arge arbeitsgemeinschaft für bau- und immobilienrecht
baurecht
WERNER VERLAG

Kniffka, BauR 2017, 159

Thema: Die riskante Bauausführung – Haftung und Zurechnung

**Zeitschrift:** BauR - Baurecht
**Autor:** Prof. Dr. Rolf Kniffka
**Rubrik:** Aufsätze
**Referenz:** BauR 2017, 159 - 168 (Heft 2)

# Die riskante Bauausführung – Haftung und Zurechnung

***von Vors. Richter am Bundesgerichtshof a.D. Prof. Dr. Rolf Kniffka***

**Der Beitrag beschäftigt sich mit einem Problemkreis, der durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum ESG-H-Glas-Urteil[1] in den Vordergrund gerückt ist. Der Bundesgerichtshof hat angenommen, eine technisch nicht durchführbare Leistung könne zu einem Anspruch aus § 280 i.V.m. § 311a BGB führen. Dieses Urteil hat Kritik erfahren[2] und ist erläuterungsbedürftig. Es wirft zudem einige grundsätzliche Fragen dazu auf, inwieweit ein Unternehmer haftet, wenn er ein potentiell gefährliches Bauprodukt verwendet.**

## I. Das ESG-H-Glas-Urteil

a) Dem Urteil liegt ein spezifischer Sachverhalt zugrunde. Der Auftragnehmer verpflichtete sich, eine vom Auftraggeber vorgeschriebene ESG-H-Glas-Fassade zu errichten. Diese Vorgabe beruhte auf einer Fachplanung der vom Auftraggeber hinzugezogenen Fassadenplaner. Die Parteien haben zur Ausführung der Glasfassade folgende Vereinbarung getroffen haben:

> „Durch den Auftragnehmer ist nachzuweisen, dass die zur Verwendung kommenden vorgespannten Glasscheiben keine zerstörenden Einschlüsse (z.B. Nickelsulfid) haben. Alle ESG-Scheiben sind einem fremdüberwachten Heißlagerungstest (Heat-Soak-Test) als ESG-H gemäß Baurregelliste zu unterziehen â€¦“.

Der Hintergrund dieser Regelung liegt darin, dass ESG-H-Glas bereits seit langer Zeit für den Bau komplexer Glasfassaden mit großen Fensterflächen verwendet wird. Im Gegensatz zum herkömmlichen Glas hat das in einem speziellen Verfahren hergestellte Glas eine größere Schlag- und Bruchfestigkeit. Außerdem zerfällt es bei Zerstörung in viele Kleinteile, wie es vom Autobau her bekannt ist. Das Herstellungsverfahren hat den Nachteil, dass es zu nicht erkennbaren Nickelsulfideinschlüssen kommen kann. Diese sind gefährlich, weil das Nickelsulfid wegen seines Ausdehnungsverhaltens das Glas bei Sonneneinstrahlung zum Bersten bringen kann (sog. Spontanbruch). Um diese Gefahr zu mindern, müssen die hergestellten Fenster dem Heat-Soak-Test unterzogen werden. Dieser simuliert in einem Ofen quasi die Sonnenstrahlung, so dass die vorhandenen Nickelsulfideinschlüsse die Fenster zerstören. Nur die Fenster werden ausgeliefert, die diesen Test überstanden haben. Leider garantiert dieser Test keine volle Sicherheit. Es kommt vor, dass trotz des Testes Fenster mit Nickelsulfideinschlüssen ausgeliefert und eingebaut werden, die später unter Sonneneinstrahlung platzen. Die Wahrscheinlichkeit eines solchen Ereignisses wird von den Sachverständigen auf 1 Fenster auf ca. 10.000 bis 20.000 $m^2$ eingeschätzt. Vor den Gerichten hat es wiederholt Prozesse gegeben, in denen bis zu 6 Scheiben auf einer geringeren Quadratmeterzahl zerstört worden sind.[3] In dem dem Urteil des Bundesgerichtshofs zugrunde liegenden Fall, waren nach Abnahme ebenfalls mindestens 6 Fenster zerstört worden, wobei allerdings nicht geklärt worden war, ob der Heat-Soak-Test ordnungsgemäß durchlaufen worden war.[4] Der Auftraggeber hat Schadensersatz und Vorschuss für die Errichtung einer neuen Glasfassade aus

1 BGH, Urt. v. 08.05.2014 – VII ZR 203/11 , BauR 2014, 1291 .

2 Althaus, BauR 2014, 1369 ff. ; Ebersbach, BauR 2015, 1239 ff. ; Peters, JR 2015, 436 [BGH 08.05.2014 - VII ZR 203/11] ; vgl. auch Pott, IBR 2014, 405 [BGH 08.05.2014 - VII ZR 203/11] ; Vogel, IBR 2014, 588; aber auch Manteufel, IBR 2014, 538 [BGH 09.07.2014 - VII ZR 161/13] .

3 BGH, Urt. v. 08.05.2014 – VII ZR 203/11 , BauR 2014, 1291 ; BGH, Beschl. v. 09.07.2014 – VII ZR 161/13 , BauR 2014, 1775 ; OLG Stuttgart, NZBau 2007, 781; OLG Dresden, BauR 2010, 915 .

4 Zur Mangelfrage für den Fall, dass der Heat-Soak-Test nicht nachgewiesen werden kann: OLG Dresden, BauR 2010, 915 .



ESG-H-Scheiben verlangt, weil die errichtete Fassade unsicher sei. Der Auftragnehmer ist der Auffassung gewesen, die Fassade sei vertragsgerecht errichtet worden, weil er den Heat-Soak-Test ordnungsgemäß durchgeführt habe. Das dann im Einzelfall verbleibende Risiko trage der Auftraggeber.

b) Das Berufungsgericht hat den verlangten Vorschuss und Anspruch auf Ersatz der Mangelfolgeschäden zugesprochen. Der Bundesgerichtshof hat das Urteil aufgehoben. Er hat ausgeführt, die Leistung sei mangelhaft, weil die Parteien im Hinblick auf die Regelung, dass die zur Verwendung kommenden vorgespannten Glasscheiben keine zerstörenden Einschlüsse (z.B. Nickelsulfid) haben durften, die Errichtung einer völlig sicheren, risikolosen Fassade vereinbart hätten. Das sei eine unmögliche Leistung. Denn auch nach einem Heat-Soak-Test verbleibe stets ein Restrisiko. Ein Anspruch auf Nacherfüllung scheide daher ebenso aus, wie ein Vorschussanspruch. Der Auftragnehmer hafte nach § 311a Abs. 2 BGB , wenn er gewusst habe oder es ihm habe bekannt sein müssen, dass es nicht möglich sei, eine sichere Fassade zu errichten. Der Auftraggeber hafte nach § 254 BGB mit, wenn seinen Beratern dies ebenfalls bekannt gewesen sei.

