicht aus. Während die Verwendung das funktionale Element betrifft, betrifft die Beschaffenheit das Element der Qualität und Leistungen.

Diese klare Unterteilung findet sich in der Umsetzung in den §§ 434 und 633 nicht mehr. Vielmehr stellt das Gesetz einmal nur auf die Beschaffenheit (1. Alternative), ein anderes Mal nur auf die Verwendung (2. Alternative) und ein weiteres Mal auf beides ab (3. Alternative). Man wird gespannt sein, wie dieser offensichtliche Konflikt mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gelöst wird. Die problematische Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wirkt sich auch auf die Folgeregelung des § 633 Abs. 2 in einer Weise aus, die zu erheblichen Konflikten mit den überkommenen Grundsätzen des Werkvertragsrechts führen kann. Indem die 1. Alternative allein auf die vereinbarte Beschaffenheit abstellt, scheint es bei ihr nicht darauf anzukommen, ob sich das Werk auch für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet. Danach scheint es so zu sein, dass ein Werk bereits dann fehlerfrei ist, wenn allein die nach dem Vertrag vereinbarten Leistungsschritte erfüllt worden sind, z. B. die Positionen eines Leistungsverzeichnisses abgearbeitet wurden. Das steht in krassem Widerspruch zu dem von

der Rechtsprechung für das Werkvertragsrecht entwickelten funktionalen Mangelbegriff. Danach muss ein Werk ungeachtet der Einzelheiten der Leistungsbeschreibung dem vertraglich vorausgesetzten Zweck erfüllen und funktionsgerecht sein (BGH, Urteil vom 19.1.1995 - VII ZR 131/93 = BauR 1995, 230; Urteil vom 16.7.1998 - VII ZR 350/96 = BGHZ 139, 244; Urteil vom 11.11.1999 - VII ZR 403/98 = BauR 2000, 411; Urteil vom 14.2.2001 - VII ZR 176/99 = BauR 2001, 823; BGH, Urteil vom 9. Juli 2002 - X ZR 242/99\*; Urteil vom 15.10.2002 - X ZR 69/01\*). Umgekehrt kann es für den Fall, dass eine vertragliche Beschaffenheit nicht vereinbart ist, nicht ausreichen, allein auf die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung abzustellen. Denn diese sagt nichts über die Qualitätsanforderungen, die das Werk sonst haben muss. So ist eine Vereinbarung, wonach eine Treppe gebaut werden soll, hinsichtlich der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung klar, jedoch inhaltsleer, soweit es um die Einzelheiten der Beschaffenheit geht. Hier muss ergänzend die Regelung der 3. Alternative herangezogen werden. Es wird deshalb an dieser Stelle dafür plädiert, das Gesetz richtlinienkonform auszulegen (ebenso Vorwerk, BauR 1, 4; i. E. auch Mundt, NZBau, 2003, 73, 77). Das bedeutet, dass in der 1. Alternative das Werk die vereinbarte Beschaffenheit haben muss und daneben auch für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung geeignet sein muss. Für den Fall, dass eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht getroffen worden ist, kommt es auf die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung, sonst auf die gewöhnliche Verwendung an. In beiden Fällen muss das Werk die übliche Beschaffenheit haben.

### **6.2.1 Vereinbarte Beschaffenheit als vorrangige Alternative (1. Alternative)**

In der ersten, vorrangig zu prüfenden Alternative liegt ein Sachmangel vor, wenn das Werk nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat.

#### *6.2.1.1 Subjektiver Mangelbegriff*

Der Sachmangel definiert sich demnach vorrangig danach, ob das hergestellte Werk von der vereinbarten Beschaffenheit abweicht. Entspricht die Ist-Beschaffenheit nicht der Soll-Beschaffenheit, liegt ein Sachmangel vor. Damit hat das Gesetz den subjektiven Mangelbegriff, der auch nach der alten, sprachlich noch anders lautenden Regelung des § 633 Abs. 1 BGB a. F. maßgeblich war, übernommen (vgl. Vorwerk, BauR 2003, 1, 3). Insoweit herrscht Übereinstimmung mit dem Kaufrecht. Dort ist der subjektive Fehlerbegriff als maßgeblicher Gesichtspunkt für die Mängelhaftung des Verkäufers gewählt worden, weil er von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gefordert wird. Die Begründung (RegEntw. S. 495) weist darauf hin, dass auch in anderen Rechtsordnungen es letztlich auf die Beschaffenheitsvereinbarung im Vertrag ankommt und objektive Kriterien nur insoweit heranzuziehen sind, als Vereinbarungen fehlen. Auch das einheitliche Kaufrecht (Art. 3 EKG, Art. 35 UN-Kaufrecht) verwendet den subjektiven Fehlerbegriff.

Nach der Neuregelung ist jede Abweichung von der Soll-Beschaffenheit ein Mangel. Es kommt im Gegensatz zum alten Recht nicht mehr darauf an, ob der Wert oder die Gebrauchstauglichkeit gemindert sind (vgl. dazu unten).

#### *6.2.1.2 Vertragsauslegung*

##### *Problemlage*

Die nach dem subjektiven Fehlerbegriff erforderliche Ermittlung des Vertragsinhalts bereitet in Bauverträgen häufig große Schwierigkeiten. Die Leistungsbeschreibungen in diesen Verträgen

sind immer wieder unvollständig, ungenau, nicht transparent und wenig aussagekräftig. Die mangelhafte Sorgfalt bei der Erstellung der Leistungsbeschreibungen ist die häufigste Quelle von Auseinandersetzungen in Bausachen. Dabei wird es bleiben. Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, Grundregeln für Leistungsbeschreibungen im Werkvertragsrecht aufzustellen. Ob es überhaupt möglich ist, solche Grundregeln gesetzlich festzulegen, ist ohnehin zweifelhaft (vgl. Roth, JZ 2001, 543, 545 m.w.N.).

