

Dipl.-Ing. Gunter Hankammer und Rechtsanwalt Dr. Florian Krause-Allenstein, FA für Bau- und Architektenrecht, Hamburg

Der Einfluss wartungsbedingter Bauteile auf die Gewährleistung des Unternehmers – Haftung für Abnutzung und Verschleiß?

A. Einleitung

Im Zuge der Inanspruchnahme des Unternehmers wegen Schäden an Bauteilen, die während der Gewährleistungsphase erkannt werden, kommt es regelmäßig zum Streit über die Frage, ob diese Schäden dann nicht eingetreten wären, wenn der Besteller die Bauteile ab dem Zeitpunkt der Abnahme regelmäßig gewartet hätte, bzw. ob es sich bei der eingetretenen Beanstandung ggf. um eine übliche Abnutzung handelt. Sofern über den Wartungsbedarf bestimmter Bauteile eine eindeutige vertragliche Regelung getroffen wurde, oder eine Gewährleistung z. B. für die sog. „Wartungsfugen“ von vorneherein wirksam ausgeschlossen wurde, liegt der Fall klar. Anders verhält es sich in den Fällen, in denen die Parteien eine entsprechende vertragliche Vereinbarung nicht getroffen haben.

Im Folgenden wird zunächst anhand zweier Fallbeispiele exemplarisch dargestellt wie es sich bautechnisch mit der Frage der erreichbaren Lebensdauer solcher (in einem Fall vermeintlich) wartungsbedürftiger Bauteile verhält. Ausgehend von dieser bautechnischen Untersuchung wird dann im zweiten Teil eine juristische Bewertung der Haftung des Unternehmers für solche Bauteile vorgenommen.

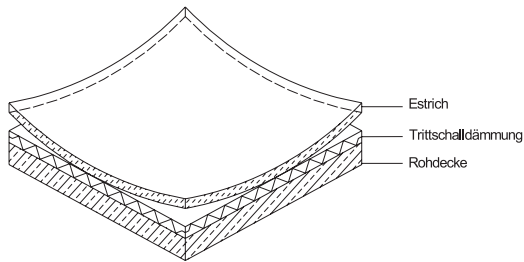
B. Technischer Teil

1. Beispiel elastische Randfugen von Fliesenbelägen

Bei Estrichen auf Trennschicht oder Dämmung können anfänglich Verwölbungen durch ungleich starkes Schwinden der oberen Zone gegenüber der unteren Zone des Estrichs entstehen, z. B. bei zu schnellem

Austrocknen der oberen Zone. In diesem Fall wird auch häufig vom „Schüsseleffekt“ gesprochen, da die konkave Verformung an der Oberfläche eine derartige Form annimmt. In der Regel legt sich der Randbereich des Estrichs später auf die übrige Fläche herab und nimmt dann eine waagerechte Oberfläche ein, sobald eine vollständige Austrocknung des Gesamtquerschnitts erreicht ist.

Abbildung 1: Schüsselung von schwimmendem Estrich beim Austrocknen. (Quelle: Hankammer, Gunter: Abnahme von Bauleistungen, 2. Aufl., Rudolf Müller Verlag 2004)



Werden zu diesem Zeitpunkt frühzeitig die Sockelfliesen an der Wand entlang der noch verformten Estrichränder angebracht, entsteht später nach vollständiger Rückbildung der Verformung eine übergroße Fuge zwischen der Unterkante der Sockelfliesen und der Oberkante des Bodenfliesenbelags. Dieser Effekt ist in den Raumecken am intensivsten ausgeprägt, da hier eine Überlagerung der Verformungen stattgefunden hatte. Es kommt dabei regelmäßig zu einer Überbeanspruchung des elastischen Dichtstoffs und in der Folge zum Fugenabriss.

Abbildung 2: Abgerissene Dichtstofffuge nach abgeklungener Estrichschüsselung.



(Quelle: Hankammer, Gunter: Abnahme von Bauleistungen, 2. Aufl., Rudolf Müller Verlag 2004)

Abbildung 3: Überbeanspruchung der elastischen Fuge unterhalb der Sockelfliesen, in Raummitte: 15 mm. (Quelle: Hankammer, Gunter: Abnahme von Bauleistungen, 2. Aufl., Rudolf Müller Verlag 2004)

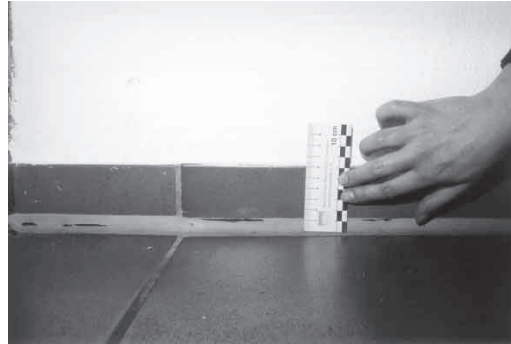
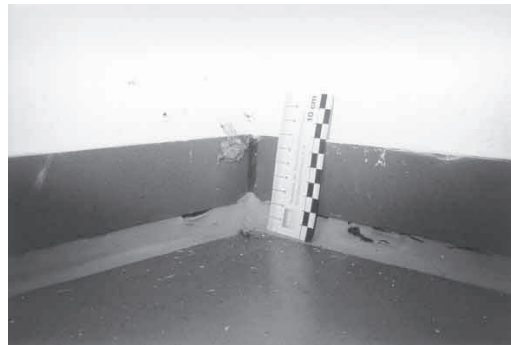


Abbildung 4: Überbeanspruchung der elastischen Fuge unterhalb der Sockelfliesen, in Raumecke: 20 mm. (Quelle: Hankammer, Gunter: Abnahme von Bauleistungen, 2. Aufl., Rudolf Müller Verlag 2004)



Kommt es zu Reklamationen von Fugenabrissen zwischen Bodenfliesen und Wandfliesen wird vom Unternehmer regelmäßig eingewendet, dass es sich hierbei um sog. „Wartungsfugen“ handle, die von seiner Gewährleistungsverpflichtung grundsätzlich ausgeschlossen seien. Das trifft jedoch nicht ohne weiteres zu, da der Begriff „Wartungsfuge“ einerseits normativ belegt ist und andererseits eine Gewährleistungsverpflichtung nicht grundsätzlich von vorneherein ausschließt. Die Überbeanspruchung der elastischen

Dichtstoffugen zwischen Bodenfliesen und Wand- oder Sockelfliesen durch Schüsselfuge oder Dämmstoffnachgiebigkeit ist durch richtige Planung der zutreffenden Fugenbreite und durch fachgerechte Ausführung zum Zeitpunkt der „Belegreife“, also erst nach dem Abklingen der Schüsselfuge vermeidbar.