c) Würdigung

aa) Der Bundesgerichtshof legt die Vereinbarung dahin aus, dass eine völlig sichere Fassade geschuldet war. Er folgt also nicht der denkbaren Auslegung, es sei die Errichtung einer Fassade geschuldet, die einen ordnungsgemäßen Heat-Soak-Test durchlaufen habe.[5] Die völlige Sicherheit der Fassade und der Ausschluss jedes Risikos ist die vereinbarte Funktion. Das ist die Grundlage der weiteren Überlegungen in diesem Teil des Beitrags.

bb) Da die Fassade nicht völlig sicher war, war sie mangelhaft. Der Einbau mit ESG-H-Glas konnte die vereinbarte Funktion nicht gewährleisten, denn es verbleibt ein Risiko eines Spontanbruchs. Nicht gefolgt werden kann der Meinung, ein Mangel liege nicht vor, solange sich das Risko nicht verwirkliche. Solange sich das Risiko nicht verwirkliche, sei die Funktionalität des Werkes gegeben.[6] Das verkennt, das nach der Beschaffenheitsvereinbarung jedes Risiko ausgeschlossen sein soll. Das Risiko ist der Mangel.

cc) Der Auftragnehmer haftet deshalb nach dem Mängelhaftungsrecht, § 634 BGB . Da es nicht möglich ist, eine völlig sichere ESG-H-Glasfassade zu errichten, ist die Leistung unmöglich. Der Auftragnehmer muss sie nicht erbringen, § 275 Abs. 1 BGB . Er haftet jedoch auf Schadensersatz statt der Leistung, wenn er die Unmöglichkeit bei Vertragsschluss kannte oder kennen musste, § 311a Abs. 2 BGB . Diese Voraussetzung dürfte heute stets vorliegen, denn die Problematik des Spontanbruchs ist seit vielen Jahren bekannt.[7] Auftragnehmer, die ESG-H-Glas Fassaden errichten, müssen wissen, dass sie das Versprechen, eine völlig sichere Fassade zu errichten, nicht erfüllen können.

Der Schadensersatzanspruch statt der Leistung ist auf das positive Interesse gerichtet. Der Auftraggeber wird also so gestellt, wie er stünde, wenn der Vertrag erfüllt, also eine völlig sichere Fassade errichtet worden wäre. Die dagegen gerichteten Bedenken[8] sind unbegründet. Richtig ist, dass nach altem Schuldrecht ein auf eine anfänglich unmögliche Leistung gerichteter Vertrag unwirksam war, § 306 BGB a.F. Richtig ist auch, dass die Rechtsprechung dem Auftraggeber in diesen Fällen gleichwohl einen Schadensersatzanspruch gewährt hat, weil das Gewährleistungsrecht Vorrang habe. Das ist an sich schon systemwidrig gewesen. Die Systemwidrigkeit wurde fortgesetzt, weil nach dem Gewährleistungsrecht an sich das positive Interesse ersetzt wird. Die Rechtsprechung hat jedoch, sieht man von Ausnahmefällen ab, dem Gläubiger im Fall der anfänglichen Unmöglichkeit lediglich einen Schadensersatzanspruch gewährt, mit dem er so gestellt wurde, als wäre er über die anfängliche Unmöglichkeit aufgeklärt worden (vgl. auch § 307 BGB a.F.). Das wird z.B. deutlich in dem Fall, dass dem Auftraggeber eine Kläranlage geliefert worden war, die die vereinbarten Entgiftungsfunktionen nicht erfüllen konnte.[9] Es musste eine völlig andere Anlage gebaut werden. Der Bundesgerichtshof entschied, dass der Schadensersatzanspruch des Auftraggebers auf Ersatz des Schadens geht, der dadurch entstanden ist, dass er sich auf Empfehlung des Auftragnehmers zum Bau der untauglichen

---

5 Kritisch dazu Althaus, BauR 2014, 1373 .

6 Eberbach, BauR 2015, 1239 (1242) .

7 Nach Mundt/Karimi-Auer/Skalicki, BauR 2009, 14 , ist das Problem der Spontanbrüche seit langem bekannt und Thema in der technischen Lit.

8 Althaus, a.a.O. S. 1370 f.

9 BGH, Urt. v. 25.09.1975 – VII ZR 179/73 , NJW 1976, 43 – Kläranlage.



Anlage statt einer anderen Anlage entschlossen hat. Der Auftraggeber wird also so gestellt, wie er stünde, wenn er sich anders verhalten hätte. Das ist Ersatz des negativen Interesses.

Der Gesetzgeber hat sich anlässlich der Schuldrechtsmodernisierung ausdrücklich dazu entschieden, die genannte Systemwidrigkeit aufzugeben, den auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrag nicht für unwirksam zu halten und dem Auftraggeber einen Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses zu

geben.[10] Das bedeutet, dass dem Auftraggeber alle materiellen Schäden ersetzt werden, die er dadurch hat, dass das Werk nicht vertragsgerecht errichtet worden ist. Er kann z.B. eine Wertminderung geltend machen, die durch die unsichere Fassade entstanden ist. In aller Regel wird es sich um eine Verkehrswertminderung handeln, die durch dazu geeignete Sachverständige ermittelt werden muss. Die Wertminderung darf hingegen nicht nach den Mängelbeseitigungskosten für die Errichtung einer gleichartigen Fassade berechnet werden. Denn damit würde das Interesse an der Erfüllung einer unmöglichen Leistung gewährt, was nicht sein kann. Eine Minderung kann übrigens auch durch eine direkte Anwendung des § 638 BGB erreicht werden. Der Anspruch aus § 311a Abs. 2 BGB geht auch auf Ersatz der Mangelfolgeschäden, z.B. auf Mietausfall, der infolge einer Sanierung oder deshalb entsteht, weil Mieter oder Pächter wegen des Fassadenrisikos die Miete oder Pacht mindern.

Der Anspruch aus § 311a Abs. 2 BGB ähnelt in seinen Rechtsfolgen dem Anspruch des Auftraggebers, wenn die Nacherfüllung möglich wäre, §§ 280 , 281 BGB . Allerdings könnte in Fällen der möglichen Leistung der Auftragnehmer drohende Folgeschäden durch eine Nacherfüllung abwenden und der Auftraggeber müsste sich an etwaigen Sowiesokosten beteiligen. Daran, dass diese Rechtsfolgen bei Anwendung des § 311a Abs. 2 BGB nicht eintreten, entzündet sich die Kritik an dem Urteil des Bundesgerichtshof.[11] Nach dessen sonstiger Rechtsprechung seien andere funktionale Alternativen geschuldet, solange diese in Betracht kämen. Sei eine Ausführungsalternative ungeeignet, sei die vereinbarte Funktion durch eine andere Alternative zu gewährleisten. Bevor man die Lösung nach Unmöglichkeitsrecht vornehme, sei zu prüfen, ob nicht eine Vertragsanpassung vorgenommen werden könne, die eine Durchführung des Vertrags ermögliche. Das führe dazu, dass der Auftragnehmer zwar gewährleistungspflichtig sei, etwaige Mehrkosten als Sowiesokosten jedoch vom Auftraggeber zu tragen seien. Diese Lösung sei interessengerecht, weil sie das Erfüllungsstadium aufrecht erhalte und zudem zu einer angemessenen Beteiligung des Auftraggebers führe.

cc) Diese Kritik ist unberechtigt. Allerdings hat der Bundesgerichtshof sich stets bemüht, Verträge aufrechtzuerhalten und zur Durchführung zu bringen, in denen die Parteien technische Leistungen vereinbart haben, mit denen der Vertrag nicht zu erfüllen ist. Jedoch hat das seine Grenze, wenn durch eine anderweitige Ausführung des Werkes dessen Gesamtkonzeption so geändert wird, dass diese dem Auftraggeber nicht mehr als Erfüllung zugemutet werden kann.

