

# Schuldrecht Besonderer Teil III (§§ 631-704)

8. Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-72606-4  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Im Unterschied zur gesetzlichen Regelung stellt § 13 Abs. 7 VOB/B, wie bereits im Überblick 111 dargestellt, zusätzliche Tatbestandsvoraussetzungen auf (→ Rn. 107 f.). Ein Schadensersatzanspruch ist neben den eigentlichen Mängelansprüchen nicht schon dann gegeben, wenn der Schaden auf einem Umstand beruht, der vom Unternehmer zu vertreten ist, sondern erst dann, wenn der Mangel so **wesentlich** ist, dass er die **Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt**.<sup>436</sup> Der Ersatzanspruch wegen „darüber hinausgehender“ Schäden (§ 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 VOB/B) ist noch von weiteren Voraussetzungen abhängig. Diese bestehen im Einzelnen darin, dass der Mangel entweder auf einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik beruht (lit. a) oder in dem Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit liegt (lit. b). Ferner besteht eine Haftung, wenn der Schaden iSv lit. c versicherbar ist.

**bb) Abgrenzung zum Schadensersatzanspruch nach § 4 Abs. 7 S. 2 VOB/B.** Der den 112 Mängelrechten zugeordnete Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 VOB/B setzt die Abnahme des Werkes voraus und kann nicht schon **vor** der **Abnahme** oder gar schon vor der Ablieferung des Werkes geltend gemacht werden (zum BGB-Bauvertrag → Rn. 3 ff.). Ist die Leistung des Unternehmers noch nicht abgenommen, richtet sich die Schadensersatzverpflichtung des Unternehmers bei einem von diesem zu vertretenden Mangel nach § 4 Abs. 7 S. 2 VOB/B (→ Rn. 103).<sup>437</sup> Nach dieser Bestimmung sind Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, vom Auftragnehmer auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen. Hat der Auftragnehmer einen Mangel zu vertreten, so hat er auch den hieraus entstehenden Schaden zu erstatten.<sup>438</sup> Dieser Ersatzanspruch ist seinem Umfang nach im Grundsatz nicht beschränkt;<sup>439</sup> er gibt dem Auftraggeber jedoch nicht die Möglichkeit, die mangelhafte Leistung des Unternehmers zurückzuweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung des gesamten Vertrages zu verlangen.<sup>440</sup> Doch kann es extreme Ausnahmefälle geben, bei denen die Behebung des Mangels nicht anders als durch Beseitigung der gesamten baulichen Anlage möglich ist.<sup>441</sup> Wird durch die Mangelhaftigkeit der Leistung die bauliche Anlage verspätet fertiggestellt, richtet sich der Schadensersatzanspruch nach § 4 Abs. 7 S. 2 VOB/B und unterliegt nicht der Beschränkung des § 6 Abs. 6 VOB/B.<sup>442</sup>

Der Schadensersatzanspruch nach § 4 Abs. 7 S. 2 VOB/B ist sowohl dann gegeben, wenn der 113 Auftragnehmer zwar dem Mangelbeseitigungsverlangen des Auftraggebers nachgekommen ist, aber noch ein Schaden verbleibt, als auch dann, wenn der Auftraggeber von seinem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht hat. Nach § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B hat der Auftraggeber nämlich die Möglichkeit, dem Auftragnehmer zur Mangelbeseitigung eine angemessene **Frist mit Kündigungsandrohung** zu setzen und nach fruchtlosem Ablauf der Frist das Vertragsverhältnis gemäß § 8 Abs. 3 VOB/B zu kündigen und alsdann sowohl die Mangelbehebung als auch die weitere Fortführung der Arbeiten bis zur Vollendung des Werkes einem Drittunternehmer auf Kosten des Auftragnehmers zu übertragen; ein dennoch verbleibender Schaden ist vom Unternehmer dem Auftraggeber zu erstatten (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 VOB/B).<sup>443</sup>

Der Schadensersatzanspruch nach § 4 Abs. 7 S. 2 VOB/B stellt eine § 634 Nr. 4 verdrängende 114 **vertragliche Sonderregelung** der Schadensersatzansprüche dar, die auf Mängeln beruhen, die vor der Abnahme erkannt worden sind.<sup>444</sup> Dieser Anspruch ist neben dem auf Erfüllung gerichteten Leistungsanspruch gegeben (→ Rn. 103),<sup>445</sup> unterliegt aber der Verjährung nach § 13 Abs. 4 VOB/B (→ § 634a Rn. 70).

**cc) Umfang des Schadensersatzanspruches nach § 13 Abs. 7 VOB/B. (1) Schäden an 115 der baulichen Anlage (§ 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B).** Der Ersatzanspruch nach § 13 Abs. 7

<sup>436</sup> Vgl. hierzu BGHZ 55, 198 (199 f.) = NJW 1971, 615; OLG Hamm NJW-RR 2003, 965; Ingenstau/Korbion/Wirth VOB/B § 13 Abs. 7 Rn. 77 ff.; Kapellmann/Messerschmidt/Langen VOB/B § 13 Rn. 405 f.

<sup>437</sup> BGHZ 50, 160 (163) = NJW 1968, 1524 (1525); OLG Karlsruhe NJW-RR 2004, 745 (746); Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 7 Rn. 5 ff.

<sup>438</sup> BGHZ 55, 354 (356 f.) = NJW 1971, 838; *Dähne* BauR 1972, 136; *Dähne* BauR 1973, 268 (272); Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 7 Rn. 26.

<sup>439</sup> BGHZ 50, 160 (164) = NJW 1968, 1524; BGH DB 1961, 1256; Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 7 Rn. 29; Kapellmann/Messerschmidt/Merkens VOB/B § 4 Rn. 172.

<sup>440</sup> BGHZ 50, 160 (164) = NJW 1968, 1524; Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 7 Rn. 29.

<sup>441</sup> BGHZ 50, 160 (165) = NJW 1968, 1524; Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 7 Rn. 31.

<sup>442</sup> BGH DB 1961, 1256 zu § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B aF; Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 7 Rn. 34.

<sup>443</sup> BGHZ 50, 160 (163 f.) = NJW 1968, 1524; Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 7 Rn. 41 ff.

<sup>444</sup> Zum früheren Recht BGH MDR 1972, 410; *Dähne* BauR 1973, 268 (274); *Heyers* BauR 1974, 24; *Kaiser*, Das Mängelhaftungsrecht in Baupraxis und Bauprozeß, 7. Aufl. 1992, Rn. 28; *Herding/Schmalz*, Vertragsgestaltung und Haftung im Bauwesen, 2. Aufl. 1967, Abschn. 43, 11; *Hereth/Ludwig/Naschold*, Kommentar zur VOB Teil B, Ez B 4235 ff.

<sup>445</sup> So auch *Dähne* BauR 1973, 268 (271).

