



Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/a7921f46-6118-341e-b47a-5803e588fbf3>

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Dr. Paul Popescu
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2024, 1585 - 1595 (Heft 11)
Verlag	Werner Verlag

Popescu, BauR 2024, 1585

Bezahlbarer Wohnraum trotz allgemein anerkannter Regeln der Technik?



von Rechtsanwalt Dr. Paul Popescu, Köln

Der vorliegende Beitrag versteht sich als Denkanstoß zu einem gesellschaftspolitisch höchstbrisanten Thema mit einem konkreten Lösungsvorschlag für eine aus Sicht des Verfassers zwingend notwendige und längst überfällige Überarbeitung des § 633 Abs. 2 BGB. Die Abhandlung wurde vor Veröffentlichung des Referentenentwurfs des Bundesministeriums der Justiz zum *Entwurf eines Gesetzes zur zivilrechtlichen Erleichterung des Gebäudebaus (Gebäudetyp-E-Gesetz)* verfasst und setzt sich daher nicht vertieft mit diesem auseinander.

I. Einleitung

Ausgerechnet der Wohlstandsort Deutschland ist von Wohnungsmangel und unbezahlbarem Wohnraum betroffen. Unterbleibt die rechtzeitig adäquate Abhilfe entsteht ein kaum reparabler volkswirtschaftlicher Schaden. Neben den primären Ursachen temporärer Natur zählt auch das Themenfeld der allgemein anerkannten Regeln der Technik (nachfolgend auch nur „aRT“), was derzeit in unterschiedlicher Form und insbesondere auch auf höchster politischer Ebene sehr kontrovers diskutiert wird. Zu erwähnen sind diesbezüglich beispielhaft die Bestrebungen der einzelnen Länder zur Reform der jeweiligen Landesbauordnungen,² das von Leupertz im Auftrag der BID Bundesarbeitsgemeinschaft Immobilienwirtschaft Deutschland erstattete *Rechtsgutachten zu neuen Regelungskonzepten für die kostengünstige und nachhaltige Durchführung von Bauvorhaben im Bereich des Wohnungsbaus*³ und vor allem der im vorstehenden Abstrakt erwähnte Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums, der sich allerdings nur auf eine *punktuelle* Änderung i. R. d. Bauvertragstypen der §§ 650a ff. BGB beschränkt. Vorwegzunehmen ist, dass die vorerwähnten volkswirtschaftlichen Defizite nicht unmittelbar aus den aRT *als solche* resultieren. Soweit die aRT bewährte Methoden zur Realisierung bestimmter Ausführungsverfahren widerspiegeln, können sie für die Abwicklung von Werkverträgen *unverzichtbar* sein. Dies gilt insbesondere bei Fehlen ausdrücklicher Vereinbarungen der Vertragsparteien und insoweit bei Rechtsgeschäften mit Verbrauchern. Auf diese Weise kann die Einhaltung der aRT die Sicherstellung eines vom Besteller qualitativ zu erwartenden Mindeststandards gewährleisten. Insoweit lassen sich die aRT in gewisser Weise mit dem vom Schuldner nach § 243 Abs. 1 BGB einzuhaltenden Qualitätsmaßstab des allgemeinen Leistungsstörungenrechts vergleichen. Mit anderen Worten: Bestimmte Eigenschaften und Funktionalitäten des jeweils vereinbarten Werks können nur bei einer den aRT entsprechenden Ausführungsvariante verwirklicht werden. In diesem Fall liegt es auf der Hand, dass der Unternehmer im Rahmen der Werksherstellung bei sonst fehlenden Vereinbarungen auch die aRT einzuhalten hat. Problematisch sind jedoch die werkvertragliche Einordnung der aRT auf Grundlage der aktuellen Rechtsprechung des BGH im Rahmen von § 633 BGB und die daraus resultierenden Folgeschwierigkeiten. Die damit einhergehenden Defizite tragen in einem erheblichen Umfang zur beschriebenen Situation des immer mehr unbezahlbar werdenden Wohnraums bei. Losgelöst von der Thematik der aRT bedarf die Vorschrift des § 633 Abs. 2 BGB ohnehin längst der Überarbeitung.⁴ Aus den erforderlichen Anpassungen gehen wichtige Erkenntnisse im Zusammenhang mit der rechtlich zutreffenden Einordnung der aRT hervor, und zwar nicht nur für das Bauvertragsrecht gem. §§ 650a ff. BGB, sondern für das *gesamte* Werkvertragsrecht der §§ 631 ff. BGB. Sie bilden das Fundament zur Lösung der hier erörterten Problematik. Zur besseren Übersicht werden nachstehend die maßgeblichen Grundsätze des BGH zu den aRT skizziert. Anschließend werden die daraus resultierenden Defizite anhand von drei ausgewählten Beispielen verdeutlicht gefolgt von einer vorgeschlagenen Gesetzesänderung mit Erläuterungen.

II. Gegenwärtige Judikatur zu den aRT

Allgemein anerkannte Regeln der Technik sind auf mehreren Rechtsgebieten relevant, wie z.B. im Rahmen des Strafrechts gem. § 319 StGB. Eine Legaldefinition existiert allerdings nicht. Bezogen auf das Werkvertragsrecht der §§ 631; 633 ff. BGB kann beispielhaft die folgende Definition herangezogen werden:⁵

„Anerkannte Regeln der Technik sind diejenigen technischen Regeln für den Entwurf und die Ausführung baulicher Anlagen, die in der technischen Wissenschaft als theoretisch richtig erkannt sind und feststehen sowie insbesondere in dem Kreise der für die Anwendung der betreffenden Regeln maßgeblichen, nach dem neuesten Erkenntnisstand vorgebildeten Techniker durchweg bekannt und aufgrund fortdauernder praktischer Erfahrung als technisch geeignet, angemessen und notwendig anerkannt sind.“

Stark verkürzt lassen sich die aRT als in der Wissenschaft erprobten und sich in der Praxis durchgesetzten Ausführungsmethoden definieren. Es handelt sich um standardisierte Verfahren, die sich in der Vergangenheit bewährt haben.⁶ Begrifflich unterstreicht das Wort „*allgemein*“, dass sich die jeweiligen Methoden sowohl in der Wissenschaft als auch in der Praxis bewähren müssen; die gewählte Abkürzung „aRT“ dient lediglich der Vereinfachung. Von den aRT abzugrenzen ist beispielhaft der Begriff des „Stand der Technik“. Damit ist das gegenwärtig technisch höchstmöglich Ausführbare gemeint, unabhängig davon, ob es sich in der Praxis bewährt und durchgesetzt hat. Ein auch hierüber hinausgehender Standard wird durch den Begriff des „Stand von Wissenschaft und Technik“ beschrieben, welcher von zusätzlichen wissenschaftlichen Erkenntnissen geprägt ist, die über die aktuellen technischen Möglichkeiten hinausgehen können und damit die Anforderungen weiter nach oben verschieben.