#### *Funktionaler Mangelbegriff*

Hinzuweisen ist darauf, dass nach der Rechtsprechung mit dem so genannten subjektiven Fehlerbegriff gleichzeitig ein funktionales Verständnis von der Leistungspflicht des Unternehmers verbunden ist. Danach hat der Unternehmer ungeachtet der Vorgaben, die er durch den Besteller bekommt, ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk herzustellen (vgl. z. B. BGH, Urt. v. 11.11.1999 - VII ZR 403/98 = BauR 2000, 411; BGH, Urt. v. 14.2.2001 - VII ZR 176/99 = BauR 2001, 823; BGH, Urteil vom 9. Juli 2002 - X ZR 242/99\*; BGH, Urteil vom 15. Oktober 2002 - X ZR 69/01\*; vgl. im einzelnen Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 6. Teil, Rdn. 202 ff.). Der Unternehmer hat z. B. nicht mangelfrei geleistet, wenn er eine fehlerhafte Leistungsbeschreibung umsetzt, ohne auf die Bedenken gegen diese Leistungsbeschreibung hinzuweisen. Dieses in § 13 Nr. 3 i. V. m. § 4 Nr. 3 VOB/B verankerte Prinzip gilt auch im BGB-Vertrag.

Der Gesetzgeber hat allerdings scheinbar die Funktionalität und Zweckentsprechung der 2. Alternative in § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 zugeordnet. Dass diese Zuordnung nicht den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entspricht, ist bereits gesagt worden. Dass der Gesetzgeber an der Rechtsprechung zum funktionalen Mangelbegriff darüber hinaus nichts ändern wollte, ergibt sich daraus, dass eine Regelung, dass die anerkannten Regeln der Technik einzuhalten sind, in das Gesetz bewusst nicht aufgenommen worden ist. Davon wurde abgesehen, weil eine derartige Regelung zu dem Missverständnis führen könnte, dass der Unternehmer seine Leistungspflicht schon dann erfüllt hat, sobald die anerkannten Regeln eingehalten sind, obwohl die vertragsgemäße Beschaffenheit nicht erlangt ist (RegEntw. S. 616; kritisch dazu Sieburg, FS für Jagenburg, S. 839, 842 f.; vgl. auch BGH, Urteil vom 9. Juli 2002 - X ZR 242/99\*). Mit dieser Begründung wird klar gestellt, dass die vertragsgemäße Beschaffenheit ungeachtet etwaiger anerkannter Regeln der Technik vorrangig ist und vor allem die Funktionstauglichkeit des Werkes zum Inhalt hat. Damit ist auch klar, dass die anerkannten Regeln der Technik zur Beschaffenheitsvereinbarung, also zur 1. Mängelvariante des Gesetzes gehören und nicht erst bei der üblichen Beschaffenheit eine Rolle spielen (Sieburg, FS für Jagenburg, S. 839, 844).

#### *Irritationen durch die Einschränkung des funktionalen Mangelbegriffs in § 651*

Zu beachten ist allerdings die Regelung des § 651, die für die Herstellung beweglicher Sachen gilt. Diese Regelung verweist auf das Kaufrecht und könnte zu einer Einschränkung der Haftung des Unternehmers für funktionale Mängel auf Grund fehlerhafter Vorgaben des Bestellers führen. Nach § 651 Satz 2 findet § 442 Abs. 1 Satz 1 auch Anwendung, wenn der Mangel auf den vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen ist. Nach dem in Bezug genommenen § 442 Abs. 1 Satz 1 sind die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt. Die äußerst unklare Verweisung besagt nicht etwa, dass die Haftung des Unternehmers dann ausgeschlossen ist, wenn der Besteller bei Vertragsschluss den Mangel des Stoffes kennt. Vielmehr bedeutet sie, dass die Haftung in den Fällen ausgeschlossen ist, in denen der Mangel auf den vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen

ren ist. Diese Auslegung ergibt sich zwingend aus Artikel 2 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der unter diesen Voraussetzungen einen Mangel verneint.

Diese Regelung enthält einen gravierenden Eingriff in das bisherige Gewährleistungsrecht. Danach wird der Unternehmer, der einen gelieferten Stoff zu verarbeiten hat, nur dann von seiner Gewährleistung frei, wenn er auf Bedenken wegen der Lieferung eines ungeeigneten Stoffes hingewiesen hat. Es bleibt abzuwarten, inwieweit sich aus dieser Gesetzesänderung, die allerdings formal nur das neue, erweiterte Kaufrecht betrifft, ein allgemeiner Rechtsgedanke entwickelt, der auch das Werkvertragsrecht beeinflusst. Ob die Befreiung von der Gewährleistungspflicht in den Fällen einer fehlerhaften Stofflieferung ungeachtet der Erkennbarkeit für den Unternehmer Ausdruck einer sinnvollen Risikoabgrenzung im Werkvertrag ist (so Raiser, NZBau 2001, 598, 599; wohl auch Preussner, BauR 2002, 231, 241), scheint sehr zweifelhaft. Dagegen ist das Modell der VOB/B vorzugswürdig. Dies nimmt den Unternehmer in die Verantwortung für seine Leistung und zwar grundsätzlich ungeachtet der Vorgaben durch den Auftraggeber oder anderer. Es sieht jedoch in § 13 Nr. 3 VOB/B eine Befreiung vor, wenn der Unternehmer seiner Bedenkenhinweispflicht aus § 4 Nr. 3 VOB/B nachkommt. Damit wird die Bedenkenhinweispflicht zum Element der geschuldeten Leistung. Das ist für beide Seiten sachgerecht. Denn nur so kann die infolge fehlerhafter Stoffbereitstellung mangelhafte Leistung über die Mängelansprüche abgewickelt werden. War die Fehlerhaftigkeit der Stoffbereitstellung nicht erkennbar, haftet der Unternehmer nicht. War sie erkennbar hat der Besteller Mängelansprüche, denn das Werk ist mangelhaft. Er muss sich an Mängelbeseitigungskosten im Umfang seines Mitverschuldens wegen der fehlerhaften Stoffbereitstellung beteiligen. Der Unternehmer hat als Korrelat auch ein Nacherfüllungsrecht. Wollte man im Werkvertragsrecht dieses bewährte Muster aufgeben, würde der Unternehmer keineswegs entlastet. Vielmehr haftet er wegen der schuldhaften Verletzung seiner Bedenkenshinweispflicht nach § 241 Abs. 2 i. V. m. § 282 ohne die Möglichkeit einer Nacherfüllung, also stets auf Geldersatz. Im Übrigen würden andere Verjährungsfristen gelten, was zu einer komplizierten Vermengung der Verjährung von Mängelansprüchen und Schadensersatzansprüchen aus § 241 Abs. 2 führen würde.