Nr. 3 S. 1 VOB/B erfasst alle Schäden an der baulichen Anlage, insoweit diese nicht schon durch Mangelbeseitigung gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B, durch Ersatzvornahme gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B oder durch Minderung gemäß § 13 Abs. 6 VOB/B ausgeglichen worden sind. Zu dem unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt zu ersetzenden Schaden gehören die **Mängelbeseitigungskosten** einschließlich der Kosten, die für die Mängelbehebung an der gesamten baulichen Anlage erforderlich sind.<sup>446</sup> Zu ersetzen sind die Kosten, welche der Auftraggeber im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Auftraggeber aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung aufwenden konnte und musste, wobei es sich um eine **vertretbare Maßnahme** der Schadensbeseitigung handeln muss.<sup>447</sup> Die Schadensberechnung folgt den Grundsätzen, die auch sonst im Werkvertragsrecht zur Anwendung kommen (→ Rn. 46 ff.).<sup>448</sup> Nicht erstattungsfähig sind Kosten für sonstige, weitergehende Baumaßnahmen.<sup>449</sup> Es besteht jedenfalls keine Vermutung, dass von einem Drittunternehmer durchgeführte Arbeiten ausschließlich der Mängelbeseitigung dienen.<sup>450</sup> Der Anspruch ist auf Ersatz in Geld gerichtet. **Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigungskosten** steht dem Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B im Grundsatz nicht entgegen, doch sind die Rechtsgedanken des § 251 Abs. 2 zu beachten. Sollten Mangelbeseitigungskosten nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B geltend gemacht werden, ist es erforderlich, dass die Voraussetzungen des § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B, nämlich Fristsetzung und fruchtloser Ablauf der Frist, vorliegen.<sup>451</sup>

- 116 Zu den nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B zu ersetzenden Schäden gehört auch der nach teilweiser oder gänzlicher Beseitigung des Mangels noch verbleibende **bautechnische oder merkantile Minderwert**.<sup>452</sup> Ferner unterfällt der Vorschrift auch der **entgangene Gewinn**,<sup>453</sup> sei es in der Form des Mietausfalles<sup>454</sup> oder in der Form von sonstigen Nachteilen, insbesondere Zinsverlusten.<sup>455</sup> Darüber hinaus werden der Vorschrift zugeordnet die Kosten **gerichtlicher Verfahren**, wenn die in Frage stehende Rechtsverfolgung zur Durchsetzung der berechtigten Ansprüche des Geschädigten notwendig war oder Geschädigte die Rechtsverfolgung als notwendig ansehen durfte;<sup>456</sup> ferner die Kosten eines **Privatgutachtens**,<sup>457</sup> die Kosten der **Schadensminderung**<sup>458</sup> sowie die **Aufwendungen für Mieträume**.<sup>459</sup>

- 117 (2) **Darüber hinausgehende Schäden (§ 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 VOB/B)**. Für den Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 VOB/B bleiben nur noch die „entfernteren Mangelfolgeschäden“ im Sinne der zum früheren BGB-Werkvertragsrecht geprägten Terminologie. Dabei handelt es sich um **Schäden, die außerhalb der baulichen Anlage** an sonstigen Vermögensgütern des Auftraggebers entstehen, so an dem sonstigen Eigentum des Auftraggebers, sowie um reine Vermögensschäden.<sup>460</sup> Mangelbedingte Schäden aus der Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit des Auftraggebers bzw. anderer in den Schutzbereich des VOB-Vertrags einbezogener Personen sind seit Inkrafttreten der VOB/B 2002 auf der Grundlage von § 13 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B zu ersetzen.<sup>461</sup> Zu den darüber hinausgehenden Schäden gehören etwa solche an der Einrichtung einer baulichen Anlage, Sachverständigenkosten zur Ermittlung von Mängeln und der Beseitigungs-

<sup>446</sup> BGHZ 59, 365 (366 ff.) = NJW 1973, 138; OLG München NJW-RR 2003, 1602; Ingenstau/Korbion/*Wirth* VOB/B § 13 Abs. 7 Rn. 113 f.

<sup>447</sup> BGH BeckRS 2015, 12555 Rn. 68 = MDR 2015, 999.

<sup>448</sup> BGHZ 218, 1 Rn. 37, 43, 52 = NJW 2018, 1463.

<sup>449</sup> BGH BeckRS 2015, 12555 Rn. 84 = MDR 2015, 999.

<sup>450</sup> BGH BeckRS 2015, 12555 Rn. 84 = MDR 2015, 999.

<sup>451</sup> BGHZ 96, 221 (223) = NJW 1986, 922; BGH BauR 1981, 395 (398); Kapellmann/Messerschmidt/*Langen* VOB/B § 13 Rn. 413.

<sup>452</sup> BGHZ 58, 198 (199 f.) = NJW 1971, 615; Leinemann/*Schliemann* VOB/B § 13 Rn. 479 f.; aA *Kaiser*, Das Mängelhaftungsrecht in Baupraxis und Bauprozeß, 7. Aufl. 1992, Rn. 119.

<sup>453</sup> BGH NJW-RR 1992, 788; Ingenstau/Korbion/*Wirth* VOB/B § 13 Abs. 7 Rn. 119; Kapellmann/Messerschmidt/*Langen* VOB/B § 13 Rn. 433; Leinemann/*Schliemann* VOB/B § 13 Rn. 483.

<sup>454</sup> Vgl. BGHZ 46, 238 (240) = NJW 1967, 340; BGH NJW-RR 1992, 788; Ingenstau/Korbion/*Wirth* VOB/B § 13 Abs. 7 Rn. 109; undeutlich *Werner/Pastor* BauProz Rn. 2253.

<sup>455</sup> Ingenstau/Korbion/*Wirth* VOB/B § 13 Abs. 7 Rn. 109.

<sup>456</sup> OLG Hamm NJW-RR 2004, 1386 (1389).

<sup>457</sup> BGHZ 54, 352 (357 f.) = NJW 1971, 99; OLG München NZBau 2007, 781; OLG Stuttgart NJW-RR 2007, 1617 (1618); Leinemann/*Schliemann* VOB/B § 13 Rn. 484.

<sup>458</sup> BGHZ 46, 238 (239) = NJW 1967, 340 – Abstützungsmaßnahmen; Leinemann/*Schliemann* VOB/B § 13 Rn. 484.

<sup>459</sup> BGHZ 46, 238 (240) = NJW 1967, 340.

<sup>460</sup> Kapellmann/Messerschmidt/*Langen* VOB/B § 13 Rn. 453.