Elastische Fugen werden im allgemeinen Sprachgebrauch als sog. „Wartungsfugen“ bezeichnet. Ihre Lebens- und Funktionsdauer richtet sich nach der jeweiligen intervallartigen Beanspruchung auf Kontraktion und Dilatation sowie nach der äußeren Beanspruchung z.B. durch Chemikalien, Reinigungsmittel und Umwelteinflüssen. Der Begriff „Wartungsfuge“ ist in der DIN 52460: 2000-02, Fugen- und Glasabdichtungen – Begriffe Ziffer 3.1.39 wie folgt definiert:

„Starken Einflüssen (z.B. chemischen, biologischen, physikalischen, mechanischen) ausgesetzte Fuge, deren Dichtstoff in regelmäßigen Zeitabständen überprüft und ggf. erneuert werden muss, um Folgeschäden zu vermeiden.“

Bei den „starken Einflüssen ausgesetzten“ Fugen handelt es sich z.B. um Fugen von Belägen in Brauereien, Chemiebetrieben, öffentlichen Schwimmbädern usw., die mit elastischen Dichtstoffen ausgefüllt sind. Die Dichtstoff-Fugen in häuslichen Bädern hingegen werden allenfalls in bestimmten Zeitintervallen durch Reinigungsmittel beaufschlagt und sind insoweit i.S. des Wortlauts der DIN 52460 nicht ständig „starken Einflüssen ausgesetzt“.

Hinsichtlich der bautechnisch erreichbaren Lebensdauer muss daher unterschieden werden zwischen den hoch beanspruchten elastischen Fugen, die normativ als *Wartungsfugen* definiert worden sind und den sonstigen *inspektionsbedürftigen Fugen*, die bei fachgerechter Planung und Ausführung eine bestimmte Lebensdauer erreichen können, die i.d.R. über die Gewährleistungsdauer von 4 bzw. 5 Jahren hinausgeht. Die „echte“ Wartungsfuge soll nach Ziffer 6.6 des Praxishandbuchs Dichtstoffe, IVD Industrieverband Dichtstoffe e.V., Düsseldorf nicht der Gewährleistung üblicher Verfügarbeiten unterliegen. Hierfür verlangt das Praxishand-

buch indes, „dass die Wartungsfuge bereits vor Ausführung benannt und festgelegt“ sein muss. Welche Fuge als Wartungsfuge eingestuft werden soll, muss also schon im Angebot festgeschrieben werden.“ Ein „Nachkarten“ im Schadenfall sei nicht möglich.

Entsprechend der DIN 18560-2: 2004-04 Estriche im Bauwesen – Teil 2: Estriche und Heizestriche auf Dämmschichten (schwimmende Estriche) darf die lastbedingte Zusammendrückbarkeit der Estrichdämmung das Maß von 5 mm nicht überschreiten. Zum Zeitpunkt der Herstellung von elastischen Fugen zwischen den Bodenfliesen und den Wand-, bzw. Sockelfliesen sind aber durch das Gewicht des Estrichs und des Fliesenbelags bereits wesentliche Anteile der Belastung schon vorhanden. Selten kommt ab diesem Zeitpunkt in Nassräumen noch ein wesentlicher Lastanteil durch Verkehrslasten hinzu. Insoweit wirkt sich das theoretisch mögliche Maß der Zusammendrückbarkeit der Estrichdämmung in der Praxis nur untergeordnet auf die Beanspruchung der Randfugen aus.

Fugenabbrisse, die auf das Nachgeben der Dämmstoffebene oder auf die Auswirkungen des „Schüsselfeffekts“ zurückzuführen sind, können daher bautechnisch nicht mit dem Verweis auf das Vorliegen einer „Wartungsfuge“ gerechtfertigt werden.

Obendrein sieht die einschlägige DIN 52460 keinerlei Auswirkungen der Fugenbeanspruchung auf die Gewährleistung von Wartungsfugen oder sonstigen Dichtstoffugen vor.

Alle Fugen, die von der DIN 52460 tatsächlich als „Wartungsfugen“ definiert sind, sollten auf dem Vorwege durch eine entsprechende vertragliche Vereinbarung aus der üblichen Gewährleistung ausgeklammert werden. Alle übrigen, herkömmlichen Dichtstoffugen, die nicht „starken Einflüssen ausgesetzt“ werden, sollten daher im Sprachgebrauch nicht als „Wartungsfugen“ bezeichnet werden, sondern zutreffender als „Wartefugen“: Entweder man *wartet* mit dem Einbau der Fuge, bis die unvermeidbaren Verformungen der flankierenden Bauteile abgeklungen sind oder man *wartet* auf die spätere Reklamation und beginnt dann mit der Instandsetzung der Fuge.

Es handelt sich dann nach der Definition der DIN 31051 inzwischen nicht mehr um eine „Wartung“, weil der abgerissene Dichtstoff ja tatsächlich vollständig ausgetauscht wird und damit die Definition einer „Instandsetzung“ nach DIN 31051 erfüllt.

Am Beispiel der elastischen Dichtstoffugen wird deutlich, was bei vielen andern Bauteilen ebenfalls zu Streitigkeiten bei Bauteilschäden innerhalb der Gewährleistungsfristen führt: Der Unternehmer geht stillschweigend davon aus, dass seine Gewährleistung nur unter der Bedingung Gültigkeit erlangt, dass der Besteller von sich aus Wartungsleistungen an bestimmten Bauteilen erbringt. Der Besteller hingegen wird von sich aus derartige Arbeiten nicht beauftragen, weil er von einer Gewährleistungsverpflichtung des Unternehmers ausgeht, insbesondere immer dann, wenn entsprechende gewährleistungsrelevante Bedingungen im Vertrag nicht enthalten sind.

