

## B Der Mangel

### I. Der Mangelbegriff

Um zu beurteilen, ob der Auftragnehmer seine Bauleistung mangelhaft oder mangelfrei erbracht hat, sollte ausschließlich die Definition herangezogen werden, die § 13 Abs. 1 VOB/B vorgibt.

Demnach ist eine Leistung dann mangelhaft, wenn sie im Zeitpunkt der Abnahme

- nicht die vertraglich vereinbarte **Beschaffenheit** hat,
- nicht den allgemein anerkannten **Regeln der Technik** entspricht,
- sich die Leistung nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder gewöhnliche **Verwendung** eignet.

Diese Erscheinungsformen des Mangels sind **voneinander unabhängig** zu betrachten (BGH, IBR 1995, 193). Dies bedeutet, dass eine Leistung durchaus den vertraglichen Anforderungen (Bausoll) entsprechen kann, jedoch deshalb mangelhaft ist, weil sie für den konkreten Verwendungszweck nicht geeignet ist.

#### Beispiele:

- Schornstein, der in Übereinstimmung mit dem Leistungsverzeichnis und den DIN-Vorschriften errichtet wurde, jedoch für den Zweck (Müllverbrennungsanlage) nicht geeignet ist, weil er an Substanz verliert.
- Parkplatzanlage, die zwar in allen Beziehungen dem Bausoll entspricht, auf der aber viele Standardfahrzeuge nicht parken können.
- Neuartige Werkstoffe (BGH, IBR 2002, 301 zum Verschulden).
- Blasbachtalbrücke (OLG Frankfurt, BauR 1983, 156). An der Brücke sind Risse aufgetreten, obwohl die einschlägigen DIN-Normen mehr als eingehalten wurden.
- Treppe, bei der alle Unfallverhütungsvorschriften und DIN-Normen eingehalten wurden, bei der aber dennoch eine Rutsch- und Stolpergefahr besteht (OLG München, IBR 2015, 66. Die Podestfläche hatte kein durchgängig identisches Gefälle).

Umgekehrt, werden die anerkannten **Regeln der Technik** (z. B. DIN-Vorschriften) verletzt, obwohl noch kein sichtbarer bzw. wahrnehmbarer Mangel aufgetreten ist, ist gleichfalls von einer Mangelhaftigkeit der Leistung auszugehen (vgl. OLG Brandenburg in IBR 2008, 724 zur EnEV).

Durch die Änderung schon in der VOB 2002 ist das Mangelmerkmal „zugesicherte Eigenschaft“ weggefallen. Dadurch hat das Merkmal „vereinbarte Beschaffenheit“ (noch mehr) an Bedeutung gewonnen. Verstärkt wurde daher der **subjektive Mangelbegriff** (Bausoll entspricht nicht dem Ist-Zustand). Hierauf kann nicht deutlich genug hingewiesen werden. Die Rechtsprechung beurteilt nahezu alle Mängel ausschließlich anhand des Maßstabes, ob der vertraglich vereinbarte Soll-Zustand mit dem Ist-Zustand übereinstimmt.

Auf den **subjektiven Mangelbegriff** kann nicht deutlich genug hingewiesen werden. Weicht die tatsächlich erbrachte Leistung von der vertraglich vereinbarten Leistung ab, liegt immer ein Mangel vor, selbst wenn die vorhandene Leistung **gleichwertig** ist.

### Beispiel:

Der Rohbauer R schuldet eine Feuchtigkeitsabdichtung für die Kelleraußenwände gemäß (der damals geltenden) DIN 18195 gegen aufstauendes Sickerwasser. Der R verwendet eine Dichtschlämme, die in der DIN 18195 nicht vorgesehen ist. Er behauptet, es läge kein Mangel vor, weil das von ihm verwendete Material gleichwertig sei. Die Gebrauchstauglichkeit der Dichtschlämme sei genauso gut, wie das im Vertrag vorgegebene Material, welches der DIN entspreche.

Der R hat seine Bauleistung mangelhaft erbracht, weil er nicht die vertraglich geschuldete Leistung geliefert hat. Auf die Frage der Gleichwertigkeit kommt es nicht an.