<sup>461</sup> Dazu Kapellmann/Messerschmidt/*Langen* VOB/B § 13 Rn. 396 ff.

maßnahmen,<sup>462</sup> Kosten eines Beweisverfahrens oder zusätzlicher Energieverbrauch.<sup>463</sup> Nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 VOB/B kann bei völlig unbrauchbarer Leistung des Unternehmers auch die Rücknahme der Leistung verlangt und jegliche Zahlung verweigert werden.<sup>464</sup> „Darüber hinausgehende“ Schäden können auch Gegenstand eines konkurrierenden Anspruchs aus unerlaubter Handlung sein.<sup>465</sup>

**f) Ausschluss der Mängelhaftung (§ 13 Abs. 3 VOB/B). aa) Überblick.** Nach § 13 Abs. 3 VOB/B haftet der Auftragnehmer auch für solche Mängel, die auf die **Leistungsbeschreibung** oder auf **Anordnungen des Auftraggebers**, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder auf die Beschaffenheit der **Vorleistung eines anderen Unternehmers** zurückzuführen sind, es sei denn, der Unternehmer ist der ihm nach § 4 Abs. 3 VOB/B obliegenden Pflicht zur Mitteilung von Bedenken über die zu befürchtenden Mängel nachgekommen (zur Mitteilungspflicht nach § 4 Abs. 3 VOB/B → Rn. 129 ff.). Der Auftragnehmer verletzt seine eigenen Vertragspflichten und trägt insoweit ursächlich zu einem Mangel bei, wenn er die ihm erteilten Anordnungen blindlings befolgt<sup>466</sup> und Vorleistungen eines anderen Unternehmers unbesehen seiner eigenen Werkleistung zugrunde legt. Die Prüfungs- und Mitteilungsverpflichtung des Unternehmers bezieht sich im Kern darauf, die eigene Leistung frei von Mängeln erstellen zu können. Darüber hinaus besteht keine Nebenpflicht des Auftragnehmers, auf irgendwelche Bedenken gegen Leistungen anderer Unternehmer hinzuweisen, soweit diese mit der von ihm übernommenen Leistungsverpflichtung in keinerlei Zusammenhang stehen.<sup>467</sup>

Mit der Regelung des § 13 Abs. 3 VOB/B wird der Gedanke verwirklicht, dass der Bauunternehmer nur für solche Mängel einzustehen hat, die Ausdruck einer eigenen Pflichtverletzung sind. Wenn die in § 13 Abs. 3 VOB/B enthaltene Regelung auch der Haftung für die Zeit nach der Abnahme der Unternehmerleistung zugeordnet ist, so ist der **Anwendungsbereich** dieser Bestimmung doch nicht darauf beschränkt; er erstreckt sich vielmehr auch auf die Mängelansprüche, die schon vor der Abnahme gegeben und in § 4 Abs. 7 VOB/B iVm § 8 Abs. 3 VOB/B geregelt sind.

Die Regelung des § 13 Abs. 3 VOB/B versteht sich vor dem Hintergrund, dass beim Bauvertrag besonders zweifelhaft sein kann, ob Mängel der **Werkleistung** dem Bauunternehmer zugerechnet werden können. Die Ursache dafür ist einerseits, dass der Bauherr durch die für ihn tätigen Architekten, Ingenieure und Sonderfachleute auf den Vorgang der Bauwerkserrichtung gezielten und nachhaltigen Einfluss nimmt; andererseits hat der Bauunternehmer häufig auf den Leistungen anderer aufzubauen. Es ist daher nur folgerichtig, wenn die speziell auf die Belange des Bausektors abgestimmte VOB/B bei der Regelung der Mängelansprüche das **Problem der Mangelursache** in Anweisungen des Bestellers oder in der Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers in § 13 Abs. 3 VOB/B, § 4 Abs. 3 VOB/B ausdrücklich behandelt. Der Auftraggeber hat zu beweisen, dass den Auftragnehmer im konkreten Fall eine Prüfungs- und Mitteilungsverpflichtung getroffen hat.<sup>468</sup> Der Auftragnehmer hat seinerseits den Beweis dafür zu führen, dass er seiner Verpflichtung nachgekommen ist.<sup>469</sup>

**bb) Mangelursache beim Auftraggeber.** Die Mangelursache liegt im Verantwortungsbereich des Auftraggebers, wenn dieser den Mangel dadurch herbeigeführt hat, dass er dem Bauunternehmer eine technisch **fehlerhafte oder unvollständige Leistungsbeschreibung** überlassen, ihm **sachwidrige Anordnungen** erteilt oder ihm mangelhafte oder untaugliche **Stoffe oder Bauteile vorgeschrieben oder geliefert** hat.<sup>470</sup> Je spezieller die Anordnung ist, desto weiter reicht die Freistellung des Auftragnehmers von seiner Gewährleistungspflicht.<sup>471</sup> Von vorgeschriebenen Stoffen oder Bauteilen kann allerdings nicht schon dann gesprochen werden, wenn der Auftraggeber für die Bauausführung bestimmte Materialien verlangt und die Stoffwahl nicht einfach dem Unternehmer überlässt. Solange die Bestimmung im Rahmen einer allgemeinen Kennzeichnung bleibt, wie bei

<sup>462</sup> OLG Hamm NZBau 2015, 103 Rn. 21.

<sup>463</sup> Vgl. auch Ingenstau/Korbion/Wirth VOB/B § 13 Abs. 7 Rn. 137 ff.; Leinemann/Schliemann VOB/B § 13 Rn. 511 ff.

<sup>464</sup> BGH Schäfer/Finnern Z 2414, 127.

<sup>465</sup> BGHZ 61, 203 (203 ff.) = NJW 1973, 1752; Kapellmann/Messerschmidt/Langen VOB/B § 13 Rn. 476 ff.

<sup>466</sup> BGH NJW 1960, 1813.

<sup>467</sup> BGH NJW 1974, 747; OLG Köln Schäfer/Finnern § 4 Nr. 3 VOB/B (1973) Nr. 6; aA offenbar OLG Hamm BauR 1990, 731.

<sup>468</sup> BGH BauR 1974, 202 (203) = NJW 1974, 747.

<sup>469</sup> BGH NJW 1974, 188; Schäfer/Finnern Z 8.3, 1; OLG Düsseldorf BauR 2001, 638 (639).

<sup>470</sup> Vgl. auch Ingenstau/Korbion/Wirth VOB/B § 13 Abs. 3 Rn. 20 ff.; Kapellmann/Messerschmidt/Langen VOB/B § 13 Rn. 80 ff.; Leinemann/Schliemann VOB/B § 13 Rn. 54 ff.

<sup>471</sup> BGHZ 132, 189 (193) = NJW 1996, 2372; OLG München NZBau 2007, 781 (782).

einer einvernehmlichen Aufnahme von Baustoffen in ein Leistungsverzeichnis,<sup>472</sup> werden Stoffe oder Bauteile nicht vorgeschrieben.<sup>473</sup> Dies ist erst dann anzunehmen, wenn Einzelheiten der Stoffzusammensetzung bestimmt, Bezugsquellen angewiesen oder bestimmte Fabrikate unbedingt vorgeschrieben werden,<sup>474</sup> so dass dem Unternehmer keine andere Wahl bleibt.

