

## Was bestimmt das „Bausoll“: Vertragliche Leistungsbeschreibung oder Bemusterung?

*BGH, Beschluss vom 26.2.2020 – VII ZR 89/19; Vorinstanz: OLG Naumburg, Urteil vom 4.4.2019 – 9 U 10/17 (durch BGH aufgehoben)*

### Sachverhalt

In einem Bauvertrag unter Einbeziehung der VOB/B beauftragt ein öffentlicher Auftraggeber (AG) den Auftragnehmer (AN) mit der Herstellung und Montage von ESG-H-Weißglasfenstern. Im Rahmen eines Bemusterungstermins bietet der AN eine Fenstervariante an, die in der Herstellung günstiger ist. Die Architekten des AG entscheiden sich u.a. für eine alternative Beschichtung, die von der ursprünglichen Ausschreibung abweicht. Diese von den Architekten des AG ausgewählten Glaselemente bestehen aus Grünglas mit einer grauen Beschichtung und weichen daher von dem in der Leistungsbeschreibung vorgesehenen Weißglas ab. Die ausgewählten Elemente werden verbaut. Der AN rechnet diese Elemente „gemäß Bemusterung“ ab. Der AG verweigert die Zahlung der Vergütung, weil der AN nicht das vereinbarte Weißglas eingebaut hat.

### Hinweise für die Praxis:

Es kommt in der Praxis häufig vor, dass im Rahmen einer Bemusterung vom AG Elemente ausgewählt werden, die nicht mit der ursprünglichen vertraglichen Leistungsbeschreibung übereinstimmen. Die Rechtsprechung hierzu ist nicht einheitlich. Eine pauschale Beurteilung verbietet sich. Im Einzelnen:

1. In dem vom BGH am 26.2.2020 entschiedenen Fall ging es in der Bemusterung ausschließlich um die **Beschichtung** des Glases, also um die Entscheidung über die Optik. Die vereinbarte Beschaffenheit des Glases (geschuldet war Weißglas) war nicht Gegenstand der Bemusterung. Dies sollte unverändert bleiben. Daher ist durch den Bemusterungstermin die Qualität des (unter der Beschichtung liegenden) Glases nicht verändert worden. Liefert der AN jetzt nur (preiswerteres) Grünglas statt des geschuldeten Weißglases, ist seine Leistung mangelhaft. Die Bemusterung hat in diesem Fall keine Änderung des geschuldeten Leistungserfolges bewirkt. Die in der Vorentscheidung des OLG Naumburg vom 4.4.2019 getroffene Annahme, es handele sich um eine Leistung nach Probe gemäß § 13 Abs. 2 VOB/B, so dass die Leistung nunmehr durch die Bemusterung geändert worden sei, wird vom Bundesgerichtshof als fehlerhaft bewertet. Es ist vielmehr jeweils konkret zu prüfen, auf welche Eigenschaft sich die Bemusterung bezieht. Hier ging es ausschließlich um die Beschichtung des Glases, nicht jedoch um die im Vertrag vereinbarte Glasqualität.

2. Auch in der Entscheidung des OLG Schleswig (Urteil vom 18.8.2017 – 1 U 11/16; BGH, Beschluss vom 5.6.2018 – VII ZR 200/17 – Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen) ging es lediglich um die Optik. Der AN sollte Bodenbelagsarbeiten in einem Treppenhaus ausführen. Vorgegeben war, dass die Podestfliesen zu den bereits verlegten Stufenfliesen passen und eine Rutschfestigkeitsklasse von R 9 haben sollen. Im Rahmen eines Bemusterungstermins gibt der AG die vom AN vorgelegten, farblich leicht von den Stufenfliesen abweichenden Podestfliesen zur Ausführung frei. Nach der Abnahme kommt es zu Verfärbungen dieser Podestfliesen. Ursache hierfür ist die Tatsache, dass diese Podestfliesen keine keramische Oberflächenvergütung haben und die Rutschfestigkeitsklasse R 10 besitzen. Der AG rügt die Mangelhaftigkeit der Podestfliesen.