(1) Das betrifft zunächst die häufigen Fälle, in denen die im Vertrag vereinbarte Ausführungsart nicht geeignet ist, die nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion zu erfüllen. Die Beispiele aus der Rechtsprechung sind bekannt.[12] In diesen Fällen liegt streng genommen auch eine Unmöglichkeit vor, weil der Auftragnehmer die nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion eines Werkes zu gewährleisten hat, dies jedoch mit der vereinbarten Ausführungsart nicht erreichen kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Auftraggeber verlangen, dass die vereinbarte Funktion dadurch hergestellt wird, dass anstelle der vereinbarten, aber die Funktion nicht gewährleistenden Ausführungsart eine andere Ausführungsart gewählt wird. Der Auftragnehmer schuldet die vereinbarte Funktion. Ist die Leistung mangelhaft, weil durch die vereinbarte Ausführungsart die vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erreicht wird, kann der Auftraggeber im Rahmen der Mängelbeseitigung die Ausführungsart verlangen, die die Funktion gewährleistet.[13]

---

10 BT-Drucks. 14/6040, S. 165.

11 Althaus, a.a.O. S. 1374 ff.

12 Grundlegend BGH, Urt. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05 , BauR 2008, 344 – Blockheizkraftwerk m.w.N. und zuvor BGH, Urt. v. 17.05.1984 – VII ZR 169/82 , BauR 1982, 510 – Wärmedämmung.

13 BGH, Urt. v. 17.05.1984 – VII ZR 169/82 , BauR 1984, 510 – Wärmedämmung; Urt. v. 16.07.1998 – VII ZR 350/96 , BauR 1999, 37 – Schall- und Brandschutz; Beschl. v. 25.01.2007 – VII ZR 41/06 , BauR 2007, 700 – Rolladen; Urt. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05 , BauR 2008, 344 – Blockheizkraftwerk; jeweils auch zu eventuellen Sowiesokosten.



Mit dieser Rechtsprechung wird das Vertragsziel gewährleistet, die Ausführungsart hat grundsätzlich eine untergeordnete Bedeutung. Der Bundesgerichtshof hat aber in ständiger Rechtsprechung eine Nacherfüllung dann für unmöglich gehalten, wenn die zur Beseitigung des Mangels geeignete Maßnahme die Grundsubstanz oder die Konzeption des Werkes wesentlich verändert. So hat er bereits 1988 die an sich mögliche und auch vom Bauordnungsamt genehmigte Tieferlegung eines Kellers als für den Auftraggeber unzumutbar eingeschätzt, weil sich dadurch die Statik verändert und Risiken für Dämmung und Feuchtigkeitsschutz entstehen.[14] Einem Bauträger, der wegen Nichteinhaltung der Abstandsflächen statt der versprochenen französischen Balkone Dachgauben einbauen und die lichte Wohnungshöhe von 2,50 m auf 2,40 m reduzieren wollte, hat er bescheinigt, diese Ausführung verändere die Konzeption so erheblich, dass sie dem Auftraggeber nicht zugemutet werden könne.[15] Bei Architektenverträgen geht der Bundesgerichtshof scheinbar noch weiter, weil er den Auftraggeber überhaupt nicht für verpflichtet hält, einer Vertragsanpassung zuzustimmen, wenn sich herausstellt, dass mit der vereinbarten und zunächst

geplanten Konzeption eine Baugenehmigung nicht zu erreichen ist.[16] Die entschiedenen Fälle lagen aber so, dass ohne Weiteres die Unzumutbarkeit gegeben war. In der Sache wird auch der Architekt das Recht haben, im Rahmen der vorgegebenen Funktionalitätsvereinbarung eine Planung anzupassen und entsprechend nachzubessern, solange das für den Auftraggeber zumutbar ist. In der Sache ist das nichts anderes als ergänzende Vertragsauslegung, die dogmatisch immer greift und nicht für Architektenverträge ausgenommen werden kann. Ist die an sich zur Erreichung der Funktionalität mögliche Ausführungsart unzumutbar, weil sie die Gesamtkonzeption des Werkes verändert, so war schon nach altem Recht ein Schadensersatzanspruch gegeben, der jedoch regelmäßig auf das negative Interesse ging.[17]

(2) In ähnlicher Weise behandelt der Bundesgerichtshof die Fälle, in denen die vereinbarte Funktionalität von vornherein nicht zu erreichen ist. Auch hier liegt an sich ein Fall der Unmöglichkeit vor. Die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung hat der Bundesgerichtshof in der Weise aktiviert, dass er den Auftragnehmer – soweit möglich – für verpflichtet hält, eine Leistung zu erbringen, die der vereinbarten Funktion möglichst nahe kommt.[18] Das hat er plastisch in dem Fall entschieden, dass der Auftraggeber eine Fußbodennachtspeicherheizung deshalb in Auftrag gegeben hat, weil er einerseits keine Heizkörper und andererseits die Möglichkeit wünschte, preiswerten Nachtstrom zu beziehen.[19] Die Heizung musste also nicht nur das Haus erwärmen, sondern hatte auch eine optische und eine wirtschaftliche Funktion zu erfüllen. Als sich herausstellte, dass die vorgesehene Heizungsanlage das Haus nicht erwärmte, musste der Auftragnehmer eine um ein Vielfaches teurere warmwassergeführte Fußbodenheizung mit Speicherfunktion einbauen, weil diese im Gegensatz zu den von ihm angebotenen Heizkörpern der vereinbarten Funktion am nächsten kam. Der Auftraggeber musste sich allerdings mit Sowiesokosten beteiligen. Auch diese Art der Vertragsanpassung hat jedoch dort ihre Grenzen, wo die funktionale Gesamtkonzeption des Werkes für den Auftraggeber unzumutbar verändert wird. Dem Auftragnehmer ist es nicht gestattet, die vereinbarte Funktionalität beliebig anderweitig anzudienen. Nur diejenigen Leistungen muss der Auftraggeber akzeptieren und kann sie auch fordern, die der vereinbarten Funktionalität so nahe kommen, dass davon ausgegangen werden kann, er hätte sie bei von vornherein vorhandener Kenntnis der Unmöglichkeit beauftragt. Im Heizungsfall hatte der Bundesgerichtshof die teure Alternative als „noch gleichwertig“ angesehen.

(3) Der Bundesgerichtshof hat im ESG-H-Glas-Urteil geprüft, ob eine Vertragsanpassung in dieser Weise möglich ist und dies verneint. Eine andere Ausführungsart, die die vereinbarte Funktion einer sicheren Glasfassade erfüllt, war nach den im Verfahren getroffenen Feststellungen nicht möglich.