- 122 Für den Bereich des Bauvertrages ist es bezeichnend, dass die vom Auftraggeber ausgehenden Maßnahmen, insbesondere die dem Unternehmer erteilten Anweisungen, in aller Regel nicht vom Auftraggeber selbst stammen, sondern von den für ihn tätig werdenden Architekten, Ingenieuren oder sonstigen **Sonderfachleuten** veranlasst werden. Für deren Fehlleistungen als Erfüllungsgehilfen hat der Auftraggeber gemäß § 278 einzustehen (→ Rn. 136).

- 123 **cc) Mangelursache beim Vorunternehmer.** Die Mangelursache liegt auch dann nicht beim Auftragnehmer, wenn der Mangel auf die **Untauglichkeit der Vorleistung** eines anderen Unternehmers zurückzuführen ist.<sup>475</sup> Unter Vorleistungen sind insoweit alle Leistungen zu verstehen, die Auswirkungen auf die Leistung des Auftragnehmers haben, weil sie diese nachteilig beeinflussen können.<sup>476</sup> Den Vorleistungen eines anderen Unternehmers sind nach Sinn und Zweck auch solche des Auftraggebers gleichzustellen, da der Auftraggeber das Risiko eigener Vorleistungen erst recht trägt.<sup>477</sup>

- 124 **dd) Prüfungsverpflichtung.** Soweit eine Mitteilungsverpflichtung nach § 4 Abs. 3 VOB/B besteht, wonach der Auftragnehmer den Auftraggeber auf Mängelursachen hinzuweisen hat, die nicht aus seiner Sphäre stammen, ist dem notwendigerweise eine Prüfungsverpflichtung des Auftragnehmers vorgelagert. Der Umfang der Prüfungspflicht bemisst sich nach der Sach- und Fachkunde des Auftragnehmers.<sup>478</sup> Eine (eingeschränkte) Prüfungsverpflichtung des Unternehmers kann auf dem Bausektor dann bestehen, wenn ein fachkundiger Bauherr selbst oder durch seinen Architekten prägenden Einfluss auf die Herstellung des Werkes nimmt, zB in Form von planerischen **Vorgaben** und **Anordnungen** hinsichtlich der **Baumethode** und der **Baustoffe**. Die von einem fachkundigen Bauherrn bzw. dessen Architekten oder anderen **Sonderfachleuten** ausgehenden Maßnahmen hat der Bauunternehmer jedenfalls insoweit zu überprüfen, als sie sich auf sein Fach beziehen,<sup>479</sup> allerdings nur, soweit es sich um offenkundige Fehler handelt. Die Prüfungs- und Mitteilungspflicht entfällt ganz ausnahmsweise nur dann vollständig, wenn der Auftragnehmer sich darauf verlassen kann, dass der fachkundige oder fachkundig beratene Auftraggeber ein bestimmtes Risiko erkannt und bewusst in Kauf genommen hat.<sup>480</sup>

- 125 Darüber hinaus hat der Unternehmer, der bei der Errichtung eines Bauwerks mit anderen Unternehmern zusammenwirkt und auf deren Bauleistung aufbaut, die **Vorleistungen** zu prüfen (§ 13 Abs. 3 VOB/B, § 4 Abs. 3 VOB/B). Von dem Unternehmer ist insoweit zu erwarten, dass er nicht nur über die in seinem Fach erforderlichen Materialien und Ausführungsmethoden Bescheid weiß, sondern auch über Kenntnisse verfügt, um die Geeignetheit und Brauchbarkeit der Vorleistung zu beurteilen (→ Rn. 118 ff.). Die Überprüfungsverpflichtung von Materialien beschränkt sich freilich auf einfache Prüfungsmethoden. Unter Umständen kann jedoch für den Unternehmer die Verpflichtung bestehen, den Auftraggeber auf bessere, feinere und zuverlässigere Prüfungsmöglichkeiten hinzuweisen. Ist der Hinweis des Unternehmers auf die mangelhafte Vorunternehmerleistung unberechtigt, so gibt dies dem Besteller kein Kündigungsrecht.<sup>481</sup>

<sup>472</sup> Dazu *Merl* in *Kleine-Möller/Merl/Glückner PrivBauR-HdB* § 15 Rn. 123.

<sup>473</sup> BGH NZBau 2005, 456 (457).

<sup>474</sup> BGHZ 91, 206 (213 f.) = NJW 1984, 2457; BGH NJW 1973, 754 (755); NZBau 2006, 456 (457); Ingenstau/Korbion/*Wirth* VOB/B § 13 Abs. 3 Rn. 47; Kapellmann/Messerschmidt/*Langen* VOB/B § 13 Rn. 89 ff.; Leinemann/*Schliemann* VOB/B § 13 Rn. 64.

<sup>475</sup> Dazu Ingenstau/Korbion/*Wirth* VOB/B § 13 Abs. 3 Rn. 57 ff.; Kapellmann/Messerschmidt/*Langen* VOB/B § 13 Rn. 92 f.; Leinemann/*Schliemann* VOB/B § 13 Rn. 69 f.; vgl. auch BGH NZBau 2001, 495; OLG Düsseldorf NZBau 2000, 331 (332); NJW-RR 1999, 1543 (1544); 1993, 405 (405 f.); OLG Hamm NZBau 2001, 502 (503); OLG München NJW-RR 1987, 854 (854 f.).

<sup>476</sup> BGH NJW 1974, 747; Kapellmann/Messerschmidt/*Langen* VOB/B § 13 Rn. 92.

<sup>477</sup> OLG München NJW-RR 1987, 854; Kapellmann/Messerschmidt/*Langen* VOB/B § 13 Rn. 92.

<sup>478</sup> OLG München NZBau 2007, 781 (782); 2011, 683 (685).

<sup>479</sup> Vgl. dazu BGH BauR 2001, 622; OLG Bamberg NJW-RR 2006, 891 (892); OLG Celle BauR 2002, 812; OLG Düsseldorf BauR 2000, 1337 (1339); OLG Köln NJW-RR 2016, 141 Rn. 17 f.; Kapellmann/Messerschmidt/*Merkens* VOB/B § 4 Rn. 71 ff.; vgl. auch Ingenstau/Korbion/*Oppler* VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 22 ff.

<sup>480</sup> OLG Köln NJW-RR 2007, 821 (822); OLG Stuttgart NJW-RR 2007, 1617 (1618); *Werner/Pastor BauProz* Rn. 2042; vgl. auch OLG München NZBau 2007, 781 (782).

<sup>481</sup> OLG Düsseldorf BeckRS 2018, 2312 Rn. 158 = NZBau 2018, 607; BauR 1992, 381.