1. Konkludente Beschaffenheitsvereinbarung

Bereits zu der vor dem 01.01.2002 geltenden Rechtslage war der BGH der Auffassung, dass der Unternehmer üblicherweise bei Vertragsschluss und dem Fehlen anderslautender Vereinbarungen *stillschweigend* die Einhaltung der aRT⁷ zusichere. Der Gesetzgeber der zum 01.01.2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsreform hat die explizite Erwähnung der aRT in § 633 BGB mit folgender Begründung abgelehnt:

„Erwogen, im Ergebnis aber verworfen worden ist der Vorschlag von Weyers (Gutachten Bd. III S. 281), in die Vorschrift eine ausdrückliche Regelung des Inhalts einzustellen, dass grundsätzlich die anerkannten Regeln der



Technik einzuhalten sein sollen. Dass, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist, die anerkannten Regeln der Technik einzuhalten sind, ist nicht zweifelhaft. Eine ausdrückliche Erwähnung bringt deshalb keinen Nutzen. Sie könnte andererseits zu dem Missverständnis verleiten, dass der Werkunternehmer seine Leistungspflicht schon dann erfüllt hat, sobald nur diese Regeln eingehalten sind, auch wenn das Werk dadurch nicht die

vertragsgemäße Beschaffenheit erlangt hat. Eine solche Risikoverteilung wäre nicht sachgerecht. Das Risiko, dass sich die anerkannten Regeln der Technik als unzulänglich erweisen, muss der sachnähere Werkunternehmer tragen, nicht der Besteller.“

Der BGH hat an seiner Rechtsprechung auch für das ab dem 01.01.2002 geltende Schuldrecht festgehalten; die vorerwähnte konkludente Vereinbarung präzisiert er dahin, dass sich das Leistungsversprechen des Unternehmers sowohl beim VOB/B- als auch beim BGB-Bauvertrag auf den Stand der aRT zum Zeitpunkt der Abnahme beziehe.⁸ Im Regelfall gelte dies – so der BGH – auch bei einer Änderung der aRT zwischen Vertragsschluss und Abnahme ungeachtet der Frage eines etwaigen Mehrvergütungsanspruchs des Unternehmers. Insoweit habe der Unternehmer den Besteller über die Änderung und über die damit verbundenen Konsequenzen und Risiken für die Bauausführung zu informieren, es sei denn, diese seien dem Besteller bekannt oder würden sich ohne Weiteres aus den Umständen ergeben.⁹ Die Rechtsprechung des BGH hat zur Folge, dass die aRT unmittelbar in den Tatbestand der Beschaffenheitsvereinbarung nach § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB zu verorten sind.

2. Werkmangel ungeachtet Gebrauchsbeeinträchtigung

Nach der vorskizzierten Rspr. des BGH liege regelmäßig ein Werkmangel i.S.v. § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB vor, wenn die Werkleistung nicht den zum Zeitpunkt der Abnahme geltenden aRT entspreche.¹⁰ Insoweit entstehe der Mangel bereits durch die Nichteinhaltung der aRT als solche, ohne dass es darauf ankomme, ob der Verstoß auch zu einer Gebrauchsbeeinträchtigung oder gar zu einem Schaden führe.¹¹ Losgelöst hiervon sei ein Werk allerdings auch dann mangelhaft, wenn es zwar die aRT erfülle, gleichwohl aber nicht die sonstigen vertraglich vereinbarten Beschaffenheiten aufweise oder in sonstiger Weise nicht funktionstauglich sei.¹² Wegen der Verschuldensunabhängigkeit der werkvertraglichen Erfolgshaftung des Unternehmers soll die von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit abweichende Leistung zudem auch dann mangelhaft sein, wenn dem Unternehmer kein Verschulden träfe, etwa weil die Ausführung den für diese Zeit geltenden aRT entspreche oder weil der



Unternehmer nach allgemeinem Fachwissen auf Herstellerangaben und sonstige Informationen hätte vertrauen können.¹³

3. Hohe Anforderungen an Enthftung

Eine Abweichung von den aRT setzt nach der vorskizzierten Rechtsprechung des BGH ein Einverständnis des Bestellers auf Basis eines vorangehenden deutlichen Hinweises des Unternehmers über die beabsichtigte Divergenz von den jeweiligen aRT und über die Folgen einer solchen Bauweise bezogen auf die Qualität¹⁴ voraus; mit anderen Worten bedarf es einer *rechtsgeschäftlichen Modifizierung*¹⁵ des anfänglich vereinbarten Werkerfolgs, zumal die aRT nach der Rspr. des BGH, wie erwähnt, unmittelbarer Gegenstand einer konkludenten Beschaffensvereinbarung gem. § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB bilden.

4. Widerlegbare Vermutung für den Stand der aRT

Übergeordnete Bedeutung für die Praxis und insbesondere für die hier in Rede stehende Thematik hat die Rspr. des BGH zu der widerlegbaren Vermutungswirkung bestimmter Regelwerke. Diesbezüglich stellt der BGH zunächst klar, dass Vorschriften des Deutschen Instituts für Normungen e.V. (im Folgenden auch nur „DIN“) lediglich „private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter“¹⁶ darstellen, weil es ihnen an der für die Annahme einer Rechtsnorm notwendigen Allgemeinverbindlichkeit, für die eines amtlichen Erlasses oder einer Bekanntmachung an dem Erfordernis der Herkunft aus einem Amt mangelt;¹⁷ unter einem Amt in diesem Sinne ist jede mit Verwaltungskompetenzen und Hoheitsbefugnissen betraute Behörde oder beliehene Institution zu verstehen.¹⁸ Ein eingetragener Verein oder eine sonstige juristische Person des Privatrechts erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Allerdings erlangen DIN-Normen ausnahmsweise in den Fällen Rechtsnormqualität, in denen eine Rechtsvorschrift ihre Einhaltung vorgibt,¹⁹ was beispielhaft für einschlägige Gesetze der Landesbauordnungen gilt.²⁰ In einem solchen Fall hat der Adressat der jeweiligen Rechtsnorm die aRT einzuhalten.

Erheblicher ins Gewicht fällt jedoch die Auffassung des BGH, wonach DIN-Vorschriften die *widerlegbare Vermutung* in sich tragen würden, die aRT widerzuspiegeln.²¹ Dabei schließt der BGH nicht aus, dass DIN-Vorschriften im Einzelfall hinter den aRT zurückbleiben können,²² zumal „technische Entwicklung und wissenschaftliche Erkenntnis in einem ständigen Wandel begriffen“ seien.²³ Zudem bekräftigt der BGH, dass die in der Praxis vorherrschenden „*ungeschriebenen*“ anerkannten Regeln der Technik rechtlich genauso maßgeblich

wie eine geschriebene Regel seien.²⁴ In seinem sog. „Schallschutz-Urteil“ vom 14.06.2017²⁵ hat der BGH zwar die widerlegbare Vermutungswirkung von DIN-Vorschriften nicht explizit wie in den vorangehenden Entscheidungen bekräftigt; vielmehr führte er lediglich aus, dass diese Normen die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben oder hinter diesen zurückbleiben könnten, zumal die Anforderungen an den Schallschutz einer dynamischen Veränderung unterlägen. Dem Urteil vom 14.06.2017 lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass der BGH seine vorangehende Judikatur aufgeben wollte.