---

14 BGH, Urt. v. 24.11.1988 – VII ZR 222/87 , BauR 1989, 219 – Kellerbüro.

15 BGH, Urt. v. 21.12.2000 – VII ZR 17/99 – Französische Balkone und Stockwerksmaß.

16 BGH, Urt. v. 19.02.1998 – VII ZR 236/96 , BauR 1998, 579 (581) – Sportplatz; ebenso BGH, Urt. v. 26.09.2002 – VII ZR 290/01 , BauR 2002, 1872 – Reduzierte Nutzfläche.

17 BGH, Urt. v. 24.11.1988 – VII ZR 222/87 , BauR 1989, 219 – Kellerbüro; fehlerhaft Althaus, a.a.O. S. 1370.

18 BGH, Urt. v. 23.06.2005 – VII ZR 200/04 , BauR 2005, 1473 – Kreuzstockfenster; Urt. v. 21.11.2013 – VII ZR 275/12 , BauR 2014, 547 – Gefälle.

19 BGH, Urt. v. 20.04.1989 – VII ZR 80/88 , BauR 1989, 462 – Fußbodenheizung.



Andere Alternativen einer Fassade, wie z.B. eine Fassade mit Aluminiumplatten oder mit Kunstfaserplatten oder aus Holz, verändern die Grundkonzeption des Werkes erheblich. Sie sind bei wertender Betrachtung mit der geschuldeten Leistung nicht mehr vergleichbar. Sie sind auch nicht verlangt worden. Denkbar wäre eine Errichtung einer Glasfassade ohne ESG-H-Glas. Diese kommt (wohl) aus technischen Gründen bei größeren Fassaden nicht in Betracht.[20] Das Aufbringen einer Kunststofffolie ist eine Notlösung, die konzeptionell nicht der Errichtung einer reinen Glasfassade gleich kommt.

Eine ergänzende Vertragsauslegung dahin, dass der Auftraggeber für den Fall, dass die Fassade nicht sicher ist, eine mit einem Restrisiko behaftete Fassade gewählt hätte, ist nicht möglich, solange sich dafür keine Anhaltspunkte bieten. Allerdings ist diese Prüfung im Einzelfall geboten und kann auch dazu führen, dass der Auftraggeber die mit geringem Risiko behaftete Variante gewählt hätte. Das kann insbesondere dann angenommen werden, wenn er im Wege der Nacherfüllung oder des Vorschusses, eine Neuherstellung der Fassade verlangt, denn dann übernimmt er diesmal das Risiko bewusst. Es ist die Besonderheit des vom Bundesgerichtshof behandelten Vertrages, dass eine völlig sichere ESG-H-Glasfassade gewählt worden ist und die ergänzende Vertragsauslegung nicht Gegenstand des Streites war.

dd) In vielen vergleichbaren Fällen stellt sich die Frage, wie es zu bewerten ist, dass die Fachplaner des Auftraggebers in gleicher Weise Kenntnis von dem Restrisiko haben, wie der Auftragnehmer selbst. Auch sie kennen also die Unmöglichkeit, eine völlig sichere Fassade zu liefern.

(1) Die erste Frage, die sich in diesem Zusammenhang stellt, ist, ob diese Kenntnis die Auslegung des Vertrages beeinflussen kann. Das wäre dann möglich, wenn der Auftraggeber sich für den Vertragsschluss die Kenntnis seiner Fachplaner zurechnen lassen müsste. Die Zurechnung von Wissen bei dem Abschluss von Verträgen ist nach § 166 BGB zu beurteilen. Die Anwendung der Vorschrift ist nicht auf die rechtsgeschäftliche Vertretung beschränkt, sondern erstreckt sich analog auch auf den vergleichbaren Tatbestand der Wissensvertretung. „Wissensvertreter" ist jeder, der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei angefallenen Informationen zur Kenntnis zu nehmen sowie gegebenenfalls weiterzuleiten. Er braucht weder zum rechtsgeschäftlichen Vertreter noch zum „Wissensvertreter" ausdrücklich bestellt zu sein. Der Geschäftsherr muss sich seiner aber im rechtsgeschäftlichen Verkehr wie eines Vertreters bedienen. Hat der Wissensträger den Geschäftsherrn nur intern beraten, scheidet eine sinngemäße Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB aus.[21] Überlässt aber der Verkäufer die Verhandlungsführung und den tatsächlichen Vertragsabschluss vollständig einer mit der Sachlage allein vertrauten Hilfsperson, muss er sich deren Wissen (auch im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB ) entsprechend § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen.[22]

(2) Das OLG Köln hält auf der Grundlage dieser Rechtsprechung eine Zurechnung der Kenntnis für möglich. Nach seiner Auffassung muss sich der Auftraggeber das Wissen seines Architekten zurechnen lassen, wenn dieser nicht nur intern berät, sondern das Bauvorhaben von der Vergabe bis zur Bauausführung begleitet. Ein stillschweigende Risikoübernahme sei anzunehmen, wenn der Auftragnehmer sich darauf verlassen könne, dass der fachkundige Auftraggeber selbst oder durch seinen bauleitenden Vertreter (Architekt bzw. Sonderfachmann) ein bestimmtes Risiko erkannt und bewusst in Kauf genommen hat.[23] Andere Oberlandesgerichte sind zurückhaltender.[24] Der Bundesgerichtshof hat diesem Ansatz eine Absage erteilt, ohne sich allerdings vertieft damit auseinanderzusetzen.[25] Nach seiner Entscheidung spielt die Kenntnis des Fachplaners von dem Risiko bei der Frage, ob ein Mangel vorliegt, keine Rolle. Das bedeutet, dass die Beschaffenheitsvereinbarung nicht dadurch beeinflusst ist, ob der ausschreibende Fachplaner Kenntnis hat. Der Auftraggeber muss sich nur seine eigenen Kenntnisse zurechnen lassen. Das korrespondiert mit den hohen Anforderungen des Bundesgerichtshofs an der Aufklärung des Auftragnehmers über Risiken. Eine