Von der Prüfungsverpflichtung im Hinblick auf Vorleistungen zu unterscheiden ist der umgekehrte Fall, dass die vom Auftragnehmer erbrachte Leistung die Mangelhaftigkeit einer **Nachfolgeleistung** verursacht.<sup>482</sup> Dieser Sachverhalt wird von § 13 Abs. 3 VOB/B, § 4 Abs. 3 VOB/B nicht erfasst: Keinem Zweifel unterliegt, dass ein Unternehmer, der ein Werk mangelhaft herstellt, für hieraus entstehende Mängel der nachfolgenden Leistung eines anderen Unternehmers im Regelfalle verantwortlich und unter den Voraussetzungen des § 634 Nr. 4 oder § 13 Abs. 7 VOB/B schadensersatzpflichtig ist. Fraglich ist allerdings, wie es sich verhält, wenn das vom Unternehmer erstellte Werk mangelfrei ist, die hierauf aufbauende Werkleistung eines anderen nachfolgenden Unternehmers aber deswegen Mängel aufweist, weil diese durch die Eigenschaften der Vorleistung bewirkt worden sind. Insoweit gilt zunächst der Grundsatz, dass die in § 13 Abs. 3 VOB/B, § 4 Abs. 3 VOB/B zum Ausdruck kommende Prüfungsverpflichtung des Unternehmers allein auf das ausgerichtet ist, was dem Unternehmer, sei es durch Maßnahmen des Auftraggebers, sei es durch Vorleistungen anderer Unternehmer, vorgegeben wird, nicht aber auf nachfolgende Leistungen Dritter.

Hieraus folgt, dass der Unternehmer im Grundsatz nicht verpflichtet ist, sich mit dem Auftraggeber oder mit nachfolgenden Unternehmern in Verbindung zu setzen, um zu ergründen, wie diese nachfolgende Leistungen auszuführen gedenken und ob diese Ausführung mit der von ihm erbrachten Leistung technisch harmoniert.<sup>483</sup> Nur im Ausnahmefall ist der Unternehmer gehalten, seine **Leistung mit der des nachfolgenden Unternehmers abzustimmen**. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch der Werkleistung gerade darin besteht, dass der nachfolgende Unternehmer eine geeignete Grundlage für seine Leistung erhält. Außerdem kann der Unternehmer gehalten sein, dem Auftraggeber bzw. dem nachfolgenden Unternehmer Hinweise zu geben und diesen über die Vorleistung aufzuklären, wenn diese nicht geeignet ist, um darauf eine weitere Leistung „aufzubauen“, oder offenkundig ist, dass der nachfolgende Unternehmer nicht fehlerfrei arbeiten wird.<sup>484</sup>

Verletzt der Bauunternehmer seine Prüfungsverpflichtung, weil er die zu erwartende Prüfung nicht vorgenommen und sich daher Bedenken gegen die Bauausführung verschlossen hat, ist er für Mängel der Leistung verantwortlich und den Mängelansprüchen des Auftraggebers ausgesetzt, auch wenn die Mangelursache in den Anordnungen des Auftraggebers oder in der Untauglichkeit der Vorleistung eines anderen Unternehmers zu suchen ist. Der **Auftraggeber** muss sich aber dann, wenn die Ursache des Mangels aus seinem Verantwortungsbereich herrührt, ein **mitwirkendes Verschulden** gemäß § 254 entgegenhalten lassen; für seinen Architekten, seinen Statiker oder seine sonstigen Sonderfachleute hat er gemäß § 278 einzustehen (→ § 650p Rn. 38). Bei reinem Aufsichtsversagen scheidet jedoch die Anwendbarkeit des § 254 aus (→ § 631 Rn. 109). Das Wissen der eingeschalteten Sonderfachleute kann dem Auftraggeber im Einzelfall nach dem Rechtsgedanken des § 166 zuzurechnen sein.<sup>485</sup>

**ee) Mitteilungsverpflichtung nach § 4 Abs. 3 VOB/B.** Die **Haftungsfreistellung** des Auftragnehmers tritt nach § 13 Abs. 3 VOB/B nur ein, wenn dieser seiner Mitteilungsverpflichtung nach § 4 Abs. 3 VOB/B nachgekommen ist. Dies hat der Auftragnehmer zu beweisen. Hat der Unternehmer gegen die vorgesehene Art der Ausführung, gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder die Leistungen anderer Unternehmer Bedenken, hat er diese dem Auftraggeber unverzüglich – möglichst schon vor Beginn der Ausführung – mitzuteilen. Die dem Bauunternehmer in dieser Weise auferlegte Verpflichtung, die mit dazu beitragen soll, dass das geschuldete Werk frei von Mängeln entsteht, findet ihre Rechtfertigung darin, dass es dem Unternehmer nicht erlaubt sein kann, bei bestehenden Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung oder gegen die Leistung von Vorunternehmern sich über die Bedenken hinwegzusetzen und seine eigene Leistung zu erbringen, ungeachtet des Umstandes, dass Mängel zu befürchten sein werden. **Unterlässt der Unternehmer die Mitteilung** erkannter Mängel gleichwohl, ist er allein für den Schaden verantwortlich.<sup>486</sup> Eine Berücksichtigung etwaigen Mitverschuldens des Auftraggebers und seiner Erfüllungsgehilfen an der Schadensentstehung kommt nur im Falle einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Unternehmers in Betracht.<sup>487</sup> Zur Berücksichtigung des Mitverschuldens → Rn. 135 f. Im Einzelfall brauchen Bedenken dem Auftraggeber allerdings dann nicht mitgeteilt zu werden, wenn feststeht, dass dieser die Bedenken nicht beachten wird, was jedoch vom Auftrag-

<sup>482</sup> Hierzu BGH NJW 1983, 875 (876); WM 1970, 354 (355); Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 49.

<sup>483</sup> BGH NJW 1983, 875 (876); BauR 1975, 341 (342); WM 1970, 354 (355).

<sup>484</sup> BGH NJW 1983, 875 (876); BauR 1975, 341 (342); OLG Köln NJW-RR 1995, 19; 1994, 1045 (1045 f.); Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 49.

<sup>485</sup> OLG Köln NJW-RR 2007, 821 (822).

<sup>486</sup> BGH NJW-RR 1991, 276 mwN; NJW 1973, 518.