Das OLG Düsseldorf sowie ein Teil der Lehre stehen der beschriebenen Vermutungswirkung kritisch gegenüber. Danach sei es bereits dogmatisch kaum zu rechtfertigen, auch solchen DIN-Normen, die ihrer Bestimmung nach ausdrücklich erst der Etablierung bestimmter Regeln der Technik dienen sollen, eine Vermutungswirkung für *schon geltende* aRT zuzusprechen.²⁶

III. Bezahlbarem Wohnraum entgegenstehende Rechtslage

Die gegenwärtige Rechtslage auf Basis der vorskizzierten Rechtsprechung hebt die facettenreichen Möglichkeiten einer technisch und ökonomisch sinnvollen Werkausführung, insbesondere im Baubereich, weitestgehend aus. Auf diese Weise wird Wohnraum für die Breite der Gesellschaft immer mehr unbezahlbar. Die grundsätzliche Problematik wird nachfolgend anhand von drei der wichtigsten und insoweit lediglich *exemplarisch* dienenden Themenkreisen verdeutlicht.

1. Verhinderung effizienten Bauens

Die tragende Hauptsäule der defizitären Lage ist in der Fiktion²⁷ der aRT als konkludente Beschaffenheitsvereinbarung i.S.v. § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB zu sehen; sie ist der Flaschenhals für eine Vielzahl daraus entspringender Folgeprobleme; das gilt, wie bereits in der Einleitung erwähnt, nicht nur singular für Bauverträge gem. §§ 650a ff. BGB, sondern für das *gesamte* Werkvertragsrecht der §§ 631 ff. BGB. Dies betrifft vornehmlich die grundsätzlich uneingeschränkte Mängelhaftung des Unternehmers bei Abweichung von den aRT, die damit verbundenen Voraussetzungen einer Enthftung und die sonst nicht bestehende Möglichkeit, die Werkerfolgsherbeiführung trotz Nichtbeachtung der aRT nachweisen zu können. Die daraus resultierende Botschaft ist vor allem rechtspolitisch verheerend: Wer sich redlich um ein technisch und ökonomisch auf die persönlichen Bedürfnisse des Bestellers sowie die eigenspezifischen Besonderheiten des Werks zugeschnittenes Ausführungskonzept in Abweichung von den aRT bemüht, geht ein enormes und praktisch *kaum überwindbares* Haftungsrisiko ein. Wie in Abschnitt II.3 geschildert, setzt eine derartige Enthftung im Ergebnis eine



Vertragsänderung auf Basis einer umfassenden Aufklärung des Bestellers voraus, die einen deutlichen Hinweis des Unternehmers über die beabsichtigte Abweichung von den jeweiligen aRT und über die Folgen einer solchen Bauweise bezogen auf die Qualität²⁸ erfordert. Äußerst riskant sind diese Voraussetzungen für den planenden Unternehmer, weil er zur Erfüllung der Aufklärungspflicht alle in Betracht kommenden aRT, von welchen abgewichen werden soll, benennen muss. Bei der in der Praxis kaum noch überschaubaren Vielzahl der derzeit geltenden aRT ist diese Anforderung letztlich faktisch nicht erfüllbar. Sachkundige Optimierungsprozesse mit nicht unerheblichen Einsparpotentialen werden somit ohne ersichtlichen Rechtfertigungsgrund drastisch eingeschränkt.

2. Interessengeleitete Normen

Verstärkt wird das Problem durch das Judikat des BGH, wonach Privatinormen mit Empfehlungscharakter, insbesondere in Form von DIN-Vorschriften, die widerlegbare Vermutung in sich tragen würden, die aRT widerzuspiegeln. Dieses Postulat ist geradezu ein Türöffner für finanzstarke Wirtschaftsvertreter, unter Verschleierung ihrer Identität und mit dem wahren Ziel der Durchsetzung eigener pekuniärer Interessen technisch zweifelhafte Vorschriften unter dem Deckmantel der aRT zu erlassen. Eine Legitimation für die Annahme, Privatinormen mit Empfehlungscharakter würden die widerlegbare Vermutung der aRT in sich tragen, existiert sowohl im Allgemeinen als auch im Besonderen nicht.²⁹ Derartige privatrechtliche Vorschriften können hinter den anerkannten Regeln zurückbleiben (so auch der BGH, s.o. II.4) oder diese auch in ihren Anforderungen *übertreffen*. Mehr noch: Im Einzelfall erscheint die technische Notwendigkeit und vor allem die ökonomische Sinnhaftigkeit der aus den empfohlenen Regelwerken jeweils resultierenden Ausführungsvorgaben selbst für den Fachkundigen mehr als zweifelhaft; insoweit kann nicht ernsthaft angenommen werden, dass solche fachtechnisch dubiose Normen die widerlegbare Vermutung der aRT in sich tragen. In einer durchaus beachtlichen, wenngleich teilweise von einer medial überspitzten Dramaturgie getragenen Fernsehreportage der Reihe SWR Story vom 16.04.2024 unter dem Titel „Viele Normen – teure Wohnungen“³⁰ wurde die geschilderte Problematik sehr plastisch veranschaulicht: Zahlreiche DIN-Vorschriften sind aus *fachlicher* Sicht schlichtweg nicht erforderlich. Dies gilt beispielhaft für die Dimensionierung von Betonstahlstützen oder für die Anzahl der in einer Wohnküche einzubauenden Elektrosteckdosen. Die Folgen sind desaströs: „Die Baukosten laufen aus dem Ruder und Mieten steigen in astronomische Höhen“.³¹ Der Grund dieser Empfehlungen liegt auf der Hand: Die die jeweiligen DIN-Vorschriften erlassenden Arbeitsausschüsse sind teilweise überproportional von Vertretern der Wirtschaft besetzt; sie verfolgen die Durchsetzung eigener wirtschaftlicher Interessen und nicht die Zielvorgaben des zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem DIN geschlossenen „Normenvertrag“,³² die darin bestehen, die im öffentlichen Interesse liegende *bau technisch* sinnvolle Lösung herauszuarbeiten. Die beschriebenen Defizite werden vor allem erst dadurch zum Problem, dass die monetär erwerbbar Mitgliedschaft in die DIN-Ausschüsse vom DIN geheim gehalten wird. Mit anderen Worten wird die Identität der die jeweiligen Normen ausarbeitenden Urheber verschleiert. So konnte durch Unterstützung aus der Politik z.B. festgestellt



werden, dass die Ausschüsse im Bereich Elektroausstattung oder Schallschutz mit bis zu 83 % Anteilen aus der Wirtschaft besetzt sind.

3. An Vorschriften orientierte Sachverständige

Dessen ungeachtet löst das Postulat widerlegbarer Vermutungswirkung privatrechtlicher Normen mit Empfehlungscharakter ein falsches Signal an die betroffenen Fachbranchen und trägt insbesondere zu einer erheblichen Verunsicherung der vor allem gerichtlich sowie öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen bei. Das beschriebene Defizit zweifelhafter Normen wird in die unmittelbare (Gerichts-)Praxis getragen und dort weithin perpetuiert. Insofern verwundert es nicht, dass Sachverständige die Antwort auf die Frage nach den im Einzelfall einschlägigen aRT vielfach in verschriftlichten Normen suchen und sich mit der Terminologie und der Tragweite der aRT nicht vertieft auseinandersetzen. Allgemein anerkannte Regeln der Technik definieren sich durch einen fortwährenden Entwicklungsprozess in Wissenschaft und Praxis von nicht unwesentlicher Zeitdauer. Daher müssen die maßgeblichen Ereignisse sowie Fortschritte dieser Entwicklung und nicht eine kodifizierte Norm als solche im Fokus des sich auf dem jeweiligen Fachgebiet spezialisierter Experten stehen. Die Beurteilung der in einem konkreten Einzelfall geltenden aRT stellt im Ergebnis eine *Rechtsfrage* dar, deren Beantwortung ausschließlich dem Gericht auf Basis der zugrundeliegenden Tatsachenfeststellungen vorbehalten ist. In diesem Rahmen kann die Frage nach den einschlägigen aRT vom Gericht indes regelmäßig nur mit Hilfe sachverständiger Beratung beantwortet werden.³³ Lediglich bei Vorliegen eigener Sachkunde darf das Gericht von der Einholung eines Sachverständigengutachtens absehen, was voraussetzt, dass die Sachkunde des Gerichts den Parteien vor der Entscheidung bekannt gemacht und zudem im Urteil im Einzelnen offenbart und erläutert wird.³⁴

IV. Notwendige Gesetzesänderung als Lösung

Die geschilderte Problematik lässt sich im Ergebnis nur durch eine gesetzliche Anpassung adäquat lösen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Vorschrift des § 633 BGB mit Blick auf die aus § 631 BGB resultierende werkvertragliche Funktionalitätshaftung ohnehin, d.h. losgelöst von der hier diskutierten Thematik, der Überarbeitung bedarf.³⁵ Dies berücksichtigt der aktuelle Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums leider nicht, obgleich der Gesetzgeber mit der „Schuldrechtsreform 2022“ vom 10.08.2021³⁶ bereits den für das Kaufrecht geltenden Sachmangelbegriff des § 434 BGB a. F., nach dessen Abbild letztlich § 633 BGB geschaffen wurde,³⁷ überarbeitet hat. Die seit langem erforderliche Überarbeitung des § 633 BGB liefert wichtige Erkenntnisse im Zusammenhang mit der hier erörterten Thematik betreffend die aRT. Der Gesetzgeber hätte somit jetzt Gelegenheit, beide Gesichtspunkte in einem Zug zu erledigen. Hervorzuheben ist, dass an dieser Stelle bereits aus Platzgründen nicht auf eventuell ebenfalls erforderliche Novellierungen der einzelnen Landesbauordnungen eingegangen wird. Nachstehend befindet sich eine Synopse mit der aktuellen Fassung des § 633 Abs. 2 BGB in der linken Spalte und der vorgeschlagenen Gesetzesänderung in der rechten Spalte. Die Änderungsvorschläge in



der rechten Spalte sind im Einzelnen durch Kursivschrift hervorgehoben. Die daraus ersichtlichen Gesetzesergänzungen bezogen auf die hier in Rede stehende Thematik der aRT sind naturgemäß nicht mit der Schärfe eines druckreif erstellten Gesetzentwurfs verfasst.

§ 633 Abs. 2 BGB (aktuelle Fassung)	§ 633 Abs. 2 BGB (Reformvorschlag)
<p>Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln,</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <ul style="list-style-type: none"> . wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst 2. <ul style="list-style-type: none"> . 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. 	<p>Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <ul style="list-style-type: none"> . die vereinbarte Beschaffenheit hat <i>und es sich</i> 2. <ul style="list-style-type: none"> . für die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder für die gewöhnliche Verwendung eignet <i>und</i> 3. <ul style="list-style-type: none"> . eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann. <i>Soweit nicht anders vereinbart,</i>
<p>Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringer Menge herstellt.</p>	<ul style="list-style-type: none"> . <i>hat der Unternehmer auch die allgemein anerkannten Regeln der Technik einzuhalten. Es wird vermutet, dass eine Vorschrift des Deutschen Instituts für Normung e.V. oder eines anderen mit diesem Verein vergleichbaren Drittens die allgemein anerkannten Regeln der Technik widerspiegelt, wenn die Gesamtzahl der Mitglieder des die jeweilige Vorschrift erarbeitenden Ausschusses nicht mehr als 50 % aus Vertretern der Wirtschaft besteht und wenn die aus der Vorschrift resultierende Ausführung sich in der Praxis etabliert hat. Weicht der Unternehmer von den allgemein anerkannten Regeln der Technik nach der vorstehenden Regelung des Satz 2 ab, liegt kein Mangel vor, soweit er den nach § 633 Abs. 1 geschuldeten Werkerfolg erfüllt. Ist der Besteller ein Verbraucher gilt dies nur, soweit</i>



	<p><i>ihn der Unternehmer bei Vertragsschluss über den Inhalt und Bedeutung der allgemein anerkannten Regeln der Technik, von der abgewichen werden soll, und über die Folgen dieser Abweichung hingewiesen hat.</i></p> <p>Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringer Menge herstellt.</p>
--	---

Die vorgeschlagene Gesetzesänderung begründet sich im Einzelnen wie folgt:

1. Anpassung § 633 BGB an Funktionalitätshaftung

Nach der *Lesart* des aktuellen § 633 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB stehen die einzelnen Tatbestände der Vorschrift in einem Über- und Unterordnungsverhältnis zueinander; insoweit schließt ein höherrangiges Merkmal ein untergeordnetes Kriterium aus. Dieses vermeintliche Rangverhältnis wird der werkvertraglichen Funktionalitätshaftung des Unternehmers gem. § 631 BGB jedoch nicht gerecht. Vielmehr müssen für die Mangelfreiheit des Werks die einzelnen Tatbestände des § 633 Abs. 2 BGB stets *kumulativ* in der in der rechten Spalte der vorstehenden Synopse ersichtlichen Form vorliegen.

a) Erkenntnisgrundlage anhand Beispielfall

Dies wird anhand des folgenden Beispielfalls verdeutlicht:

Die Parteien eines Bauträgervertrags über die Sanierung eines ursprünglich Ende des 19. Jahrhunderts errichteten Altbaus haben keine bestimmte Vereinbarung über die Reichweite der Errichtungspflicht des



Unternehmers nach §§ 650u; 631 BGB und insbesondere über den damit verbundenen Qualitäts- und Komfortstandard getroffen. Hinsichtlich des Bodenaufbaus sieht die Baubeschreibung vor, dass der bestehende Holzdielenboden im EG geschliffen und neu lackiert wird. Hingegen wird der Holzdielenboden im 1. OG wegen seines maroden und nicht mehr zu erhaltenden Zustands entfernt; dieser Bodenaufbau wird durch einen Zementestrich mit Trittschalldämmung sowie einem darauf zu verlegenden Parkett der Herstellerfirma „xy“ ersetzt. Weitere Angaben zum Bodenaufbau beinhaltet die gesamte Baubeschreibung nicht. Der Altbau soll nach den Absprachen der Parteien zu Wohnzwecken dienen. Der Bauträger richtet die Böden exakt nach den Vorgaben der Baubeschreibung. Nach Gesamtfertigstellung des Bauvorhabens knarzen sowohl der neu lackierte Holzdielenboden im EG als auch das neu verlegte Parkett im 1. OG. Insoweit stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit das Knarzen des jeweiligen Bodens einen Mangel darstellt.

Die Antwort auf die Frage beurteilt sich im Ausgangspunkt übergeordnet sowie losgelöst von den einzelnen Kriterien des § 633 Abs. 2 BGB grundsätzlich nach der gegebenenfalls gem. §§ 133, 157 BGB auszulegenden Parteiabrede. Insoweit ist zu ermitteln, ob dem Erwerber nach den vertraglichen Vereinbarungen ein komplett zu sanierender Altbau dahingehend versprochen wurde, dass er erwarten kann, ein Gebäude zu erhalten, in dem kein Boden knarzt. Träfe dies zu, wären sowohl der Boden im EG als auch derjenige im 1. OG mangelhaft; auf die Beschreibung der Beschaffenheiten des Bodens und deren Üblichkeit käme es insoweit nicht an. In diesem Rahmen ist der Vertrag stets „als sinnvolles Ganzes“³⁸ unter Ausschöpfung aller hierzu zur Verfügung stehenden Mittel³⁹ auszulegen, wozu *insbesondere* die Verhältnisse des Bauwerks aber auch die einvernehmliche Praxis der Parteien nach Vertragsschluss⁴⁰ zählen können.

Da die Parteien des vorstehenden Beispielfalls keine konkrete Vereinbarung über die Reichweite der Sanierungspflicht des Bauträgers und über den damit einhergehenden, vom Besteller zu erwartenden Qualitäts- und Komfortstandard getroffen haben, lässt sich daraus die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit die Böden knarzen dürfen, nicht direkt beantworten. Dementsprechend sind für die Beurteilung der Mangelbegriff des § 633 Abs. 2 BGB und die dazugehörigen Kriterien maßgebend: Mit der Baubeschreibung liegt eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB hinsichtlich des Bodenaufbaus vor. Nähme man § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB beim Wort, wäre ein Mangel *insgesamt* zu verneinen, weil der Bauträger die Vorgaben der



Baubeschreibung als solche „abgearbeitet“ und dementsprechend erfüllt hat.⁴¹ Dieses Ergebnis kann jedenfalls für den Boden im 1. OG nicht richtig sein, weil es sich um einen neu hergestellten Boden handelt, der insoweit *üblicherweise* nicht knarzen darf (dazu sogleich mehr). Bereits daraus wird erkennbar, dass es bei der Beurteilung eines Mangels selbst bei Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung in aller Regel auch auf das in § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 verankerte Tatbestandskriterium der „üblichen“ Beschaffenheit ankommt. Das gleiche gilt auch in Bezug auf eine etwaig vorliegende Verwendungszweckvereinbarung i.S.d. § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BGB, weil dieser Tatbestand als solcher keine abschließende bzw. ausreichende Beurteilungsgrundlage hinsichtlich des (Nicht-)Vorliegens eines Mangels beinhaltet. Im Beispielfall ist die Verwendung des Altbaus zu Wohnzwecken bestimmt. Der Verwendungszweck kann nicht unterschiedlich dahingehend beurteilt werden, dass der Mangel einerseits bejaht und andererseits verneint wird. Der jeweilige Zweck (Wohnen) ist stets derselbe; er bleibt unverändert und kann im Einzelnen keine Antwort auf die Frage liefern, welche Eigenschaften das Werk konkret aufzuweisen hat. Oder, bezogen auf den Beispielfall auch anders ausgedrückt: Wohnen lässt sich im Einzelfall sowohl mit einem knarzenden als auch mit einem nicht knarzenden Boden. Anders liegen die Dinge hingegen hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals des § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 a.E. BGB. Das Kriterium ist diesbezüglich sehr trefflich und präzise formuliert: Eine „Beschaffenheit, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann“. Bei einem im Kern in seinem ursprünglichen Bauzustand belassenen Boden eines Altbaus kann der Besteller des vorstehenden Beispielfalls nicht eine Ausführung nach den aktuell geltenden Standards erwarten. Es ist *üblich*, dass der Boden eines aus dem Ende des 19. Jahrhunderts stammenden Altbaus knarzt. Anders verhält es sich beim neu verlegten Parkett im 1. OG. Der Besteller kann durchaus erwarten, dass das neu verlegte Parkett nicht knarzt.

b) Konsequenzen für aRT

Daraus folgt, dass die aRT bei fehlender Vereinbarung der Parteien allenfalls i.R.d. üblichen Beschaffenheit gem. § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB und insoweit nur dort von Bedeutung sind, wo sie zur Herbeiführung des Werkerfolgs *unverzichtbar* sind. Exemplarisch lässt sich dieser Aspekt anhand der Funktionalitätshaftung des Unternehmers des vorstehenden Beispielfalls in Bezug auf die von ihm nach der Baubeschreibung ordnungsgemäß vorzunehmenden Lackierung des Holzdielenbodens im EG des Altbaus verdeutlichen: Der Besteller kann z.B. trotz des zugrundeliegenden alten Holzbodens üblicherweise erwarten, dass der angebrachte Lack sich nicht beim gewöhnlichen Abwischen des Bodens mit Wasser abträgt, oder sonst nicht von sich aus abplatzt, Risse aufweist, zu Wölbungen oder Blasenbildungen neigt etc. Soweit sich diese Funktionalität nur durch eine den aRT entsprechende Ausführungsweise realisieren lässt, schuldet der Unternehmer im Ausgangspunkt auch die Einhaltung dieser aRT. Dieser anhand der exemplarisch gebildeten Fallkonstellation veranschaulichter Grundsatz lässt sich im Ergebnis auf die kleinste vom jeweiligen Unternehmer herzustellende Einheit eines jeden Werks übertragen.



2. Konkludente Beschaffenheitsvereinbarung beruht auf Fiktionen

In Erwägung all dessen sind die aRT nicht in die Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB, sondern in den Tatbestand der üblichen Beschaffenheit nach § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB zu verorten. Die gegenteilige Auffassung des BGH, wonach der Unternehmer bei Vertragsschluss stets auch die Einhaltung der aRT stillschweigend zusichere, ist dogmatisch nicht richtig. Sie beruht auf einer *Fiktion* von in Wahrheit nicht vorliegenden Willenserklärungen der Parteien. In aller Regel bilden die aRT zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Willensbildungen und Willensbekundungen der Parteien. Dies gilt erst recht hinsichtlich eines fachkundigen Bestellers und allen voran für Verbraucher, welchen im Regelfall nicht einmal die Begrifflichkeit der aRT geläufig ist. Was unbekannt ist, kann auch nicht zum Inhalt einer privatautonomen Willenserklärung deklariert werden. Richtig ist allerdings, dass sowohl der Besteller als auch der sich redlich verhaltende Unternehmer aus der juristischen Laiensphäre heraus betrachtet stets die Realisierung eines „funktionierenden“ Werks erwarten.⁴² Dieser Gesichtspunkt kann, wie dargestellt, soweit erforderlich, auch die Einhaltung der aRT umschließen. Insoweit betrifft der Aspekt der aRT allerdings nur den Tatbestand der *allgemeinen Erwartungshaltung* der Parteien *außerhalb* der *unmittelbaren* Willensäußerungen; rechtsdogmatisch ist er daher nicht in die Abrede der Beschaffenheitsvereinbarung zu interpretieren, sondern vielmehr bei der „üblichen“ Beschaffenheit i.S.v. § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB anzusiedeln.

3. Erforderliche Gesetzesänderung – Werkvertragliche Dispositionsfreiheit

Die vorstehend vorgeschlagene Gesetzesänderung berücksichtigt diese Rechtsfakten. Sie ist aber auch zwingend erforderlich, soweit der Unternehmer den von ihm nach § 631 BGB konkret geschuldeten Werkerfolg auch ohne Einhaltung der aRT realisieren kann. Nach der gegenwärtigen Rechtsprechung stellt die Beachtung der aRT eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB dar, von welcher der Unternehmer nicht einseitig abweichen kann. Die Nichterfüllung einer Beschaffenheitsvereinbarung begründet gemäß § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB *ipso jure* einen Mangel. Sowohl volkswirtschaftlich als auch zivilrechtlich ist es jedoch nicht gerechtfertigt, den Unternehmer in *jedem Fall* uneingeschränkt an die Einhaltung der aRT zu binden und ihm den Nachweis der Erfolgsrealisierung trotz Abweichung von den aRT zu versperren. Dies gilt jedenfalls für die hier erörterten Fälle, in denen die Parteien *keine* (tatsächlich vorliegende) Vereinbarung über die Einhaltung der aRT treffen. In diesen Konstellationen muss dem Unternehmer die Entscheidung über die Frage frei überlassen werden, auf welchem Weg, d.h. mit welchen konkreten Mitteln und Ausführungsmethoden, er den dem Besteller vertraglich zugesicherten Werkerfolg herbeiführen möchte. Dieser Grundsatz folgt im Übrigen aus dem allgemein geltenden Prinzip der *werkvertraglichen Dispositionsfreiheit* des Unternehmers.⁴³



Durch die vorgeschlagene Formulierung „soweit nichts anderes vereinbart“, wird klargestellt, dass es den Parteien im Rahmen der Privatautonomie freisteht, den Umfang und die Reichweite der konkret einzuhaltenden aRT zu vereinbaren. In diesem Fall sind die aRT als Beschaffenheitsvereinbarung nach § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB vom Unternehmer zu beachten, sodass er davon nicht einseitig abweichen kann.

Als Alternativlösung käme in Betracht, wie von Leupertz in seinem Rechtsgutachten⁴⁴ vorgeschlagen, gesetzlich die aRT als Beschaffenheitsvereinbarung im Rahmen von Unternehmensgeschäften ohne eine weitergehende Anpassung des § 633 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB auszuschließen. Eine solche Regelung würde jedoch in den Fällen zu Wertungswidersprüchen führen, in denen der Unternehmer den jeweiligen Werkerfolg i.S.d. aktuellen § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB *ausschließlich* durch eine den aRT entsprechende Ausführungsvariante erfüllen kann, wie im vorstehenden Beispielfall verdeutlicht. Zudem führt die Ansicht zu einer Beweislastumkehr zulasten des Bestellers.

4. Aufklärungspflicht gegenüber Verbrauchern

In aller Regel weiß der Verbraucher nicht, welche Maßnahmen und Arbeitsschritte im Einzelnen zur Realisierung derjenigen Beschaffenheiten des Werks notwendig sind, die er i.S.d. aktuellen § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB üblicherweise erwarten kann. Insofern bestehen bereits vor Vertragsschluss ein gewisses Wissensgefälle und entsprechende Überlegenheit des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher. Lässt sich die jeweils zu erwartende Beschaffenheit vordergründig durch eine den aRT entsprechende Ausführungsweise verwirklichen, bedarf es daher nach dem Rechtsgedanken des § 241 Abs. 2 BGB einer aufschlussreichen Aufklärung des Verbrauchers, soweit der Unternehmer einseitig von der jeweiligen aRT abweichen möchte. Naheliegend erscheint insoweit ein Verzicht auf die Aufklärungspflicht bei Planungsverantwortlichkeit des Verbrauchers i.S.v. § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB bzw. bei entsprechender Sachkunde, die auch durch Hinzuziehung von einschlägigen Fachpersonen (wie z.B. Architekten oder Ingenieuren etc.) vorliegen kann. Hierfür bedarf es jedoch keiner ausdrücklichen Regelung im Rahmen des ohnehin komplex gestalteten Gesetzestextes, weil sich die beschriebene Ausnahme bereits aus den allgemeinen Grundsätzen über Aufklärungspflichtverletzungen ableiten lässt: Eine Aufklärungspflicht besteht in aller Regel nur in dem Umfang, in dem der Gläubiger der Aufklärung bedarf und er eine solche nach Treu und Glauben redlicherweise erwarten kann.⁴⁵



5. Umkehr Vermutungswirkung Privatnormen

Eine weitere Korrektur bedarf zudem die Rspr. des BGH zur widerlegbaren Vermutungswirkung privatrechtlicher Normen mit Empfehlungscharakter. Solange Zweifel an den wahren Absichten des eine Privativorschrift erlassenden Ausschusses bestehen, ist es nicht gerechtfertigt, der Norm materiell-rechtlich die widerlegliche Vermutungswirkung der aRT zuzusprechen. Diese Zweifel sind grds. ausgeräumt, wenn feststeht, dass der Ausschuss von nicht mehr als 50 % der Mitgliedsanteile von Vertretern der Wirtschaft besetzt ist. In diesem Fall ist es legitimierbar, widerleglich anzunehmen, dass die Norm eines Privaten mit Empfehlungscharakter die aRT reflektiert und nicht die Durchsetzung wirtschaftlicher Eigeninteressen einzelner Gruppen verfolgt. Es liegt in der Hand des jeweiligen Trägers, für eine ausreichende Transparenz hinsichtlich der Besetzung der jeweiligen Ausschüsse zu sorgen. Losgelöst hiervon bedarf es der Klarstellung, dass die beschriebene Vermutungswirkung kein Monopol bzw. Privileg des DIN e.V. darstellt, sondern vor allem nach dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz auch allen vergleichbaren Institutionen zugutekommt. Dies gilt ungeachtet des Art. 3 Abs. 1 GG selbstverständlich und erst recht für entsprechende Ausschüsse der öffentlichen Hand, die im öffentlichen Interesse liegende Regeln der Technik erarbeiten.

6. Praxisetablierung

Schließlich bedarf es der Festlegung, dass eine Privatnorm mit Empfehlungscharakter nur dann die erörterte widerlegliche Vermutungswirkung für sich beanspruchen kann, soweit sich die Vorgabe tatsächlich auch in der Praxis etabliert hat. Eine in der Wissenschaft entwickelte und erst in diesem Fachkreis anerkannte Methode kann sich im Einzelfall als nicht praxistauglich erweisen und zudem in der Durchsetzung mit hohen sowie vermeidbaren Kosten verbunden sein. Generell können die Ausführungsmodalitäten einer Privatnorm mit Empfehlungscharakter für die Praxis verfrüht sein und insoweit nicht die aRT widerspiegeln. Der Sachverständige hat daher auch Auskunft zur praktischen Etablierung der jeweiligen Norm zu geben, mit welcher sich das Gericht auch näher befassen muss.⁴⁶ Die Beurteilung einer entsprechenden Etablierung bleibt dem Gericht vorbehalten, weil sie letztlich eine Rechtsfrage betrifft. Ergeben sich im Einzelfall aufgrund neuer Erkenntnisse, insbesondere in Form von (Natur)-Katastrophen, erhöhte Sicherheitsanforderungen verglichen zu den bis dahin geltenden aRT kann die Einhaltung der diese neue Anforderungen widerspiegelnden Privatnorm auch ohne Praxisetablierung geboten sein. Einzelheiten bleiben der Bewertung der besonderen Umstände des Einzelfalls vorbehalten.



V. Ausblick

Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber ein ausgeklügeltes Gesetz verabschiedet, das alle relevanten Aspekte der hier erörterten Thematik adäquat berücksichtigt und sich nicht nur auf punktuelle Änderungen i. R. d. Bauvertragstypen der §§ 650a ff. BGB beschränkt.



- * Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.
- 1 Zur Begrifflichkeit und der vorliegend gewählten Abkürzung s.u. II.
- 2 Vgl. etwa die einschlägige Novelle von Niedersachsen
<https://www.stk.niedersachsen.de/startseite/presseinformationen/kabinett-gibt-entwurf-der-novelle-der-niedersaechsischen-bauordnung-zur-verbandsbeteiligung-frei-bauen-soll-leichter-schneller-und-gunstiger-werden-227757.html> .
- 3 <https://bak.de/wp-content/uploads/2023/12/rechtsgutachten-bid-bezahlbar-wohnen-und-nachhaltig-bauen-leupertz.pdf> ; s. desw.
Baureis/Dressel/Friedrich, NZBau 2023, 641 ff.
- 4 Kniffka/Retzlaff, BauR 2017, 1747 (1750).
- 5 Jurgleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgleit/Sacher, Kompendium BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 5 Rdnr. 47; OLG Düsseldorf, Urt. v. 09.02.2023 – I-5 U 227/21, NZBau 2023, 454 [BGH 29.03.2023 - VII ZR 59/20] Rdnr. 36; OLG Hamm, Urt. v. 14.08.2019 – 12 U 73/18, ZfBR 2019, 783 (786).
- 6 OLG Düsseldorf, Urt. v. 09.02.2023 – I-5 U 227/21, NZBau 2023, 454 [BGH 29.03.2023 - VII ZR 59/20] Rdnr. 36.
- 7 Nur bsp. BGH, Urt. v. 14.05.1998 – VII ZR 184-97, NJW 1998, 2814.
- 8 Vgl. etwa BGH, Urt. v. 14.11.2017 – VII ZR 65/14, NJW 2018, 391 Rdnr. 24–29 zum VOB/B-Bauvertrag mit Verweis hinsichtlich des gesetzlichen Werkvertragsrechts auf BGH, Urt. v. 14.05.1998 – VII ZR 184-97, NJW 1998, 2814 Rdnr. 11; s. des Weiteren auch BGH, Urt. v. 10.11.2005 – VII ZR 147/04, DNotZ 2006, 195; BGH, Urt. v. 24.04.1997 – VII ZR 110/96, ZfBR 1997, 249, jeweils m.w.N.
- 9 BGH, Urt. v. 14.11.2017 – VII ZR 65/14, NJW 2018, 391.
- 10 BGH, Urt. v. 09.07.1981 – VII ZR 40/80, BauR 1981, 577.
- 11 BGH, Urt. v. 07.03.2013 – VII ZR 134/12, NZBau 2013, 295; BGH, Urt. v. 10.11.2005 – VII ZR 137/04, ZfBR 2006, 229; s.a. OLG Düsseldorf, Urt. v. 09.10.2018 – 23 U 43/17, BauR 2021, 1158.
- 12 BGH, Urt. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05, NZBau 2008.
- 13 BGH, Urt. v. 10.11.2005 – VII ZR 147/04, BauR 2006, 375.
- 14 BGH, Urt. v. 04.06.2009 – VII ZR 54/07, BauR 2009, 1288.
- 15 Hierzu s. die Rspr. des BGH zur Architekten-/Ingenieurhaftung bezogen auf die Anforderungen einer ordnungsgemäßen Aufklärung des Architekten/Ingenieurs hinsichtlich „standortbezogener Risiken“ des Baugrundstücks, bsp. Urt. v. 20.06.2013 – VII ZR 4/12 Rdnr. 18, BauR 2013, 1472; danach setzt die Enthftung des Architekten/Ingenieurs neben der ordnungsgemäßen Aufklärung eine „eigenverantwortliche Entscheidung“, mithin eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Bestellers voraus; diese Rechtsprechung lässt sich im Ergebnis ohne Weiteres auch auf die hier erörterten Fälle einer abweichenden Ausführung von den aRT übertragen.
- 16 BGH, Urt. v. 14.05.1998 – VII ZR 184-97, NJW 1998, 2814 (2815).
- 17 BGH, Urt. v. 26.04.1990 – I ZR 79/88, BauR 1990, 765.
- 18 BGH, Urt. v. 30.06.1983 – I ZR 129/81, GRUR 1984, 117, 118 – VOB/C.
- 19 BGH, Urt. v. 26.04.1990 – I ZR 79/88, BauR 1990, 765.
- 20 Vgl. § 3 Abs. 3 LBO Schleswig-Holstein i.V.m. mit der hierzu vom Innenministerium des Landes Schleswig-Holstein im Januar 2020 erlassenen Verwaltungsvorschrift bestehend aus einem, u.a. die DIN 18040-1 und die DIN 18040-2 beinhaltenden Katalog.
- 21 BGH, Urt. v. 24.05.2013 – V ZR 182/12, NJW 2013, 2271 Rdnr. 25 m.w.N.
- 22 BGH, Urt. v. 14.06.2007 – VII ZR 45/06, NJW 2007, 2983; BGH, Urt. v. 14.05.1998 – VII ZR 184-97, NJW 1998, 2814.
- 23 BGH, Urt. v. 14.06.2007 – VII ZR 45/06, NJW 2007, 2983.
- 24 Vgl. BGH, Urt. v. 21.11.2013 – VII ZR 275/12, NZBau 2014, 160 Rdnr. 14, BGH, Urt. v. 19.01.1995 – VII ZR 131/93, BauR 1995, 230 (231); BGH, Urt. v. 20.03.1986 – VII ZR 81/85, BauR 1986, 447 (448).
- 25 BGH, Urt. v. 14.06.2017 – VII ZR 45/06, Rdnr. 32, BauR 2007, 1570.
- 26 OLG Düsseldorf, Urt. v. 09.02.2023 – 5 U 227/21, NZBau 2023, 454 [BGH 29.03.2023 - VII ZR 59/20], Rdnr. 40, m. Verw. auf Locher-Weiss, FS Locher, 2021, 266 (267).
- 27 Hierauf wird im nachstehenden Abschnitt IV.3 näher eingegangen.