II. Beispiel Holzfenster

Holzfenster können eine lange Restnutzungsdauer erreichen, wenn sie von vornherein einer regelmäßigen Wartung und Instandhaltung unterzogen werden. Hierbei kommt es hinsichtlich der mechanischen Funktionssicherheit von Fensterflügeln im Wesentlichen auf den ordnungsgemäßen Zustand der beweglichen Teile der Beschläge an. Der Schutz des Holzes vor Witterungseinflüssen hängt maßgeblich vom intakten Zustand der Farbbeschichtung ab. Die Schadensbilder äußern sich bei Holzfenstern durch fehlenden Witterungsschutz auf Grund von Beschichtungsschäden mit der Folge konkreter Zerstörung einzelner Bauglieder und durch Funktionsstörungen wie z.B. Undichtigkeiten mit der Folge von Zugerscheinungen oder eingeschränkte mechanische Gangbarkeit.

Im Laufe der Zeit kommt es bei den Konstruktionshölzern der Fenster zu unterschiedlichen Formveränderungen. Einerseits entstehen Schwindverkürzungen des Holzes beim Austrocknen, andererseits kommt es durch Dilatations- und Kontraktionsvorgänge als Folge thermischer Einflüsse, wie z.B. unter Sonneneinwirkung ebenfalls zu Längen- und

Dickenänderungen des Holzes. Hierbei wirken sich dunkle Anstriche deutlich intensiver aus als weiße, ungetönte Farbbeschichtungen. An den rechtwinklig aufeinander treffenden Fugestellen der Einzelprofile kommt es dabei auch zu gegenläufigen Verformungen mit der Folge, dass hier lokale Risse in der Farbbeschichtung entstehen.

Abbildung 5: Beginnende Rissbildung nach 5 Jahren zwischen den senkrechten und den waagerechten Holzprofilen des Fensterblendrahmens bei einem weiß lackiertem Fenster (Quelle: Hankammer, Gunter: Schäden an Gebäuden, Rudolf Müller Verlag, 2004)



Bei weiterer Bewitterung durch Schlagregen oder Spritzwasser, z.B. von der Fensterbank, dringt Feuchtigkeit über den Oberflächenriss in das Holz ein und führt insbesondere bei dem Stirnholz zu einer Wasseraufnahme mit der Folge eines lokalen Quellvorgangs. Diese Volumenvergrößerung des Holzes kann von der Beschichtung nicht nachvollzogen werden, sodass es dort zu Längsrissen rechtwinklig zur Fuge kommt. Auf diese Weise tritt meist unbemerkt ein Allmählichkeitsfolgeschaden ein, der im fortgeschrittenen Stadium nicht mehr reparabel ist. Liegen Profilstöße z.B. im unmittelbaren Spritzwasserbereich, muss sichergestellt werden, dass thermische Längenänderungen nicht zu klaffend offenen Fugen führen. Thermisch bedingte Risse in der Beschichtung müssen umgehend fachgerecht verschlossen werden. Das setzt Inspektionen in angemessenen Zeitabständen voraus.

Abbildung 6: Fortgeschrittene Holzerstörung ausgehend von der Konstruktionsfuge zwischen den senkrechten und den waagerechten Holzprofilen des Fensterblendrahmens, bei besonderer Beanspruchung im Spritzwasserbereich (Quelle: Hankammer, Gunter: Schäden an Gebäuden, Rudolf Müller Verlag, 2004)



Abbildung 7: Fortgeschrittene Holzerstörung ausgehend von der Konstruktionsfuge zwischen den senkrechten und den waagerechten Holzprofilen des Fensterblendrahmens, bei besonderer Beanspruchung im Spritzwasserbereich der Fensterbank (Quelle: Hankammer, Gunter: Schäden an Gebäuden, Rudolf Müller Verlag, 2004)



Da die thermische Beanspruchung von dem Absorptionsvermögen des Farbanstrichs abhängig ist, dürfen dunkle Farben nur i.V.m. solchen Hölzern verwendet werden, die vergleichsweise unempfindlich gegen thermische Veränderungen sind. Nadelholz gehört zu den Materialien, die für dunkle Farbanstriche nicht geeignet sind. Die thermischen Beanspruchungen führen zu einer Abrissbildung im Stoßbereich. Grundsätzlich kann daher ein dunkel deckender Anstrich i. V. m. Kiefernholz als ungeeignet klassifiziert werden, weil hiermit ein mehr als obligatorischer Wartungs- und Inspektionsaufwand verbunden ist. Bereits nach wenigen Jahren kann eine Störung der Beschichtung zu einer vollkommenen Zerstörung des Fensterholzes führen:

Abbildung 8: Abgängiges Fensterholz auf Grund Konstruktionsfuge mit eingedrungene Spritzwasser Bauteilalter: 4 Jahre (Quelle: Hankammer, Gunter: Abnahme von Bauleistungen, 2. Aufl., Rudolf Müller Verlag, 2004)



Die Instandhaltung an Holzfenstern erfasst die Inspektion und die hieraus abzuleitenden Wartungsarbeiten. In diesem Sinne werden kleinere Beschädigungen der Beschichtung repariert und es werden gerissene Fugen tief greifend verschlossen. Der Farbanstrich wird nur an den Stellen ausgebessert, bei denen Handlungsbedarf besteht.

Bei der Renovierung von Holzfenstern hingegen wird die Farbbeschichtung erneuert oder flächendeckend überarbeitet. Folgt man dem Merkblatt, „Klassifizierung von Beschichtungen für Holzfenster und -Haustüren“, Verband der Fenster- und Fassadenhersteller e.V., VFF, Frankfurt 04/2004 dann fällt das erste Renovierungsintervall nach der Abnahme, bei dem eine Erneuerung der Farbbeschichtung erforderlich wird, nur bei deckenden Anstrichen auf Laubhölzern sowie mit Ausnahme einer extremen Bewitterung auch auf Nadelhölzern z.B. in den Zeitraum nach Ablauf einer 5-jährigen Gewährleistungsphase. Bei allen anderen Beschichtungsarten, insbesondere bei Lasuren fällt das erste Renovierungsintervall bereits unter Beanspruchung durch Normalbewitterung z.B. in den Zeitraum einer 5-jährigen Gewährleistungsphase.