---

20 Vgl. Mundt/Karimi-Auer/Skalicki, BauR 2009, 14 (17) .

21 BGH, Urt. v. 24.01.1992 – V ZR 262/90 , NJW 1992, 1099.

22 BGH, Urt. v. 08.11.1991 – V ZR 260/90 , NJW 1992, 899.

23 OLG Köln, Urt. v. 16.01.2007 – 3 U 214/05 , NJW-RR 2007, 821.

24 Z.B. OLG Stuttgart, NZBau 2007, 781 [OLG Stuttgart 16.05.2007 - 4 U 23/07] .

25 BGH, Urt. v. 08.05.2014 – VII ZR 203/11 , BauR 2014, 1291 (1293) .



Information an den Architekten oder die sonstigen Fachleute des Auftraggebers reicht nicht. Dieser muss selbst informiert werden, damit sichergestellt ist, dass er das Risiko richtig einschätzt. Nur in den Fällen, in denen der Auftragnehmer davon ausgehen darf, dass der Auftraggeber durch seinen Fachplaner ausreichend beraten ist, entfällt eine Aufklärungspflicht.[26] Etwas anderes gilt natürlich dann, wenn die Fachleute als rechtsgeschäftliche Vertreter auftreten oder ein Sachverhalt vorliegt, in dem sie ausnahmsweise als Repräsentant im Rechtsgeschäftsverkehr und damit als Wissensvertreter eingesetzt werden. Der Bundesgerichtshof nimmt damit bewusst eine Schieflage hin, die dadurch entsteht, dass der Auftraggeber sich nach § 166 BGB die Kenntnisse seines eigenen Fachpersonals, z.B. eines internen Planungsbüros zurechnen lassen muss, das er mit der Ausschreibung beauftragt hat, nicht jedoch die Kenntnisse eines externen Fachmanns, den er deshalb hinzugezogen hat, weil er keinen eigenen Fachmann hat. Ob diese Differenzierung berechtigt ist, mag zweifelhaft sein, ist jedoch als Wertung des Bundesgerichtshofs hinzunehmen.[27]

(3) Der Bundesgerichtshof findet vielmehr eine andere Lösung des Problems. Er weist darauf hin, dass sich der Schadensersatz nach § 311a Abs. 2 BGB verlangende Auftraggeber die Kenntnis seiner Berater nach § 254 BGB zurechnen lassen muss. Da die Berater nicht die Vertragspartner sind, fehlt es an einer direkten Zurechnungsnorm. Gemeint ist offenbar die Rechtsgrundverweisung in § 254 Abs. 2 Satz 2 BGB . Der Auftraggeber muss sich das Verschulden der Berater zurechnen lassen, weil sie seine Erfüllungsgehilfen sind. Erfüllungsgehilfen sind sie deshalb, weil sie für den Auftraggeber die Aufgabe erledigen, eine funktionierende Leistung auszuschreiben. Wird in Kenntnis eines Restrisikos eine ESG-H-Glas-Fassade als völlig sichere Fassade ausgeschrieben, so liegt darin ein Ausschreibungsverschulden der Fachplaner, das sich der Auftraggeber zurechnen lassen muss. Denn er setzt sie ein, um die im vorvertraglichen Verhältnis begründeten Ausschreibungsobliegenheiten zu erfüllen, §§ 241 Abs. 2 i.V.m. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB . Zum gleichen Ergebnis kommt man, wenn man darauf abstellt, dass der Vertrag, der die unmögliche Leistung

vorsieht nicht unwirksam ist. Dann ist die Anordnung, eine risikolose Fassade zu liefern eine Mitwirkungshandlung zur „versuchten Vertragserfüllung“, deren Fehlerhaftigkeit sich der Auftraggeber schon nach überkommenen Grundsätzen zurechnen lassen muss.[28]

## II. Varianten zum entschiedenen Fall

Der vom Bundesgerichtshof entschiedene Fall zeichnet sich dadurch aus, dass aufgrund der getroffenen schriftlichen Vereinbarung davon auszugehen war, der Auftraggeber wolle eine völlig sichere Fassade. Wie sind die Fälle zu beurteilen, in denen der Vertrag eine solche Klausel nicht enthält, sondern nur die Vereinbarung, ESG-H-Glasscheiben einzubauen? Kann dann auch ein Mangel der Fassade angenommen werden, weil eine über der statistischen Wahrscheinlichkeit liegende Anzahl von Scheiben durch Nickelsulfideinschlüsse zerbersten, obwohl der Heak-Soak-Test ordnungsgemäß durchgeführt worden ist?

a) Die Errichtung von ESG-H-Glasfassaden dürfte nicht als Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik anzusehen sein[29] . Das kann allerdings unter zwei Gesichtspunkten bedenklich sein. Zum einen setzen die technischen Regeln offenbar einen zu akzeptierenden Sicherheitsstandard voraus (ca. 1 Schadensfall auf 20.000 $m^2$ bei 8 mm Glas). Vereinbaren die Parteien einen anderen Standard, ist die Regel von vornherein nicht anwendbar.[30] Zum anderen kommt es darauf an, ob sich die Ausführung mit ESG-H-Glas in der Praxis bewährt hat. Sollten noch mehr Schadensereignisse auftreten, die den akzeptierten Sicherheitsstandard überschreiten, ist das nicht mehr der Fall.

---

26 BGH, Urt. v. 29.09.2011 – VII ZR 87/11 , BauR 2012, 115 .

27 Zu Recht meint Althaus, BauR 2014, 1369 (1373) die Vertragsauslegung müsse bei Kenntnis des Auftraggebers von dem Risiko ergeben, dass die riskante Fassade bestellt sei; er verkennt jedoch, dass eine Kenntnis des Auftraggebers nicht festgestellt war, sondern nur die Kenntnis der Fachplaner im Raum stand.

28 Vgl. nur Glasfassadenurteil: BGH, Urt. v. 27.11.2009 – VII ZR 206/06, BauR 2009, 515 (519) .

29 Mundt/Karimi-Auer/Skalicki, BauR 2009, 14, 17 unter Hinweis auf DIN 18516 Teil 4; die technischen Regeln für die Verwendung von linienförmig gelagerten Verglasungen (TRLV); die technischen Regeln für die Verwendung von absturzsicheren Verglasungen (TRAV), die technischen Regeln für die Bemessung und Ausführung von punktförmig gelagerten Verglasungen (TRPV) und die DIN EN 14179.

30 BGH, Urt. v. 14.06.2007 – VII ZR 45/06 , BauR 2007, 1570 – Schallschutz.



b) Es kommt jedenfalls darauf an, wie der Vertrag hinsichtlich der Sicherheit der Fassade auszulegen ist. Auslegungsalternativen:

- Der Auftragnehmer schuldet eine Fassade, die einen Heat-Soak-Test durchlaufen hat, denn der Heak-Soak-Test gehört zu den allgemein anerkannten Regeln der Technik für den Einbau von ESG-H-Glasscheiben. Das nach diesem Test verbleibende Risiko des Glasbruchs trägt der Auftraggeber.
- Der Auftragnehmer schuldet eine Fassade, die einen Heat-Soak-Test durchlaufen hat. Das nach diesem Test verbleibende Risiko trägt der Auftraggeber, soweit der Glasbruch sich im Rahmen der statistischen Wahrscheinlichkeit hält.
- Der Auftragnehmer schuldet eine Fassade, die einen Heat-Soak-Test durchlaufen hat. Das nach diesem Test verbleibende Risiko trägt der Auftraggeber, soweit der Glasbruch nicht außergewöhnlich hoch (unüblich) ist.
- Der Auftragnehmer schuldet eine sichere Fassade, aus der keine Scheiben wegen Nickelsulfideinschlüssen bersten.