- 28 BGH, Urt. v. 04.06.2009 – VII ZR 54/07.
- 29 Zur allgemeinen Kritik an dieser Rechtsprechung s. gl. etwa: Locher-Weiss, FS Locher, 2021, 266 ff.; Vogel, BauR 12/2022, S. I f.;
Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB Teile A u. B, 22. Aufl., VOB/B § 4 II Rdnr. 35 ff.
- 30 <https://www.swr.de/unternehmen/kommunikation/pressemeldungen/viele-normen-teure-wohnungen-108.html> .
- 31 <https://www.swr.de/unternehmen/kommunikation/pressemeldungen/viele-normen-teure-wohnungen-108.html> .
- 32 <https://www.din.de/resource/blob/79648/de461d1194f708a6421e0413fd1a050d/vertrag-din-und-brd-data.pdf> .
- 33 Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 06.03.2019 – VII ZR 303/16, BeckRS 2019, 4584 Rdnr. 11.
- 34 Bsp. BGH, Urt. v. 24.05.2013 – V ZR 182/12, NJW 2013, 2271 Rdnr. 21.
- 35 Kniffka/Retzlaff, BauR 2017 1747 (1750); Popescu, in: Leupertz/Preussner/Sienz, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 633 BGB, Rdnr. 19.
- 36 BGBl I 3483.
- 37 BT-Drucks. 14/6040, S. 98 ff., 260 f.; krit. Popescu, NZBau 2012, 137 (138).
- 38 Vgl. nur beispielhaft BGH, Urt. v. 22.12.2011 – VII ZR 67/11, NJW 2012, 518; BGH, Urt. v. 13.03.2008 – VII ZR 194/06, NJW 2008,
2106; BGH, Urt. v. 27.07.2006 – VII ZR 202/04, NZBau 2006, 777 [BGH 27.07.2006 - VII ZR 202/04]; BGH, Urt. v. 22.04.1993 – VII
ZR 118/92, NJW-RR 1993, 1109, jew. m.w.N.
- 39 Zum Umfang der diesbezüglich notwendigen Einbeziehung entsprechender Umstände sowie zu der damit verbundenen
Auslegungsmethodik s. zudem bsp. BGH, Urt. v. 04.06.2009 – VII ZR 54/07 Rdnr. 12, NJW 2009, 2439; BGH, Urt. v. 05.12.2002 –
VII ZR 342/01.
- 40 Das nachträgliche Verhalten eines Betroffenen vermag zwar den Inhalt und die rechtliche Qualität des Vertrags nicht mehr zu
beeinflussen. Es kann aber für die Auslegung bedeutsam sein, weil es Anhaltspunkte für den tatsächlichen Willen der Beteiligten beim
Vertragsschluss enthalten kann, BGH, Urt. v. 01.02.2007 – III ZR 159/06 Rdnr. 21; NJW 2007, 1581; BGH, Urt. v. 26.11.1997 – XII
ZR 308/95, NJW-RR 1998, 801 (803); BGH, Urt. v. 16.10.1997 – IX ZR 164/96, NJW-RR 1998, 259, jew. m.w.N.
- 41 Nach Auffassung von Peters, NZBau 2008, läge kein Mangel vor; diese Ansicht als solche ist jedoch mit der Funktionalitätshaftung
des Unternehmers aus § 631 Abs. 1 BGB nicht zu vereinbaren, vgl. Popescu, BauR 2013, 838 ff.; ders., BauR 2017, 443 (451).
- 42 Popescu, BauR 2013, 838 f.; ders., BauR 2017, 443 (451); ders., in: Leupertz/Preussner/Sienz, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 633
BGB, in: Rdnr. 24. Auf die Erwartung des Bestellers stellt im Ergebnis auch der BGH ab, wenn auch in einem anderen Kontext, vgl.
BGH, Urt. v. 14.06.2007 – VII ZR 45/06 Rdnr. 28, BauR 2007, 1570 – Schallschutz.
- 43 Zur werkvertraglichen Dispositionsfreiheit nur bsp. BGH, 19.01.2017 – VII ZR 193/15 Rdnr. 33, BauR 2017, 879 im Zusammenhang
mit der Frage des Bestehens von Mängelrechten vor der Abnahme.
- 44 Fn. 3.
- 45 Nur bsp. BGH, Urt. v. 15.09.2023 – V ZR 72/22 Rdnr. 24 m.w.N. betr. einen Kaufvertrag. Hierzu s.a. Rdnr. 28 derselben
Entscheidung; ein arglistiges Verschweigen von Mängeln ist bei auch für den Käufer ersichtlichen Fehlern grds. zu verneinen, denn,
so der BGH, „ein verständiger und redlicher Verkäufer“ darf davon ausgehen, „dass bei einer Besichtigung ohne Weiteres erkennbare
Mängel auch dem Käufer ins Auge springen werden und deshalb eine gesonderte Aufklärung nicht erforderlich ist“.
- 46 In diesem Zusammenhang s. bsp. BGH, Urt. v. 14.06.2007 – VII ZR 45/06, Rdnr. 42, BauR 2007, 1570: „Es kann sich bei dieser
Prüfung nicht auf die persönliche Auffassung eines Sachverständigen stützen, sondern muss diesen anleiten, sein Gutachten unter
Beachtung der dargestellten Grundsätze und Würdigung der durch andere Sachverständige untermauerten Stellungnahmen in den
erwähnten Urteilen zu erstatten ...“.