Auch hier ging es im Bemusterungstermin nur um die Farbe der Fliesen. Nur insoweit hatte der AG eine Entscheidung getroffen. Der AN hatte es versäumt, den AG darauf hinzuweisen, dass die Podestfliesen wegen der unterschiedlichen Oberfläche anders behandelt werden müssen als die bereits vorhandenen Stufenfliesen. Im Rahmen des Bemusterungstermins konnte der AG mangels Aufklärung durch den AN die Konsequenzen für den täglichen Gebrauch nicht erkennen. Damit sind die vom AN verlegten Podestfliesen mangelhaft, da sie nicht der vereinbarten Beschaffenheit entsprechen. Die Bemusterung verdrängt nicht die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses. Auch hiernach ist somit genau zu differenzieren, auf welche vertragliche Eigenschaft (hier nur Optik) sich das Ergebnis der Bemusterung bezieht. Geht es nur um die Optik, bleiben die weiteren vertraglich vereinbarten Beschaffenheiten unverändert.

3. Zu einem anderen Ergebnis kommt das OLG Bremen (Urteil vom 16.3.2012 – 2 U 94/09). Hier sollte der Hersteller von Sonnenschutzanlagen (AN) dem AG eine Sonnenschutzanlage mit Tageslichtnutzung liefern und montieren. Nach dem vertraglichen LV sollte der Blendschutz getrennt gesteuerte Öffnungswinkel der oberen und unteren Lamellenbereiche aufweisen. Im LV heißt es hierzu: „*Die Sonnenschutzbehänge werden mit der Funktion Tageslichtlenkung im oberen Bereich ausgestattet (ab ca. 2,1 von FFB **entsprechend Bemusterung***“. Hiernach sollten nach Abwärtsfahrt des Behanges die obersten Lamellen in geöffneter Stellung stehenbleiben. Die unteren Lamellen sollten in einer Abschirmstellung nach unten fahren. Es fand eine Bemusterung statt. In der Bemusterung war klar erkennbar, dass die oberen Lamellen nicht in geöffneter Stellung während der Abfahrt standen. Der AG ist der Auffassung, dass die montierte Sonnenschutzanlage mangelhaft ist, da sie nicht der vertraglichen Leistungsbeschreibung entspricht.

Das OLG Bremen verneint eine Mangelhaftigkeit der Sonnenschutzanlage. Zwar entspreche der montierte Sonnenschutz nicht den Vorgaben aus dem LV; die Parteien hätten jedoch im Rahmen der Bemusterung abschließend etwas anderes vereinbart. Die Eigenschaften der Sonnenschutzanlage seien abschließend durch die Bemusterung festgestellt worden. Damit sei im Rahmen der Bemusterung die Vorgabe des Leistungsverzeichnisses konkretisiert worden. Der AG habe die Abweichung vom Leistungsverzeichnis im Rahmen der Bemusterung eindeutig erkennen können, sie aber nicht beanstandet. Da diese Abweichung zudem unerheblich sei, ist die Leistung des AN nach Auffassung des OLG Bremen mangelfrei und vertragsgerecht.

4. Diese vorstehende Entscheidung des OLG Bremen stößt auf Kritik. Auch hier wird zu fragen sein, welche der konkreten Eigenschaften des Sonnenschutzbehanges im Rahmen der Bemusterung konkretisiert werden sollten. Da im LV eindeutige Vorgaben für den Öffnungswinkel des Sonnenschutzbehanges vorhanden waren, kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass diese Vorgaben im Rahmen eines Bemusterungstermins mit dem Charakter einer vertraglichen Leistungsänderung abgeändert werden sollten. Die Entscheidung zeigt jedoch, dass Entscheidungen im Rahmen einer Bemusterung erhebliche Rechtsfolgen nach sich ziehen können. Um hier Klarheit zu schaffen, ist beiden Parteien, insbesondere dem AN, dringend zu empfehlen, im Rahmen eines Bemusterungstermins auf eventuelle Abweichungen zum vertraglichen Leistungsbeschrieb eindeutig hinzuweisen. Dies muss im Termin dokumentiert werden. Erst dann kann davon ausgegangen werden, dass der AG die Abweichungen, die im Bemusterungstermin protokolliert worden sind, als (geänderte) Vertragsleistung und damit als mangelfrei akzeptiert.