Neben den erforderlichen Ausbesserungsmaßnahmen an der Farbbeschichtung erfolgt im Zuge einer Inspektion auch eine Funktionsprüfung der beweglichen Teile des Fensters. Insbesondere in der Anfangsphase kann es z.B. dazu kommen, dass Fensterflügel „hängen“ und beim Verschließen im Falzbereich auf die am Blendrahmen verschraubten Schließbleche auflaufen. Darüber hinaus kann es zur Schwergängigkeit der mechanisch beweglichen Beschlagsteile kommen, wenn diese nicht mindestens einmal im Jahr geölt, bzw. mit Grafit behandelt werden.

Nach den technischen Regelwerken sind allgemeine Instandhaltungsarbeiten an Holzfenstern im Wohnungsbau mindestens 1- bis 2-jährlich erforderlich. Folgt man den Empfehlungen der einschlägigen Regelwerke und Merkblätter [1], liegen die allgemeinen Instandhaltungsintervalle für die Fenster im Wohnungsbau bei 1–2 Jahren. Danach fallen die ersten Instandhaltungsintervalle regelmä-

ßig in den Zeitraum der Gewährleistungsphase des Auftragnehmers.

Unterlässt man diese Instandhaltung an den mechanischen Teilen der Fenster, kommt es zu Schäden an den Beschlägen und an den Holzprofilen überall dort, wo sich allmählich ein unplanmäßiger Kontakt einschleicht.

Aus den einschlägigen Regelwerken ergibt sich daher, dass die Renovierung von Holzfenstern zumindest in bestimmten Situationen in die Gewährleistungsphase fallen kann, die erforderlichen Instandhaltungsmaßnahmen fallen aber in jedem Fall in die Gewährleistungsphase.

C. Juristischer Teil

1. Die vertragliche Verkürzung der Gewährleistungsfrist

Hat der Unternehmer bereits bei Vertragsabschluss an die kurze Lebensdauer des Bauteils gedacht bzw. denken können (bei Vertragsschluss muss ja die Errichtung des Bauteils noch gar nicht festgestanden haben), so wird er versuchen, mit dem Auftraggeber eine kürzere Gewährleistungsfrist zu vereinbaren. Gelingt ihm dies (wirksam), so werden im Nachhinein keine Meinungsverschiedenheiten über die Frage der Gewährleistungspflicht des Unternehmers aufkommen.

1. Individualvertragliche Regelungen

Grundsätzlich kann in individualvertraglichen Regelungen zwischen den Parteien bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit i.S. des § 138 BGB auch eine Verkürzung der Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche des Unternehmers vereinbart werden. Eine Ausnahme gilt gemäß § 639 BGB nur dann, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Unter Berücksichtigung der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs [2]

[1] ifz info: „Instandhaltung von Fenstern und Türen, Ausgabe 3/96“, (Informationszentrum Fenster, Türen Fassaden e.V., ifz), Forschungsbericht „Alterung und Instandhaltung von Holzfenstern, „Instandhaltung von Fenstern und Türen, Ausgabe 3/96“, (Informationszentrum Fenster, Türen Fassaden e.V., ifz), Forschungsbericht „Alterung und Instandhaltung von Holzfenstern, herausgegeben vom Institut für Fenstertechnik Rosenheim, VFF – Merkblatt WP 02, herausgegeben vom Verband der Fenster- und Fassadenhersteller e.V. Stand April 1998 herausgegeben vom Institut für Fenstertechnik Rosenheim, VFF – Merkblatt WP 02, herausgegeben vom Verband der Fenster- und Fassadenhersteller e.V. Stand April 1998.

[2] Vgl. BGH, Urteil v. 24.11.2005 – VII ZR 87/04 –, WM 2006, 247 = IBR 2006, 78.

zur Qualifizierung von Vereinbarungen als AGB sind an das Vorliegen einer individualvertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien indes derart hohe Anforderungen zu stellen, dass dieser Fall wohl eher eine Ausnahme bleiben wird.

2. Formular- und Verbraucherverträge

In AGB des Unternehmers ist eine „Erleichterung“ d. h. z. B. eine Verkürzung der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB gemäß § 309 Nr. 8 b) ff) BGB unwirksam. Wirksam sind Verkürzungen der Verjährung, wenn sie vom Verwender selbst stammen. Deshalb ist die Frist von zwei Jahren wirksam vereinbart, wenn der Besteller sie in seinen Geschäftsbedingungen vorsieht [3].

Die gesetzliche Verjährungsfrist kann durch die Initiative des Unternehmers auch nicht dadurch verkürzt werden, dass er § 13 VOB/B isoliert vereinbart. Denn die Bestimmungen des § 13 VOB/B stellen schon für sich AGB dar, die durch die bloße Inbezugnahme oder Wiedergabe des Wortlauts, also ohne „ausgehandelt“ worden zu sein, Vertragsinhalt werden können und dann der Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB unterliegen [4]. Eine vom Unternehmer bzw. Bauträger gestellte Vertragsbedingung, in der lediglich auf § 13 VOB/B verwiesen wird, verstößt gegen § 309 Nr. 8 b) ff) BGB und ist damit unwirksam [5]. In Betracht kommt damit lediglich eine Verkürzung der Verjährung der Gewährleistungsansprüche des Unternehmers durch Vereinbarung der VOB/B im Ganzen. Dies ist nach derzeitiger Rechtslage auch bei einem Bauvertrag mit einem Verbraucher grundsätzlich wirksam möglich, nachdem sowohl das LG Berlin [6] als auch das Kammergericht [7] die entsprechende Klage des Bundesverbandes der Verbraucherzentralen abgewiesen haben [8]. Beim Bauträgervertrag dürfte indes eine wirksame Vereinbarung der VOB/B im Ganzen schlechterdings nicht möglich sein. Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 22.1.2004 [9] führt bekanntlich jede Abweichung vom Regelungsgehalt der VOB/B zur Inhaltskontrolle sämtlicher ihrer Bestimmungen; beim Bauträgervertrag wird man die VOB/B indes nicht ohne jegliche Abweichungen von ihren Regelungen vereinbaren können [10], sodass

immer eine Inhaltskontrolle auch der Bestimmungen des § 13 VOB/B durchgeführt werden wird mit der Folge, dass aus den bereits dargestellten Gründen eine Verkürzung der Verjährungsfrist durch § 13 Nr. 4 VOB/B unwirksam ist [11].

Der gleichen Kontrolle wie AGB unterliegen sog. Verbraucherverträge i. S. des § 310 Abs. 3 BGB. Nach dieser Vorschrift findet die Inhaltskontrolle nach § 309 Nr. 8 b) ff) BGB nämlich auf vorformulierte Vertragsbestimmungen auch dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte. Bei einem Vertrag mit einem Verbraucher kann der Unternehmer, was in aller Regel beim Bauträger der Fall sein wird, die Inhaltskontrolle nach § 309 Nr. 8 b) ff) BGB nur dann verhindern, wenn die vertraglichen Regelungen vom Verbraucher selbst eingeführt wurden.

Der Fall, dass eine wirksame vertragliche Regelung zur Verkürzung der Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche des Bestellers auf Grund des Vorliegens von AGB bzw. Verbrauchervertrages nicht möglich ist, kommt also besonders häufig beim Abschluss eines Bauträgervertrages vor. Der Bauträger hat neben diesem Konflikt mit dem Käufer zudem das Problem, dass er im Vertrag mit seinem Subunternehmer eine entsprechend lange Gewährleistungsfrist für die wartungsbedürftigen Bauteile nicht wird durchsetzen können oder aber nur dann,

[3] BGH, Urteil v. 4.12.1986 – VII ZR 325/84 –, BauR 1987, 205; Kniffka, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand: 4.1.2007, § 638 Rdnr. 187.

[4] BGH, BauR 1987, 438f.

[5] BGH, NJW 1986, 713, 714; BGH, BauR 1987, 438f.

[6] LG Berlin, Urteil v. 7.12.2005 – 26 O 46/05 –, BauR 2006, 384 = IBR 2006, 77.

[7] KG, Urteil v. 15.2.2007 – 23 U 12/06 –.

[8] Die Revisionsentscheidung des BGH bleibt allerdings abzuwarten. Das KG hat in seiner Entscheidung die Revision zugelassen.

[9] Urteil v. 22.1.2004 – VII ZR 419/02 –, BGHZ 157, 346.

[10] Vgl. z. B. die Schlusszahlungsfälligkeit von zwei Monaten gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B, die ein Bauträger sicherlich nicht akzeptiert, ferner die Regelungen über Ausführungsunterlagen und Ausführung (§§ 3, 4 VOB/B), die jedenfalls auf den schlüsselfertigen Bauträgervertrag nicht passen. Gleiches gilt etwa für das Änderungsrecht des Auftraggebers nach §§ 1 Nr. 3, 1 Nr. 4 VOB/B, das der Bauträger sicher auch nicht gelten lassen will.

[11] Basty, *Der Bauträgervertrag*, 5. Aufl., Rdnr. 1002; Pause, *Der Bauträgerkauf und Baumodelle*, 4. Aufl., Rdnr. 163 ff.; Schulze-Hagen, IBR 2004, 370; zur Vereinbarkeit der Klauselrichtlinie vgl. Quack, BauR 1997, 24. A. A. z. B. Werner/Pastor, *Der Bauprozess*, 11. Aufl., Rdnr. 1017.

wenn sich der Erwerber verpflichtet, mit eben diesem Subunternehmer auch einen entsprechenden Wartungsvertrag abzuschließen. Gelingt es dem Bauträger nicht, eine solche Wartungsverpflichtung des Erwerbers durchzusetzen, wird er beim Auftreten von Beanstandungen vor Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist zwar vom Erwerber in Anspruch genommen werden können; ein Regress gegenüber dem Subunternehmer ist dann in aller Regel auf Grund der zwischenzeitlich bereits eingetretenen Verjährung im Vertragsverhältnis mit dem Subunternehmer nicht mehr möglich. Dem Bauträger droht daher eine Haftung ohne die Möglichkeit des Regresses bei seinem Subunternehmer.

Aus diesem Grund wird von einem Teil der Literatur [12] vertreten, dass die fünfjährige Haftung des Unternehmers für einzelne Werke und Bauteile, die z.B. auf Grund ihrer Wartungsbedürftigkeit von vornherein eine kurze Lebensdauer haben oder einer besonderen Abnutzung unterliegen, nicht sachgerecht sei; für diese Bauteile sei daher eine Verkürzung der Verjährungsfristen für die Gewährleistungsansprüche zulässig. Für den Zeitraum vor In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 1.1.2002 sollte danach eine einjährige Verjährungsfrist für vom Feuer berührte Teile von Feuerungsanlagen (vgl. § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B), für Gebrauchsteile (z. B. Bodenbeläge) und für Verschleißteile (Dichtungen, Scharniere, Schalter, Anstriche etc.) entsprechend § 638 Abs. 1 BGB a.F. vereinbart werden können. Für kurzlebige Verbrauchsteile wie Glühbirnen und Sicherungen oder für einen mitgelieferten Kühlschrank wurde eine halbjährige Verjährungsfrist entsprechend § 477 BGB a.F. befürwortet.