Dazu scheint eine Differenzierung geboten.

aa) Kann der Auftragnehmer davon ausgehen, dass der Auftraggeber über das Restrisiko eines Spontanbruchs ausreichend beraten ist, kann die Beschaffenheitsvereinbarung dahin lauten, ESG-H-Glasfenster mit dem nach einem Heat-Soak-Test verbleibenden Risiko für die Sicherheit der Fassade zu liefern. Damit trägt der Auftraggeber das Risiko, dass bei ordnungsgemäßer Einhaltung des Herstellungsverfahrens noch Spontanbrüche stattfinden und zwar unabhängig davon, ob die „normale“ Anzahl überschritten wird[31] . Diese Beschaffenheitsvereinbarung schränkt die vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion hinsichtlich der Fassade von vornherein ein. Das wird freilich auch anders gesehen, wonach die Beschaffenheit in der Weise geschuldet wird, dass nur das „übliche“ oder das „normale“ oder das „statistische“ Risiko geschuldet wird[32] . Letztlich ist das eine Wertungssache, bei der die entscheidende Rolle spielen sollte, dass der Auftragnehmer das Risiko bekanntermaßen nicht beherrschen kann und es deshalb mit Treu und Glauben kaum zu vereinbaren ist, dass er verpflichtet wird,

bei Ausreißern in die Haftung genommen zu werden, ohne dass er keinen erneuten Ausreißer garantieren kann. Die „Ausreißerentscheidung“ des BGH[33] steht dem nicht entgegen. Denn danach übernimmt ein Auftraggeber bei einer bindenden Anordnung eines Produkts nicht die Verantwortung dafür, dass das Produkt ausnahmsweise wegen eines Herstellungsfehlers ungeeignet für den vorgesehenen Zweck ist. Schränkt er den vorgesehenen Zweck jedoch wegen einer Risikoübernahme von vornherein ein, lässt sich gut vertreten, dass er auch insoweit das Risiko übernimmt.

bb) Umstritten ist, ob durch diese Ausschreibung dem Unternehmer auch das Risiko genommen wird, dass er einzelne Fenster nachliefern muss. Das OLG Stuttgart[34] geht davon aus, dass die zerborstenen Scheiben mangelhaft sind, wenn der Auftragnehmer bei Vertragsschluss auf das Risiko des Spontanbruchs nicht hingewiesen hat, die Kenntnis des Auftraggeberplaners reiche nicht. Wenn ein Bedenkenhinweis nicht erteilt sei, finde auch keine Haftungsbefreiung nach § 13 Abs. 3 VOB/B statt.

Unterstellt, der Auftraggeber sei ausreichend informiert, stellt sich die Frage, ob die Beschaffenheitsvereinbarung dahin geht, die Spontanbrüche zu akzeptieren.[35] Die Risikoübernahme kann das Gefährdungspotential der gesamten Fassade betreffen, muss aber nicht den Umstand betreffen, dass ein Haus ohne Fenster nicht brauchbar ist. Es wird deshalb zu Recht angenommen, die Fenster müssten in jedem Fall ausgetauscht werden.[36] Denn die Vereinbarung, eine risikoreiche Fassade hinzunehmen, ist nicht identisch mit dem Risiko, ein Haus ohne Fenster zu lassen. Dass der Auftraggeber eine solche Ausführung will, kann nicht angenommen werden. Althaus[37] vertritt die Auffassung, die Fenster müssten nach der Ausreißerrechtsprechung ersetzt werden. Das trifft nicht genau, weil eine Risikoübernahme die Außreißerhaftung aufhebt.

---

31 Peters, JR 2015, 436; Ebersbach, BauR 2015, 1639 (1242) ; sinngemäß auch Manteufel, IBR 2014, 538 [BGH 09.07.2014 - VII ZR 161/13] .

32 Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.07.2011 – 5 U 106/09.

33 BGH, Urt. v. 14.03.1996 – VII ZR 34/95 , BauR 1996, 702 .

34 NZBau 2007, 781.

35 So Mundt/Karimi-Auer-Skalicki, BauR 2009, 14 (15) für den Fall, dass die übliche Spontanbruchwahrscheinlichkeit nicht überschritten wird.

36 I.E. Ebersbach, BauR 2015, 1239 (1242) ; Peters, JR 2015, 436; Rosse, BauR 2007, 908 (909) mit der Behauptung, nach dem funktionalen Mangelbegriff sei jede infolge Spontanbruchs zerstörte Scheibe mangelhaft, und zwar unabhängig davon, ob der Besteller das Mangelrisiko übernommen habe!

37 BauR 2014, 1369 (1374) .



cc) Interessant ist der Fall, dass ein Auftraggeber ohne fachmännische Beratung eine Fassade mit ESG-H-Glas fordert. Grundsätzlich wird sich dieser Auftraggeber keine Gedanken darüber machen, dass er eine „unsichere“ Fassade bestellt. Es liegt also nicht fern, auch in diesem Fall davon auszugehen, dass die stillschweigend vereinbarte Funktion eine sichere Fassade ist. Die entscheidende Frage ist, ob ohne gesonderte Aufklärung davon ausgegangen werden kann, dass der Auftraggeber bereit ist, eine Fassade mit einem geringen Restrisiko zu akzeptieren, das statistisch bei einer Scheibe auf 10.000 bis 20.000 $m^2$ angesiedelt wird. Die Kontrollfrage ist, ob der Auftraggeber die ESG-H-Glasfassade auch bestellt hätte, wenn er von dem geringen Restrisiko gewusst hätte. Diese Frage muss objektiv und nicht unter dem Eindruck einer eventuellen aktuellen Gefährdungslage beantwortet werden.

(1) Es kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof[38] auf den Einzelfall an. Es müsse geprüft werden, ob die Parteien als Funktion der in Auftrag gegebenen Glasfassade vereinbart hätten, dass keine Glasbrüche, außer durch Fremdeinwirkungen, auftreten dürften. Das sei durch Auslegung nach den allgemein anerkannten Auslegungsregeln zu ermitteln, §§ 133 , 157 BGB . Dabei seien alle Umstände zu berücksichtigen, insbesondere der zum Ausdruck gekommene Wille des Auftraggebers, für welchen Zweck er das Bauwerk habe nutzen wollen und welchen Anforderungen es nach diesem Zweck habe genügen müssen. Die Formulierung im Leistungsverzeichniss, zu verwenden seien nur „einwandfreie und unbeschädigte Glaseinheiten“, besage noch nichts darüber, welche Vertragspartei das Risiko von Glasbrüchen zu tragen habe, wenn die Glasscheiben zwar technisch einwandfrei hergestellt und montiert werden, ein Glasbruchrisiko aufgrund verdeckter Nickelsulfideinschlüsse aber verbleibe.

Dieser Hinweis des Bundsgerichtshofs ist nicht besonders weiterführend. Denn er lässt nicht erkennen, welche allgemeine Verkehrserwartung ein Unternehmer als Besteller hat, wenn er keine besonderen Vorkenntnisse hat und auch nicht in irgendeinerweise informiert ist.