<sup>487</sup> BGH NJW-RR 1991, 276.

nehmer zu beweisen ist.<sup>488</sup> **Besteht der Auftraggeber** trotz des Bedenkenhinweises **auf der Ausführung** des Werkes entsprechend dem Vertragsinhalt oder seiner Anordnungen, hat der Auftragnehmer das Werk auszuführen, sofern nicht gesetzliche Bestimmungen oder behördliche Verfügungen entgegenstehen.<sup>489</sup> Die Ausführungsfrist verlängert sich in diesem Fall gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. a VOB/B um den Zeitraum, bis zu dessen Ende eine Entschließung des Auftraggebers unter normalen Umständen erwartet werden kann.<sup>490</sup> Ausnahmsweise kann dem Auftragnehmer gemäß § 242 auch ein Leistungsverweigerungsrecht zustehen, wenn die vom Auftraggeber vorgesehene Art der Ausführung mit ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit zum Eintritt eines den Leistungserfolg gefährdenden Mangels oder eines sonstigen nicht nur geringfügigen Schadens, insbesondere durch Gefährdung von Leib und Leben Dritter, führt.<sup>491</sup> Unter diesen Umständen ist ein Schuldnerverzug des Auftragnehmers ausgeschlossen.<sup>492</sup>

- 130** Für die dem Unternehmer auferlegte Pflicht zur Mitteilung von Bedenken ist die **Schriftform** vorgeschrieben. Beachtet der Unternehmer das Schriftformerfordernis nicht, liegt darin eine Pflichtverletzung.<sup>493</sup> Allerdings sind nur mündlich vorgetragene Bedenken nicht schlechthin rechtlich bedeutungslos. Bringt der Bauunternehmer seine Bedenken nur mündlich vor, dann berechtigt dies den Auftraggeber nicht, diese in den Wind zu schlagen und sich den Bedenken des Auftragnehmers solange zu verschließen, als diese nicht in Schriftform vorgebracht werden. Ist der Auftraggeber über die Bedenken ausreichend und zuverlässig mündlich unterrichtet worden, kann ihm bei späteren Mängeln und Schäden ein mitwirkendes Verschulden entgegeng gehalten werden.<sup>494</sup> Entscheidend ist nicht die Form der Mitteilung, sondern die Tatsache, dass der Auftraggeber in die Lage versetzt worden ist, bestehenden Bedenken Rechnung zu tragen.<sup>495</sup> Das dem Auftraggeber durch die Nichtbeachtung mündlich vorgebrachter Bedenken anzulastende mitwirkende Verschulden kann je nach den Umständen des Einzelfalles dazu führen, dass der Bauunternehmer von jeglicher Haftung und Gewährleistung freigestellt wird.<sup>496</sup> Beachtet der Bauunternehmer die vorgeschriebene Schriftform nicht, so hat er zu beweisen, dass dem Auftraggeber durch die Verletzung der Formvorschrift keine nachteiligen Folgen entstanden sind.<sup>497</sup>
- 131** Der Unternehmer hat seine Bedenken gegen die vorgesehene Art der Bauausführung oder gegen die Vorleistung eines anderen Unternehmers **konkret zu begründen**,<sup>498</sup> und zwar so, dass dem Auftraggeber eine technische Überprüfung der vom Unternehmer für bedenklich gehaltenen Umstände ermöglicht wird. Der **Umfang** der Hinweispflicht hängt nicht zuletzt davon ab, ob der Auftraggeber fachkundig beraten wird.<sup>499</sup> Der Auftraggeber muss jedenfalls in die Lage versetzt werden, die Tragweite der Nichtbefolgung des Hinweises zu erkennen. Vermittelt werden müssen mithin die Gefahren und möglichen Folgen, nicht aber notwendig einzelne Bestimmungen von Regelwerken.<sup>500</sup> Zu den Aufgaben des Unternehmers gehört es jedoch nicht, Empfehlungen auszusprechen und dem Auftraggeber geeignete Maßnahmen anzuraten.<sup>501</sup> Von der Verpflichtung zur Begründung der Bedenken ist der Auftragnehmer nur dann entbunden, wenn ihm eine solche Begründung nicht zugemutet werden kann, so zB bei neuen Baustoffen oder Baumethoden, hinsichtlich deren er noch nicht in der Lage ist, sein Erfahrungswissen oder seine theoretischen Kenntnisse einzusetzen.
- 132** Die gegen die vorgesehene Art der Ausführung sowie gegen die Vorleistungen anderer Unternehmer bestehenden Bedenken hat der Auftragnehmer oder ein befugter Vertreter<sup>502</sup> gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B grundsätzlich dem Auftraggeber selbst mitzuteilen. Mit dieser Regelung ist das

<sup>488</sup> BGHZ 174, 110 Rn. 35 = NJW 2008, 511; BGHZ 61, 118 (122 f.) = NJW 1973, 1688; BGH NJW 2011, 483 Rn. 21; BauR 1976, 430.

<sup>489</sup> OLG Düsseldorf BeckRS 2018, 2312 Rn. 109 mwN = NZBau 2018, 607.

<sup>490</sup> OLG Düsseldorf BeckRS 2018, 2312 Rn. 114 = NZBau 2018, 607.

<sup>491</sup> Ähnlich OLG Düsseldorf BeckRS 2018, 2312 Rn. 110 = NZBau 2018, 607.

<sup>492</sup> OLG Düsseldorf BeckRS 2018, 2312 Rn. 115 = NZBau 2018, 607.

<sup>493</sup> BGH NJW 1975, 1217; OLG Koblenz NJW-RR 2003, 1671; vgl. (da nur Verweis auf grds. Schriftformerfordernis) Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 64.

<sup>494</sup> BGH NJW 1975, 1217; OLG Koblenz NJW-RR 2003, 1671; Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 67 mwN; Kapellmann/Messerschmidt/Merkens VOB/B § 4 Rn. 102 ff.

<sup>495</sup> BGH LM VOB/B Nr. 74; OLG Frankfurt BauR 1979, 326; Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 64.

<sup>496</sup> Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 67.

<sup>497</sup> BGH LM VOB/B Nr. 74; BB 1962, 428; Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 67.

<sup>498</sup> BGH LM VOB/B Nr. 74; Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 62.

<sup>499</sup> OLG Koblenz NJW-RR 2011, 1040.

<sup>500</sup> OLG Schleswig BeckRS 2018, 21346 Rn. 95.

<sup>501</sup> OLG Celle NJW 1960, 102; OLG Schleswig BeckRS 2018, 21376 Rn. 95; Dähne BauR 1976, 225.

<sup>502</sup> Dazu BGH NJW 1975, 1217; Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 65.



Problem des **richtigen Adressaten** allerdings nicht erschöpfend behandelt, weil sich der Auftragnehmer bei der Bauausführung ständig dem Architekten, dem Statiker oder sonstigen Sonderfachleuten gegenüber sieht und er seine Bedenken in aller Regel diesen Personen gegenüber vorbringt. Bedient sich der Auftraggeber bei der Bauwerkserrichtung der Mithilfe von Architekten, Statikern oder sonstigen Sonderfachleuten, insbesondere im Bereich der Objektüberwachung und -betreuung, sind diese Personen für die Entgegennahme von Bedenken des Unternehmers gegen die vorgesehene Art der Bauausführung, gegen die Güte der Baustoffe oder die Vorleistungen anderer Unternehmer als bevollmächtigte Vertreter des Auftraggebers anzusehen (→ § 650p Rn. 34). Das gilt insbesondere dann, wenn feststeht, dass der Auftraggeber technische Fragen nicht mit dem Auftragnehmer zu erörtern wünscht und Mitteilungen des Auftragnehmers ungeprüft zur Prüfung an seinen Architekten oder auch an seine sonstigen Sonderfachleute zurückgibt. Diese Personen sind nur dann nicht die richtigen Adressaten der mitzuteilenden Bedenken, wenn sich diese gerade gegen die von den fraglichen Personen ausgehenden Maßnahmen auf dem Gebiet der Planung oder Bauleitung richten. Befürchtet der Auftragnehmer, dass die planerischen Anordnungen zB des Architekten zu Mängeln der Bauleistung führen, darf er sich nicht damit begnügen, seine Bedenken nur dem Architekten mitzuteilen, wenn sich dieser den Bedenken verschließt oder völlig untätig bleibt.<sup>503</sup> Beharrt der Architekt oder ein anderer Sonderfachmann auf seinen Anordnungen oder zeigt er keine Reaktion, hat der Auftragnehmer die Verpflichtung, die Bedenken unmittelbar dem Auftraggeber zu unterbreiten.<sup>504</sup>

**2. Verantwortlichkeit mehrerer Unternehmer.** Ruht ein Bauwerksmangel auf der Leistung mehrerer Unternehmer (→ Rn. 94), so können diese nicht ohne Weiteres als Gesamtschuldner behandelt werden.<sup>505</sup> Eine das Gesamtschuldverhältnis rechtfertigende Gleichstufigkeit der Verpflichtungen ist zu verneinen, wenn die Unternehmer verschiedenartige Bauleistungen erbringen, die jeweils als Einzelwerke zum Gesamtwerk beitragen und – wie es auf dem Bausektor der Regel entspricht – aufeinander aufbauen, ohne dass sie sich „überschneiden“, also nicht auf die Erreichung eines einheitlichen Erfolgs abzielen.<sup>506</sup> Da unter diesen Umständen die **Vorunternehmer** und die **zeitlich nachfolgenden Unternehmer** verschiedenartige Leistungen schulden, fehlt es an der Gleichstufigkeit der Verpflichtungen.<sup>507</sup> Zur Haftung bei Einschaltung von Subunternehmern durch den (Haupt-) Unternehmer (→ § 631 Rn. 39)

Eine Gesamtschuld ist freilich gegeben, wenn zwischen mehreren Unternehmern idS eine **Erfüllungsgemeinschaft** besteht, dass ihre individuellen Leistungspflichten als Teil einer einheitlichen Bauleistung anzusehen sind (**Gleichartigkeit der Verpflichtungen**).<sup>508</sup> Der interne Ausgleich bestimmt sich zwischen den mehreren Unternehmern nach §§ 426, 254, wodurch der jeweilige Mitverursachungsbeitrag der Unternehmer berücksichtigt werden kann. Lässt sich nicht ermitteln, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat, ist der Rechtsgedanke des § 830 Abs. 1 S. 2 heranzuziehen.<sup>509</sup> Von einer Gesamtschuld ist auch dann auszugehen, wenn feststeht, dass mehrere Unternehmer Ursachen für ein und denselben Schaden gesetzt haben und die Mängel ihrer fehlerhaften Leistungen nur einheitlich beseitigt werden können.<sup>510</sup> Anderenfalls würde unter Umständen derjenige Unternehmer die Kosten der Mängelbeseitigung zunächst alleine zu tragen haben, der vom Auftraggeber als erster – möglicherweise zufällig – wegen der Mängel in Anspruch genommen wird. Er wäre ohne Berechtigung zum internen Ausgleich auf die Realisierung möglicherweise ungewisser Rückgriffsansprüche gegen den oder die anderen Unternehmer angewiesen.<sup>511</sup>

<sup>503</sup> BGH NJW-RR 2004, 305 (307); NZBau 2001, 200 (201).

<sup>504</sup> BGH NJW-RR 1989, 721 (722); BauR 1978, 139 (142) mwN; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 214; Ingenstau/Korbion/*Oppler* VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 73.

<sup>505</sup> BGH BauR 1975, 130; OLG Hamm NJW-RR 1996, 273 (274); OLG Saarbrücken NJW-RR 2011, 990; *Diehl* FS Heiermann, 1995, 37 (39 ff.); *Zerr* NZBau 2002, 241 (242); Ingenstau/Korbion/*Oppler* VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 58; *Locher Privates BauR* Rn. 194; *Werner/Pastor BauProz* Rn. 2477 ff.

<sup>506</sup> OLG Düsseldorf NJW 2018, 627 Rn. 71; NJW 2016, 168 Rn. 15 mwN.

<sup>507</sup> OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 527 (528); OLG Frankfurt Schäfer/Finnern/Hochstein § 426 Nr. 3; OLG Hamm NJW-RR 1992, 849 (850); 1991, 730; Ingenstau/Korbion/*Oppler* VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 58; *Kaiser*, Das Mängelhaftungsrecht in Baupraxis und Bauprozeß, 7. Aufl. 1992, Rn. 54k ff.; *Zerr* NZBau 2002, 241 (242); vgl. auch OLG München NJW-RR 1988, 20; aA *Weise* BauR 1992, 685 (690).

<sup>508</sup> OLG Düsseldorf NJW 2016, 168 Rn. 15.

<sup>509</sup> BGH NJW 2001, 2538 (2539); OLG Düsseldorf NJW 2016, 161 Rn. 21; Palandt/*Sprau* § 830 Rn. 13.

<sup>510</sup> BGHZ 155, 265 (267) = NJW 2003, 2980; BGH ZfBR 2015, 676 Rn. 51; NJW 2003, 2980; OLG Düsseldorf NJW 2016, 168 Rn. 15; OLG Hamm NJW-RR 1996, 273 (274); *Weise* BauR 1992, 685 (690); Beck VOB/B/*Ganten* VOB/B Vor § 13 Rn. 67, 74 f.; Ingenstau/Korbion/*Oppler* VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 58; *Merl* in Kleine-Möller/Merl/Glückner PrivBauR-HdB § 15 Rn. 1002; wohl auch *Werner/Pastor BauProz* Rn. 2478; aA OLG München NJW-RR 1998, 20; *Diehl* FS Heiermann, 1995, 37 (43).

<sup>511</sup> Vgl. BGHZ 155, 265 (268) = NJW 2003, 2980; BGH ZfBR 2015, 676 Rn. 51.