Unabhängig davon, dass sich die Verjährungsfristen durch die Schuldrechtsmodernisierung ab dem 1.1.2002 geändert haben, ist diese Auffassung unzutreffend [13]. Alle zur Neuerrichtung erforderlichen Teile eines Bauwerks sind Arbeiten bei Bauwerken i.S. des § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB mit der Folge einer dafür bestehenden fünfjährigen Gewährleistungsfrist. Diese Gewährleistungsfrist kann aus den oben dargestellten Grundsätzen in AGB oder einem Verbrauchervertrag nicht wirksam verkürzt werden. Der Unter-

nehmer ist insoweit auch nicht schutzbedürftig, da aus den nachfolgend aufgezeigten Gründen eine innerhalb der fünfjährigen Gewährleistungsfrist auftretende Beanstandung eines Bauteils, die auf normalen Verschleiß oder fehlende Wartung zurückzuführen ist, keinen Werkmangel i.S. des § 633 Abs. 2 BGB darstellt. Dem Besteller obliegt in diesem Zusammenhang sowohl eine entsprechende Wartungspflicht als auch die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels [14].

Die im Praxishandbuchs Dichtstoffe, IVD Industrieverband Dichtstoffe e.V. vorgeschlagene Aufnahme einer vertraglichen Verkürzung der Verjährung für sog. echte Wartungsfugen (vgl. hierzu oben unter B. I.) ist daher nur individualvertraglich und damit in Ausnahmefällen möglich.

II. Gewährleistung wartungsbedürftiger Bauteile ohne (wirksame) vertragliche Vereinbarungen

Haben die Parteien eine vertragliche Regelung über wartungsbedürftige Bauteile nicht getroffen oder ist eine entsprechende Regelung unwirksam, stellt sich wiederum die Frage nach der Gewährleistungsverpflichtung des Werkunternehmers. Gemäß § 633 Abs. 1 BGB hat der Unternehmer das Werk u.a. frei von Sachmängeln zu liefern. Nach § 633 Abs. 2 BGB liegt ein Sachmangel vor, wenn das Werk nicht die vereinbarte oder eine Beschaffenheit aufweist, die nach dem Vertrag vorausgesetzt wurde oder die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.

Wenn die Parteien im Bauvertrag allerdings eine bestimmte Lebensdauer des wartungsbedürftigen dem Verschleiß unterliegenden Bauteils i.S. des § 633 Abs. 2, 1. Alt. BGB ausdrücklich vereinbaren, so stellt jede Abwei-

[12] Brych, ZfBR 1989, 237; ders., NJW 1986, 302; Grziwotz, NJW 1989, 193, 195f.; einschränkend Blank, Baurägervertrag, 2. Aufl., Rdnr. 347 ff.

[13] Basty, Der Baurägervertrag, 5. Aufl., Rdnr. 1000; Blank, Baurägervertrag, 2. Aufl., Rdnr. 351; Hertel, in: Amann/Bambring/Hertel, Vertragspraxis nach neuem Schuldrecht, 2. Aufl., S. 253; Pause, Der Baurägerkauf und Baumodelle, 4. Aufl., Rdnr. 665; Grziwotz, in: Grziwotz/Koebble, Handbuch Baurägerrecht, Teil 3, Rdnr. 356 f.

[14] Vgl. OLG Hamburg, BauR 2001, 1749, 1751; OLG Hamburg, BauR 1979, 248, 249; Basty, Der Baurägervertrag, 5. Aufl., Rdnr. 1000; Wirth, in: Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 16. Aufl., § 13 Nr. 5 VOB/B Rdnr. 20, der sogar von einem Beweis des ersten Anscheins ausgeht, dass die Bauteile bei Abnahme mangelfrei waren, wenn sie über einen bestimmten Zeitraum unbeanstandet verwendet werden.

chung von dieser Lebensdauer einen Mangel der Werkleistung des Unternehmers dar [15]. Dies gilt sodann unabhängig von der Frage, ob das Bauteil auf Grund seiner Verschleißbedingtheit bzw. Wartungsbedürftigkeit überhaupt die vereinbarte Lebensdauer erreichen konnte. In diesem Fall liegt dann nämlich eine Abweichung von der vertraglichen Beschaffenheit i.S. des §633 Abs.2, 1. Alt. BGB vor, die nach dem subjektiven Fehlerbegriff des Werkvertragsrechts einen Mangel der Werkleistung des Unternehmers darstellt.

Wie schnell die Parteien mit einer entsprechenden Beschaffenheitsvereinbarung bei der Hand sein können, zeigt ein Urteil des OLG Köln vom 23.10.2001 [16]. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte ein Hauseigentümer seinen Hauszugang mit neuen Pflastersteinen verlegen lassen, nachdem er zuvor mit dem Unternehmer vereinbart hatte, dass diese Steine die Farbe „Anthrazit“ aufweisen sollten. Damit sollte sich der Belag von den hellen Klinkern der Hausfassade absetzen. Schon zwei Jahre nach dem Verlegen der Steine waren sie indes derart ausgebleicht, dass sie nur noch hellgrau erschienen. Das Oberlandesgericht verurteilte den Unternehmer auf Ersatz der Nachbesserungskosten für die vollständige Erneuerung des Belags. Das Argument des Unternehmers, es läge nur ein natürlicher Verschleiß vor, ließ das Gericht nicht gelten. Der Belag habe nämlich die von den Parteien vereinbarte Beschaffenheit in Form der Farbe „Anthrazit“ nicht aufgewiesen, wenn diese Farbe vor Ablauf der fünfjährigen Gewährleistungsfrist bereits „verschwinde“. Insoweit sei es auch unerheblich, dass es keine DIN-Normen gäbe, die sich mit der Frage der Farbbeständigkeit von Pflastersteinen befassen.

In der Regel werden die Parteien indes für bestimmte wartungsbedürftige Bauteile über die allgemeine Regelung der Dauer der Gewährleistungsfrist für das gesamte Bauwerk hinaus keine besonderen Vereinbarungen treffen, sodass eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S. des §633 Abs.2, 1. Alt. BGB nicht vorliegt. Dann stellt sich die Frage, ob eine vor dem Ablauf der gesetzlichen fünfjährigen Gewährleistungsfrist eintretende Beanstandung des Bestellers eine Abweichung von

der „üblichen Beschaffenheit“ i.S. des §633 Abs.2, Nr.2 BGB darstellt.

Bei solchen Bauteilen, die bei Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik und der sonstigen einschlägigen technischen Vorschriften so hergestellt werden können, dass sie ohne Beeinträchtigung die fünfjährige Gewährleistungsfrist überdauern, liegt – unabhängig von der Wartungsbedürftigkeit dieser Bauteile – ein Mangel vor, wenn er innerhalb der Gewährleistungsfrist auftritt. Dies gilt beispielsweise für die oben unter B. I. dargestellte sog. Wartefuge in den Bädern, die nicht der DIN 52460 unterfällt. Dem Unternehmer ist es in diesem Fall nach den vorstehenden Ausführungen möglich, bei bautechnisch fachgerechter Ausbildung dieser Fuge eine Lebensdauer von 5 Jahren zu erreichen, ohne dass es einer Erneuerung oder Wartung der Fuge bedarf. Dementsprechend ist eine Fuge „üblicher Beschaffenheit“ i.S. des §633 Abs.2 Nr.2 BGB so ausgebildet, dass sie nicht vor Ablauf der gesetzlichen fünfjährigen Gewährleistungsfrist abreißt und die durch den Besteller gerügte Beanstandung aufweist.

Bei solchen Bauteilen hingegen, bei denen es dem Unternehmer auch bei Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik und sonstigen einschlägigen technischen Regelwerken nicht möglich ist, eine fünfjährige Lebensdauer des betreffenden Bauteils zu erzielen, ohne dass in der Zwischenzeit Wartungsarbeiten an diesen Bauteilen durchgeführt werden müssen, liegt ein Mangel, wenn sich entsprechende verschleißbedingte Beanstandungen während der fünfjährigen Gewährleistungsfrist zeigen, nicht vor [17]. Denn diese Bauteile zeichnen sich dadurch aus, dass sie – wenn entsprechende Wartungsarbeiten nicht durchgeführt werden – nach ihrer üblichen Beschaffenheit i.S. des §633 Abs.2 Nr.2 BGB eine Lebensdauer aufweisen, die

[15] Kleine-Möller/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, 3. Aufl., §12 Rdnr.273; Schulze-Hagen, IBR 1992, 150.

[16] OLG Köln, Urteil v. 23.10.2001 – 3 U 21/01 –, BauR 2002, 801 = MDR 2002, 451 = IBR 2002, 190 = OLGR 2001, 24 = ZfBR 2002, 256.

[17] OLG Düsseldorf, IBR 1992, 150; LG Stuttgart, Urteil v. 1.6.1987 – 27 O 148/87 –, MittBayNot 1989, 82f.; Basty, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl., Rdnr.945; Brych, ZfBR 1989, 237ff.; Hahn, BauR 1985, 121; Grziwotz, NJW 1989, 193; Kleine-Möller/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, 3. Aufl., §12 Rdnr.273; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 11. Aufl., Rdnr.1514; Wirth, in: Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 16. Aufl., §13 Nr.5 VOB/B Rdnr.20.

hinter der gesetzlichen fünfjährigen Gewährleistungszeit zurückbleibt [18].

Dies gilt z. B. für die oben unter C. I. beschriebene „echte Wartungsfuge“ gemäß DIN 52460 in besonders stark beanspruchten Umgebungen, wie Chemielaboren etc. Diese Fuge ist auf Grund der starken Beanspruchung auch bei Einhaltung aller bestehenden technischen Regelwerke nicht so herzustellen, dass sie – ohne gewartet zu werden – eine Lebensdauer von fünf Jahren erreichen kann. Aus diesem Grund liegt ein Mangel der Werkleistung des Unternehmers, kommt es beispielsweise schon nach zwei Jahren zu einem Abriss dieser Fuge, nicht vor. Einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung hierüber, wie im Praxishandbuch Dichtstoffe, IVD Industrieverband Dichtstoffe e. V. vorgesehen, bedarf es daher nicht, um die Gewährleistungsverpflichtung des Unternehmers auszuschließen [19].

Gleiches gilt bei dem vorstehend unter B. II. dargestellten Fensteranstrich in Form einer Lasur, der – auch bei Einhaltung aller technisch möglichen Vorkehrungen – bereits nach zwei Jahren einer Wartung bedarf. Ein entsprechender Sachverhalt lag einem Urteil des LG Stuttgart vom 1. 6. 1997 [20] zugrunde. Beim Lasuranstrich der Fenster hatte sich ein gebrauchts- und witterungsbedingter Verschleiß vor Ablauf der fünfjährigen Gewährleistungsfrist eingestellt. Das Gericht verneinte einen Werkmangel des Unternehmers mit der Begründung, dass eine Abweichung von der üblichen Beschaffenheit des Fensteranstrichs nicht vorliege.

In gleicher Weise hat das OLG Düsseldorf in seinem Urteil vom 17. 9. 1991 [21], wiederum bezüglich einer offenporigen Lasur von Fenstern, entschieden. Der Entscheidung lag ein Fall zugrunde, in dem auf Grund des Auftrags des Bauherrn die Fenster „offenporig“ gestrichen, also lasiert werden sollten. Die Wasser-schenkel waren zwei Jahre nach dem Anstrich „ausgelaugt“ bzw. „verblichen“. Jedenfalls befanden sie sich nicht mehr in einem zweckentsprechenden Zustand gemäß 3.1.10.3 der DIN 18363 (Anstricharbeiten). Das OLG Düsseldorf wies die Klage des Bestellers gleichwohl ab. Der Unternehmer habe eine Wetterbeständigkeit des Anstrichs nicht

geschuldet. Zwar habe der Unternehmer auf Grund der Umstände davon ausgehen müssen, dass das lasierte Holz erheblichen Witterungseinflüssen ausgesetzt war. „Wetterbeständigkeit“ schulde aber nur derjenige, der einen der in 3.1.10.3 der DIN 18363 (Ausgabe 09/76) genannten Anstriche verwenden solle. Weder Lack- noch Lasurfarben (2.5.2.4 der DIN 18363, Ausgabe 09/76) noch Lasuranstrichstoffe (2.5.2.5 der DIN 18363) seien in der genannten Vorschrift aufgeführt. Der durch den Unternehmer verwendete Lasuranstrich habe trotz der bereits nach zwei Jahren aufgetretenen Beanstandungen der üblichen Beschaffenheit entsprochen, sodass ein Werkmangel nicht gegeben sei.