Diese Grundsätze haben sogar dann Geltung, wenn die tatsächlich erbrachte Leistung **höherwertiger** ist als die vertraglich vereinbarte Leistung.

### Beispiel:

Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer, silberne Armaturen im Bad anzubringen. Der Auftragnehmer hat jedoch noch goldene Armaturen auf Lager und baut diese ein. Rügt der Auftraggeber die Farbabweichung als Mangel, muss der Auftragnehmer die Armaturen austauschen.

Eine höherwertige Ausführung stellt nur dann keinen Sachmangel dar, wenn die Bauleistung dem Auftraggeber ausschließlich **Vorteile** und auch nicht den geringsten Nachteil (auch keinen optischen) bringt (OLG Koblenz, IBR 2020, 120).

### Beispiel:

Auftraggeber und Auftragnehmer vereinbaren, dass die Bodenplatte eine Nutzlast von 5.000 kN/m<sup>2</sup> aufweisen soll. Tatsächlich hat die Bodenplatte eine Nutzlast von 8.000 kN/m<sup>2</sup>.

Der **Leistungsbeschreibung** ist daher immer gesteigerte Aufmerksamkeit zu schenken. Dies gilt insbesondere für **Hersteller- und Produktangaben** (vgl. OLG Stuttgart, IBR 2008, 1065). Bei Produktabweichungen ist deshalb vorher eine Absprache mit dem Auftraggeber zu treffen. Dies ist jedoch problematisch im Vergabeverfahren, vgl. **§§ 13, 14, 16 VOB/A**.

Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass der Auftragnehmer nur **neuwertige** und keine gebrauchten Materialien verwenden darf. Der Einbau eines „Auslaufmodells“ stellt jedoch keinen Mangel dar, weil der Auftragnehmer nicht warten muss, bis das Nachfolgemodell auf dem Markt ist (OLG München, Urteil vom 24.03.2015 – 9 U 2280/14 Bau).

Der Bauunternehmer muss für einen Mangel geradestehen, wenn er ihn zu **verantworten** hat. Ein **Verschulden** im Rechtssinne ist nicht erforderlich.

### Beispiel:

Der Fußbodenleger F baut in einer Schule einen neuen Linoleumbelag ein. Vorher erkundigt er sich beim Hersteller des Belages, ob der von ihm ausgewählte Kleber für das Material geeignet ist. Der Hersteller bejaht dies und F verlegt den Boden. Im Nachhinein stellt sich heraus, dass die Auskunft des Herstellers falsch war, weil durch eine chemische Reaktion giftige Dämpfe entstehen.

Gegenüber seinem Auftraggeber muss der F für den Mangel geradestehen und diesen beseitigen. Er hat jedoch einen Regressanspruch gegen den Hersteller.

Das Problem der Verantwortlichkeit für einen Mangel wird vor allem dann deutlich, wenn mehrere zur Verursachung des Mangels beigetragen haben oder beigetragen haben könnten.

### Beispiel (nach OLG Hamm, IBR 2009, 84):

Im Eigenheim des Bauherrn B ist ein Wasserschaden aufgetreten. Der Sachverständige stellt fest, dass der undichte Ablauf der Dusche eine Ursache für den Wasserschaden gesetzt hat. Es konnte nicht mehr festgestellt werden, ob auch Fehler beim Bodenleger den Wasserschaden begünstigt haben.

Der Sanitärunternehmer, der den undichten Ablauf eingebaut hat, haftet für die gesamten Schäden. Es hilft ihm im Verhältnis zu seinem Auftraggeber nicht, dass möglicherweise ein anderer Unternehmer auch eine Ursache für den aufgetretenen Schaden gesetzt oder dessen Entstehung sogar begünstigt hat.