(2) Hinzuweisen ist darauf, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schnell geneigt ist, von Risikoübernahmen des Auftraggebers zu sprechen, die nur dann stattfinden könnten, wenn der

Auftragnehmer den Auftraggeber über das Risiko umfassend aufgeklärt habe und die Risikoübernahme rechtsgeschäftlich erfolgt sei.[39] Diese Rechtsprechung ist deshalb nicht besonders aussagekräftig, weil ein Risiko stets Bestandteil der Funktionsvereinbarung ist und sich deshalb in Wahrheit stets die Frage stellt, welche Funktion (mit oder ohne Risiko) die Parteien vereinbart haben.[40] Von einer Risikoübernahme kann daher nur gesprochen werden, wenn eine bestimmte risikolose Funktion vereinbart ist und der Auftraggeber später das Risiko übernimmt.[41] Von einer Risikoübernahme kann auch gesprochen werden, wenn ohne eine Aufklärung das Risiko nach allgemeiner Verkehrserwartung nicht übernommen wird.[42] Fehlende Aufklärung führt in diesem Fall zu einer stillschweigend getroffenen Beschaffenheitsvereinbarung, wonach das Risiko nicht übernommen worden ist.[43] Um diesen Fall geht es bei dem Restrisiko aus der Verwendung von ESG-H-Glas. Zu beantworten ist die Frage, ob der Unternehmer redlicherweise über dieses Risiko hätte aufklären müssen.

(3) Die Aufklärungspflicht hängt von der berechtigten Erwartungshaltung des Auftraggebers ab. Unerheblich ist grundsätzlich, ob die vom Auftraggeber erwartete Leistung möglich ist oder nicht.[44] Nach der Rechtsprechung muss der Auftragnehmer den Auftraggeber, der über das Fachwissen des Auftragnehmers nicht verfügt, bei Vertragsschluss auf die Gestaltung und Verwendbarkeit des ins Auge gefassten Werkes beraten, damit es den Zwecken und Bedürfnissen des Auftraggebers wirklich ent-

---

38 Beschl. v. 09.07.2014 – VII ZR 161/13 , BauR 2014, 1775 .

39 BGH, Urt. v. 29.09.2011 – VII ZR 87/11 , BauR 2012, 115 ; Urt. v. 10.02.2011 – VII ZR 8/10 , BauR 2011, 869 ; Urt. v. 12.05.2005 – VII ZR 45/04 , BauR 2005, 1314 ; Urt. v. 17.05.1984 – VII ZR 169/82 , BauR 1984, 510 .

40 Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil, Rdnr. 20.

41 So z.B. in BGH, Urt. v. 29.09.2011 – VII ZR 87/11 , BauR 2012, 115 – Düker; Urt. v. 10.02.2011 – VII ZR 8/10 , BauR 2011, 869 – Nachbarzustimmung; Urt. v. 12.05.2005 – VII ZR 45/04 , BauR 2005, 1314 – Nachtrag Müllverbrennungsasche.

42 So BGH, Urt. v. 17.05.1984 – VII ZR 169/82 , BauR 1984, 510 – Wäremedämmung; Urt. v. 26.09.2002 – VII ZR 290/01 , BauR 2002, 1872 – Genehmigungsfähigkeit der Planung; Urt. v. 25.02.1999 – VII ZR 190/97 – Nachbarwiderspruch.

43 Vgl. BGH, Urt. v. 24.09.1992 – VII ZR 213/91 , BauR 1993, 79 – Ungewöhnliche Beheizbarkeit des Hauses durch Kamin; Urt. v. 21.12.2000 – VII ZR 17/99 , BauR 2001, 785 – Vereinigungsbaulast.

44 So schon OLG Düsseldorf, NJW-RR 1991, 223 [OLG Düsseldorf 19.09.1990 - 19 U 68/88] zum Shadingfall.



spricht.[45] Es gelten ähnliche Grundsätze wie für die Beratungs- und Aufklärungspflichten des Architekten bei der Verwendung neuer Baustoffe und dergleichen.[46] Die Erwartungshaltung wird geprägt durch die Umstände des Vertragsschlusses, seinem allgemein vorauszusetzenden Vorwissen, die Verkehrsauffassung, die Werbung oder sonstige Anpreisungen des Herstellers. Geht es um die Sicherheit eines Produkts sollten auch die Wertungen des Produkthaftungsgesetzes, § 3 , einbezogen werden. Danach müssen bei der Bewertung des erforderlichen Maßes an Sicherheit eines Produkts besonders die Darbietung des Produkts, der zu erwartende Gebrauch und der Zeitpunkt des Inverkehrsbringens beachtet werden. Es kommt also auch darauf an, ob in den Produktbeschreibungen auf die Gefahr des Spontanbruchs hingewiesen wird. Zu berücksichtigen ist auch, dass dem Auftraggeber ohne Aufklärung die Möglichkeit genommen wird, das Risiko autonom einzuschätzen und möglicherweise Maßnahmen zu unternehmen, die Gefahr von Körper- und Sachbeschädigung zu verringern, z.B. durch Abschirmungen oder für den Publikumsverkehr gesperrte Streifen. Andererseits sind die Wertungen des Bauproduktenrechts insgesamt zu beachten. Dabei fällt insbesondere im Hinblick auf die allgemeine Verkehrserwartung ins Gewicht, dass der Einbau von ESG-H-Glas baubehördlich zugelassen ist[47] und bisher nicht reklamiert wird, dass diese Zulassung mit dem nationalen oder europaweiten Bauproduktenrecht nicht vereinbar ist. Man wird mit Spannung erwarten, wie sich die Rechtsprechung insgesamt zu diesem Problemkreis positioniert, zumal es eine Vielzahl von Bauprodukten oder Herstellungsweisen gibt, die potentiell in der Weise gefährlich sind, dass es in Ausnahmefällen zu Schäden an Sachgütern und Leib und Leben kommen kann.[48] Grundsätzlich wird man davon ausgehen können, dass die gesetzlich abgesicherten Wertungen der Bauaufsichtsbehörden anerkannt werden, wenn sie auf zuverlässigen Erkenntnissen beruhen und vertretbar sind. Eine Parallelwertung im zivilen und öffentlichen Recht sollte jedenfalls vermieden werden.

cc) Zu erörtern ist der Fall, dass die Ausschreibung nicht den Einbau von ESG-H-Glasfenstern vorschreibt und der Auftraggeber insoweit auch nicht fachlich beraten ist. Diesen Fall hatte das OLG Hamm entschieden.[49] Dem Fall lag ein Vertrag zugrunde, der die Verglasung zum Leistungsgegenstand machte und forderte, dass nur einwandfreie, plane und unbeschädigte Glaseinheiten eingebaut werden dürfen. Der Auftragnehmer wählte ESG-H-Glas, das er nach den (allerdings nicht zweifelsfrei begründeten) Feststellungen des Landgerichts einem ordnungsgemäßen Heak-Soak-Test unterzogen hatte. Es zerbarsten mehrere Scheiben, wobei als vorrangige Ursache Nickelsulfideinschlüsse in Betracht kamen. Auf dieser Grundlage entschied das OLG Hamm, es liege ein Mangel vor, weil die Fassade nach den getroffenen

Vereinbarungen so beschaffen sein müsse, dass von ihr keine ständigen, unbeherrschbaren und unabschätzbaren Gefahren für Sachgüter sowie insbesondere für Leib und Leben von Menschen ausgehe. Eine Fassade, die diesen Anforderungen nicht gerecht werde, sei mangelhaft. Das gelte prima facie jedenfalls dann, wenn andere – außerhalb des Pflichtenkreises des Werkunternehmers liegende – Ursachen nicht ernsthaft in Betracht kämen und vernünftigen Zweifeln, die Gefahrenlage könne nicht auf einem Mangel des Gewerks beruhen, Schweigen geboten sei.