Soweit Vorwerk (BauR 2003, 1, 6 ff.) meint, die Lösung über Schadensersatzansprüche entspräche dem Willen des Gesetzgebers, der keine eigenständiges Gewährleistungsrecht gewollt habe, sondern dessen Einfügung in das Recht der allgemeinen Leistungsstörungen, kann dem nicht gefolgt werden. Der Gesetzgeber hat sehr wohl ein eigenständiges Mängel/Gewährleistungsrecht gewollt, wie sich aus den Regelungen des § 633 und des § 434 ergibt. Die Weiche stellt sich in den Regelungen, die den Sachmangel beschreiben. Auch Vorwerk geht davon aus, dass der Unternehmer ein funktionsgerechtes Werk schuldet, die Herstellung eines nicht funktionierenden Werks also ein Sachmangel ist. Dann stellt sich nicht mehr die Frage, ob der Unternehmer daneben auch noch Aufklärungspflichten verletzt hat. Er haftet bereits nach Mängelrecht. Die Frage kann vielmehr, wie nach altem Recht, nur sein, ob der Unternehmer aus der Mängelhaftung entlassen werden kann, wenn er seine Bedenkenshinweispflicht erfüllt hat.

#### *Auslegungsgrundsätze*

Aus allem folgt, dass im Werkvertrag der weit überwiegende Anteil der Gewährleistungsfälle nach der ersten Alternative des § 633 Abs. 2 über den subjektiven Mangelbegriff gelöst werden müssen. Dazu können mehrere Prüfungsschritte notwendig sein:

Zunächst ist die vertraglich vereinbarte Leistung zu bestimmen. Enthält der Vertrag eine detaillierte Leistungsbeschreibung ist diese maßgebend. Soweit die Leistungsbeschreibung nicht

zu einer funktionsgerechten und zweckentsprechenden Leistung führt, liegt allerdings ungeachtet der detaillierten Leistungsbeschreibung ein Mangel vor. Denn die Funktionsgerechtigkeit und Zweckentsprechung ist jedenfalls im Regelfall dem vertraglich Vereinbarten zuzuordnen (Merl, FS für Jagenburg, S. 597, 600 f.; Siegburg, FS für Jagenburg, S. 839, 845; i. E. auch Werner/Pastor Rdn. 1457 f.). Es bedarf keiner besonderen Erwähnung, dass ein vom Besteller in Auftrag gegebenes Werk der der Bestellung zugrunde liegenden Funktion und Zweckentsprechung gerecht werden muss. Nur auf dieser Basis ist es auch weiter möglich, den Unternehmer im Falle einer Verletzung der Bedenkenshinweispflicht in die verschuldensunabhängige Gewährleistung zu nehmen. Es bleibt deshalb auch bei dem bekannten Mechanismus, dass in den Fällen, in denen ein Werk zwar detailliert, aber fehlerhaft ausgeschrieben ist, der Besteller die Sowieso-Kosten zu tragen hat und sich im Falle eines Planungsverschuldens an der Gewährleistung zu beteiligen hat.

Liegt nach dem Wortlaut keine eindeutige Beschaffenheitsvereinbarung vor, so muss versucht werden, das von den Parteien Gewollte durch Auslegung zu ermitteln. Der Werkvertrag bietet, möglicherweise anders als der Kaufvertrag, in der Regel genügend Anhaltspunkte für eine derartige Auslegung. Dabei ist vor allem maßgebend, dass der Werkvertrag ohne eine Beschaffenheitsvereinbarung in der Regel überhaupt nicht möglich ist. Für die Auslegung kann weiterhin auf die vom Bundesgerichtshof angewandten Auslegungsgrundsätze zurückgegriffen werden. Diese Auslegung wird umso bedeutungsvoller, je unklarer eine Leistungsbeschreibung ist. Gleichwohl ist es in vielen Fällen möglich unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Vertragsschlusses zu einem eindeutigen Ergebnis des Gewollten zu kommen.

### **6.2.2 Sachmangel ohne Beschaffenheitsvereinbarung**

Die anderen beiden Alternativen des § 633 Abs. 2 kommen nur in Betracht, wenn eine Vereinbarung über die Beschaffenheit nicht vorliegt. Gemeint ist allerdings, „soweit“ eine Beschaffenheit nicht vereinbart ist.

#### **Beispiel:**

Es wird eine bestimmtes Höhenmaß eines Wohnhauses vereinbart. Dagegen wird nicht vereinbart, welche Dachdeckung das Haus hat. Hinsichtlich des Höhenmaßes liegt eine Beschaffenheitsvereinbarung vor. Hinsichtlich der Dachdeckung nicht. Nur für diesen Punkt kommen die sonstigen Alternativen in Betracht.

Nach dem Gesetz kommt es dann darauf an, ob nach dem Vertrag eine Verwendung vorausgesetzt war, § 633 Abs. 2 Nr. 1 (2. Alternative). Nur wenn das nicht der Fall ist, kommt es auf die gewöhnliche Verwendung und auch nur in dieser Alternative darauf an, ob die übliche Beschaffenheit vorliegt, § 633 Abs. 2 Nr. 2 (3. Alternative). Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass diese Aufteilung nicht den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entspricht. Vielmehr ist für den Fall, dass eine Vereinbarung über die Beschaffenheit nicht vorliegt, stets auf die übliche Beschaffenheit abzustellen. Daneben muss sich das Werk entweder für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung, sonst für die gewöhnliche Verwendung eignen.

#### **6.2.2.1 Übliche Beschaffenheit**

Auf diese Weise wird die fehlende Vereinbarung über die Beschaffenheit stets durch objektive Kriterien der Beschaffenheit ersetzt. Das Werk muss in der Weise hergestellt werden, wie es bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach Art des Werkes erwarten

kann. Das entspricht annähernd der Rechtsprechung zum alten Recht (BGH, Urt. v. 5. Juli 2001 - VII ZR 399/99). Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass es in Bauvertragsachen schwierig sein kann, eine übliche Beschaffenheit ausfindig zu machen (Funke, Jahrbuch 2002, 217, 222). Allerdings betrifft das mehr gestalterische und qualitätsbezogenen Elemente als die technischen. Denn gerade diese sind weitgehend genormt.

Der Zusatz „und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann“ ist einigermaßen unverständlich (kritisch Grauvogl, Verträge am Bau, S. 430; Siegburg, FS für Jagenburg, 839, 848). Er ist auf eine Angleichung an die entsprechende Regelung des Kaufvertrages § 434 Abs. 1 Nr. 2 zurückzuführen. Diese Regelung ist wiederum auf Art. 2 Abs. 2 c) und d) der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zurückzuführen. In Umsetzung dieser Richtlinie sind die Begriffe „Qualität und Leistung“ in § 434 Abs. 1 Nr. 2 zusammengefasst worden in den Begriff „Beschaffenheit“. Welche Beschaffenheit erwartet werden kann, bestimmt sich nach dem Erwartungshorizont des Durchschnittskäufers. Dabei müssen Werbeaussagen mitberücksichtigt werden (RegEntw. S. 499). Auszugehen ist danach von der üblichen Beschaffenheit. Diese kann der Besteller in aller Regel nach der Art des Werkes auch erwarten. Inwieweit das durch Werbeaussagen beeinflusst wird, muss im Einzelfall geprüft werden.

#### 6.2.2.2 Bedeutung des Verwendungszwecks

Die Alternativen des § 633 Abs. 2 Satz 2 unterscheiden sich demnach lediglich darin, dass in dem einen Fall eine nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung vorliegt, in dem anderen nicht. Gibt es keine nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung, gilt die gewöhnliche Verwendung.

##### *Nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung*

Ob eine nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung vorliegt, ist anhand der Umstände des Vertragsschlusses und des Vertrages selbst zu ermitteln. Das Ergebnis wird beim Werkvertrag in aller Regel eine nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung sein. Auch in den Fällen, in denen keine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt, dominiert also der subjektive funktionale Mangelbegriff. Wird z. B. eine Halle gebaut, ohne dass im Detail die Ausführung festgelegt wird, kann es für die Details darauf ankommen, wie die Halle nach den vertraglichen Vereinbarungen genutzt werden soll. Steht z. B. fest, dass das Lager mit schwer beladenen Gabelstaplern befahren werden muss, was gefahrlos nur auf einem Estrich möglich ist, so kann durch diesen Verwendungszweck die Gestaltung des Bodens festgelegt sein, wenn der Pauschalvertrag dazu keine Details enthält.

##### *Gewöhnliche Verwendung*

Die Verträge, in denen der Verwendungszweck nicht vertraglich definiert ist, sind selten. Allerdings gilt das nur für die grobe Einordnung. Wird eine Lagerhalle erbaut, so steht nur der Verwendungszweck „Lagerung“ fest. Lässt sich dem Vertrag nichts Näheres entnehmen, so greift § 633 Abs. 2 Nr. 2 ein: es kommt auf die übliche Verwendung als Lager an. Gibt es in dem Vertrag keinen Hinweis auf die beabsichtigte Nutzung, kommt es für das obige Beispiel, welchen Boden die Halle haben muss, auf die übliche Verwendung an. An diesem Beispiel zeigt sich, dass es sehr schwierig sein kann, die übliche Verwendung zu ermitteln. Denn in den Fällen, in denen sich aus dem Vertrag kein Verwendungszweck ermitteln lässt, sind die Möglichkeiten der Verwendung in aller Regel so vielfältig, dass eine übliche Verwendung häufig auch nur schwer zu ermitteln ist. Das hat auch der vom BGH entschiedene Fall gezeigt, wonach bestimmte Räumlichkeiten zur Verwendung als Cafe geeignet sein sollten, es jedoch

große Schwierigkeiten bereitete, die Kriterien zu bestimmen, nach denen Räume für die gewöhnliche Verwendung als Cafe geeignet sind (vgl. BGH, Urt. v. 5. Juli 2001 - VII ZR 399/99).

### **6.2.3 Beispiel**

#### **Beispiele für den Sachmangel nach § 633 Abs. 2:**

##### *1. Fall*

Der Vertrag über die schlüsselfertige Errichtung eines Ärztehauses enthält ein Leistungsverzeichnis, in dem die Türen zwischen Behandlungszimmer und Warteraum als Eichentür mit einem bestimmten bewehrten Schalldämmmaß ausgeschrieben ist (45 dB). Der Unternehmer baut eine Eichentür mit einem Schalldämmmaß von 38 dB ein. Das ist ein Sachmangel nach der 1. Alternative, weil gegen die Beschaffenheitsvereinbarung 45 dB verstoßen wurde, § 633 Abs. 2 Satz 1.

##### *2. Fall*

Der Unternehmer baut eine Kunststofftür ein, die das ausreichende Dämmmaß hat. Das ist ebenfalls ein Fall des § 633 Abs. 2 Satz 1, weil die vereinbarte Beschaffenheit nicht eingehalten ist, denn geschuldet war eine Eichentür. Es kommt nicht darauf an, ob die Tür für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung geeignet ist.

##### *3. Fall*

Der Vertrag enthält die Verpflichtung zur Einbau einer nicht näher beschriebenen Tür, die ein Dämmmaß von 45 dB haben muss. Eingebaut wird eine Kunststofftür mit diesem Dämmmaß. Der Besteller fordert eine Eichentür. Da die Tür sonst nicht näher beschrieben ist, ist der Vertrag auszulegen. Ergibt die Auslegung keine Anforderungen an die Tür in Kunststoff oder Holz, liegt insoweit keine Beschaffenheitsvereinbarung vor. Ein Mangel nach der 1. Alternative des § 633 Abs. 2 Satz 1 liegt nicht vor. Da die Kunststofftür die vereinbarte Verwendung erfüllt, kommt auch ein Mangel nach § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 nicht in Betracht. Entscheidend ist also ob die Kunststofftür die übliche und eine Beschaffenheit aufweist, die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann. Ergibt sich insoweit die Verpflichtung zum Einbau einer Eichentür liegt ein Fehler nach § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 vor. Es ist darauf hinzuweisen, dass in diesen Fällen häufig bereits die Vertragsauslegung zu demselben Ergebnis führt. Dann liegt auch ein Fehler nach § 633 Abs. 2 Satz 1 vor.

##### *4. Fall*

Der Vertrag sieht ausdrücklich vor, dass die Eichentür so gedämmt sein muss, dass das Patientengespräch im Wartezimmer nicht hörbar ist. Es wird aber ein nicht ausreichendes Dämmmaß von 38 dB vorgegeben. Der Unternehmer baut die entsprechende Tür ein, obwohl im bewusst sein musste, dass dieses Dämmmaß nicht ausreichend ist. Die Tür ist mangelhaft, denn sie erfüllt nicht die vertraglich vereinbarte Funktion. Weil die Funktion als Beschaffenheit vereinbart ist, liegt ein Fall des § 633 Abs. 2 Satz 1 vor. Der Unternehmer muss deshalb, da er seiner Bedenkenhinweispflicht nicht nachgekommen ist, Gewähr leisten. Der Besteller muss Sowie-so-Kosten übernehmen und sich in Höhe seines Planungsverschuldens an der Gewährleistung beteiligen.



### 5. Fall

Die Beschreibung sieht überhaupt keine Beschaffenheitsvereinbarungen für die Türen vor. Klar ist jedoch, dass auch Türen zwischen Behandlungszimmer und Wartezimmer eingebaut werden. Der Unternehmer baut eine nicht besonders schallgedämmte Eichentür ein. Diese Tür entspricht nicht dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendungszweck, weil sie keine ausreichende Dämmung besitzt, § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1. Die Leistung ist deshalb mangelhaft. Dasselbe Ergebnis wird über eine Vertragsauslegung erzielt, die ergeben kann, dass alle Türen zwischen Behandlungszimmer und Wartezimmer besonders gedämmt sein müssen. Dann liegt ein Mangel nach § 633 Abs. 2 Satz 1 vor.

### 6. Fall

Der Vertrag enthält keine Beschaffenheitsvereinbarungen über die Türen. Er lässt auch nicht erkennen, wo die Türen eingebaut werden soll, weil alle Türen einheitlich ausgeschrieben sind und genaue Pläne, wo sich die Behandlungszimmer befinden, noch nicht vorhanden sind. Der Vertrag enthält auch keine Angaben über die Qualität und sonstigen Eigenschaften der Türen. Der Unternehmer baut überall Kunststofftüren ein. In diesem Fall schuldet der Unternehmer den Einbau einer Tür, die für die gewöhnliche Verwendung geeignet ist und die die übliche und eine Beschaffenheit hat, die der Besteller nach der Art des Werks erwarten kann, § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2. Ein Mangel kann deshalb nicht darin liegen, dass die Tür zwischen dem späteren Behandlungszimmer und Wartezimmer keine erhöhte Schalldämmung aufweist. Ob der Einbau der Kunststofftüren mangelhaft ist, richtet sich danach, welche übliche Beschaffenheit Türen in einem Ärztehaus haben.

## 6.2.4 Exkurs: Inhaltskontrolle der Beschaffenheitsvereinbarung

Von besonderer Bedeutung ist im Zusammenhang mit dem neuen Mangelbegriff § 307. § 307 ersetzt § 9 AGBG. Danach sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

### 6.2.4.1 Transparenzkontrolle von Leistungsvereinbarungen

Neu ist § 307 Abs. 1 Satz 2: „Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.“ Ergänzt wird das durch § 307 Abs. 3. Danach können auch solche Bestimmungen, durch die keine von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden, nach § 307 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 1 unwirksam sein.

Diese Regelung soll nach dem Willen des Gesetzgebers eine bislang bestehende Lücke bei der Umsetzung von Artikel 4 Abs. 2 und Art. 5 der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen schließen. Danach sind so genannte preisbestimmende und leistungsbestimmende Klauseln lediglich dann von der Inhaltskontrolle befreit, wenn sie „klar und verständlich“ abgefasst sind, Art. 4 Abs. 2. Dieses so genannte Transparenzgebot wurde bisher von der Rechtsprechung umgesetzt, wobei bisweilen Defizite auftauchten (zur Transparenzkontrolle im AGB-Recht, vgl. Thode, NZBau 2002, 360, 364; Roenow/Schaffelhuber, ZIP 2001, 2211 m.N. zur aktuellen Rechtsprechung und Literatur; v. Westphalen, NJW 2002, 12, 17). Nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache C-144/99 Niederlande gegen Kommission

vom 10. Mai 2001 (NJW 2001, 2244) genügt die Umsetzung einer Richtlinie durch Rechtsprechung nicht den Anforderungen.

Das Neue an dieser Regelung ist, dass die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch für Preis- und Leistungsbestimmungen sowie andere so genannte deklaratorische, von Rechtsvorschriften nicht abweichende Bestimmungen eröffnet wird. Diese Inhaltskontrolle findet gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 auch in Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher statt, wenn die vorformulierte Vertragsbedingung nur zur einmaligen Verwendung bestimmt ist und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte.

Die Inhaltskontrolle von preis- und leistungsbestimmenden Klauseln beschränkt sich nach der Regelung des § 307 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 307 Abs. 3 Satz 2 darauf, ob die Klausel durch ihre Intransparenz zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders führt (vgl. dazu Thode, NZBau 2002, 360, 365).

Die Inhaltskontrolle findet gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 auch in Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher statt, wenn die vorformulierte Vertragsbedingung nur zur einmaligen Verwendung bestimmt ist und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte. Das bedeutet, dass in einem Verbrauchervertrag, den der Unternehmer vorformuliert hat, die Leistungsbeschreibungen und Preisvereinbarungen der Transparenzkontrolle unabhängig davon unterliegen, ob die entsprechenden Klauseln mehrfach verwendet werden oder nur für diesen einen Vertrag.

#### 6.2.4.2 Auswirkungen

Die Neuregelung wird erhebliche Bedeutung in Bauverträgen erlangen. Das Transparenzgebot erfordert, dass eine Klausel für den durchschnittlichen Verbraucher verständlich ist und die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen so weit erkennbar macht, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (BGH, Urt. v. 9.5.2001 - IV ZR 121/00, ZIP 2001, 1052, 1054; Urt. v. 9.5.2001 - IV ZR 138/99 = ZIP 2001, 1061, 1062). Gefordert wird die richtige und vollständige Mitteilung der entscheidungsrelevanten Informationen. Insbesondere die Leistungsbeschreibungen von Generalunternehmern, Generalübernehmern und Bauträgern sind in vielen Punkten nicht so formuliert, dass sie dem Transparenzgebot Stand halten. Nach der Begründung (RegEntw. S. 353) ist das Gebot einer klaren, verständlichen, insbesondere nicht irreführenden Regelung bei leistungsbeschreibenden und leistungsbestimmenden Vertragsklauseln besonders wichtig. Nur wenn der Verbraucher die Preis- und Leistungsbestimmung im Einzelnen verstehen und nachvollziehen kann, hat er die Möglichkeit, eine „informierte“ Auswahl unter den verschiedenen Angeboten zu treffen. Die Informationen sollen den Verbraucher in die Lage versetzen, die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung zu beurteilen und die Angebote anderer Anbieter zu vergleichen (Thode, NZBau, 2002, 360, 363). Bedenklich sind insbesondere solche Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Bauverträgen über die schlüsselfertige Errichtung von Häusern, die in unklarer Weise versuchen, Leistungselemente aus dem Vertrag herauszunehmen, die zur Schlüsselfertigkeit gehören, wie z. B. den Erdaushub oder den Erdtransport, die Außenanlage oder Teile des Innenausbaus und des Anstrichs. Derartige Herausnahmen von Leistungsteilen aus dem Leistungskatalog müssen klar und verständlich sein. Ist das nicht der Fall, bleibt es bei der Verpflichtung zum Schlüsselfertigbau, also zur Erbringung einer funktionsgerechten und zweckentsprechenden Leistung (Pause, NZBau 2002, 648, 651). Eine Verstoß gegen das Transparenzgebot kann auch durch unzureichende Leistungsbeschreibungen in Bauträgerverträgen begründet werden (Thode,

NZBau 2002, 360, 366). Daran ändert nichts, dass der Bauträger einen Schlüsselfertigbau schuldet (so aber Pause, NZBau 2002, 648, 651). Denn die Einzelheiten sind häufig unklar, insbesondere was Qualitäten angeht. Gerade dazu benötigt der Erwerber klare Angaben, im einen fairen Preisvergleich anstellen zu können. Zu Recht wird in der Fachliteratur der Notare darauf hingewiesen, dass es Aufgabe des Notars ist, eine schwer verständliche Klausel dem juristischen Laien in der Beurkundungsverhandlung zu „übersetzen“, um sie verständlich zu machen (Brambring, DNotZ 2001, 904, 908; Wälzholz/Bülow, MittBayNot 2001, 509, 514). Das gilt nicht nur für juristisch schwer verständliche Klauseln, sondern auch für den Laien sachlich schwer verständliche Klauseln.

Das Transparenzgebot kann auch für die Gestaltung von Architekten- und Ingenieurverträgen Bedeutung erlangen. Diese zeichnen sich zurzeit dadurch aus, dass sie entweder überhaupt keine oder nur ganz unzureichende Leistungsbeschreibungen enthalten. Das gilt sowohl für die Beschreibung des Produktes als auch für die Beschreibung der Tätigkeit des Architekten. Die Regelung des § 307 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 307 Abs. 3 Satz 2 wird möglicherweise dazu beitragen, dass Architekten und Ingenieure die Leistungen so beschreiben, dass der Vertragspartner klar und verständlich darüber informiert ist, was er an Planungserfolg erwarten und an Leistungstätigkeit verlangen kann (vgl. dazu Rauch, Verträge am Bau, S. 133; Eich, BauR 2002, 1021). Dagegen bestehen keine Bedenken gegen die Transparenz der Vergütungsregelung, soweit sie auf die HOAI verweist. Der teilweise schwer zugängliche Honorarermittlungsmodus der HOAI ist nicht intransparent (a. A. Thode, NZBau 2002, 360, 366). Er ermöglicht einen fairen Preisvergleich.

Das Transparenzgebot für Preis- und Leistungsbestimmungen gilt nicht nur in Verbraucherverträgen. Es ist deshalb auch für Leistungsbeschreibungen von Verträgen maßgebend, in denen sich Unternehmer zu den Leistungen verpflichten, so z. B. Subunternehmer, die einen Auftrag vom Generalunternehmer erhalten, aber auch Generalunternehmer, die einen Auftrag z. B. von der öffentlichen Hand erhalten. Es ist deutlich, dass die Regelung des § 307 nicht ohne Auswirkung auf die Beurteilung unklarer, ungenauer, lückenhafter Leistungsbeschreibungen auch im öffentlichen Auftragswesen sein kann (vgl. Thode, NZBau 2002, 360, 366).

Welche Auswirkungen das Transparenzgebot für Leistungsbestimmungen und Preisbestimmungen rechtlich haben wird, lässt sich schwer abschätzen. Es ist jedoch deutlich, dass die Regelung des § 307 nicht ohne Auswirkung auf die Beurteilung unklarer, ungenauer, lückenhafter Leistungsbeschreibungen auch im öffentlichen Auftragswesen sein kann.

#### 6.2.4.3 Rechtsfolgen

Bei der Inhaltskontrolle von intransparenten Regelungen ist zunächst zu prüfen, ob die Intransparenz nicht durch eine dem Gegner des Verwenders freundliche Auslegung beseitigt werden kann. Gerade intransparente Regelungen eröffnen mehrere Auslegungsmöglichkeiten. Nur dann, wenn die Unwirksamkeit der Klausel wegen der Intransparenz dem Gegner des Verwenders günstig ist, kann die Nichtigkeitsfolge gerechtfertigt sein. Ansonsten führt die Anwendung des § 305 c Abs. 2 dazu, dass die dem Gegner des Verwenders günstigste Regelung gilt (vgl. Palandt/Heinrichs, 62. Aufl., § 305 c Rdn. 20). Denn nach § 305 c Abs. 2 BGB gehen Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders. Im Verbandsprozess gilt allerdings der Grundsatz der kundenfeindlichen Auslegung (vgl. dazu BGH, Urteil vom 19.11.2002 - X ZR 243/01\*: Intransparenz einer Preisanpassungsklausel).

Ist eine Leistungsbeschreibung oder Preisbestimmung unwirksam, weil sie den Gegner des Verwenders wegen des Verstoßes gegen das Transparenzgebot unangemessen benachteiligt, tritt an ihre Stelle das Gesetzesrecht, § 306 Abs. 2. Soweit, wie das jedenfalls bei Leistungsbestimmungen in der Regel der Fall sein wird, Gesetzesbestimmungen nicht herangezogen werden können, ist die Leistungsbestimmung möglichst im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung mit Inhalt zu erfüllen. Soweit das ebenfalls nicht möglich ist, bleibt es bei der Regelungslücke. Diese Rechtsfolgen dürfen jedoch nicht zu Lasten des Gegners des Verwenders gehen, weil sie sonst dem Schutzzweck der AGB-Kontrolle widersprechen würden.

In den Fällen, in denen eine ergänzende Vertragsauslegung von leistungsbestimmenden Klauseln nicht zu einem Ergebnis führt, stellt sich die Frage, ob der Vertrag aufrechterhalten bleiben kann. Nach § 306 Abs. 1 BGB bleibt der Vertrag wirksam, wenn eine Klausel unwirksam ist.

Das ist dann jedoch nicht der Fall, wenn der Gegenstand der Vertragspflichten nicht mehr hinreichend feststeht (Thode, NZBau 2002, 360, 363). Ist z. B. ein standardisiertes Leistungsverzeichnis für eine Leistung unklar und deshalb unwirksam, kann es sein, dass die Leistung auch durch eine ergänzende Vertragsauslegung nicht bestimmbar ist. Dann hat der Vertrag keinen Leistungsinhalt. Der nur auf diese Leistung bezogene Vertrag ist dann unwirksam. Betrifft die Unwirksamkeit nur einen Leistungsteil, kommt es darauf an, ob die Teilnichtigkeit des Vertrages den gesamten Vertrag erfasst. Das ist nach § 139 BGB der Fall, wenn nicht anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre. Inwieweit diese Annahme gerechtfertigt ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles, insbesondere dem Gewicht des entfallenen Vertragsteils im gesamten Vertragsgefüge ab.

Nach § 306 Abs. 3 ist der Vertrag auch dann unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde. Diese Regelung betrifft also den Fall, dass der Vertrag mit der gesetzlichen Regelung oder mit der durch die ergänzende Vertragsauslegung gefundenen Regelung aufrechterhalten werden kann, dann aber für eine Vertragspartei eine unzumutbare Härte darstellen würde. In aller Regel wird das eine unzumutbare Härte für den Verwender darstellen. Wegen des Ausnahmecharakters von § 306 Abs. 3 müssen besondere Gründe vorliegen, wenn die Vorschrift eingreifen soll. Unzumutbar kann das Festhalten am Vertrag sein, wenn infolge der Unwirksamkeit einer AGB-Klausel das Vertragsgleichgewicht grundlegend gestört ist. Erforderlich ist eine einschneidende Störung des Äquivalenzverhältnisses. Diese kann schon dann vorliegen, wenn feststeht, dass der Verwender den Vertrag ohne die Klausel nicht geschlossen hätte (vgl. z. B. BGH, Urteil vom 22. Februar 2002 - V ZR 26/01. ZIP 2002, 1252). Gegen diese Regelung werden Bedenken erhoben, weil die Richtlinie keine Ausnahme für den Fall vorsieht, dass der Fortbestand des Vertrags für eine der Vertragsparteien eine unzumutbare Härte bedeutet. Die Regelung werde nicht durch Art. 8 der Richtlinie gedeckt, weil die unzumutbare Härte und damit die Aufrechterhaltung des Vertrags in erster Linie zu Gunsten des Verwenders und zu Lasten des Verbrauchers in Betracht komme (Thode, NZBau 2002, 360, 364).

### 6.3 Zugesicherte Eigenschaften

Das Gesetz unterscheidet nicht mehr zwischen der Gewährleistungspflicht für Fehler und zugesicherte Eigenschaften. Diese Unterscheidung hat im Bauvertragsrechts, anders als im Kaufrecht, ohnehin keine besondere Rolle gespielt. Während früher im Kaufrecht Schadensersatz

nur gefordert werden konnte, wenn der Verkäufer eine Eigenschaft der Ware zugesichert oder einen Mangel arglistig verschwiegen hatte, § 463 a. F., knüpfte im Werkvertragsrecht die Schadensersatzverpflichtung auch nach altem Recht allein daran an, dass das Werk mangelhaft war, §§ 634, 635 a. F.. Es kam also regelmäßig nicht darauf an, ob der Unternehmer noch eine besondere Zusicherung gegeben hatte. Bedeutung hatte die Zusicherung in den seltenen Fällen, in denen der Wert oder die Gebrauchstauglichkeit nicht gemindert waren, denn dann konnte der Besteller gleichwohl Gewährleistungsansprüche geltend machen.

Die zugesicherten Eigenschaften sollen nun unter dem Begriff der Garantie fallen. Für ihre Einhaltung kann eine Haftung selbst durch individuelle Vereinbarung nicht ausgeschlossen werden, § 639, vgl. dort.

#### **6.4 Beeinträchtigung des Werts und der Gebrauchstauglichkeit**

Entfallen ist auch die Verknüpfung des Fehlerbegriffes mit der Beeinträchtigung des Wertes oder der Gebrauchstauglichkeit. Auch solche Mängel lösen die Gewährleistungspflicht aus, die den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit nicht beeinträchtigen.

##### **6.4.1 Grundsätzliche Probleme**

Im Hinblick darauf, dass danach jede Abweichung von der Beschaffenheitsvereinbarung als Mangel zu werten ist, werden erste Bedenken angemeldet. Denn danach könnte es sogar sein, dass auch solche Beschaffenheitsvereinbarungen als Mangel gewertet werden, die dem Besteller günstig sind.

##### **Beispiel:**

Die Putzdicke des Wärmedämmputzes beträgt statt vereinbarter 3 cm 3, 5 cm.

Es wird deshalb zutreffend versucht, diese offenbar unsinnige Ergebnis dadurch zu vermeiden, dass für die Annahme von Beschaffenheitsvereinbarungen Restriktion gefordert wird (Motzke, IBR 2001, 654; ders. in Bauträger-, Bau- und Maklervertrag, Schriftenreihe des evangelischen Siedlungswerkes in Deutschland e.V., Band 64, S. 32). Nicht jede Abweichung von einem Maß kann als Mangel angesehen werden, wenn dadurch die Funktionstauglichkeit überhaupt nicht berührt wird. Eine derartige restriktive Interpretation einer Beschaffenheitsvereinbarung ist durchaus möglich, wenn die angegebenen Maße als Zirkamaße oder je nach Sachlage als Mindest- oder Höchstmaße interpretiert werden.

##### **Beispiel:**

Der Vertrag enthält die Verpflichtung zu einem 3 cm dicken Wärmedämmputz. Das kann als Mindestmaß verstanden werden, so dass 3, 5 cm kein Mangel sind.

Das wird häufig möglich oder sogar nötig sein, jedenfalls dann, wenn die Beschaffenheitsparameter im Dienste der Verwendungseignung stehen. So können Maßvereinbarungen bereits durch die vorgegebenen Parameter an der Baustelle hinfällig werden. Es wäre unsinnig und nicht gewollt, dann bei der notwendigen Abweichung von den vorgegebenen Maßen, in jedem Fall einen Mangel anzunehmen.

Deshalb wird ein Mangel bei einer Beschaffenheitsvereinbarung nur dann angenommen werden können, wenn der Beschaffenheitsvereinbarung unabhängig von dem Verwendungszweck eigenständige Bedeutung zukommt. Inwieweit das der Fall ist, wird der Einzelfall entscheiden.