- 135 3. Mitverantwortlichkeit des Bauherrn.** Unterliegt der Bauunternehmer der Mängelhaftung, dann kann er dem Auftraggeber bei Vorliegen entsprechender Verursachungsbeiträge entgegenhalten, dass dieser den Mangel mit verursacht hat. Insoweit der Bauunternehmer dem Auftraggeber Schadensersatz schuldet, ganz gleich auf welcher Rechtsgrundlage dieser Anspruch beruhen mag, ist § 254 unmittelbar anwendbar.<sup>512</sup> Darüber hinaus sind die in § 254 enthaltenen Rechtsgedanken über § 242 entsprechend anwendbar, wenn der Bauunternehmer zur Mängelbeseitigung, zur Kostenersatzung wegen einer vom Bauherrn zu Recht vorgenommenen Ersatzvornahme oder zur Minderung verpflichtet ist.<sup>513</sup>
- 136** Das bei Mängelansprüchen zu berücksichtigende Mitverschulden des Bauherrn wird meist nicht in einem eigenen Fehlverhalten zu sehen sein, sondern in einem **Planungs-** oder darauf beruhenden **Anordnungsfehler des vom Bauherrn beauftragten Architekten.** Eine hierin liegende Mitverursachung des Mangels muss sich der Bauherr zurechnen lassen, soweit der Architekt **im Verhältnis zum Bauunternehmer** als sein Erfüllungsgehilfe handelt.<sup>514</sup> Erforderlich ist also, dass der Architekt im Aufgabenkreis des Bauherrn tätig wird.<sup>515</sup> Das ist bei planenden Architekten der Fall, da der Bauherr dem Bauunternehmer eine mangelfreie Planung bzw. die Zurverfügungstellung der entsprechenden Planung schuldet,<sup>516</sup> nicht aber, wenn Baumängel nicht durch fehlerhafte Anordnungen des Architekten, sondern allein durch fehlende oder nachlässige Bauaufsicht entstehen. Diese hat dann zwar den Baumangel mit verursacht, der Bauunternehmer kann dem Bauherrn aber deswegen grundsätzlich kein mitwirkendes Verschulden iSd § 254 Abs. 1, § 278 anlasten. Es besteht nämlich keine Verpflichtung des Bauherrn dem Bauunternehmer gegenüber, diesen bei der Bauausführung dahin zu überwachen, dass er die ihm übertragenen Arbeiten den Plänen und Anordnungen entsprechend fachgerecht und fehlerfrei ausführt.<sup>517</sup> **Vorunternehmer** sowie **Lieferanten** des Bestellers können in aller Regel ebenfalls nicht als Erfüllungsgehilfen des Bauherrn im Verhältnis zum Bauunternehmer angesehen werden; gleichwohl sind ihre für die Schadensentstehung kausalen Verursachungsbeiträge dem Bauherrn entsprechend § 278 zuzurechnen (§ 254 Abs. 2 S. 2; → § 631 Rn. 45). Ein mitwirkendes Verschulden des Bauherrn kann sich überdies **im Verhältnis zum (nur) objektüberwachenden Architekten** ergeben. Allerdings wurde in der Rspr. der Oberlandesgerichte verbreitet angenommen, dass der (nur) objektüberwachende Architekt die fehlerhafte Planung eines anderen (nur) planenden Architekten dem Bauherrn nicht haftungsmindernd entgegenhalten kann. Zur Begründung wurde darauf verwiesen, der Bauherr schulde dem objektüberwachenden Architekten nicht die Zurverfügungstellung mangelfreier Baupläne.<sup>518</sup> Er habe daher für ein fehlerhaftes Werk des planenden Architekten gegenüber einem später (nur) mit der Objektüberwachung beauftragten Architekten nicht einzustehen.<sup>519</sup> Nach der Gegenauffassung,<sup>520</sup> der sich der BGH angeschlossen hat,<sup>521</sup> muss sich der Bauherr dagegen etwaige Fehlleistungen des planenden Architekten gemäß § 254 Abs. 1, § 278 zurechnen lassen. Zwar trifft den Bauherrn regelmäßig keine vertragliche Verpflichtung, dem objektüberwachenden Architekten mangelfreie Pläne zur Verfügung zu stellen. In diesem Sinne ist der planende Architekt auch kein Erfüllungsgehilfe des Bauherrn im Verhältnis zum Bauüberwacher. Gleichwohl liegt die Übergabe mangelfreier Pläne im eigenen Interesse des Bauherrn, da der Bauüberwacher von ihm eingeschaltet wird, um gerade auf die Herstellung eines mangelfreien Werks hinzuwirken.<sup>522</sup> Vernachlässigt der Bauherr diese Obliegenheit, liegt ein Ver-

<sup>512</sup> BGH NJW 1975, 1217; DB 1973, 616.

<sup>513</sup> BGH NJW 2014, 3645 Rn. 24; 1972, 447; BauR 1972, 62; DB 1961, 569; Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 68.

<sup>514</sup> BGHZ 95, 128 (131) = NJW 1985, 2475; BGH BeckRS 2018, 29179 Rn. 50; NJW 2014, 3645 Rn. 24; NJW-RR 2005, 891 (893); WM 2003, 29 (32); NJW-RR 1991, 276; BauR 1970, 57 (59); OLG Brandenburg NZBau 2006, 720 (721); OLG Düsseldorf NJW 2018, 627 Rn. 121; OLG Hamm NZBau 2001, 691; OLG Karlsruhe NJW-RR 2005, 248 (250); 2007, 818; *Siemz* BauR 2010, 840 (842).

<sup>515</sup> Vgl. BGHZ 114, 263 (270) = NJW 1991, 2556; BGH NJW-RR 2005, 891 (893).

<sup>516</sup> BGH NJW 2014, 3645 Rn. 24; NJW-RR 2005, 891 (893); NJW 2002, 3543 (3544); OLG Düsseldorf NJW 2018, 627 Rn. 121, 123; NJW-RR 2011, 170 (176); OLG München NZBau 2017, 295 Rn. 14.

<sup>517</sup> BGHZ 137, 35 (41) = NJW 1998, 456; BGHZ 95, 128 (131) = NJW 1985, 2475; BGH NJW-RR 2002, 1175 (1176); NJW 1972, 447 (448); OLG Brandenburg NZBau 2006, 720 (721); OLG Düsseldorf NJW 2016, 168 Rn. 94; OLG Naumburg NJW-RR 2014, 1299 (1303).

<sup>518</sup> OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 741 (742); OLG Karlsruhe NZBau 2004, 617 (618).

<sup>519</sup> OLG Bamberg NJW-RR 1992, 91; OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 741 (742); OLG Karlsruhe NZBau 2004, 617 (618); OLG Köln NJW-RR 1997, 597 (597 f.).

<sup>520</sup> *Kirberger* BauR 2006, 239 (242); *Soergel* BauR 2005, 239 (246); *Merl* in *Kleine-Möller/Merl/Glückner Priv-BauR-HdB* § 15 Rn. 1010; *Werner/Pastor* BauProz Rn. 2498.

<sup>521</sup> BGHZ 197, 252 Rn. 20 = NJW 2013, 2268; BGHZ 179, 55 Rn. 27 ff., 36 = NJW 2009, 582; BGH NJW 2016, 3022 Rn. 14; s. auch OLG Frankfurt NZBau 2009, 599 (600).

<sup>522</sup> BGH BeckRS 2018, 29179 Rn. 66.