Hierdurch wird allerdings die fünfjährige Gewährleistungsfrist für das Bauwerk im Übrigen, also alle sonstigen Bauteile, nicht berührt. Ein Mangel dieses wartungsbedürftigen oder verschleißbedingten Bauteils liegt somit erst dann vor, wenn die für das verwendete bzw. errichtete Bauteil übliche Haltbarkeitsdauer unterschritten wird [22]. Ob und ggf. wann dies der Fall ist, ergibt sich aus den für dieses Bauteil einschlägigen technischen Regelwerken. Liegen solche technischen Bestimmungen nicht vor, muss im Streitfall ein Sachverständiger die Frage der üblichen Lebensdauer des Bauteils klären.

III. Hinweispflicht des Unternehmers

Weist ein Bauteil auf Grund seiner Wartungsbedürftigkeit bzw. Verschleißanfälligkeit im Einzelfall nach seiner üblichen Beschaffenheit eine kürzere als die gesetzliche fünfjährige Lebensdauer auf, haftet der Unternehmer also nach den vorstehenden Grundsätzen für entsprechend auftretende Verschleißerscheinungen nicht, so stellt sich die Frage nach seiner Hinweispflicht gegenüber dem Besteller. Eine solche Pflicht kann sich als vertragliche Nebenpflicht insbesondere bei einem

[18] Vgl. Kleine-Möller/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 273.

[19] Es schadet allerdings auch nicht, eine entsprechende vertragliche Regelung mit aufzunehmen, um von vornherein Streitigkeiten über eine entsprechende Gewährleistungsverpflichtung des Unternehmers auszuschließen.

[20] Vgl. LG Stuttgart, Urteil v. 1. 6. 1997 – 27 O 148/87 –, MittBayNot 1999, 82f.; Brych, ZfBR 1999, 237 ff.

[21] OLG Düsseldorf, Urteil v. 17. 9. 1991 – 21 U 26/91 –, OLG R 1992, 7 = IBR 1992, 150.

[22] Vgl. Kleine-Möller/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 273.

Vertrag mit einem Verbraucher oder einem sonst Bauunkundigen ergeben. Vor allem wenn das Bauteil Wartungsarbeiten innerhalb der fünfjährigen Gewährleistungsfrist benötigt, wie etwa Fenster mit Lasuranstrich, wie oben unter B. II. dargestellt, wird man eine entsprechende Hinweispflicht des Unternehmers bejahen müssen [23]. Eine Hinweispflicht ist zu verneinen, wenn die Verschleißerscheinungen nicht durch eine Wartung durch den Besteller verhindert bzw. vermindert werden können. Eine Aufklärungs- bzw. Hinweispflicht des Unternehmers kann sich ferner dann ergeben, wenn es neben dem vertraglich vorgesehenen Baustoff, der wartungsbedürftig oder verschleißanfällig ist, auch eine alternative Ausführungsart gibt, die eine entsprechende Anfälligkeit nicht aufweist und daher auch ohne Wartung eine fünfjährige Lebensdauer erreicht.

Eine Hinweispflicht besteht nicht, wenn sich der Bauherr durch einen Architekten vertreten lässt, dessen Fachkunde sich der Bauherr als die seines Sachwalters zurechnen lassen muss [24]. Gleiches gilt auch dann, wenn der Besteller seinerseits fachkundig ist, wie beispielsweise im Verhältnis zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer oder Bauträger und Subunternehmer.

IV. Zusammenfassung

Streitigkeiten über die Gewährleistungsverpflichtung des Unternehmers wegen aufgetretener Beanstandungen an wartungsbedürftigen bzw. verschleißanfälligen Bauteilen innerhalb der Gewährleistungsfrist entstehen immer dann, wenn die Parteien über die Wartungsverpflichtung des Bestellers bzw. die verschleißbedingte verkürzte Lebensdauer keine ausdrückliche vertragliche Regelung getroffen haben. Liegt eine solche Vereinba-

rung vor, und ist sie wirksam, so haben die Parteien die Beschaffenheit des streitigen Bauteils gemäß § 633 Abs. 2, 1. Alt. BGB geregelt mit der Folge, dass sich die Gewährleistungsverpflichtung des Unternehmers aus dieser Vereinbarung ergibt. Fehlt es an einer solchen vertraglichen Regelung, muss zunächst geklärt werden, ob das entsprechende Bauteil bei Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik und der weiteren einschlägigen technischen Regelwerke so hergestellt werden kann, dass es – ohne Wartung – eine beanstandungsfreie Lebensdauer von fünf Jahren gemäß § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB aufweist. Wird dies durch den eingeschalteten Sachverständigen bejaht, so liegt ein Mangel der Werkleistung des Unternehmers vor mit der Folge, dass der Besteller die Rechte des § 634 BGB geltend machen kann. Stellt der Sachverständige indes fest, dass das Bauteil nicht anders errichtet werden kann, also bereits innerhalb der fünfjährigen Gewährleistungszeit der Wartung bedarf bzw. Verschleißerscheinungen aufweist, so handelt es sich bei den dann auftretenden Abnutzungserscheinungen um die übliche Beschaffenheit dieses Bauteils i. S. des § 633 Abs. 2 Nr. 2 BGB mit der Folge, dass es bereits an einem Mangel der Werkleistung des Unternehmers fehlt. Denkbar bleibt eine Haftung des Unternehmers in diesem Falle nur dann, wenn er eine entsprechende Hinweispflicht gegenüber dem Besteller verletzt hat, indem er über die Wartungsbedürftigkeit bzw. Verschleißanfälligkeit des Bauteils und ggf. bestehende bauliche Alternativen nicht aufgeklärt hat.

[23] Vgl. Basty, Der Bauvertragsvertrag, 5. Aufl., Rdnr. 935.

[24] Vgl. OLG Düsseldorf, OLGZ 1992, 7 = IBR 1992, 150; für den vergleichbaren Fall der Zurechnung der Fachkunde des Architekten bei der Frage der Einbeziehung der VOB/B vgl. OLG Saarbrücken, IBR 2006, 1164.