## II. Allgemein anerkannte Regeln der Technik

Es wäre sicherlich verkürzt, die allgemein anerkannten Regeln der Technik mit den DIN-Vorschriften oder der VOB/C gleichzusetzen. Es kann jedoch nicht ernsthaft angezweifelt werden, dass dieser Bereich über 95 % der allgemein anerkannten Regeln der Technik abdeckt. Die anerkannten Regeln der Technik sollen etwas „Übergeordnetes“ sein, nämlich Regeln, die in der **technischen Wissenschaft** als **theoretisch richtig anerkannt** sind und feststehen und in dem für ihre Anwendung maßgeblichen, nach dem neuesten Erkenntnisstand vorgebildeten Kreis der Techniker durchweg bekannt sind und sich aufgrund ihrer **praktischen Eignung** bewährt haben. Hierzu gehören auch VDI-Richtlinien und VDE-Bestimmungen.

Ein gesonderter Hinweis ist bei der DIN 4109 „Schall“ angebracht. Diese stellt nach Auffassung der Rechtsprechung lediglich eine Mindestanforderung dar (OLG Hamm, IBR 2007, 1203). Dies bedeutet, dass die Anforderungen der allgemein anerkannten Regeln der Technik häufig über denen der DIN 4109 liegen.

### Beispiel:

An der Trennwand eines Doppelhauses wird eine Treppe ohne schallentkoppelnde Verankerungen angebracht. Die Vorgaben der DIN 4109 werden zwar eingehalten, trotzdem ist die Lärmbelästigung für den Nachbarn nicht zumutbar. Die Bauleistung ist mangelhaft.

**Hersteller- oder Produktbeschreibungen** können gleichfalls Aussagen über die Mangelhaftigkeit machen. Ist eine Bitumendickbeschichtung nicht in der vom Hersteller angegebenen Dicke aufgebracht worden, liegt ein Mangel vor (OLG Köln, IBR 2004, 682).

### III. Versteckte Mängel?

Nahezu täglich werde ich auf sog. versteckte Mängel angesprochen. Es ist offensichtlich ein weitverbreiteter **Irrtum**, dass sog. versteckte Mängel einer besonderen rechtlichen Behandlung unterliegen sollen. Häufig wird sogar behauptet, „versteckte Mängel“ unterlägen einer 30-jährigen Gewährleistungsfrist. **Klar und deutlich:** Das alles ist nicht richtig. Es gibt keine besondere Behandlung für versteckte Mängel. Dies kann schon aus dem Grund nicht sein, weil jeder Mangel, der bei der Abnahme nicht entdeckt und vorbehalten wird, irgendwo versteckt ist. Eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist kann nur dann eintreten, wenn ein Mangel **arglistig verschwiegen** wird. Dies ist jedoch etwas ganz anderes, denn es setzt eine vorsätzliche Täuschung des Auftraggebers in **betrügerischer** Absicht voraus.

Dem Auftragnehmer muss demnach die Mangelhaftigkeit seiner Leistung zumindest bekannt gewesen sein (OLG Celle, Urteil vom 10.06.2010 – 16 U 3/10). War er selbst von einer fachgerechten Ausführung überzeugt, kann keine Täuschungshandlung und somit kein arglistiges Verschweigen vorliegen.

### Beispiel:

Der Fensterbauer F baut im Eigenheim des Lehrers L ein Schiebeelement als Terrassentür ein. Er führt die untere Abdichtung nicht fachgerecht aus, dadurch kann Wasser in das Haus eindringen. Das Wasser sammelt sich zunächst auf der Bodenplatte, durchdringt die Dämmung und den Estrich und beschädigt letztendlich das Parkett. Dies bemerkt der L nach sechs Jahren.

War der F nach Ausführung seiner Leistung der Überzeugung, dass er die Abdichtung fachgerecht ausgeführt hat, liegt kein arglistiges Verschweigen des Mangels vor. Wusste er jedoch, dass diese Abdichtung nicht funktionsfähig ist, ist dies zu bejahen.

Gewährleistungsansprüche für einen arglistig verschwiegenen Mangel verjähren gem. §§ 634a Abs. 3, 195, 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 BGB **spätestens** in 10 Jahren. Grundsätzlich gilt auch für arglistig verschwiegene Mängel die **dreijährige** Gewährleistungsfrist des § 195 BGB.