

Beweislastverteilung bei Mangel der Funktionstauglichkeit

(Rechtsanwalt Dr. Peter Hammacher, Heidelberg)

Keine Gerichtsentscheidung ist so gut formuliert, dass sie nicht dennoch missverstanden werden könnte. Die Blockheizkraftwerk-Entscheidung vom 8.11.2007¹ läuft Gefahr, als Änderung der Beweislast-Verteilung zu Lasten des Auftragnehmers verstanden zu werden. Das war nicht gewollt.

I. Sachverhalt der Entscheidung

Der Fall in Kürze: Der Kläger hatte für sein Forsthaus ein Blockheizkraftwerk(BHKW) bauen lassen und dem Beklagten den Auftrag zur Errichtung der Heizungsanlage und deren Verbindung mit dem BKHW erteilt. Die Heizkörper wurden jedoch nicht warm, weil das BHKW mangels ausreichender Stromabnahme nicht in der Lage war, den Wärme- und Warmwasserbedarf des Forsthauses zu decken.

Der BGH hat entschieden, dass das Gewerk des Auftragnehmers selbst dann mangelhaft ist, wenn er zwar alles richtig gemacht hat, trotzdem aber die vereinbarte Funktion nicht erfüllt wird, weil Vorunternehmer nicht ordentlich geleistet haben.

Der Auftragnehmer muss den Entlastungsbeis führen, dass er im Hinblick auf diese unzureichenden Vorleistungen seiner Prüfungs- und Hinweispflicht genügt hat.

II. Beurteilung der Funktionstauglichkeit anhand Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien

Ein Mangel liegt vor, wenn eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit vorliegt. Das ist der Fall, wenn schlecht geleistet wurde, das ist aber auch der Fall, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt. Das gilt unabhängig davon, ob die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben oder die anerkannten Regeln der Technik ein-

gehalten worden sind.² Die Anforderung an die Funktionalität ist dabei nicht vorrangig vor der Beschaffenheitsvereinbarung und tritt auch nicht neben sie, sondern sie ist ihr Bestandteil.³

Ausgangspunkt ist deshalb stets die Vereinbarung der Parteien zur Beschaffenheit einschließlich ihrer Absprachen zur Funktion des geschuldeten Werkes.

In der BHKW-Entscheidung stellte es der BGH als gegeben hin, dass der Auftraggeber den Auftrag erteilt hatte, "um das Forsthaus ausreichend zu beheizen und mit Warmwasser zu versorgen." Die Parteien hatten also eine Vereinbarung darüber getroffen, welche Funktion die Leistung des Auftragnehmers erfüllen sollte. Dieser Vereinbarung wurde das Werk des Auftragnehmers nicht gerecht.

Das kann in anderen Konstellationen völlig anders aussehen. Welche Beschaffenheit vereinbart war, ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei die Vereinbarung auch stillschweigend⁴ oder konkludent geschlossen werden kann.

Hätte zum Beispiel der Auftraggeber nicht den Auftrag zur Erstellung einer Heizungsanlage, sondern lediglich den Auftrag zur Verlegung von Heizungsrohren nach Verlegeplan seines Architekten erteilt, so wäre für die Auslegung der Beschaffenheitsvereinbarung von dem konkreten Gewerk, nämlich der Verlegung von Rohrleitungen auszugehen gewesen. Da keine "Anlage" bestellt war⁵, sondern nur die Verlegung von Rohren, könnte man ohne weitere Anhaltspunkte nicht davon ausgehen, dass der Auftragnehmer nach der getroffenen Vereinbarung dafür einstehen sollte, das Forsthaus zu beheizen und mit Warmwasser zu versorgen. Er muss bei Auftragserteilung nicht einmal Kenntnis davon gehabt haben, was der Auftraggeber mit den Rohren bezweckte. Dann haben die Parteien aber auch nicht vereinbart, dass der Auftragnehmer dafür einstehen soll, dass die

¹ BGH vom 8.11.2007, VII ZR 183/05 NZBau 2008,109 "Blockheizkraftwerk"

² BGH a.o. unter II.1.a) bb) (1)

³ strittig, siehe hierzu Ostendorf NZBau 2009,360

⁴ KG vom 22.08.2006 21 U 165/03, BeckRS 2008,12907

⁵ Definition einer Anlage z.B. in Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen VAwS vom 28.03.2006 § 2 Abs.1: "Anlagen sind selbständige und ortsfeste oder ortsfest benutzte Funktionseinheiten. Betrieblich verbundene unselbständige Funktionseinheiten bilden eine Anlage"

Heizkörper warm werden. Es liegt kein Funktionsmangel vor.

Bei der arbeitsteiligen Erstellung von Bauwerken kann man nicht davon ausgehen, dass ein Unternehmer über sein Gewerk hinaus für die übergreifende Funktionalität des Bauwerks einstehen will. Im Gegenteil: sein Liefer- und Leistungsumfang ergibt sich aus den ihm übergebenen Planungsunterlagen und den mit dem Auftraggeber oder seinen Bevollmächtigten getroffenen Absprachen. Das sind die Grundlagen der Beschaffensvereinbarung, deren Bewältigung traut er sich zu und diese hat er kalkuliert. Wenn darüber hinaus mehr von dem Auftragnehmer geschuldet sein soll, er insbesondere auch für Dinge einstehen soll, die seinen Liefer- und Leistungsumfang nicht unmittelbar berühren, muss sich dies deutlich niederschlagen.⁶

Der Frage, wer den Inhalt der Beschaffensvereinbarungen und die Abweichungen von diesen zu beweisen hat, kommt deshalb große Bedeutung zu.

III. Beweislast für Funktionsmangel nach Abnahme bei Auftraggeber.

In der BHKW-Entscheidung stellt der BGH einen Funktionsmangel fest; er beschäftigte sich nicht mit der Frage, wer das Vorliegen des Funktionsmangels zu beweisen hat. Die Beweislast hierfür richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen: Vor der Abnahme ist es Sache des Auftragnehmers nachzuweisen, dass er mängelfrei arbeitet, nach der Abnahme ist es Sache des Auftraggebers nachzuweisen, dass

zum Zeitpunkt der Abnahme ein Mangel vorlag⁷.

In der BHKW-Entscheidung des BGH war die Abnahme durch den Auftraggeber verweigert worden, die Beweislast lag also noch immer bei dem Auftragnehmer; der konnte sich offenbar nicht entlasten.

Wäre die Abnahme bereits erklärt gewesen, hätte der Auftraggeber den Nachweis führen müssen, dass ein Mangel, also eine negative Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit, vorlag. Hier wäre also erst einmal der Auftraggeber gefordert gewesen. Der muss alle anspruchsbegründenden Voraussetzungen beweisen⁸. Er muss darlegen und beweisen, warum er die Leistung nicht gelten lassen will.⁹ An der Darlegung der Mangelhaftigkeit des Werks und ihrer Ursächlichkeit für den Schaden fehlt es, wenn der Schaden nicht auf eine fehlerhafte Leistung des in Anspruch genommenen Auftragnehmers zurückzuführen ist, sondern ausschließlich in den Verantwortungsbereich des Auftraggebers fällt.¹⁰

Mit anderen Worten: "Der oft naheliegende Schluss von der Mangelercheinung auf eine mangelhafte Leistung des Auftragnehmers scheidet aus, wenn Auftraggeber und Auftragnehmer arbeitsteilig zusammengearbeitet haben und unsicher bleibt, wessen Leistungsbeitrag Mangelursache ist; das geht zu Lasten des beweispflichtigen Auftraggebers."¹¹

Wenn also die Heizkörper nicht warm werden, lässt sich daraus nicht automatisch auf einen

⁶ Lucenti, NJW 2008,962 ruft auf zu einer grundsätzlich restriktiven Annahme von Beschaffensvereinbarungen, insbesondere bei Leistungsbeschreibungen jeglicher Art. Ähnlich den zum alten Recht entwickelten tatbestandlichen Anforderungen an eine Eigenschaftszusicherung sollte jede potenzielle Beschaffensangabe in einem Bauvertrag erst dann zur Begründung einer Beschaffensvereinbarung führen, wenn diese in Funktion oder Optik wahrnehmbare negative Auswirkungen auf das Bauwerk haben, an die Einhaltung der Beschaffensangabe ein objektiv nachvollziehbares Interesse des Bestellers geknüpft werden kann und hierfür ein selbstständiger Einstandswille des Werkunternehmers eindeutig feststellbar ist

⁷ Beck'scher VOB-Kommentar Gan-
ten/Jagenburg/Motzke 2./2008, vor § 12 Rn 103,
104; Ingenstau/Korbion/Oppler § 12 Rn 52; BeckOK § 12 VOB/B; BGH BauR 1997, 129; BGH 11.10.2001, NJW 2002,223; Ingenstau/Korbion-
Oppler § 12 Rdn. 52, Heiermann/Riedl/Rusam-
Riedl § 12 Rdn. 15

⁸ Münchner Kommentar-Busche, 5./2009, § 634
RN 76

⁹ Beck'scher VOB-Kommentar Gan-
ten/Jagenburg/Motzke 2./2008, vor § 12 Rn 103,
104; Ingenstau/Korbion/Oppler § 12 Rn 52; BeckOK § 12 VOB/B; BGH BauR 1997, 129; BGH 11.10.2001, NJW 2002,223; Ingenstau/Korbion-
Oppler § 12 Rdn. 52, Heiermann/Riedl/Rusam-
Riedl § 12 Rdn. 15

¹⁰ BGH 08.06.2004, LNR 2004,16051

¹¹ Kapellmann/Messerschmitt VOB A und B 2./2007
VOB/B § 13 RN 44

Mangel im Gewerk des Auftragnehmers schließen.

1. Beweislast des Auftraggebers bezüglich Vorliegen einer Mangelercheinung

Bevor also das zentrale Problem der BHKW-Entscheidung überhaupt relevant wird, ob der Auftragnehmer einen Entlastungsbeweis führen kann, muss erst einmal der Auftraggeber seiner Beweislast gerecht werden.

a) Es ist Sache des Auftraggebers, zu beweisen, dass überhaupt eine Mangelercheinung vorhanden ist.

Die Symptomrechtsprechung des BGH erleichtert dem Auftraggeber lediglich die Darlegung von Mängeln, sie entlastet ihn aber nicht von seiner Beweispflicht¹². Die Rüge, "die Heizkörper werden nicht warm", genügt vielleicht zunächst um einen Mangel in der Beschaffenheit darzulegen. Legt der Auftragnehmer jedoch seinerseits dar, dass er seine Leistungen einwandfrei unter Beachtung der Regeln der Technik ausgeführt hat, muss der Auftraggeber beweisen, dass dennoch ein Mangel in der Form der Funktionsuntauglichkeit vorliegt.

Dazu muss der Auftraggeber beweisen, welche Beschaffenheit er mit dem Auftragnehmer vereinbart hatte und dass die Vereinbarung eine bestimmte Funktionalität des Gewerkes des Auftragnehmers einschloss. Hätte der BHKW-Fall nach der Abnahme gespielt, so hätte der Auftraggeber beweisen müssen, dass der Vertrag abgeschlossen wurde, "um das Forsthaus ausreichend zu beheizen und mit Warmwasser zu versorgen". Sodann hätte er beweisen müssen, dass das abgelieferte Werk diese Funktion nicht erfüllte.

Das wäre dem Auftraggeber nach den Entscheidungsgründen des BGH vielleicht geglückt; in anderen Konstellationen kann ein solcher Beweis sehr schwierig werden.

Ergibt sich aus dem Vertrag oder aus der Art, wie der Auftraggeber die zu erbringenden Teilleistungen vergeben hat, dass die Parteien nur für die von ihnen übernommene Funktionalität ihres Gewerkes einstehen sollen, kann sich der Auftraggeber nicht später beschweren, wenn

sein Gesamtbauwerk nicht die erwartete Funktion erfüllt.

Nehmen wir z.B. diesmal nicht den Ersteller der Heizungsanlage, sondern den Ersteller der Blockheizkraftwerkes. Es kann sehr gut sein, dass der Ersteller des BHKW lediglich versprochen hatte, ein BHKW nach den Angaben in seinem Katalog mit diesen und jenen Parametern zu liefern und zu montieren, aber keineswegs mit dem Versprechen, "das Forsthaus ausreichend zu beheizen und mit Warmwasser zu versorgen". Es wäre Sache des Auftraggebers nachzuweisen, dass nach den getroffenen Vereinbarungen der Ersteller des BHKW auch für diese Funktionalität seiner Lieferung und Leistung haften wollte und sollte. Es hätte einiger Mühe bedurft, um diesen Nachweis zu führen.

Die gleiche Beweisproblematik stellt sich für einen Auftraggeber, der seine Aufträge nicht nach Gewerken sondern nach Bauabschnitten vergibt: Beispiel: Der Auftraggeber will einen Flughafen bauen. Er vergibt Bauabschnitt A, Landepisten, an den A, den Bauabschnitt B, Tower, an B und den Bauabschnitt C, Abfertigungshallen, an C. Erst wenn alle Bauabschnitte den Anforderungen gerecht werden, darf der Flughafen in Betrieb gehen. Es kann C, der alles richtig gemacht hat, kein Funktionsmangel vorgeworfen werden, wenn der Flughafen aus Gründen nicht in Betrieb geht, die in den Bauabschnitten A und B liegen. Der Auftraggeber müsste beweisen, dass mit C vereinbart war, dass er auch für Funktionalität des Gesamtbauwerks einstehen sollte. Aus dieser Vereinbarung müsste sich dann auch ergeben, dass der C das Schnittstellenrisiko zwischen den Bauabschnitten zu tragen hätte, was normalerweise nicht der Fall ist. Die Koordination zwischen Bauabschnitten obliegt dem Auftraggeber und seiner Erfüllungsgehilfen.

Da für die Frage, ob eine negative Abweichung in der Funktionalität vorliegt, die Vereinbarung der Parteien maßgeblich ist, kann der Beweis des Auftraggebers dann nicht gelingen, wenn die Parteien einzelvertraglich vereinbart haben, dass der Auftragnehmer für die Funktionalität seines Gewerkes ganz oder teilweise nicht einstehen soll. Nehmen wir z.B. an, dass der Auftragnehmer mit dem Anschluss einer Heizungsanlage an ein BHKW des bestellten Typs keine Erfahrung hatte, dem Auftraggeber aber einen

¹² Ganten/Jagenburg/Motzke vor § 13 RN 138 mwN.

guten Preis für die Lieferung der Anlage und Verlegung der Heizungsrohre anbot. Wenn der Auftraggeber unter Fehleinschätzung der damit verbundenen technischen Risiken bereit war, einen Haftungsausschluss zu akzeptieren, dergestalt dass der Auftragnehmer keine Haftung für das Erreichen der von dem Auftraggeber vorgesehenen Werte für die Versorgung des Forsthauses mit Wärme und Warmwasser übernimmt: der Auftraggeber könnte keine Negativabweichung hinsichtlich der vereinbarten Funktionalität darlegen und beweisen.¹³

2. Beweislast des Auftraggebers bezüglich Kausalität der Mangelercheinung

Des Weiteren ist es Sache des Auftraggebers zu beweisen, dass eine Mangelercheinung auf die Leistung der Beklagten zurückzuführen ist.¹⁴

Einwirkungen durch den Auftraggeber oder Dritte auf sein Gewerk hat der Auftragnehmer nach der Abnahme nicht zu vertreten. Kann der Auftraggeber bei einer nach der Abnahme aufgetretenen Mangelercheinung nicht nachweisen, dass diese bereits bei der Abnahme latent vorhanden war und auf die Leistung des Auftragnehmers zurückzuführen ist, scheidet Mängelansprüche aus.

Wenn die Heizkörper nicht warm wurden, weil der Auftraggeber mittlerweile das Forsthaus durch einen Wintergarten erweitert hat, wäre dies dem Auftragnehmer nicht zuzurechnen.

Wenn das Blockheizkraftwerk erst nach Abnahme der Leistungen des Auftragnehmers erstellt wurde, und sich erst dann die Funktionsuntauglichkeit der Heizungsanlage herausstellte, hätte der Auftragnehmer diese Funktionsstörung ebenfalls nicht zu vertreten. Der Auf-

tragnehmer hat zwar dafür zu sorgen, dass seine Leistung sich an die vorhergehende Leistung anschließt, er trägt aber in der Regel keine Verantwortung für den nahtlosen Anschluss der nachfolgenden Gewerke an sein eigenes.

IV: Entlastungsbeweis des Auftragnehmers bei Vorliegen eines Funktionsmangels

Erst wenn der Auftraggeber so nachgewiesen hat, dass ein Mangel, also eine dem Gewerk des Auftragnehmers zurechenbare Negativabweichung von der getroffenen Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt, kommen die Erwägungen des BGH in der BHKW-Entscheidung zum Tragen:

Wenn der Auftragnehmer dann überzeugt ist, dass die Funktionsuntauglichkeit seines Gewerkes auf Umstände zurückzuführen ist, die in der Risikosphäre des Auftraggebers liegen, wie Mängel in der Leistungsbeschreibung, Anordnungen des Auftraggebers, beigelegte oder vom Auftraggeber vorgeschriebene Stoffe oder Bauteile, Vorleistungen eines anderen Unternehmens etc.¹⁵ dann ist es an ihm, "die Voraussetzungen für den Tatbestand darzulegen und zu beweisen, der ihn nach Treu und Glauben ausnahmsweise von der Mängelhaftung befreit."

Der BGH sieht in den Regelungen des § 13 Nr.3 und § 4 Nr.3 VOB/B Konkretisierungen von Treu und Glauben, die deshalb auch für den Bauvertrag gelten. Die Prüf- und Hinweispflicht stellt danach einen "Befreiungstatbestand" dar, eine Ausnahme von dem Grundsatz der verschuldensunabhängigen Haftung bei Vorliegen eines Mangels, und keine Verletzung einer Hinweispflicht aus § 241 II BGB.¹⁶

Der Auftragnehmer muss danach darlegen und beweisen, dass er seiner Prüf- und Hinweispflicht in den Grenzen der Zumutbarkeit nachgekommen ist; er könnte vortragen:

¹³ Anders wiederum, wenn sich die Parteien im Prinzip über die Funktionalität verständigt hätten, dabei aber eine ungeeignete Ausführungsart vereinbart hätten. Dann kämen die in der BHKW-Entscheidung beschriebenen Grundsätze voll zum Tragen.

¹⁴ OLG Hamburg 09.03.2005, BauR 2005,1339; OLG Hamburg vom 10.01.2001, BauR 2001,1749; ; OLG Koblenz 09.07.1998, IBR 2000,118; OLG Koblenz 27.11.2003, NZBau 2004,444; Ganten/Jagenburg/Motzke § 13 RN 144; Ingenstau/Korbion/Wirth VOB/B, § 13 Nr. 7 Rdn. 75 und § 13 Nr. 1, Rdn. 122; Kapellmann/Messerschmidt VOB A und B, 2./2007, § 13 RN 44

¹⁵ BGH o.a. unter Ziff. II.2. a)
¹⁶ BGH a.o. unter Ziff. II 2.a); a.A. Peters NZBau, 2008,609,611, der m.E. zu Recht in diesem Fall eine Pflichtverletzung sieht,. Dann wäre es Sache des Auftragnehmers seine Behauptung, er habe Bedenken vorgetragen, substantiiert darzutun, und Sache des Auftraggebers, den objektiven Tatbestand zu beweisen.

- Der Mangel war unter Zugrundelegung des von dem Auftragnehmer zu erwartenden Fachwissens nicht erkennbar.
- Es wurden alle Umstände, die für den Auftragnehmer als bedeutsam erkennbar waren, berücksichtigt.
- Planungsunterlagen und Vorarbeiten anderer Unternehmer wurden geprüft.
- Diesbezüglich wurden auch geeignete Erkundigungen einbezogen, ob die Planungen und Vorarbeiten eine geeignete Grundlage für das eigene Gewerk bieten.
- Es wurde geprüft, ob sie keine Eigenschaften besitzen, die den Erfolg der Arbeit in Frage stellen könnten
- Wenn dem Auftraggeber vorab bestimmte Voraussetzungen für Erbringung der eigenen Leistung mitgeteilt wurden, wurde geprüft, ob die Voraussetzungen eingehalten wurden.
- Es wurden die Voraussetzungen nicht nur mit dem Vorunternehmer besprochen, sondern im Rahmen des Zumutbaren selbständig geprüft.

Planung oder Vorgewerke zurückzuführen ist und er seiner Prüf- und Hinweispflicht in den Grenzen der Zumutbarkeit nachgekommen ist.

Rechtsanwalt Dr. Peter Hammacher war zwanzig Jahre lang Leiter von Rechtsabteilungen national und international tätiger Unternehmensgruppen der Bau- und Investitionsgüterindustrie (Stahlbau, Anlagenbau, Kraftwerksbau, Brückenbau, Gebäudetechnik). Er ist jetzt vor allem in der Konfliktprävention als Berater, Mediator und Schiedsrichter tätig. www.drhammacher.de.

V. Fazit

Die BHKW-Entscheidung des BGH darf nicht dazu verführen, vorschnell zu Lasten des Auftragnehmers einen Mangel anzunehmen und ihn zu zwingen, einen Entlastungsbeweis zu führen.

Nach der Abnahme muss zuerst der Auftraggeber nachweisen, dass überhaupt eine Mangelerscheinung vorliegt.

Wird eine Funktionsuntauglichkeit behauptet, muss der Auftraggeber nachweisen, dass der Auftragnehmer nach den getroffenen Vereinbarungen für eben diese Funktion eintreten wollte.

Er muss weiter nachweisen, dass die Funktionsuntauglichkeit bereits zum Zeitpunkt der Abnahme vorlag und nicht auf spätere Einwirkungen von ihm oder Dritten zurückzuführen ist.

Erst wenn die Funktionsuntauglichkeit bewiesen ist, muss der Auftragnehmer den Entlastungsbeweis führen, dass der Mangel auf die