

# **Der BGH, Werkverträge und die „ausufernde“ Annahme von konkludenten Beschaffenheitsvereinbarungen**

Abgesehen vom Baurecht spielt das Werkvertragsrecht gerade auch im IT-Recht eine große Rolle. Der Auftraggeber wird bei komplexeren Projekten häufig davon ausgehen, dass es sich um einen Werkvertrag handelt. Im Gegensatz dazu sind die Auftragnehmer meist daran interessiert im Vertrag klarzustellen, dass es sich um einen Dienstvertrag handelt. Unabhängig davon liegt ein Werkvertrag vor, wenn der Besteller beim Werkunternehmer die Erstellung eines bestimmten Werks in Auftrag gibt, also einen bestimmten Erfolg schuldet. Etwas anderes gilt nur, wenn es sich bei dem bestellten Werk um eine bewegliche Sache handelt, dann liegt regelmäßig ein Werklieferungsvertrag vor. Diese Fallgestaltung dürfte bei IT-Großprojekten jedoch nur dann eine Rolle spielen, wenn die Lieferung von Hardware einen auch wirtschaftlich überragend großen Raum einnimmt.

Gemäß § 633 Abs. 2 BGB ist das vom Besteller in Auftrag gegebene Werk frei von Sachmängeln, wenn es entweder die vereinbarte Beschaffenheit aufweist oder falls eine Beschaffenheitsvereinbarung fehlt, wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst 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 Werks erwarten kann. Je komplexer das vom Werkunternehmer zu erstellende Werk ist, desto wahrscheinlicher ist es, dass die Parteien des Werkvertrags beim Abschluss des Vertrags nicht alle für den Besteller wesentliche Eigenschaften im Vertragsdokument berücksichtigt haben. Wenn sich dann während oder nach der Fertigstellung des Werks herausstellt, dass sich das Werk zumindest teilweise nicht für die vom Besteller vorgesehenen Zwecke eignet, stellt sich häufig die Frage ob eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 633 Abs. 2 BGB vorliegt. Diese Frage kann insbesondere dann von entscheidender

Bedeutung sein, wenn sich das vom Werkunternehmer erstellte Werk nach allgemeinen Maßstäben für die gewöhnliche Verwendung von Werken gleicher Art eignet. Der Bundesgerichtshof hat in einem Urteil vom einen 30. August 2017 (Az.: VII ZR 5/17) erneut dargelegt, dass er einem relativ großzügigen Maßstab bei der Annahme von konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung im Werkvertragsrecht anlegt.

### **Was war geschehen?**

Die Beklagte betreibt eine Großbäckerei. In einer Produktionshalle der Großbäckerei sollten Malerarbeiten vorgenommen werden. Zu Testzwecken beauftragte die Beklagte den Kläger mit Malerarbeiten auf einer ca. 20 m<sup>2</sup> großen Fläche. Nach der Fertigstellung dieser Fläche beauftragte die Beklagte den Kläger mit weiteren Malerarbeiten. Die Durchführung der Malerarbeiten verzögerte sich aufgrund von Differenzen zwischen den Vertragsparteien um mehrere Monate. Bei Wiederaufnahme der Arbeiten rügte die Beklagte einen bereits vergilbten und fleckigen Zustand der vom Kläger bearbeiteten Flächen. Ohne die Durchführung einer Abnahme und vor Fertigstellung aller Leistungen hoben die Parteien das Vertragsverhältnis auf. Der Kläger stellte der Beklagten danach seine Schlussrechnung zu. Er forderte insgesamt etwas mehr als 47.000 € und rechnet darauf einen Abschlagszahlung in Höhe von nicht ganz 18.000 € an. Die Beklagte weigerte sich den Differenzbetrag zu zahlen, den der Kläger dann zunächst beim Landgericht Göttingen geltend machte. Der vom Landgericht Göttingen beauftragte Sachverständige kam zu dem Ergebnis, dass das Werk keinen zur Abnahmeverweigerung berechtigenden Mangel aufgewiesen hat, da es nach den anerkannten Regeln der Technik hergestellt wurde und eine dauerhafte Farbstabilität bei weißen und hochweißen Farbtönen nicht realisierbar sei. Die Klage wurde deshalb vom Landgericht Göttingen abgewiesen, doch die dagegen gerichtete Berufung hatte vor dem Oberlandesgericht Braunschweig dem Grunde nach Erfolg. Aufgrund der Ausführungen des vorgenannten Sachverständigen könne die Probefläche nicht als Beschaffenheitsvereinbarung angesehen werden, da es

hinsichtlich der Farbstabilität keine übliche Beschaffenheit gebe, wie der Sachverständige nachvollziehbar ausgeführt habe.

**Die berechtigte Erwartung des Bestellers an die Werkleistung kann für die Frage, ob eine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt, von Bedeutung sein**

Die Argumentation des Oberlandesgerichts Braunschweig hat den Bundesgerichtshof nicht überzeugt. Im Gegensatz zum Oberlandesgericht geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass die Parteien des Rechtsstreits zumindest konkludent, also durch schlüssiges Verhalten eine Beschaffenheitsvereinbarung dahingehend geschlossen haben, dass der auf der Probefläche angebrachte Farbton über mehr als ein Jahr seine Farbstabilität behält. Der Bundesgerichtshof führte zu diesem Punkt Folgendes aus:

„Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe hält die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung des Werkvertrags der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Auslegungsergebnis des Berufungsgerichts, wonach hinsichtlich der Farbstabilität des Weißanstrichs keine (konkludente) Beschaffenheitsvereinbarung zustande gekommen ist, beruht auf einem Verstoß gegen den Grundsatz der beiderseits interessengerechten Vertragsauslegung. Bei der Auslegung im Hinblick auf eine etwaige Beschaffenheitsvereinbarung ist die berechtigte Erwartung des Bestellers an die Werkleistung von Bedeutung. Der Beklagte durfte mangels Erörterung des Vergilbungsrisikos vor oder bei Vertragsschluss und mangels besonderen Fachwissens zu dieser Problematik angesichts der beträchtlichen Kosten der Malerarbeiten die berechtigte Erwartung hegen, dass der nach der Besichtigung der Probefläche festgelegte Weißanstrich - übliche Reinigung vorausgesetzt - nicht bereits nach weniger als einem Jahr mehr als nur unwesentlich vergilben würde. Diesen für eine beiderseits interessengerechten Vertragsauslegung

bedeutsamen Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht nicht hinreichend gewürdigt.“

Allerdings hat auch der Bundesgerichtshof erkannt, dass das vorgenannte Ergebnis nicht interessengerecht wäre, wenn die Klägerin den Beklagten vor dem Vertragsschluss auf dieses Problem hingewiesen und die Beklagte trotz dieses Hinweises die Durchführung des Auftrags verlangt hat. Da die Vorinstanzen hierzu jedoch keine Feststellungen getroffen haben, wurde der Rechtsstreit vom Bundesgerichtshof an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

### **Fazit**

Während der Vertragsverhandlungen wird meist viel gesprochen, aber nur ein Bruchteil von dem was in diesem Zusammenhang tatsächlich besprochen wurde, wird hinterher auch schriftlich fixiert. Sollte dann das Ergebnis eines Werkvertrags nicht so ausfallen, wie der Besteller es sich vorgestellt hat, kommt es häufig zu einer Auseinandersetzung der Parteien des Werkvertrags über den Inhalt dieses Vertrages. Es stellt sich dann zumeist die Frage, ob der Werkunternehmer aufgrund der vom Besteller vorgenommenen Beschreibung des von ihm gewünschten Werks verpflichtet war auf bestimmte Risiken bzw. Unwägbarkeiten hinzuweisen, die er als Fachmann aufgrund dieser Beschreibung bei der Umsetzung des Werks zumindest für möglich halten musste.

Der Bundesgerichtshof wird diese Frage häufiger als die meisten vermuten werden mit „Ja“ beantworten, wie diese Entscheidung eindrücklich beweist. Denn trotz der Feststellung des vom Landgericht hinzugezogenen Sachverständigen, dass die vom Kläger abgelieferte Arbeit einwandfrei war, geht der Bundesgerichtshof richtigerweise davon aus, dass es nicht den üblichen Erfahrungen entspricht, dass ein Farbanstrich in weniger als einem Jahr eine andere Form annimmt. Diese Tatsache musste dem Kläger/Werkunternehmer bei der Erstellung des Werks jedoch bewusst gewesen sein und insofern war er verpflichtet den Beklagten/Besteller auf

diesen Umstand hinzuweisen. Denn hätte der Beklagte diese Information gehabt, so hätte er seine Farbwahl überdenken und eine Farbe wählen können, die ebenfalls sehr hell ist, aber weniger schnell vergilbt und fleckig wird. Dieser Hinweis wäre also für den Beklagten für die Ermittlung von Folgekosten von entscheidender Bedeutung gewesen. Insofern stellt das Vorenthalten dieser Information einen Mangel dar, weil die Farbbeständigkeit zumindest eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung war, die der Kläger nicht eingehalten hat.

Für Besteller von Werken stellt diese Entscheidung keinen „Freibrief“ dar, der es ihnen erlaubt eine unsaubere Beschreibung der Eigenschaften des von Ihnen gewünschten Werks abzuliefern. Denn der Werkunternehmer muss nicht erraten, welche Zielsetzung der Besteller mit dem Werk verfolgen wird. Insofern muss der Besteller zumindest im Groben gegenüber dem Werkunternehmer klarstellen, wofür er das Werk verwenden will. Tut er dies nicht, spielt seine eigentliche Verwendungsabsicht keine Rolle und es kommt darauf an, wie vergleichbare Werke üblicherweise genutzt werden. Insofern spielt bei dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall die Tatsache, dass hier anhand einer Probearbeit zumindest im Groben festgelegt wurde, wie das Werk am Ende aussehen soll, eine entscheidende Rolle. Bei IT-Projekten kann z.B. einem vom Werkunternehmer zu erstellender Prototyp eine vergleichbare Rolle zukommen.

Allerdings sind Werkunternehmer verpflichtet darauf hinzuwirken, dass der Besteller für den Werkunternehmer erkennbare Lücken bei der Beschreibung des Werks vor dem Vertragsschluss schließt. Denn im Zweifel hat der Werkunternehmer dafür einzustehen, dass er ein funktionstüchtiges Werk abgeliefert, selbst wenn ihm dies technisch nicht möglich ist. Er wird von dieser Verpflichtung nur frei, wenn er den Besteller auf alle für ihn als Fachmann erkennbaren Risiken und Probleme, die durch die vom Besteller gewünschte Art des Werks entstehen können, in nachweisbarer, also in einer verschriftlichten Form hinweist und der Besteller dann trotzdem die Herstellung des Werks in dieser Form wünscht.

Im Gegensatz dazu sind die Anforderungen, um im Kaufrecht von einer Beschaffensvereinbarung auszugehen, um einiges höher, wie z.B. die Entscheidung des Bundesgerichtshof vom 27. September 2017 (Az.: VIII ZR 271/16) zeigt.

Ass. jur. Kai Riefenstahl  
29.10.2017