

## Mängelhaftung bei der Betoninstandsetzung – Besonderheiten bei Leistungen im Bestand und Planereinsparung

Verfasser: Prof. Dr. Gerd Motzke, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht München a.D.

### Inhaltsverzeichnis:

I.	Einordnung der Baumaßnahme.....	1
A.	Maßnahme im Bestand.....	2
B.	Mitverantwortung des AG .....	2
C.	Trennungsgedanke nach § 3 Nr. 1 VOB/B.....	3
II.	Belege für Planungsbedarf .....	3
A.	Technische Sicht .....	3
B.	Vertragsrechtlich-technische Belegung der Planungsaufgabe des Auftraggebers .....	4
C.	Abgrenzung zwischen Planungsaufgabe AG und Planungsaufgabe AN (Arbeitsplan) .....	5
III.	Die Planungsaufgabe -Richtlinie – § 15 HOAI - Planervertrag.....	6
A.	Planungsaufgabe nach der Richtlinie .....	6
B.	Inhalt des Planervertrages .....	7
1.	Planervertrag - Abschlussmöglichkeiten - inhaltliche Ausgestaltung .....	7
2.	Folgen der Erfolgsorientiertheit des Planervertrages .....	8
3.	Handlung und Erfolg im Planervertrag .....	8
IV.	Auftraggeber und Unternehmer - der Bauvertrag.....	9
A.	Der Vertrag auf Fremd-LV-Basis.....	10
B.	Der Vertrag auf eigenerstellter LV-Basis.....	10
C.	Erfolgsorientiertheit des Werkvertragsrechts .....	10
D.	Handlungsorientierung - begrenzter Stellenwert .....	11
V.	Aufgaben des Auftragnehmers nach der Richtlinie .....	12
A.	Technischer Aufgabenbeschrieb nach der Richtlinie.....	12
VI.	Planereinsparung - Rechtsgeschäftliche Überlassung – faktisches Anwachsen der Planungsaufgabe.....	13
A.	Rechtsgeschäftliche Überlassung .....	13
B.	Faktische Überlassung .....	14
VII.	Der Sachmangelfall - Stellenwert der Richtlinie.....	15
A.	Das Objekt schwächelt .....	16
B.	Schwache Leistung (kein sichtbares Mangelbild).....	16
1.	Verletzte Handlungsanweisung .....	16
2.	Richtlinienwidriger Leistungszustand .....	18
3.	Normwidriger Leistungszustand und Verwendungseignung.....	19
VIII.	Zusammenfassung und Fazit.....	19

### I. Einordnung der Baumaßnahme

Strukturell handelt es sich bei Betoninstandsetzung oder -erhaltung um Planen und Bauen im Bestand. Planungs- und Ausführungsleistungen in diesem Bereich unterscheiden sich von den Neubaumaßnahmen. Beim Neubau stellt der Bauherr das Grundstück, weswegen er grundsätzlich dessen Risiken trägt. Bei einer **Maßnahme im Bestand** treffen den Auftraggeber die Risiken der Substanz, soweit diese nicht infolge der mit den Baubeteiligten geschlossenen Verträge auf Planer und/oder Unternehmer übergehen.

Wer nicht planen lässt oder nur sparsam planen lässt, sollte demnach als Auftraggeber eigentlich die Folgen tragen. Aber den Auftragnehmer trifft werkvertraglich die Pflicht, das versprochene Werk mangelfrei zu erstellen. Hat die Auftraggeberseite ihre Mitwirkungsaufgabe versäumt, muss der Auftragnehmer handeln, auf das Fehlende aufmerksam machen, also Bedenken anmelden. Wer etwas nicht oder sparsam Geplantes im Bereich der Betoninstandsetzung übernimmt, dem wachsen die Planungsaufgaben und damit auch die Untersuchungsaufgaben von selbst an. Der Katalysator hierfür ist die Erfolgsverpflichtung.

Das wirkt sich auf die **Mängelhaftung** aus; denn § 13 Nr. 1 VOB/B formuliert Mangelfreiheitskriterien und § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B sieht den Auftragnehmer in der Sachmängelhaftung, wenn Sachmängel auf der Vertragswidrigkeit seiner Leistung beruhen. Ausführungsmängel und eventuell auch Planungsmängel gehen zu Lasten des Unternehmers, wogegen versteckte Risiken der Bausubstanz mit Mangelfolgen nicht vom Unternehmer, sondern vom Bauherrn zu tragen sind. Das folgt so auch aus § 645 BGB. Wichtig ist die Erfassung dessen, wer was nach den Umständen, insbesondere nach dem Vertrag, zu machen hat. § 633 BGB bestimmt die Sachmangelfreiheitskriterien bei einem BGB-Bauvertrag.

Zwischen Unternehmer, Planer und Auftraggeber ist zu unterscheiden.

#### **A. Maßnahme im Bestand**

Das Kennzeichen dieser Maßnahmen ist, dass der **Auftraggeber die Substanz stellt**; diesen Vorgang markiert zudem in besonderer Weise, dass diese Substanz: mangelhaft und schadhaft ist. Ziel ist die Anhebung des Istzustandes auf einen bestimmten Sollzustand, damit das Objekt noch über eine zu definierende Restlaufzeit zweckentsprechend genutzt werden kann. Hieraus erwachsen den Beteiligten bestimmte Aufgaben. Diese treffen Auftraggeber, Planer, Fachplaner und Auftragnehmer. Dabei sind Planer und Fachplaner einzuschalten, um die Auftraggeberaufgaben dem ausführenden Verarbeiter gegenüber zu erfüllen. Der ausführende Auftragnehmer hat primär Prüfungs- und Ausführungsaufgaben zu erfüllen. Notfalls treffen ihn im Interesse des Gelingens des Werks auch Planungsaufgaben.

#### **B. Mitverantwortung des AG**

Wer baut, trägt **Mitverantwortung**; das konkretisiert sich allgemein in den BGB-Werkvertragsnormen nach §§ 642, § 643 BGB. Dort heißt es : "Ist bei der Herstellung des Werks eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann...." Bei Instandsetzungs- und Schutzmaßnahmen von Betonbauteilen muss der Auftraggeber das Bauwerk zur Verfügung stellen. Das gleicht beim Neubau der Zurverfügungstellung des Grundstückes und begründet hinsichtlich der einer bestimmten Abfolge gehorchenden Zuziehung der verschiedenen Unternehmer die Verpflichtung des Auftraggebers, das Objekt im jeweiligen Zustand den Unternehmern für ihre Leistung aufnahmebereit zur Verfügung zu stellen.<sup>1</sup> Wie der Auftraggeber grundsätzlich das Risiko der maßgebenden Boden- und Wasserverhältnisse trägt und den Auftragnehmer

---

<sup>1</sup> BGH NJW 2000,1336 = BauR 2000, 722

im allgemeinen lediglich eine Mitverantwortung treffen kann,<sup>2</sup> trifft den Auftraggeber auch das Risiko der Substanz. Dieses **Substanzrisiko** hat grundsätzlich der Auftraggeber zu bewältigen. Zu diesem Zweck hat der Auftraggeber die Substanz analysieren sowie eine **Schadensdiagnose** und eine **Instandsetzungsplanung** erstellen zu lassen. Der Auftraggeber hat dem Auftragnehmer zur Ausführung geeignete Ausführungspläne zur Verfügung zu stellen.

### C. Trennungsgedanke nach § 3 Nr. 1 VOB/B

Dem liegt der Trennungsgedanke des § 3 Nr. 1 VOB/B zugrunde. Den Auftraggeber trifft die Planungsaufgabe, dem Auftragnehmer obliegt die Ausführungsaufgabe. Was genau **Sache des Auftraggebers** und andererseits nach § 4 Nr. 2 VOB/B Angelegenheit des **Verarbeiters** ist, bestimmt sich nach der **gewerkeüblichen Verkehrssitte** und den einschlägigen anerkannten Regeln der Technik. Hier entfaltet die Richtlinie ihren Stellenwert; denn sie erklärt die Betonerhaltung für planungsbedürftig, womit diese Aufgabe, die von einem sachkundigen Planer zu erfüllen ist, der Auftraggeberseite in Verbindung mit § 3 Nr. 1 VOB/B und § 642 Abs. 1 BGB zugewiesen wird. Freilich ist diese Aufgabenzuweisung abänderungsfähig, was § 2 Nr. 9 VOB/B entnommen werden kann und sich für das BGB aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ergibt. Dem Auftragnehmer kann die Planungsaufgabe ausdrücklich übertragen werden, sie kann ihm aber auch stillschweigend allein der Notwendigkeit wegen und wegen des Versagens der Auftraggeberseite anwachsen. Geht etwas auf die Vorgaben des Auftraggebers zurück und liegt kein Fehlverhalten des Auftraggebers vor, sind die Folgen nach § 645 BGB auch vom Auftraggeber zu tragen.

## II. Belege für Planungsbedarf

Der Planungsbedarf ist technisch und rechtlich zu belegen. Aus der Sicht der Technik ist auf die Instandsetzungs-Richtlinie zu verweisen. Rechtlich gesehen kommen vertragsrechtliche und gesetzliche Aspekte in Betracht.

### A. Technische Sicht

Die **Instandsetzungsrichtlinie** muss für die an Betonerhaltungsmaßnahmen Beteiligten Anlass sein, das Werk auf die Benennung und Zuteilung von Planungsaufgaben zu überprüfen, innerhalb der Planungsaufgaben zu differenzieren und weiter die vorgenommene Zuweisung aufmerksam zu registrieren. Die Planung der Instandsetzung weist die Richtlinie<sup>3</sup> dem **sachkundigen Planer** zu und erweitert dessen Aufgabe auch um die Erarbeitung einer Instandhaltungsplanung.<sup>4</sup> Der Sache nach handelt es sich dabei um Tätigkeiten, die dem Bereich der Wartung zuzuweisen sind. Honorarrechtlich wird es sich insoweit in Anlehnung an Aussagen in § 15 Abs. 2 Nr. 9 HOAI um eine Besondere Leistung handeln. Dort wird nämlich in der rechten Spalte als geregelte Besondere Leistung das Erstellen von Wartungs- und Pflegeanweisungen-

---

<sup>2</sup> Ingenstau/Korbion/Kratzenberg, VOB, Teil A, 14.Aufl., § 9 Rdn. 55

<sup>3</sup> Teil 1 Abschnitt 3.1 Abs. 1

<sup>4</sup> Richtlinie Teil 1 Abschnitt 3.2

gen angeführt. Mit dem ist die Instandhaltungsplanung vergleichbar. Die DIN 31051 spricht im Abschnitt 2 unter lfd. Nr. 1.1 von einem Wartungsplan.

Auffällig ist: Der **Teil 1 der Richtlinie** unterscheidet im Abschnitt 3.1 zwischen **Beurteilung** und **Planung**. Beides wird als Aufgabe eines sachkundigen Planers bezeichnet. Die Beurteilung, womit wohl im Vergleich zur Terminologie der DIN 18349 die Diagnose zu verstehen ist, hat den Istzustand zum Gegenstand,<sup>5</sup> und berührt auch die Standsicherheit.<sup>6</sup> Der Instandsetzungsplan definiert die Ziele,<sup>7</sup> und setzt diese Ziele in Anforderungen an die vorgesehenen Stoffe und Verfahren um.<sup>8</sup> Dabei sind die im Abschnitt 6 vorgegebenen Instandsetzungsprinzipien zu beachten und zu berücksichtigen, dass eine Kombination unterschiedlicher Grundsatzlösungen nur dann zulässig ist, wenn dabei wenigstens ein Instandsetzungsprinzip vollständig befolgt wird.

Bis in welches **Detail** diese Instandsetzungsplanung zu gehen hat, ist unter technischen Gesichtspunkten und rechtlich zu beleuchten. Vertragsrechtlich spricht § 3 Nr. 1 VOB/B von den **zur Ausführung nötigen Unterlagen**. Was genau darunter zu verstehen ist, kann auch in Abgrenzung von typisch dem Verarbeiter obliegenden Aufgaben bestimmt werden; so gehört die Arbeitsplanung zum Aufgabenbereich des ausführenden Unternehmers.<sup>9</sup> Der BGH<sup>10</sup> hält den Architekten im Rahmen der Planung für verpflichtet, einen ausführenden Unternehmer besonders schadensträchtige Details – im Fall ging es um die Abdichtung gegen drückendes Wasser – in einer jedes Risiko ausschließenden Weise zu verdeutlichen. Geboten ist eine detaillierte Planung, in der die wichtigsten Maßnahmen gegen besondere Schadensanfälligkeiten dargestellt werden. Die Richtlinie setzt dies punktuell z.B. im Teil 1 Abschnitt 6.4.4.1 Absatz 4 um, wenn es dort heißt, der Planer müsse im Instandsetzungsplan darauf hinweisen, dass bereits kleinste Fehlstellen in der Beschichtung zu örtlich sehr hoher Korrosionsaktivität führen könne.

Sache des ausführenden Unternehmers und dessen qualifizierter Führungskraft ist die Erarbeitung eines detaillierten Arbeitsplans.<sup>11</sup> Der Arbeitsplan setzt den Instandsetzungsplan, der sachlich dem Ausführungsplan entspricht, so um, dass die Arbeitnehmer des Verarbeiters sachgemäß zu arbeiten im Stande sind. Dazu gehören auch Ausführungsanweisungen.<sup>12</sup>

## **B. Vertragsrechtlich-technische Belegung der Planungsaufgabe des Auftraggebers**

Deutliche Belege für die Planungsaufgabe des Auftraggebers finden sich in der VOB/C, nämlich den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistun-

---

<sup>5</sup> Richtlinie Teil 1 Abschnitt 3.1 Abs. 3

<sup>6</sup> Richtlinie Teil 1 Abschnitt 3.2

<sup>7</sup> Richtlinie Teil 1 Abschnitt 3.1 Abs. 4, Abschnitt 5.1

<sup>8</sup> Richtlinie Teil 1 Abschnitt 5.3.3

<sup>9</sup> Richtlinie Teil 3 Abschnitt 1.2.1; Teil 1 Abschnitt 4

<sup>10</sup> Urteil vom 15.6.2000 VII ZR 212/99 BauR 2000,1330

<sup>11</sup> Richtlinie Teil 1 Abschnitt 4; Teil 3 Abschnitt 1.2.1

<sup>12</sup> Richtlinie Teil 3 Abschnitt 1.2.4 Abs. 3

gen (ATV) Betonerhaltungsarbeiten - DIN 18349, gegenwärtig in der Ausgabe vom Dezember 2002. Diese Ausgabe ist auf die neue Instandsetzungsrichtlinie zugeschnitten. Der Abschnitt 0.2 stellt Anforderungen an das Leistungsverzeichnis, so werden z.B. Angaben zum Instandsetzungskonzept wie auch in vielfältiger Weise Angaben zur Art der Vorbereitung, der Bewehrung und des Korrosionsschutzes gefordert. Das **Leistungsverzeichnis** soll sich nach den Erfordernissen des Einzelfalles auch damit befassen, welche Mörtel und Beton im Rahmen des gewählten Instandsetzungsverfahrens zum Einsatz kommen sollen. Auch zur Rissebearbeitung und dem Verfüllen und Abdichten der Risse mit Angaben der Füllmenge werden erwartet, was so auch für das kraftschlüssige Verbinden gilt. Das verdeutlicht, dass die gedankliche Vorwegnahme der Herstellung des Werks für die Erstellung des Instandsetzungswerks unerlässlich ist.<sup>13</sup> Diese gedankliche Vorwegnahme erfolgt in der Ausführungsplanung, die in der Richtlinie als Instandsetzungsplanung bezeichnet wird.

Die Notwendigkeit einer Planung der Betonerhaltung aus vertragsrechtlich und technischer Sicht gemäß der DIN 18349 bestätigt sich zudem aus Ansätzen im Abschnitt 4 dieser VOB/C-Regelung. Der Abschnitt 4.2.9 der Ausgabe 2000 führte noch die Erstellung der Schadensdiagnose und des Instandsetzungskonzepts als eine Besondere Leistung an; in der Ausgabe 2002 wird dieser Aspekt nicht mehr genannt. Aber dass Instandsetzungskonzept und Instandsetzungsplanung Teil der Planer- und damit der Auftraggeberleistung sind, lässt sich aus DIN 18349 Abschnitt 0.2.2 deutlich entnehmen. Der Abschnitt 4.2.10: nennt die Anfertigung eines Schadenskatasters. Diese Tätigkeiten werden als Besondere Leistungen eingestuft, was besagt, dass diese Leistungen nicht zum gewöhnlichen Leistungsumfang eines Bauvertrages gehören, der mit den für die Bauleistungen vereinbarten Preisen als vergütet anzusehen ist. Diese Leistungen sind dann auch vertragsrechtlich nicht Teil des Leistungsumfanges, wie er sich aus § 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/B ergibt.

Dieser vertragsrechtliche und technische Ansatz der DIN 18349 korrespondiert im wesentlichen mit der Instandsetzungsrichtlinie. Sie betont die Notwendigkeit der Planung überhaupt, verwendet hierfür die Begriffe Instandsetzungsplanung und gibt deren Inhalte nach Ziel- und Detail Gesichtspunkten vor.

### **C. Abgrenzung zwischen Planungsaufgabe AG und Planungsaufgabe AN (Arbeitsplan)**

Inhaltlich ist die Planungsaufgabe aufzuschlüsseln. Die Bereiche, die dem Auftraggeber bzw. seinen von ihm eingeschalteten Planer obliegen, sind von denen des Auftragnehmers abzugrenzen. Die Instandsetzungsrichtlinie trennt zwischen **Beurteilung** und **Planung**<sup>14</sup> und weist beide Aufgaben einem sachkundigen Planer zu. Unter Beurteilung ist dabei wohl die **Diagnose** und eventuell die **Festlegung des Sollzustandes** zu verstehen. Die Abgrenzung nimmt die Instandsetzungsrichtlinie nicht trennscharf vor. Allerdings ist der Vermerk veranlasst, dass die Richtlinie – soweit ersichtlich - den Begriff Diagnose nicht verwendet. Der Jurist tut sich deshalb inso-

<sup>13</sup> so die Formulierung in dem Vergabehandbuch des Bundes zu § 9 VOB/A Abschnitt 1.1

<sup>14</sup> vgl. Teil 1 Abschnitt 3.1

weit etwas schwer. Die mit der Sache befassten Regelwerksetzer sollten im Interesse der Anwendungsfreundlichkeit auf eine einheitliche Terminologie achten. Das gilt auch für den Begriff „**Instandsetzungskonzept**“, den die DIN 18349 mehrfach verwendet,<sup>15</sup> aber von der Instandsetzungsrichtlinie soweit ersichtlich nur an einer Stelle gebraucht wird;<sup>16</sup> letztere spricht überwiegend und überzeugender von Instandsetzungsplanung.<sup>17</sup> Für den Juristen stellt sich bei unterschiedlicher Begriffsverwendung nämlich im Streit die Frage nach der Inhaltsbestimmung. Dabei kann es z.B. um folgende Punkte gehen: Unterscheidet sich das Instandsetzungskonzept vom Instandsetzungsplan, ist das Konzept etwa vergleichbar mit dem Vorentwurf und dem Entwurf und stellt sich die Instandsetzungsplanung als die konkrete Ausführungsplanung dar? Der Jurist wird begrifflich und inhaltlich Anlehnungen an Begriffe suchen, die bei der Objektplanung für Gebäude in § 15 HOAI verwendet werden.

### III. Die Planungsaufgabe -Richtlinie – § 15 HOAI - Planervertrag

Der Jurist knüpft im Umgang mit der Richtlinie und der damit verbundenen Aufgabenbeschreibung Parallelen zur HOAI, dort insbesondere mit § 15 II HOAI

#### A. Planungsaufgabe nach der Richtlinie

Die von der Instandsetzungsrichtlinie zur Standsicherheit getroffenen Aussagen,<sup>18</sup> können mit § 15 Abs. 2 Nr. 1 HOAI vernetzt werden: Der sachkundige Planer hat den Auftraggeber auf die sonst für die Maßnahme erforderlichen Fachplaner aufmerksam zu machen. Mit der Beurteilung<sup>19</sup> im Sinne einer Diagnose ist § 15 Abs. 4 HOAI zu verbinden. Die Diagnose verfolgt u.a. das Ziel, die grundsätzliche Geeignetheit der vorhandenen Substanz für die Instandsetzung festzustellen.<sup>20</sup> Aus dieser Diagnose, die eine Ursachenforschung einschließt,<sup>21</sup> ist – bereits im Rahmen der Instandsetzungsplanung – eine **Zielfestlegung** zu entwickeln,<sup>22</sup> die der **Umsetzung in Anforderungen** bedarf.<sup>23</sup> Diese Anforderungen beinhalten Vorgaben an Festigkeit, Verformungsverhalten, Durchlässigkeit gegenüber flüssigem Wasser und Wasserdampf, Widerstand gegen verschiedene Lastfälle, Dauerhaftigkeit usw., wie es im Teil 1 Abschnitt 5.3.3 beschrieben wird. Auf diese Weise wird vom Allgemeinen zum Besonderen vorangeschritten. Dieser Vorgang findet seine Fortsetzung in weiteren Festlegungen, die in der Instandsetzungsplanung ihren Niederschlag finden müssen. Das sind z.B.: Prüfung von Lage und Betondeckung der Bewehrung (Teil 2 Abschnitt 2.3.4) eventuell Chloridprofil, Feuchteverhältnisse (Teil 2 Abschnitt 2.3.5), Planung Korrosionsschutz (Teil 1 Abschnitt 6.1); Benennung und Auswahl von Maßnahmen und Ver-

<sup>15</sup> vgl. DIN 18349 Abschnitte 3.1.3 und 4.2.9

<sup>16</sup> vgl. Teil 1 Abschnitt 3.1 Abs. .5

<sup>17</sup> Teil 1 Abschnitte 3.1; 4; 6.4.4.1; Teil 2 Abschnitte 2.3.5; der Sache nach Planungsaufgaben benennt der Teil 2 weiter an verschiedenen Stellen, vgl. nur 6.5. 1; 6.6 und 6.7 sowie 6.8

<sup>18</sup> Teil 1 Abschnitte 1 Abs. 1 und 3.2

<sup>19</sup> dieser Begriff kommt mehrfach vor: so im Teil 1 Abschnitt 3.1, 5.2; 6.1 Abs. 4; 6.5.1 Abs. 2;

<sup>20</sup> Teil 2 Abschnitt 2.2

<sup>21</sup> vgl. z.B. Richtlinie Teil 2 Abschnitt 6.2 Abs. 1

<sup>22</sup> vgl. Richtlinie Teil 1 Abschnitt 5.1 und 5.3.3 Abs. 1

<sup>23</sup> vgl. Richtlinie Teil 1 Abschnitt 5.3.3 Abs. 1

fahren (Teil 2 Abschnitt 2.4.1); Fehlstellenfreiheit, Mindestbetonausbruch (Teil 2 Abschnitt 3.3.2 (7)).

**Weitere Detaillierungen** sind gefordert hinsichtlich:

Risseschießen durch Tränkung (Teil 2 Abschnitt 6.6.1.1), Schließen durch Injektion (Teil 2 Abschnitt 6.6.2.1), Dehnfähiges Verbinden (Teil 2 Abschnitt 6.7.1) und kraftschlüssiges Verbinden (Teil 2 Abschnitt 6.8.1).

Der **Planungsvorgang** kann seinen **Abschluss** in einem **Leistungsverzeichnis** finden. Dazu führt der **Teil 1 der Richtlinie im Abschnitt 3.1(4) aus:**

"Für jedes Instandsetzungsvorhaben ist ein Instandsetzungsplan (gegebenenfalls einschließlich Leistungsverzeichnis) aufzustellen. Insoweit gilt, dass derjenige, der ausschreibt, ein LV braucht, damit die Preise kalkuliert und die Leistung zu einem dem Vertragstyp entsprechenden Preis angeboten werden kann.

Die Richtlinie trennt auch sonst deutlich zwischen Planung und Ausführung. Der Teil 1 der Richtlinie enthält allgemeine Regelungen und Planungsgrundsätze; der Teil 3 betrifft die Ausführung. Der Teil 2 hat Bauprodukte und Anwendung zum Gegenstand, enthält jedoch an verschiedenen Stellen Aufgabenbeschreibungen für den sachkundigen Planer. Hinzuweisen ist auf folgende Stellen: 3.3.2 (7), 4.2, 4.5.1 (1), 5.2 (9), 6.2 (1) und (2), 6.5.1 (6) und (7), 6.8.1(4). Unklarheiten bestehen hinsichtlich folgender Planungsaufgaben: 6.6.1.1; 6.6.2.1 und 6.7.1. Insoweit weist die Richtlinie die dort genannten Planungsaufgabe nicht zu.

## **B. Inhalt des Planervertrages**

### **1. Planervertrag - Abschlussmöglichkeiten - inhaltliche Ausgestaltung**

Inhaltlich kann ein **Planervertrag völlig unterschiedlich** abgeschlossen werden. Soll der Inhalt der Richtlinie exakt übernommen werden, müsste in Ausrichtung an den Teilen 1 und 2, sowie Teil 3 danach gefordert werden, an welchen Stellen die Richtlinie **planerischen Handlungsbedarf** durch den sachkundigen Planer sieht und dann dieses Handlungsprogramm aufgenommen werden. Das würde praktisch die Aufnahme der einzelnen Planungsschritte beinhalten. Hierdurch besteht die Gefahr des Missverständnisses. Dieses kann darin bestehen, dass der Planer die Auffassung vertritt, mehr als das, was im Vertrag genannt wird, sei von ihm auch nicht geschuldet. Insbesondere dann, wenn in einem Planervertrag nicht das gesamte Handlungsprogramm der Richtlinie aufgenommen wird, könnte der Planer die Auffassung vertreten, das minimale Handlungsprogramm würde ihn entlasten. Es könnte die **Idee entstehen: Minimales Handlungsprogramm = minimales Haftungsprogramm**. Das wäre **völlig falsch** und ist nicht der Fall, wenn sich nicht aus dem Handlungskonvolut bei einsichtiger Betrachtungsweise ein **eingeschränkter Leistungserfolg** ableiten lässt. Z.B., dem Planer wird lediglich die Ermittlung des Zustandes und die Erstellung des Schadenskatasters übertragen. Dann ist ihm die Planungsaufgabe nicht übertragen. Aus der mehr oder minder zufälligen Auflistung von Handlungen aus dem Planungsvolumen der Richtlinie kann jedoch regelmäßig nicht die Übertragung lediglich eingeschränkter Teilerfolge abgeleitet werden.

## 2. Folgen der Erfolgsorientiertheit des Planervertrages

Diesbezüglich spielt die Vertragsnatur eine erhebliche Rolle. Rechtlich ist der **Planervertrag** gewöhnlich als **Werkvertrag** einzuordnen; der Planer schuldet nach herkömmlicher rechtlicher Betrachtungsweise<sup>24</sup> das mangelfreie Entstehenlassen des Bauwerks durch Planung, Koordinierung, Ausschreibung und Objektüberwachung. Das Handlungsprogramm ist sekundär, primär ist die Erfolgsverpflichtung maßgeblich. Die Erfolgsorientiertheit des Planervertrages nötigt den Planer sogar dazu, im Vorfeld des Vertragsschlusses auf Inhalt und Umfang seiner Leistungen aufmerksam zu machen. Die gewährleistungsmäßige Instandspflicht des Planers, für das mangelfreie Entstehenlassen des Bauwerks zu sorgen, begründet zu Lasten des Planers das dafür fachtechnisch gebotene Handlungsprogramm, dies insbesondere auch dann, wenn der Vertrag, der sich an den Handlungsvorgaben der Richtlinie angelehnt, dieses aber nicht vollständig übernommen hat. Deshalb ist es nicht klug, einen Planervertrag nach Maßgabe der Instandsetzungsrichtlinie exakt in Handlungsschritte aufgelistet abzuschließen.

## 3. Handlung und Erfolg im Planervertrag

Die rechtliche Betrachtung stellt bei einem Werkvertrag deutlich den Erfolg in den Vordergrund; der Erfolgsbezug wird über § 631 Abs. 1 BGB eingefordert und festgelegt. Der **Tätigkeitsbezug** tritt in den **Hintergrund**. Das Gesetz vergisst die für jeglichen Erfolg notwendigen Handlungen allerdings nicht vollkommen. § 631 Abs. 2 BGB greift sie auf und formuliert, Gegenstand eines Werkvertrags könne sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein. Die Tätigkeiten sind damit nicht völlig belanglos; es darf aus der Beschreibung von Tätigkeiten nur nicht vom Planer der Schluss gezogen werden, er habe damit einen geringeren Erfolg zu erbringen, eben einen solchen, der mit dermaßen eingeschränkt übertragenen Aufgaben noch machbar sei. Geschieht das, ist der Planer im Gegenteil gehalten, auf die Risiken einer solchen Beauftragung aufmerksam zu machen. Teilweise kann mit einem eingeschränkten Leistungsumfang ein Teilerfolg verbunden sein.

Gelungenes **Beispiel** für einen Teilerfolg und eine Reduktion der Gewährleistung:

Der Planer wird nicht mit der Objektüberwachung betraut. Dann schuldet er nicht das mangelfreie Entstehenlassen des Bauwerks durch Objektüberwachung. Geht also ein später auftretender Mangel auf einen Ausführungsfehler zurück, kann dies dem Planer nicht als Mangel in seinem Werk zugerechnet werden. Denn die Ausführung hatte er nicht zu überwachen.

Misslungenes **Beispiel** für einen Teilerfolg und Reduktion der Gewährleistung:

Im Planervertrag heißt es unter Berücksichtigung des Teils 1 Abschnitt 5.3.3 der Richtlinie, der Planer habe die für die Betonhaltung einzuhaltenden Anforderungen

---

<sup>24</sup> BGH BauR 1989,97,100; 1982,290,291

an Stoffe und Verfahren zu bestimmen. Hieraus kann nicht geschlossen werden, dass der Planer mit der Umsetzung in die Planung der Instandsetzung nicht betraut ist.

Die Richtlinienaussage darf nicht überinterpretiert werden und ihr ein gewisser Alleinstellungswert beigemessen werden. Mit welcher **Intensität und Dichtigkeit** die **Planungsaufgabe** zu erfüllen ist, beeinflusst auch die Rechtsprechung; sie tut dies unter dem Erfolgsgesichtspunkt.

Der BGH hat in anderem Zusammenhang – nämlich bei einer Abdichtung mit Bitumendickbeschichtung – ausgeführt, bei schadensträchtigen Maßnahmen habe der Planer gerade die Details zu planen, also die wichtigsten, der Schadensanfälligkeit entgegen wirkenden Maßnahmen zu planen.<sup>25</sup>

Dieser Erfolgsaspekt schließt in gewissem Umfang auch die Zukunft mit ein. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH<sup>26</sup> hat der Auftraggeber Anspruch auf ein **dauerhaft mangelfreies Bauwerk**, er hat im Mangelfall Anspruch auf eine Mängelbeseitigung, mit welcher der Mangel auf Dauer beseitigt wird. Bei der Betonerhaltung liegt das Moment der Dauer notwendig inmitten, weil es Teil der Planungsaspekte ist, mit welcher Lebensdauer des Objekts zu rechnen ist, auf welche Lebensdauer des Objekts die Betonerhaltungsmaßnahme auszulegen und der Instandhaltungsplan auszurichten ist.

#### IV. Auftraggeber und Unternehmer - der Bauvertrag

Die Erfolgsorientiertheit des Bauvertrags ist Gemeingut juristischer Erkenntnis. Deshalb ist das Leistungsverzeichnis, auf dessen Grundlage der Auftragnehmer die Arbeiten erbringt, nicht das allein entscheidende. Ist das LV nicht zielführend und sichert es die Herstellung des Erfolgs nicht, ist der Auftragnehmer gehalten, dagegen Bedenken anzumelden. Dasselbe gilt dann, wenn nach den überlassenen Ausführungsplänen sich ein ordnungsgemäßes dauerhaft mangelfrei bleibendes Werk nicht herstellen lässt. Das ist eine der auch in der Richtlinie beschriebenen Aufgaben der qualifizierten Führungskraft. Diese erschöpft sich jedoch nicht in der Listung nach der Richtlinie, sondern geht bei Bedarf wegen des **Erfolgsbezugs** durchaus darüber hinaus. Deshalb sind Vermerke in der Richtlinie, Teil 3 Abschnitt 1.2.2, der Auftragnehmer - dessen qualifizierte Führungskraft - habe u.a. die Leistungsbeschreibung zu prüfen und die Arbeitsabläufe zu planen in negativer Weise verführerisch: derartige Vermerke können den Eindruck erwecken, mit diesem Programm habe der Unternehmer alles getan. Der rechtliche Pflichtenkreis kommt in seiner Ergänzungsfunktion zum Tragen.

Wegen des Erfolgsbezugs (**Erfolgsorientierung**) ist der Auftragnehmer also dazu verpflichtet, alles zu tun, was dieser **Erfolg notwendig** macht. Was zur Vermeidung des Gewährleistungstatbestandes notwendig ist, muss damit aber noch lange nicht vergütet werden. Die Vergütung setzt bestimmte Maßnahmen voraus, nämlich die

---

<sup>25</sup> BGH Urteil vom 15.06.2000 – VII ZR 212/99, BauR 2000,1330

<sup>26</sup> NJW-RR 1987,336 = ZfBR 1987,71

Anforderung dieser Leistung durch den AG und die Anmeldung der Vergütungsansprüche bei dem AG.

Der AN darf auch nicht von sich aus einfach in Abweichung vom Vertragsinhalt Leistungen übernehmen und ausführen, sondern hat Bedenken gegen das erarbeitete LV und/oder den Ausführungsplan konkret erheben und dann auf die Reaktion des AG warten (§ 4 Nr. 3 VOB/B und Treu und Glauben im BGB-Bauvertrag). Das ist immer zu empfehlen, denn grundsätzlich bleibt jede Abweichung vom Vertrag ohne Vergütung und es besteht angesichts des subjektiven Fehlerbegriffs die Gefahr der Gewährleistung (vgl. § 2 Nr. 8 VOB/B)..

### **A. Der Vertrag auf Fremd-LV-Basis**

Diese Grundsätze gelten voll dann, wenn der AN auf der Grundlage eines von einem Planer erarbeiteten LV und dessen Ausführungsplanung die Leistung erbringt. Selbst wenn es sich dabei um einen Spezialisten handelt, ist der ausführende AN gehalten, die Tauglichkeit dieser Vorgaben zu prüfen und auf eventuelle Bedenken aufmerksam zu machen. Die **Tätigkeit eines Fachplaners** entlässt den AN nicht von seiner **Prüfungspflicht**. Solches sehen weder die VOB/B in § 4 Nr. 3, noch Treu und Glauben nach § 242 BGB vor. Nach dem Grundgedanken des Bauens, das auf dem Vieraugenprinzip beruht, soll der Ausführende gleichsam der letzte Garant für den Auftraggeber sein, der für die Qualität der Baumaßnahme einsteht. Er hat deshalb alle seine Baumaßnahme eventuell negativ beeinflussenden Umstände zu prüfen. Dazu gehören in erster Linie das Leistungsverzeichnis und die zur Ausführung dem Auftragnehmer vom Auftraggeber gestellten Ausführungspläne.

### **B. Der Vertrag auf eigenerstellter LV-Basis**

Hat der Unternehmer das Leistungsverzeichnis selbst aufgestellt, hat er **Planungsleistungen** übernommen. Denn die Erarbeitung eines Leistungsverzeichnisses setzt die **planerische Auseinandersetzung** mit der vorhandenen Substanz voraus. Nicht umsonst folgt die Textierung eines LV in den einzelnen Leistungsbildern der HOAI nach der Ausführungsplanung, was das LV zur Frucht dieser Ausführungsplanung macht. Zur Ausführungsverantwortung tritt die Planungsverantwortung. Bedenkenanmeldung gegen die eigene Planung werden sinnlos, § 4 Nr. 3 und die Haftungsentlastung nach § 13 Nr. 3 VOB/B greifen nicht mehr. Der Erfolg bzw. der Misserfolg werden dann sowohl unter planerischen Aspekten wie auch den Gesichtspunkten der Ausführung bestimmt

### **C. Erfolgsorientiertheit des Werkvertragsrechts**

Die **Erfolgsorientiertheit** des Werkvertragsrechts lässt die Bedeutung der **Handlungskomponente** zurücktreten. Beschreibt die Richtlinie einzelne Handlungen sowohl auf planerischem als auch Ausführungsgebiet, geht es unter Sachmangelhaftungsgesichtspunkten immer um den Eintritt oder Nichteintritt des Erfolgs. Mit dem Handlungsbeschrieb will die Technik dem Planer und/oder Unternehmer eine Handreichung bieten, um den Erfolg möglichst sicher zu erreichen. Bei der **Sachmangel-**

**haftung** geht es aber nicht primär um richtiges Handeln, sondern um den Erfolg. Ein Auftragnehmer mag im einzelnen Fall durchaus richtig gehandelt haben, stellt sich der Erfolg nicht ein, ist alles richtige Handlungsbemühen eben vergeblich gewesen. Das mag im Einzelfall vom Verschulden freizeichnen, nicht aber davon, dass der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer einen Anspruch auf das fehlerfreie Erstellen eines Bauwerks hat. Selbst wenn Planung und Ausschreibung an sich zutreffend waren, jedoch der Objektzustand davon abwich und dies der Grund für den Misserfolg ist, steht der Auftragnehmer ein. Denn der Auftragnehmer hat die zum Gelingen gebotenen und zumutbaren Prüfungen durchzuführen. Dazu gehört die abweichende Beschaffenheit des Untergrundes von dem Ergebnis der Schadensdiagnose.<sup>27</sup> Nur die Bedenkenanmeldung konnte den Auftragnehmer in einer solchen Lage von der Gewährleistung freizeichnen.

#### D. Handlungsorientierung - begrenzter Stellenwert

Das besagt nicht, dass einem vertraglich vereinbarten Handlungsbeschrieb keinerlei Stellenwert zukommt. Der Stellenwert der vertraglich vorgesehenen Handlung im **Erfüllungsstadium** des Vertrages unterscheidet sich von dem **Sachmangelstadium**. Das **Erfüllungsstadium** eines Bauvertrages kann durchaus als auch handlungsorientiert bezeichnet werden, wogegen das Gewährleistungs-/Sachmangelstadium primär erfolgsorientiert ausgestaltet ist. Denn vertragsrechtlich geschuldet ist das, was im Vertrag als Leistungsbeschreiben wird. Aber für die Erfolgserreichung kann mehr notwendig sein. Dann ist jedoch nicht eigenmächtiges Handeln angesagt, sondern eine Bedenkenanmeldung (§ 4 Nr. 3 VOB/B).

Decken sich Planung und LV mit den Objektgegebenheiten nicht, ist gleichfalls Handlungsbedarf angesagt. Das bedeutet nicht das Gebot zur Entwicklung eigenverantwortlichen Handelns in Abweichung vom Leistungsverzeichnis. Der Handlungsrahmen wird durch den Vertragsinhalt bestimmt. Dessen Grenzen werden überschritten, wenn der Auftragnehmer über die **Bedenkenanmeldung** hinaus geht und sich zu einer veränderten Ausführung entschließt. Das mag unter Mangelvermeidungsgesichtspunkten - bei erfolgreicher Vermeidung von Mängeln - tunlich sein, ist unter Vergütungsaspekten nach § 2 Nr. 8 VOB/B aber strikt zu vermeiden. Denn für Leistungen, die in Abweichung vom Vertrag vorgenommen werden, erhält der Auftragnehmer grundsätzlich keine Vergütung. Die Bedenkenanmeldung nach § 4 Nr. 3 VOB/B bzw. § 242 BGB ist **die richtige Reaktion**. Weiteres Eigenhandeln dann, wenn Planer den Bedenken keine Rechnung trägt, kann nur dahin gehen, die Bedenken dem Auftraggeber direkt mitzuteilen. Denn die VOB/B gebietet in § 4 Nr. 3 VOB/B die Bedenkenmitteilung unmittelbar dem Auftraggeber gegenüber. Dort ist nicht von dem bauleitenden Architekten des Auftraggebers die Rede, sondern von diesem selbst. Allerdings ist es gewöhnlich Sache eines eingeschalteten bauleitenden Architekten dafür zu sorgen, dass durch seine Koordinierung und Überwachung das Werk mangelfrei entsteht. Folglich ist der bauleitende Architekt dann der richtige Adressat, wenn sich die Bedenken des ausführenden Unternehmers nicht gegen Vorgaben gerade dieses Architekten richten.

---

<sup>27</sup> DIN 18349 Abschnitt 3.1.3, 4. Spiegelstrich

Die VOB/B verdeutlicht die grundsätzliche Verbindlichkeit des im Vertrag beschriebenen Leistungsinhalts und Umfangs auch in § 4 mit den Nummern 6 und 7, womit dem Auftraggeber der Anspruch auf Verwendung des vertraglich vereinbarten Stoffes und die Einhaltung der vertraglich beschriebenen Leistungsvorgaben zugestanden wird. Denn danach sind Stoffe die dem Vertrag nicht entsprechen, auf Verlangen von der Baustelle zu schaffen, und Leistungen, die als vertragswidrig einzustufen sind, sind durch vertragskonforme zu ersetzen. Vertragswidrigkeit i.S.d. § 4 Nr. 7 VOB/B liegt dann vor, wenn die Leistungen der Leistungsbeschreibung oder z.B. vereinbarten Technischen Vertragsbedingungen nicht entsprechen. Eine Mangelhaftigkeit muss damit nicht notwendig verbunden sein. Hinzukommt die Regelung in § 2 Nr. 8 VOB/B, wonach für vertraglich nicht geschuldete Leistungen grundsätzliche keine Vergütung zu entrichten ist.

**Beispiel:** Die Ausschreibung und Vergabe beruhen auf dem Prinzip der Wiederherstellung des alkalischen Milieus durch örtliche Ausbesserung.<sup>28</sup> Der Auftragnehmer verwirklicht aber das Prinzip R 1, das durch einen flächigen Auftrag von Beton bzw. Mörtel gekennzeichnet ist.<sup>29</sup> Ein solches Vorgehen kann der Auftraggeber unterbinden.

Zwar führt § 4 Nr. 7 VOB/B den Anspruch auf Einhaltung der vertraglichen Vereinbarungen nicht ausdrücklich an, aber der Verpflichtung, die zu beanstandende Leistung durch eine vertragsgerechte, nämlich mangelfreie, zu ersetzen, liegt eine solche Verpflichtung notwendig zugrunde.

Die Handlungsorientierung findet auch darin ihren Ausdruck, wenn von dem Auftragnehmer erwartet wird, das LV auf seine Tauglichkeit zur Zielerreichung zu prüfen. Denn die **Leistungsbeschreibung** enthält **Handlungsbeschreibungen**. Die Richtlinie erwartet von der qualifizierten Führungskraft die Prüfung der Leistungsbeschreibung im Sinne dieser Richtlinie.<sup>30</sup> Die DIN 18349 erwartet vom Auftragnehmer nach Abschnitt 3.1.3 auch die Prüfung der Ausführungsplanung, womit die Handlungsorientierung im Erfüllungsstadium nochmals betont wird.

## V. Aufgaben des Auftragnehmers nach der Richtlinie

Der Auftragnehmer hat nach – den technischen Aussagen - der Richtlinie vor allem den Instandsetzungsplan in einen Arbeitsplan umzusetzen. Näheres enthält der Teil 3 der Richtlinie, der so aufgebaut ist, dass die Aufgaben dem technischen Personal – qualifizierte Führungskraft, Bauleiter, Baustellenfachpersonal, sonstige Personal - auf der Seite des Auftragnehmers zugewiesen werden.

### A. Technischer Aufgabenbeschrieb nach der Richtlinie

Die Richtlinie beschreibt die Aufgabe des Auftragnehmers unter rein technischen Gesichtspunkten. Ihr sind **werkvertragliche Aspekte**, die in erster Linie vom Erfolgsge-

<sup>28</sup> Die Richtlinie beschreibt dieses Prinzip im Teil 1 Abschnitt 6.4.2.3 unter der Bezeichnung R 2

<sup>29</sup> vgl. den Abschnitt 6.4.2.2 der Richtlinie.

<sup>30</sup> vgl. Teil 3 der Richtlinie Abschnitt 1.2.2

danken geprägt werden, **fremd**. Anliegen der Richtlinie ist es ausschließlich, Angaben zum Personal und zur Ausstattung zu machen, sowie Aufgabenzuweisungen in technischer Hinsicht vorzunehmen. Die Richtlinie beginnt mit der qualifizierten Führungskraft, stellt Anforderungen an den Bauleiter und an das Baustellenfachpersonal.

Die **qualifizierte Führungskraft** hat nach Teil 3 Abschnitt 1.2.2 u.a. die Aufgabe einen **Arbeitsplan** zu erarbeiten. Darunter ist die Planung Arbeitsabläufe auf der Grundlage der vom sachkundigen Planer erstellten Planungsunterlagen zu verstehen.<sup>31</sup> Der Arbeitsplan konkretisiert wohl die in § 4 Nr. 2 VOB/B angeführte Aufgabe des Unternehmers, die Baustelle und den Bauablauf zu lenken und zu koordinieren. Aber es kann nach Teil 1 Abschnitt 4 auch zu Abweichungen vom Instandsetzungsplan kommen, die jedoch danach vom sachkundigen Planer festgelegt oder genehmigt und schriftlich festgehalten werden müssen. Das setzt entsprechende Aufgaben des Unternehmers voraus, die zumindest darin bestehen, die Tauglichkeit des Instandsetzungsplanes und des Leistungsverzeichnisses zu prüfen. Ausdrücklich ist die Prüfung der Leistungsbeschreibung als Aufgabe genannt;<sup>32</sup> die Prüfung des Instandsetzungsplanes auf seine abstrakte Geeignetheit und die konkrete Geeignetheit im Hinblick auf den Objektzustand fehlt. Die DIN 18349 führt diese Aufgabe im Abschnitt 3.1.3 an (Abweichung des qualitativen Schadensumfanges von der Schadensbeschreibung, abweichende Beschaffenheit des Untergrundes von der Schadensbeschreibung. Insoweit gilt, dass der Regelwerksetzer bei Benennung von Prüfungsaufgaben möglichst Kongruenz mit der DIN 18349 anstreben oder derlei überhaupt unterlassen bzw. auf die DIN 18349 verweisen sollte, um Missverständnisse möglichst zu vermeiden. Außerdem ist die Auswertung der Eigenüberwachungsergebnisse und die Prüfung des Personals nach Teil 3 Abschnitt 1.2.2 geboten.

Auf der Grundlage einer besonderen Vereinbarung kommt die **Übertragung der Aufgaben des sachkundigen Planers** nach Teil 3 Abschnitt 1.2.2 Absatz 3 in Betracht.

## **VI. Planereinsparung - Rechtsgeschäftliche Überlassung – faktisches Anwachsen der Planungsaufgabe**

Das Problem besteht dann, wenn der **Auftraggeber einen Planer einspart** und damit Diagnose und Instandsetzungsplanung ausfallen. Ist die Betonerhaltung jedoch aus technischer Sicht planungsbedürftig, stellt sich die Frage, ob rechtlich gesehen der ausführende Unternehmer bei Scheitern der Instandsetzung sich zur eigenen Entlastung auf das Fehlen einer Planung berufen kann. Verschiedene Möglichkeiten sind zu unterscheiden.

### **A. Rechtsgeschäftliche Überlassung**

Dem ausführenden Unternehmer kann die Planungsaufgabe **ausdrücklich übertragen** werden. Daran knüpft § 2 Nr. 9 VOB/B an. Eine solche Möglichkeit hat auch DIN 18349 Abschnitt 4.2.9 im Auge, wenn die Erstellung einer Diagnose und eines

<sup>31</sup> Teil 3 Abschnitt 1.2.2; Teil 1 Abschnitt 4

<sup>32</sup> Teil 3 Abschnitt 1.2

Instandsetzungskonzepts sowie eines Katasters, (soweit vom Auftraggeber veranlasst) als Besondere Leistungen eingestuft werden. Dasselbe gilt für den Abschnitt 4.2.10: Liefern statischer Berechnungen für den Standsicherheitsnachweis (soweit vom AG veranlasst fehlt) wie auch für Ingenieurleistungen für den kathodischen Korrosionsschutz (soweit vom AG veranlasst fehlt). Diese Leistungen sind nämlich nach Abschnitt 4 der DIN 18299 nur dann vertraglich beauftragt, wenn sie im Vertrag ausdrücklich angeführt werden.

Dieser Gesichtspunkt darf jedoch nicht zu Missverständnissen führen. Den Zusammenhang mit § 2 Nr. 1 VOB/B und mit § 1 Nr. 1 VOB/B gilt es zu beachten. Danach decken die vereinbarten Preise keine Besonderen Leistungen ab, wenn diese im Leistungsverzeichnis oder an anderer Stelle nicht ausdrücklich aufgeführt werden. Durch § 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/B wird die Erfolgshaftung nicht eingeschränkt, etwa in dem Sinne, dass bei Fehlen von erforderlichen Leistungen der Erfolg entsprechend abgesenkt wird. An der Erfolgshaftung kommt der Unternehmer nicht vorbei; und wenn die Technik als Erfolgsvoraussetzung den Planungsbedarf deklariert, dann muss spätestens der Unternehmer planen, wenn er in die Ausführungsphase einsteigt und das Fehlen der Instandsetzungsplanung nicht rügt. Das sind die Fälle der faktischen Anwachsung oder Überlassung der Planungsaufgabe.

## **B. Faktische Überlassung**

Ausgangspunkt ist, dass für eine planungsbedürftige Leistung die Planung fehlt. Der Unternehmer übernimmt die Ausführung ohne Diagnose und Ausführungsplanung. Der Unternehmer erkennt dies daran, dass ein objektspezifisches Leistungsverzeichnis fehlt; er erhält keine Schadensdiagnose, das Leistungsverzeichnis ist voller Bedarfs- und Alternativpositionen. Das LV entbehrt der Präzision, wie sie die Richtlinie und der Abschnitt 0 der DIN 18349 fordern. Das ist Fall der **Anwachsung der Planungsaufgabe**. Wer etwas ausführt, was aus technischer Sicht planungsbedürftig ist, muss wegen der Erfolgsorientiertheit des abgeschlossenen Werkvertrages die Planung erbringen. Er hat als Alternative nur die Möglichkeit, die Leistung zu verweigern. Es ist lediglich eine **Detailfrage** in welchem Umfang ein solcher Unternehmer, der in die Ausführung einsteigt und damit notwendig die Planungsaufgabe mit zu erledigen hat, die Diagnose und die Planung inhaltlich treiben muss? Die Frage geht dahin, ob Tiefe und Dichte so vorzunehmen sind, wie sie von einem Fachplaner zu erwarten sind oder ob inhaltlich eine Reduzierung nach Maßgabe der Vorstellung erfolgt, dass nur das zu tun ist, was im Zusammenhang mit der Ausführung geboten ist? Hier bietet sich die Ausrichtung an der gebotenen Eigenüberwachung an, wie sie die Richtlinie inhaltlich als Aufgabe des Unternehmers fordert. Das ist auf jeden Fall zu erledigen und erweist sich als planerisches **Minimalprogramm**. Ob dies allerdings wirklich ausreicht, ist sehr die Frage. Dem ausführenden Unternehmer ist zu raten, den Auftraggeber darüber aufzuklären, dass er mehr als die Eigenüberwachung von ihm fordere, planerisch nicht mache.

Die faktische Anwachsung der Planungsaufgabe gebietet sich deshalb, weil der ausführende Auftragnehmer (Verarbeiter) mit dem Auftraggeber einen Werkvertrag abschließt, dessen Merkmal die **Erfolgs- und nicht bloß die Tätigkeitsbezogenheit** ist. Ein Werkvertrag, der die Betonerhaltung zum Gegenstand hat, enthält auch bei

fehlender Fremdplanung ein umfassendes Erfolgsversprechen. Dieses Versprechen steht nicht von selbst unter einem Erfolgsvorbehalt. Ganz im Gegenteil, wer sich auf eine Instandsetzungsmaßnahme einlässt, für die eine Planung fehlt, bringt nach Maßgabe des Erfolgsversprechens zum Ausdruck, trotzdem den Erfolg herstellen zu wollen. Spart sich der AG den Planer und wird nur ein Verarbeiter tätig erwartet der Auftraggeber ohne Klarstellung für den vereinbarten Preis alles, was tauglichkeits- und erfolgssichernd ist. Das schließt Diagnose und Planung ein. Die Aussagen in der DIN 18349 in Abschnitt 4.2.9 werden durch das Werkvertragsrecht haftungsrechtlich überholt. Der Abschnitt 4.2.9 enthält als eine Vergütungsaussage keine Haftungsaussage.

Das wird sehr deutlich, wenn der Auftragnehmer ein Kostenangebot oder einen Kostenanschlag erstellt und keinerlei Vorbehalte macht. Dieser Anbieter steht für die technische Richtigkeit des Kostenangebots oder Kostenanschlags ein; solchen Bietungsvorgängen geht nämlich logisch eine Planung voraus, wenn nicht Vorbehalte gemacht und auf ein reine Preisangebot ohne Diagnose- und vorausgegangene Instandsetzungsplanung hingewiesen wird. Diese **Erfolgsbezogenheit** hat **bei Fremdplanung** für den Verarbeiter folgende Konsequenzen: Richtlinie Teil 3 Abschn. 1.2.2: Verarbeiter hat das Leistungsverzeichnis zu prüfen. Das setzt allerdings nicht die Forderung der VOB/B und des BGB außer Kraft, auch die Ausführungsplanung auf ihre technische Richtigkeit zu prüfen. Die Richtlinie benennt die Prüfungsgesichtspunkte keineswegs abschließend. Der Umsetzung der Instandsetzungsplanung in die Arbeitsplanung muss die Tauglichkeitsprüfung vorausgehen. Das setzt wiederum eine Beschaffenheitsprüfung voraus. Hierfür listet der Teil 3 in den Abschnitten 3.2 - 3.4 Prüfverfahren auf, die im Rahmen der Eigenüberwachung zu erledigen sind. Dabei werden auch die einzusetzenden Prüfungsmethoden benannt.

## VII. Der Sachmangelfall - Stellenwert der Richtlinie

Die Mangelorientierung beherrscht ausweislich der Formulierung des § 13 Nr. 1 VOB/B wie auch des § 633 Abs. 1 BGB deutlich den Gewährleistungsfall/Sachmangelhaftung. Zeitlich ist das der Abschnitt nach der rechtsgeschäftlichen Abnahme des Werks. Der Sachmangel knüpft am Werk an: § 633 Abs.1 BGB und § 13 Nr. 1 VOB/B beschreiben seit 2002 zwar nicht mehr den Mangel, sondern die Mangelfreiheit; aber der Sachmangel ist nach hier vertretener Auffassung nicht einfach die Negation des Sachmangelfreiheitsbeschriebs, sondern ist jedenfalls dann, wenn es um die Verwendungseignung geht, um Funktionstauglichkeitsaspekte zu erweitern. Hinsichtlich der Beachtung oder Missachtung der anerkannten Regeln der Technik können Erfolgs- und Handlungskomponenten tragend werden. Die Richtlinie entfaltet beim Vorliegen von erkennbaren Mangelbildern, die bereits dem Auge belegen, dass das Werk nicht gelungen ist, keinen besonderen Stellenwert. Liegt ein äußerlich erkennbares Mangelbild vor, das gerade Anlass für die Durchführung der Instandsetzung gewesen ist, verschafft die Auseinandersetzung mit der Richtlinie keinerlei Gewinn. Die Richtlinie gewinnt an Gewicht, wenn in Ausrichtung am neuen Sachmangelfreiheitsbegriff den dort enthaltenen einzelnen Angaben die Qualität von **Beschaffenheitsmerkmalen** und über die DIN 18349 auch den Umständen für die Leistungserbringung wie auch der Leistungsbeschreibung die Qualität einer Beschaffenheitsvereinbarung zugewiesen wird. Die Instandsetzungsrichtlinie kann in ihren

Detailangaben auch Aussagen zur vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen **Verwendungseignung** enthalten. Eine insoweit großzügige Betrachtungsweise birgt für den Auftragnehmer eine Vielzahl von Gefahren des Inhalts, dass die Bejahung von Sachmängeln im Vergleich zur Rechtslage bis zum 31.12.2001 erheblich erleichtert worden ist.

Im Einzelnen sind verschiedene Falltypen zu unterscheiden.

### A. Das Objekt schwächt

Wenn das **Objekt sichtbare Schwachstellen** aufweist, z.B. weiter ausrostet, sich Ausbruchstellen zeigen, die Reparaturstellen sind rissebehaftet, teilweise löst sich der Reparaturmörtel ab, dann ist die gewöhnliche Gebrauchstauglichkeit der Instandsetzungsmaßnahme verfehlt. Unabhängig davon, ob der Auftragnehmer seine Handlungen an der Richtlinie ausgerichtet hat oder von der Richtlinie abgewichen ist, belegen diese oder ähnliche Tatbestände die **Fehlerhaftigkeit** der Maßnahme mit der Folge der Mängelbeseitigungsverpflichtung. Denn wer einen Erfolg schuldet, wird am Erfolg und nicht an der Handlung gemessen. Allerdings enthält die Sachmangelfreiheitsbeschreibung weder in § 633 Abs. 2 BGB noch die in § 13 Nr. 1 VOB/B die Erreichung der **Funktionstauglichkeit** als Kriterium der Sachmangelfreiheit und damit auch nicht als zumindest eines der Merkmale des Sachmangels. Dennoch nimmt die überwiegende Meinung – insoweit mit Recht – an, dass die Verfehlung der Funktionstauglichkeit ein Sachmangelhaftungstatbestand ist.<sup>33</sup> Das ändert sich, wenn die Leistung keine sichtbaren Mängelzustände aufweist und damit zumindest gegenwärtig noch erwartungsgemäß funktioniert. Dann entsteht die Frage, ob die z.B. bewiesene Nichteinhaltung von bestimmten Vorgaben der Instandsetzungsrichtlinie bereits für sich, also ohne Rücksicht auf die gegenwärtig und auch künftig gesicherte Funktionstauglichkeit, einen Sachmangelhaftungstatbestand begründet. Das macht die Einordnung der in der Instandsetzungsrichtlinie im Einzelnen angeführten Anforderungen an die Ausführung wie auch an den Leistungszustand notwendig.

### B. Schwache Leistung (kein sichtbares Mangelbild)

Ist die Leistung „schwach“, ohne dass ein sichtbares Mangelbild vorhanden wäre, besteht Unterscheidungsbedarf. Dabei wird in diesem Zusammenhang unter Leistung die Leistungshandlung selbst wie auch der durch diese Handlung bewirkte Leistungszustand verstanden. **Zwei Fallgruppen** kommen In Betracht: Es sind lediglich Handlungsanweisungen (**Verstoß gegen Handlungsanweisungen** aus technischen Regeln) missachtet worden, die keinerlei - gegenwärtig messbare - Auswirkungen auf den Leistungszustand haben. Die andere Fallgruppe zeichnet aus, dass der **Leistungszustand (Differenz zwischen Bausoll und Bauist)** nicht den technischen Geboten entspricht.

#### 1. Verletzte Handlungsanweisung

---

<sup>33</sup> Bamberger/Roth/Voit, BGB, § 633 Rdn. 9; BGH NJW-RR 2000,465, 466

Als Beispiele für verletzte Handlungsanweisungen lassen sich anführen: Grenztemperatur<sup>34</sup> nicht eingehalten, Geräteausstattung entsprach nicht den Anforderungen,<sup>35</sup> fehlende Fremdüberwachung,<sup>36</sup> Fehlen einer qualifizierten Führungskraft,<sup>37</sup> Fehlen eines SIVV-Mannes;<sup>38</sup> ein SIVV-Mann war entgegen der Richtlinie nicht ständig an der Baustelle;<sup>39</sup> Trockenheit der Rissflanken, vollständiges Füllen der Risse.<sup>40</sup>

Derartige Handlungsanweisungen stehen im **Dienste der Erfolgssicherung**. Ihre Nichteinhaltung ist jedoch nicht für sich ein Sachmangeltatbestand. Das ist eindeutig, wenn die Anforderungen die Baustelleneinrichtung und das Baustellenpersonal betreffen; denn die Mängelhaftung nimmt ihren Ausgang am Erfolg/Misserfolg der Leistung, deren Gelingen sich am Werk zeigt. Gilt die Instandsetzungsrichtlinie, stellen die Anforderungen an die Betriebe und an die Überwachung der Ausführung nach Teil 3 der Richtlinie keine vereinbarte Beschaffenheit des Werks dar. Die Anforderungen an den Betrieb sind von denen an das Werk zu unterscheiden. Die Sachmängelhaftung hat es mit dem Werk und nicht mit dem Betrieb zu tun.

Die Grenzen werden beim **Verstoß gegen Handlungsanweisungen erreicht**, deren Sinn und Zweck einen unmittelbaren Werkbezug aufweist. Das ist z.B. der Fall beim Verstoß gegen einzuhaltende **Grenztemperaturen**. Teil 2 der Instandsetzungsrichtlinie fordert im Abschnitt 2.3.6, dass der zu bearbeitende Betonuntergrund bestimmte Temperaturen (nach der Tabelle 2.4) nicht unterschreitet. Sind solche Messung überhaupt nicht vorgenommen worden oder liefern die Eigenüberwachungsunterlagen Belege dafür, dass die Temperaturanforderungen nicht eingehalten worden sind, stellt sich die Frage, ob das Werk wegen einer fehlenden Beschaffenheitsvereinbarung mangelhaft ist. Die Anforderungen an die Umgebungstemperatur wie auch an die Bauteiltemperatur haben jedoch lediglich die Ausführungsumstände zum Gegenstand. Diese können sich negativ auf die Bauleistung auswirken, müssen es aber nicht, was jedoch letztlich für die Beurteilung, ob mit der vereinbarten Geltung der Instandsetzungsrichtlinie eine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt, ohne Bedeutung ist. Eine Beschaffenheitsvereinbarung hat Merkmale des Werks ebenso zum Gegenstand wie auch alle Faktoren, die sich auf die Verwendung des Werks oder seinen Wert auswirken können.<sup>41</sup> Allerdings könnte erwogen werden, derartige Vorgaben unter dem Aspekt eines Verstoßes gegen anerkannte Regeln der Technik zu würdigen, was insbesondere bei einem VOB-Bauvertrag nach § 13 Nr. 1 VOB/B in Betracht kommt. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob der Verstoß für sich bereits ausreicht oder ob zumindest prognostizierbare Verwendungs- oder Wertrisiken hinzutreten müssen. Das neue, seit 1.1.2002 geltende Recht hat insoweit im Wege der Auslegung und Präzisierung noch keine abschließend sicheren Ergebnisse aufgezeigt. Hier wird die Auffassung vertreten, dass die bloßen Leistungsumstände nicht Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sind. Daneben existieren eindeutiger Fallgestal-

---

<sup>34</sup> Richtlinie Teil 2 Tabelle 2.4 und 2.2

<sup>35</sup> Richtlinie Teil 3 Abschnitt 1.3

<sup>36</sup> Richtlinie Teil 3 Abschnitt 2.3

<sup>37</sup> Richtlinie Teil 3 Abschnitt 1.2.2

<sup>38</sup> Richtlinie Teil 3 Abschnitt 1.2.4

<sup>39</sup> Richtlinie Teil 3 Abschnitt 1.2.4

<sup>40</sup> Richtlinie Teil 2 Abschnitt 6.5

<sup>41</sup> Palandt/Sprau § 633 Rdn. 5; Bamberger/Roth/Voit § 633 Rdn. 4

tungen, deren Strukturen typologisch zu erfassen sind. Das **bloße Handlungsversagen** kann nämlich durch die **Nichteinhaltung messbarer Werkzustände** erweitert werden. Die Vertragswidrigkeit kann sich in einer bloßen Handlungswidrigkeit erschöpfen oder ein Handlungsversagen mit Zustandsfolgen - wenn auch gegenwärtig ohne Mangelbild - darstellen.

## 2. Richtlinienwidriger Leistungszustand

Den Handlungsverstoß kann ein richtlinienwidriger Leistungszustand dokumentieren. Das ist der Fall, wenn die Technikregel **Zustandsvorgaben** als Teilergebnis und Handlungsfrucht enthält. Als Beispiele lassen sich anführen:

**Mindestschichtdicken** nach Tabelle 5.2 des Teiles 2 der Richtlinie nicht eingehalten;  
**Anforderungen des Untergrundes** nach der Tabelle 2.3 des Teiles 2 der Richtlinie nicht eingehalten;

**Richtwerte für Schichtdicken** nach Tabelle 4.2 des Teiles 2 der Richtlinie nicht eingehalten.

Problematisch ist die rechtliche Einstufung: Sieht man darin Beschaffenheitsvereinbarung, ist ein Sachmangel zu bejahen, wobei es auf die sich hieraus ergebenden Folgen für die Langlebigkeit und Dauerhaftigkeit nicht ankommt. Denn nach § 633 Abs. 2 BGB oder § 13 Nr. 1 VOB/B ist jede Nichterreicherung einer vertraglich vorgesehenen Beschaffenheit ein Sachmangel unabhängig davon, wie sich diese Verfehlung konkret gegenwärtig und in Zukunft auswirkt. Verneint man die Voraussetzungen einer Beschaffenheitsvereinbarung deshalb, weil allein die vereinbarte Geltung der Instandsetzungsrichtlinie hierfür nicht ausreicht, ist die Prüfung nach der nächsten Stufe, nämlich nach der Verfehlung der Verwendungseignung geboten. Wird insoweit für die Bejahung eines Sachmangel die Abweichung von der Sollbeschaffenheit für ausreichend gehalten, weil das neue Recht in Abänderung vom vormaligen Rechtszustand negative Auswirkungen für die Mangelhaftigkeit des Werks nicht mehr verlangt, ist eine weitere Prüfung in Richtung Folgen der Unterschreitung nicht mehr veranlasst.<sup>42</sup> Der Sachmangel ist dann wegen Verfehlung der für die Verwendung beschriebenen und damit so auch vorausgesetzten Eignung ohne Rücksicht auf die Einschätzung der Folgen zu bejahen. Nach hier vertretener Auffassung liegt hierin nur dann ein Gewährleistungstatbestand, wenn dieser Umstand unter dem **Zeit-/oder Dauerhaftigkeitsmoment** Nachteile für die Langlebigkeit oder die Instandhaltung bewirkt. Diese Einschränkung ist deshalb vorzunehmen, weil sie dem Begriff der Verwendungseignung immanent ist. Teilweise könnte erwogen werden, unter dem Gesichtspunkt des Preis-Leistungsverhältnisses das im Straßenbau bekannten Abzugsverfahren zur Anwendung zu bringen. Die **Unterschreitung der Schichtdicke** beinhaltet eine entsprechende Materialeinsparung, was sich **preislich** entsprechend auswirkt. Für die Nichterreicherung der geforderten Abreißfestigkeiten ließe sich derselbe Gedanke anwenden, weil der erforderliche Arbeitseinsatz dem Leistungsgebot nicht entsprach. (Problem **Preis und Leistung**; in ZTVen z.B. durch **Abzugsverfahren** berücksichtigt)

---

<sup>42</sup> So z.B. Bamberger/Roth/Voit § 633 Rdn. 8; Muindt NZBau 2003,73,75; Palandt/Sprau § 633 Rdn. 6 a.E.

### 3. Normwidriger Leistungszustand und Verwendungseignung

Von einem Sachmangelhaftungsfall sollte nicht schon dann gesprochen werden, wenn der Leistungszustand der Richtlinie nicht voll entspricht. Der Haftungsfall sollte davon abhängig gemacht werden, welche Folgen sich hieraus nach sachverständiger Beurteilung ergeben. Nach der herrschenden Auffassung ist jedoch gerade diese Beurteilungsstufe durch einen Sachverständigen nicht mehr geboten, streng genommen darf dann danach auch gar nicht mehr gefragt werden. Was dem durch die Instandsetzungsrichtlinie geforderten Leistungszustand nicht entspricht, soll allein wegen dieser Abweichung unabhängig von einer Folgenorientierung für die Verwendungseignung als mangelhaft eingestuft werden können. Hierbei handelt es sich um eine rein formale Beurteilung, die daraus abgeleitet wird, dass das Gesetz bzw. die VOB/B im Gegensatz zum bisher geltenden Recht eine negative Auswirkung auf die Tauglichkeit oder den Wert des Werk nicht mehr fordert. Maßgebend soll nur noch die Abweichung sein.<sup>43</sup> Ob das tatsächlich so der Fall ist, ist jedoch deshalb die Frage. Denn das Gesetz wie auch die VOB/B beschreiben nunmehr die Mangelfreiheit durch Mangelfreiheitskriterien, so dass der Sachmangel, den das Gesetz bisher beschrieben hat, nunmehr im Wege der Auslegung erst zu ermitteln ist. Das kann abstrakt und formal im Sinne der herrschenden Auffassung oder dahin vorgenommen werden, dass jedenfalls dem Begriff der Verwendungseignung nicht nur die Einhaltung oder Verfehlung von Anforderungen, sondern zusätzlich der Prüfungsschritt immanent ist, wie sich eine Verfehlung auf die Eignung auswirkt. Nach hier vertretener Auffassung sollte bei der Prüfung der Verwendungseignung ein Sachmangel erst dann bejaht werden, wenn der nicht normgerechte Leistungszustand konkret die nachhaltige Verwendungseignung des Werks oder dessen Wert negativ beeinflusst. Die bereits angeführten Aspekte der Dauerhaftigkeit der Leistung kommen zum Tragen und beeinflussen die Antwort auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Mangel vorliegt. Für die Bejahung des Gewährleistungstatbestandes darf nicht allein auf technische Handlungsanweisungen abgestellt werden, selbst wenn sie zu - messbaren - Leistungszuständen führen. Insoweit ist jedoch noch eine weitere Auseinandersetzung geboten. Der hier aufgezeigte Weg ist jedoch einer, der ausgehend von Extrempositionen eine Lösung in der Mitte sucht, was nach hier vertretener Auffassung allein den Erfordernissen des praktischen Lebens und auch den Praxisbedürfnissen im Baubereich entspricht.<sup>44</sup>

### VIII. Zusammenfassung und Fazit

**Werkvertraglich** schuldet der Auftragnehmer eine mangelfreie Betonerhaltungsmaßnahme. Geschuldet ist ein Erfolg; den Werkvertrag kennzeichnet der **Erfolgsbezug** *nicht* **Tätigkeitsbezug**. Der Planer seinerseits schuldet durch Diagnose und Instandsetzungsplanung wie auch Koordinierung und Überwachung das mangelfreie Entstehenlassen des Bauwerks. Den **Erfolg** macht dabei die dauerhafte Mangel-/Schadensfreiheit des instandgesetzten Objekts aus. Den **Misserfolg**: macht das Gegenteil aus. Diesbezüglich hat jedoch das seit 1.1.2002 geltende Recht Neuerungen gebracht, die überzeugend noch nicht in die Praxis umgesetzt worden sind. Sich

<sup>43</sup> Bamberger/Roth/Voit § 633 Rdn. 8

<sup>44</sup> Vgl. Zur Idee der Lösung in der Mitte Bydlinski ain AcP 2004, 310 ff.

in Rechtsprechung und Lehre verstärkende Tendenzen für eine sehr formale Mangelbeurteilung erweisen sich als äußerst problematisch, wenn die Umsetzung in das konkrete Baugeschehen ohne Korrekturen erfolgt. Im behaupteten Gewährleistungsfall kann Rettung eventuell der Instandhaltungsplan bringen, der bestimmte Wartungsmaßnahmen vorgesehen hat, die der Auftraggeber versäumte, was vielleicht ursächlich für den Mangelfall sein könnte. Grundsätzlich aber gilt werkvertraglich, dass die Erfolgshaftung das im Leistungsverzeichnis und/oder in der Ausführungsplanung vorgesehene Handlungsprogramm überlagert (technisch Gesolltes und rechtlich Gesolltes sind zweierlei). Das Kriterium für die Erfolgsbemessung: ist deshalb nicht das Handlungsprogramm, sondern der geschuldete Erfolg. Unter Gewährleistungsgesichtspunkten wird der Erfolg durch Beschaffenheitsvereinbarung und Verwendungseignung bestimmt. Das Bausoll wird damit primär rechtlich und nicht technisch definiert. Technisch gibt die Instandsetzungsrichtlinie Regeln vor, mit deren Hilfe die Erreichung des Erfolges sicher gestellt werden soll. Was jedoch rechtlich näher im Einzelfall bei Geltung und Anwendung der Instandsetzungsrichtlinie Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung ist und unter welchen Voraussetzungen die Verwendungseignung verfehlt wird, wird in Zukunft zur entscheidenden Rechtsfrage werden.