Dem liegt die Wertung zugrunde, dass der Auftraggeber stillschweigend von einer sicheren Fassade ausgeht, wenn er diese nur funktional bestellt hat. Die Frage der Unmöglichkeit hat sich für das OLG Hamm nicht gestellt, weil der Vertrag die Leistung nicht auf eine ESG-H-Glasfassade fixierte. Der BGH[50] , der das Urteil aus anderen Gründen aufgehoben hat, hat beanstandet, das Berufungsgericht habe den von der Beklagten geschuldeten Erfolg abstrakt vorausgesetzt und die gebotene Auslegung des Vertrages unterlassen.

dd) Bietet ein Auftragnehmer einem Verbraucher ESG-H-Glasscheiben an, dürften dieselben Grundsätze Anwendung finden. Die Frage nach der stillschweigenden Vereinbarung über das Fehlen einer negativen Eigenschaft korrespondiert auch hier mit der Aufklärungspflicht des Auftragnehmers. Muss

---

45 BGH, Urt. v. 09.07.1987 – VII ZR 208/86 , BauR 1987, 681 – Blockheizkraftwerk I.

46 BGH, Urt. v. 24.09.1992 – VII ZR 213/91 , BauR 1993, 79 – Ungewöhnliche Beheizbarkeit des Hauses durch Kamin.

47 Vgl. auch Pott, IBR 2014, 405 [BGH 08.05.2014 - VII ZR 203/11] ; Vogel, IBR 2014, 588.

48 Vgl. z.B. die potentielle Gefahr von Radon unter bestimmten ungünstigen Voraussetzungen.

49 OLG Hamm, Urt. v. 30.04.2013 – 21 U 59/12 , bei juris.

50 Beschl. v. 09.07.2014 – VII ZR 161/13 , BauR 2014, 1775 .



der Auftragnehmer nach der Rechtsprechung den Auftraggeber aufklären, um eine Mängelhaftung zu vermeiden, so bedeutet dies eine stillschweigende Vereinbarung der Eigenschaft, über die nicht aufgeklärt worden ist. Eine Parallelhaftung aus Aufklärungspflichtverletzung und Mängelhaftung sollte grundsätzlich vermieden werden, soweit das möglich ist.

Die im Gesetz verankerte Aufklärungspflicht des Auftragnehmers hilft unmittelbar nicht weiter. Nach Art. 246 EGBGB muss der Auftragnehmer dem Verbraucher vor Abgabe von dessen Vertragserklärung u.a. Informationen über die wesentlichen Eigenschaften der Waren und Dienstleistungen in angemessenem Umfang in klarer und verständlicher Weise zur Verfügung zu stellen. Dienstleistungen im Sinne dieses Gesetzes sind auch Leistungen aufgrund von Werkverträgen. Das Gesetz gilt deshalb für alle Bauverträge, jedoch mit Ausnahme der Verträge über den Bau eines neuen Gebäudes oder über erhebliche Umbaumaßnahmen, § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB n.F. und der notariell zu beurkundenden Verträge, § 312 Abs. 2 Nr. 1 b), oder der ohne entsprechenden Zwang beurkundeten Verträge, wenn der Notar auf den Entfall der Informationspflicht hingewiesen hat. Da der Einbau einer ESG-H-Glasfassade mindestens eine erhebliche Umbaumaßnahme darstellt, kommt diese Regelung nicht zum Zuge.

Verträge über den Bau eines neuen Gebäudes oder über erhebliche Umbaumaßnahmen sind ausgenommen worden, weil insoweit Initiativen zur Beschreibungspflicht, wie sie im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz vom 18.06.2013, S. 13 ff., 15, zum Ausdruck gekommen sind, nicht vorgegriffen werden soll[51] und weil der Verbraucher insoweit nicht als schutzwürdig erachtet wird[52] , was völlig unverständlich ist.

Es gibt allerdings nunmehr einen Gesetzesentwurf, der die Lücke schließt.[53] Danach ist vorgesehen, dass den Bauunternehmer beim Verbrauchervertrag über den Bau eines neuen Gebäudes oder über erhebliche Umbaumaßnahmen die gleiche Aufklärungspflicht trifft, wie bei den anderen Bauverträgen. Es sollte möglich sein, für Verträge in der Übergangszeit ab 13.06.2014 das schon entsprechend anzuwenden.

## III. Zusammenfassung

a) Das ESG-H-Glas-Urteil hat eine bestimmte Vertragskonstellation entschieden, in der nach Auffassung des Bundesgerichtshofs eine völlig sichere Fassade vereinbart wurde. Diese zu errichten ist nicht möglich, weil ein Restrisiko immer verbleibt. Das führt zur Unmöglichkeit, weil eine gleichwertige Fassade ohne Änderung der Gesamtkonzeption nicht möglich ist. Der Auftragnehmer schuldet nach § 311a Abs. 2 BGB Schadensersatz statt der Leistung. Bemerkenswert ist die Ablehnung, dem Auftraggeber bei Vertragsschluss das Wissen der ausschreibenden Fachplaner zuzurechnen. Der Bundesgerichtshof setzt seine Linie fort, das Ausschreibungs- und Planungsverschulden des Fachplaners im Rahmen des Mitverschuldens dem Auftraggeber zuzurechnen.

b) Wird nur eine ESG-H-Glasfassade ausgeschrieben, kann der Vertrag bei Kenntnis des Auftraggebers von dem Risiko eines Spontanbruchs dahin ausgelegt werden, dass er das gesamte Risiko von Spontanbrüchen übernimmt. Er kann dann nicht geltend machen, die Fassade entspreche nicht der vereinbarten Beschaffenheit, wenn mehr Scheiben bersten als üblich. Er kann hingegen Austausch der mangelhaften Scheiben gegen andere Scheiben verlangen.

c) Hat der Auftraggeber keine Kenntnis von dem Risiko des Spontanbruchs, kommt es darauf an, ob nach allgemeiner Verkehrserwartung eine Aufklärung des Auftragnehmers über dieses Risiko erwartet werden kann. Diese Frage ist von der Rechtsprechung noch nicht entschieden. Sie wird unter Beachtung der öffentlich-rechtlichen Vorgaben die Kriterien dazu entwickeln müssen, wann ein Restrisiko als so gering einzustufen ist, dass eine Aufklärung nicht mehr notwendig ist.

---

51 Glöckner, BauR 2014, 411 (416) .

52 BT-Drucks. 17/12637, S. 95.

53 § 650i des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung.