

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 5/1: Schuldrecht - Besonderer Teil III/1 §§ 631-651

Bearbeitet von

Redakteur: Prof. Dr. Martin Hessler, Der Bearbeiter des fünften Bandes/1. Halbband: Prof. Dr. Jan Busche

7. Auflage 2018. Buch. XXII, 468 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 66544 8

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

[Zu Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Rechte des Bestellers bei Mängeln

122–125 § 634

der Bauunternehmer jedenfalls insoweit zu überprüfen, als sie sich auf sein Fach beziehen,⁴⁴¹ 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.⁴⁴²

Darüber hinaus hat der Unternehmer, der bei der Errichtung eines Bauwerks mit anderen Unternehmen 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. 115 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.

Von der Prüfungsverpflichtung im Hinblick auf Vorleistungen zu unterscheiden ist der umgekehrte Fall, dass die vom Auftragnehmer erbrachte Leistung die Mängelhaftigkeit einer **Nachfolgeleistung** verursacht.⁴⁴³ 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 Unternehmen 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.⁴⁴⁴ 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.⁴⁴⁵

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 Mängelursache in den Anordnungen des Auftraggebers oder in der Utauglichkeit der Vorleistung eines anderen Unternehmers zu suchen ist. Der **Auftraggeber** muss sich aber dann, wenn die Ursache des Mangels aus seinem Verantwortungsbereich herröhrt, ein **mitwirkendes Verschulden** gem. § 254 entgegenhalten lassen; für seinen Architekten, seinen Statiker oder seine sonstigen Sonderfachleute hat er gem. § 278 einzustehen (→ § 650p Rn. 38). Bei reinem Aufsichtsversagen scheidet 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.⁴⁴⁶

⁴⁴¹ 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. 17f.; Kapellmann/Messer-Schmidt/Merkens VOB/B § 4 Rn. 69ff.; vgl. auch Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 22ff.

⁴⁴² 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).

⁴⁴³ Hierzu BGH NJW 1983, 875 (876); WM 1970, 354 (355); Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 49.

⁴⁴⁴ BGH NJW 1983, 875 (876); BauR 1975, 341 (342); WM 1970, 354 (355).

⁴⁴⁵ 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.

⁴⁴⁶ OLG Köln NJW-RR 2007, 821 (822).

§ 634 126–128

Abschnitt 8. Titel 9. Werkvertrag und ähnliche Verträge

- 126 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 Pflichtverpflichtung, 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.⁴⁴⁷ Eine Berücksichtigung etwaigen Mitverschuldens des Auftraggebers und seiner Erfüllungsgehilfen an der Schadensentstehung kommt nur im Falle einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Unternehmers in Betracht.⁴⁴⁸ Zur Berücksichtigung des Mitverschuldens → Rn. 132 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 Auftragnehmer zu beweisen ist.⁴⁴⁹
- 127 Für die dem Unternehmer auferlegte Pflicht zur Mitteilung von Bedenken ist die **Schriftform** vorgeschrieben. Beachtet der Unternehmer das Schriftformerfordernis nicht, liegt darin eine Pflichtverletzung.⁴⁵⁰ 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 entgegengehalten werden.⁴⁵¹ Entscheidend ist nicht die Form der Mitteilung, sondern die Tatsache, dass der Auftraggeber in die Lage versetzt worden ist, bestehende Bedenken Rechnung zu tragen.⁴⁵² 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.⁴⁵³ 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.⁴⁵⁴
- 128 Der Unternehmer hat seine Bedenken gegen die vorgesehene Art der Bauausführung oder gegen die Vorleistung eines anderen Unternehmers **konkret zu begründen**,⁴⁵⁵ 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.⁴⁵⁶ Zu den Aufgaben des Unternehmers gehört es jedoch nicht, Empfehlungen auszusprechen und dem Auftraggeber geeignete Maßnahmen anzuraten.⁴⁵⁷ 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. Ist der Hinweis des Unternehmers auf die mangelhafte Vorunternehmerleistung unberechtigt, so gibt dies dem Besteller kein Kündigungsrecht.⁴⁵⁸

⁴⁴⁷ BGH NJW-RR 1991, 276 mwN; NJW 1973, 518.

⁴⁴⁸ BGH NJW-RR 1991, 276.

⁴⁴⁹ 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.

⁴⁵⁰ 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.

⁴⁵¹ 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. 100 ff.

⁴⁵² BGH LM VOB/B Nr. 74; OLG Frankfurt BauR 1979, 326; Ingenstau/Korbion/*Oppler* VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 64.

⁴⁵³ Ingenstau/Korbion/*Oppler* VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 67.

⁴⁵⁴ BGH LM VOB/B Nr. 74; BB 1962, 428; Ingenstau/Korbion/*Oppler* VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 67.

⁴⁵⁵ BGH LM VOB/B Nr. 74; Ingenstau/Korbion/*Oppler* VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 62.

⁴⁵⁶ OLG Koblenz NJW-RR 2011, 1040.

⁴⁵⁷ OLG Celle NJW 1960, 102; Dähne BauR 1976, 225.

⁴⁵⁸ OLG Düsseldorf BauR 1992, 381.

Die gegen die vorgesehene Art der Ausführung sowie gegen die Vorleistungen anderer Unternehmer bestehenden Bedenken hat der Auftragnehmer oder ein befugter Vertreter⁴⁵⁹ gem. § 4 Abs. 3 VOB/B grundsätzlich dem Auftraggeber selbst mitzuteilen. Mit dieser Regelung ist das 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.⁴⁶⁰ 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.⁴⁶¹

2. Verantwortlichkeit mehrerer Unternehmer. Beruht ein Bauwerksmangel auf der Leistung mehrerer Unternehmer (→ Rn. 91), so können diese nicht ohne Weiteres als Gesamtschuldner behandelt werden.⁴⁶² Eine das Gesamtschulderverhältnis 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.⁴⁶³ Da unter diesen Umständen die **Vorunternehmer** und die **zeitlich nachfolgenden Unternehmer** verschiedenenartige Leistungen schulden, fehlt es an der Gleichstufigkeit der Verpflichtungen.⁴⁶⁴ 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**).⁴⁶⁵ 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.⁴⁶⁶ 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.⁴⁶⁷ Andernfalls würde unter Umständen derjenige Unternehmer die Kosten der Mängelbeseitigung zunächst

⁴⁵⁹ Dazu BGH NJW 1975, 1217; Ingenstau/Korbion/*Oppler* VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 65.

⁴⁶⁰ BGH NJW-RR 2004, 305 (307); NZBau 2001, 200 (201).

⁴⁶¹ 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.

⁴⁶² 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.

⁴⁶³ OLG Düsseldorf NJW 2016, 168 Rn. 15 mwN.

⁴⁶⁴ 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).

⁴⁶⁵ OLG Düsseldorf NJW 2016, 168 Rn. 15.

⁴⁶⁶ BGH NJW 2001, 2538 (2539); OLG Düsseldorf NJW 2016, 161 Rn. 21; Palandt/Sprau § 830 Rn. 13.

⁴⁶⁷ 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/Glöckner 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).

§ 634 132, 133

Abschnitt 8. Titel 9. Werkvertrag und ähnliche Verträge

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.⁴⁶⁸

132 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.⁴⁶⁹ Darüber hinaus sind die in § 254 enthaltenen Rechtsgedanken über § 242 entsprechend anwendbar, wenn der Bauunternehmer zur Mängelbeseitigung, zur Kostenerstattung wegen einer vom Bauherrn zu Recht vorgenommenen Ersatzvornahme oder zur Minderung verpflichtet ist.⁴⁷⁰

133 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 anrechnen lassen, soweit der Architekt **im Verhältnis zum Bauunternehmer** als sein Erfüllungsgehilfe handelt.⁴⁷¹ Erforderlich ist also, dass der Architekt im Aufgabenkreis des Bauherrn tätig wird.⁴⁷² Das ist bei planenden Architekten der Fall, da der Bauherr dem Bauunternehmer eine mangelfreie Planung schuldet,⁴⁷³ nicht aber, wenn Baumängel 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.⁴⁷⁴ **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.⁴⁷⁵ Er habe daher für ein fehlerhaftes Werk des planenden Architekten gegenüber einem später (nur) mit der Objektüberwachung beauftragten Architekten nicht einzustehen.⁴⁷⁶ Nach der Gegenauuffassung,⁴⁷⁷ der sich der BGH angeschlossen hat,⁴⁷⁸ muss sich der Bauherr dagegen etwaige Fehlleistungen des planenden Architekten gem. § 254 Abs. 1, § 278zurechnen 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 Bauüber-

⁴⁶⁸ Vgl. BGHZ 155, 265 (268) = NJW 2003, 2980; BGH ZfBR 2015, 676 Rn. 51.

⁴⁶⁹ BGH NJW 1975, 1217; DB 1973, 616.

⁴⁷⁰ BGH NJW 2014, 3645 Rn. 24; 1972, 447; BauR 1972, 62; DB 1961, 569; Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 68.

⁴⁷¹ BGHZ 95, 128 (131) = NJW 1985, 2475; BGH 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 Hamm NZBau 2001, 691; OLG Karlsruhe NJW-RR 2005, 248 (250); 2007, 818; Sienz BauR 2010, 840 (842).

⁴⁷² Vgl. BGHZ 114, 263 (270) = NJW 1991, 2556; BGH NJW-RR 2005, 891 (893).

⁴⁷³ BGH NJW 2014, 3645 Rn. 24; NJW-RR 2005, 891 (893); NJW 2002, 3543 (3544); OLG Düsseldorf NJW-RR 2011, 170 (176); OLG München NZBau 2017, 295 Rn. 14.

⁴⁷⁴ 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).

⁴⁷⁵ OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 741 (742); OLG Karlsruhe NZBau 2004, 617 (618).

⁴⁷⁶ 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.).

⁴⁷⁷ Kirberger BauR 2006, 239 (242); Soergel BauR 2005, 239 (246); Merl in Kleine-Möller/Merl/Glöckner PrivBauR-HdB § 15 Rn. 1010; Werner/Pastor BauProz Rn. 2498.

⁴⁷⁸ 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).

wacher von ihm eingeschaltet wird, um gerade auf die Herstellung eines mangelfreien Werks hinzuwirken. Vernachlässigt der Bauherr diese Obliegenheit, liegt ein Verschulden gegen sich selbst vor, das den Anwendungsbereich des § 254 Abs. 1 eröffnet (→ § 254 Rn. 3). Damit kann dem Bauherrn über § 254 Abs. 2 S. 2 auch die fehlerhafte Planung des planenden Architekten zugerechnet werden.⁴⁷⁹ Insoweit kommt zum Tragen, dass § 278 gem. § 254 Abs. 2 S. 2 lediglich entsprechend anzuwenden ist. Dies führt zu einem weit gefassten Begriff des Erfüllungsgehilfen, unter dem auch solche Personen fallen, derer sich der Geschädigte lediglich zum Schutz seiner Interessen oder seiner Rechtsgüter bedient.⁴⁸⁰ Das ändert selbstverständlich nichts daran, dass der objektüberwachende Architekt verpflichtet ist, die ihm überlassenen Pläne auf Fehler und Widersprüche zu überprüfen (→ § 650p Rn. 28). Entsprechendes gilt für das Verhältnis des Bauherrn zu einem weiteren von ihm eingeschalteten planenden Architekten, der auf der Leistung des ersten Planers aufbaut,⁴⁸¹ oder zu **Sonderfachleuten**.⁴⁸² Freilich ist beispielsweise der Tragwerksplaner, der mit der Statik für eine Produktionshalle beauftragt ist, nicht verpflichtet zu überprüfen, ob die vorgegebene Anordnung der Fundamente für den späteren Produktionsablauf sinnvoll ist,⁴⁸³ es sei denn, ihm sind Umstände bekannt, die seine Planung in Frage stellen.⁴⁸⁴ Der Bauherr sind auch insoweit eine fehlerhafte Planung oder unzutreffende Angaben der von ihm eingeschalteten Sonderfachleute gem. §§ 254, 278 zuzurechnen.⁴⁸⁵ Im **Verhältnis zum (allein) planenden Architekten** muss der Bauherr dagegen nicht für das Verschulden der von ihm mit der Bauaufsicht beauftragten Personen einstehen.⁴⁸⁶ Insoweit ist nämlich zu bedenken, dass der Bauherr dem planenden Architekten gegenüber nicht verpflichtet ist, für eine den Plänen entsprechende fachgerechte und fehlerfreie Bauausführung zu sorgen. Beauftragt der Bauherr mehrere Architekten unabhängig voneinander jeweils mit der vollständigen Ausführungsplanung, kann sich einer der Architekten zu seiner Entlastung nicht darauf berufen, dass die Ausführungsplanung eines anderen Architekten mangelhaft ist.⁴⁸⁷ Den Besteller trifft im Übrigen kein Mitverschulden, wenn er dem Architekten, der eigentlich zur Erstellung von Plänen verpflichtet ist, fehlerhafte Pläne zur Verfügung stellt.⁴⁸⁸ Auch andere vom Bauherrn beauftragte **Sonderfachleute** sind in der Regel nicht Erfüllungsgehilfen des Bauherrn in dessen Vertragsverhältnis zum Architekten,⁴⁸⁹ es sei denn, der Bauherr schuldet dem Architekten ausdrücklich die Planungsleistung dieser Sonderfachleute.

VII. Besonderheiten des Architekten- und Ingenieurvertrages

1. Allgemeines. Soweit ein Architekten- oder Ingenieurvertrag iSv § 650p vorliegt, sind Architekten und Ingenieure im Falle der Mängelhaftigkeit des Werkes den in § 634 genannten Mängelrechten des Auftraggebers ausgesetzt (→ § 631p Rn. 37). Darin eingeschlossen ist im Grundsatz also auch der Anspruch auf **Nacherfüllung** (§ 634 Nr. 1, § 635). Diese Haftung trifft auch denjenigen, der, ohne Architekt oder Ingenieur zu sein, bauplanende oder bauleitende Architekten- oder Ingenieur-tätigkeiten ausübt.⁴⁹⁰ Die Vorschrift des § 650p knüpft nämlich wie das frühere Recht im Hinblick auf die Charakterisierung eines Vertrages als Architekten- oder Ingenieurvertrag an die eingegangene vertragliche Verpflichtung an und nicht an eine bestimmte Qualifikation des Unternehmers und die daraus abgeleitete Befugnis zur Führung einer Berufsbezeichnung.

2. Planungsmängel. Handelt es sich um einen Planungsmangel, begegnet die **Nacherfüllung** solange **keinen Bedenken**, als die Fehlleistung des Architekten oder Ingenieurs im Bauwerk noch keine Verwirklichung gefunden hat.⁴⁹¹ Sind die Pläne des Architekten oder Ingenieurs, zB die von ihm erstellten Ausführungszeichnungen oder die Bauvorlagen mangelhaft, ist eine Mängelbeseitigung möglich und ein dahin gehender Anspruch durchsetzbar.⁴⁹² Eine Nacherfüllung von Planungsmängeln ist dagegen in der Regel **nicht mehr möglich**, wenn sich Mängel bereits im Bauwerk verkörpern.

⁴⁷⁹ BGHZ 197, 252 Rn. 20 = NJW 2013, 2268.

⁴⁸⁰ BGHZ 3, 46 (49 f.); BGH NJW 1994, 1211 (1212).

⁴⁸¹ BGH NJW 2016, 3022 Rn. 16 – Planer für Außenanlagen.

⁴⁸² BGH NJW 2016, 3022 Rn. 15 – Tragwerksplaner.

⁴⁸³ OLG Karlsruhe NJW-RR 2017, 788 Rn. 31.

⁴⁸⁴ OLG Köln NJW 2016, 2430 Rn. 38 f. – Nutzbarkeit von Tiefgaragenstellplätzen.

⁴⁸⁵ BGHZ 197, 252 Rn. 22 = NJW 2013, 2268.

⁴⁸⁶ BGHZ 95, 128 (131) = NJW 1985, 2475; BGH NJW-RR 1989, 86; OLG Düsseldorf NZBau 2005, 404 (406).

⁴⁸⁷ BGH NJW 2000, 2500 (2501); OLG Frankfurt NZBau 2009, 599 (601).

⁴⁸⁸ BGH NJW 2016, 3022 Rn. 18; OLG Karlsruhe NJW-RR 2017, 788 Rn. 34.

⁴⁸⁹ BGH NJW-RR 2003, 1454 (1455); OLG Hamm NJW 2011, 316 (318).

⁴⁹⁰ Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts OLG Köln NZBau 2006, 183 (184); OLG Celle BauR 2002, 1427.

⁴⁹¹ Ehlen/Blatt, FS Korbion, 1986, 69 (80 ff.); Staudinger/Peters/Jacoby (2014) Anh. II § 638 Rn. 7.

⁴⁹² BGH NJW 2007, 287; BauR 1974, 356; vgl. auch Schäfer/Finnern Z 3.01, 348.

§ 634 136, 137

Abschnitt 8. Titel 9. Werkvertrag und ähnliche Verträge

pert haben.⁴⁹³ Unter diesen Umständen entfällt das Erfordernis einer Fristsetzung zur Nacherfüllung (→ Rn. 136).

136 3. Planungs- und Bauwerksmängel. Hat der Planungsmangel schon in das Bauwerk Eingang gefunden oder ist für einen Bauwerksmangel ein Aufsichtsversagen des Architekten ursächlich, ist der **Nacherfüllungsanspruch** des Bauherrn auf Grund der gegebenen Realitäten nur im Ausnahmefall zu verwirklichen. Im Hinblick auf Bauwerksmängel ist zunächst festzustellen, dass der Umfang der Nacherfüllungspflicht des Architekten oder Ingenieurs vom Umfang der im Vertrag fixierten Leistungspflichten abhängt. Insoweit ist zwischen **Pflichtverletzungen im Rahmen der Planung** (→ Rn. 135) und solchen im Rahmen der **Objektüberwachung** zu unterscheiden. In beiderlei Hinsicht wird eine Nacherfüllungsverpflichtung des Architekten oder Ingenieurs bei Bauwerksmängeln häufig ausscheiden, weil zum einen die bloße Richtigstellung von unrichtigen oder sonst fehlerhaften Plänen zu nichts führt (→ Rn. 135) und weil zum anderen eine unzureichende Objektüberwachung nicht nachgeholt werden kann.⁴⁹⁴ Architekten und Ingenieure schulden daher grundsätzlich nur Schadensersatz in Geld (§ 280 Abs. 1).⁴⁹⁵ Ein **Schadensersatzanspruch** gegen den Architekten oder Ingenieur setzt in diesen Fällen mithin nicht voraus, dass dem Architekten oder Ingenieur durch Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung Gelegenheit zur Nachbesserung des eigenen Werks gegeben wird.⁴⁹⁶ Ganz generell kann jedoch ein Mängelbeseitigungsanspruch gegen den Architekten oder Ingenieur nicht verneint werden.⁴⁹⁷ Eine Nachbesserung der in einem Bauwerksmangel zum Ausdruck gekommenen mangelhaften Leistung ist nämlich dann realisierbar, wenn die Pflichtverletzung des Architekten (allein) auf dem Gebiet der **Objektüberwachung** zu sehen ist und der Architekt in die Lage versetzt wird, bei einer **Mängelbeseitigung durch den Bauunternehmer** die ihm bei der Bauleitung zukommende Überwachungstätigkeit nachzuholen. Zu denken ist im Übrigen auch daran, dass die Mängelbeseitigung durch den Bauunternehmer ggf. eine weitere Planung durch den Architekten erfordert. Eine Mängelbeseitigungsmöglichkeit des Architekten ist freilich zu verneinen, wenn der Bauunternehmer die Mängelbehebung zu Recht verweigert. Von der Frage, ob gegen den Architekten oder Ingenieur ein Nacherfüllungsanspruch bestehen kann, ist die Frage zu unterscheiden, ob dem Architekten oder Ingenieur ein **Recht** zugebilligt werden muss, **selbst an der Beseitigung eines von ihm mitverursachten Baumangels mitzuwirken**, zB durch Überwachung der Mängelbeseitigungsarbeiten Dritter. Ein solches Recht wird nur in Ausnahmefällen zu bejahen sein, wenn dem Bauherrn die Mitwirkung des Architekten zumutbar ist.⁴⁹⁸ Im Übrigen kann der Auftraggeber, der dem Architekten oder Ingenieur nicht die Gelegenheit gibt, den von ihm verursachten Mangel zu beseitigen, im Ausnahmefall auch gegen seine Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2) verstößen, freilich nur dann, wenn nicht zweifelhaft ist, dass die Mängelbeseitigung durch den Architekten oder Ingenieur zum Erfolg führt.⁴⁹⁹

VIII. Gesamtschuldverhältnis zwischen Bauunternehmern sowie Architekten und Ingenieuren oder anderen Sonderfachleuten

137 1. Bauunternehmer und Architekten. a) Außenverhältnis. Liegt die Ursache eines Bauwerkmangels sowohl im Verantwortungsbereich des Bauunternehmers als auch in dem des Architekten (oder des Ingenieurs oder sonstiger Sonderfachleute), wird die Frage bedeutsam, in welchem Rechtsverhältnis Architekt und Bauunternehmer zueinander stehen, zumal zwischen ihnen in aller Regel keine vertraglichen Beziehungen vorliegen und sie im Rahmen der Erstellung des Bauwerks

⁴⁹³ BGH NJW-RR 2010, 1604 Rn. 20.

⁴⁹⁴ Vgl. hierzu BGHZ (GS) 43, 227 (232 f.) = NJW 1965, 1175; BGHZ 48, 257 (261 f.) = NJW 1967, 2259; BGHZ 42, 16 (18) = NJW 1964, 1791; BGHZ 39, 261 (263 f.) = NJW 1963, 1401; BGH NJW 1974, 367; 1962, 1499; VersR 1967, 260 (262); OLG Bamberg BauR 1996, 284 f.; Kaiser NJW 1973, 1910 (1911 f.); Wussow NJW 1974, 9; Werner/Pastor BauProz Rn. 2167; abw. Ganten, Pflichtverletzung und Schadensrisiko im privaten Baurecht, 1974, 95 ff.; Hess, Die Haftung des Architekten für Mängel des errichteten Bauwerks, 1966, 69 ff.

⁴⁹⁵ BGH NJW 2017, 1669 Rn. 23 mwN.

⁴⁹⁶ BGH NJW 2014, 3511 Rn. 18 – fehlerhafte Objektüberwachung; OLG Düsseldorf BeckRS 2017, 103854 Rn. 68; OLG Stuttgart NJW 2016, 1394 Rn. 29 – fehlerhafte Genehmigungsplanung; zum früheren Recht BGH NJW 2010, 3573 Rn. 11; NJW-RR 2008, 260 Rn. 15; OLG Brandenburg NJW 2012, 2594 (2595).

⁴⁹⁷ Vgl. dazu auch Hess, Die Haftung des Architekten für Mängel des errichteten Bauwerks, 1966, 74 ff.; Ganten NJW 1970, 687 (690 f.); Kaiser NJW 1973, 1910; Locher Privates BauR Rn. 380 ff.; RGRK-BGB/Glazmann Anh. §§ 633–635 Rn. 64.

⁴⁹⁸ Dazu OLG Celle BauR 1999, 676; Motzke/Preussner/Kehrberg/Preussner, Die Haftung des Architekten, 10. Aufl. 2015, Kap. I Rn. 170; Locher/Koehle, Baubetreuungs- und Bauträgerrecht, 4. Aufl. 1985, Rn. 189; Staudinger/Peters/Jacoby (2014) Anh. II § 638 Rn. 9; Werner/Pastor BauProz Rn. 2169 ff.; vgl. auch BGHZ 43, 227 (232 f.) = NJW 1965, 1175.

⁴⁹⁹ BGH NJW 2017, 1669 Rn. 31 mwN.

im Ausgangspunkt verschiedene Leistungen schulden.⁵⁰⁰ Seit der grundlegenden Entscheidung des Großen Zivilsenats des BGH vom 1.2.1965⁵⁰¹ ist freilich anerkannt, dass zwischen den Beteiligten im Hinblick auf etwaige Baumängel auf Grund Gleichstufigkeit der Verpflichtung bzw. rechtlicher Zweckgemeinschaft ein Gesamtschuldverhältnis bestehen kann.⁵⁰² Überlegungen, die gesamtschuldnerische Haftung der am Bau Beteiligten einzuschränken oder abzuschaffen, sind im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses zur Reform des Bauvertragsrecht aufgekommen, aber nicht weiterverfolgt worden.⁵⁰³ Die gesamtschuldnerische Verantwortlichkeit des Architekten (oder anderer Sonderfachleute) und des Bauunternehmers eröffnet dem Bauherrn dem gem. nach § 421 S. 1 die Möglichkeit, seine Mängelansprüche nach seinem Belieben entweder gegen den Bauunternehmer oder gegen den Architekten zu richten. Beide sind **grundsätzlich gleichrangig** verpflichtet, unabhängig von ihrem Anteil, mit dem sie zum Mangel – intern – beigetragen haben. Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts steht dem Architekten im Fall eines eigenen Überwachungsfehlers **jedoch gem. § 650t ein Leistungsverweigerungsrecht** zu, wenn der Besteller dem bauausführenden Unternehmer im Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Architekten noch nicht erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat. Unabhängig davon kann der Bauherr im Ausnahmefall nach Treu und Glauben gehindert sein, einen der Gesamtschuldner in Anspruch zu nehmen, wenn die Beseitigung des Mangels auf einfachere (billigere) Weise durch den anderen Gesamtschuldner erlangt werden kann⁵⁰⁴ oder der Gesamtschuldner nur deshalb in Anspruch genommen wird, um ihm das Regressrisiko aufzubürden.⁵⁰⁵ Kommt zwischen Architekt und Unternehmer nur eine gesamtschuldnerische Haftung in Betracht, dann kann der Besteller in einem Rechtsstreit gegen den Architekten dem Unternehmer nicht den **Streit verkünden**.⁵⁰⁶

Zu Gesamtschuldndern werden Bauunternehmer, Architekt und Ingenieur oder andere Sonderfachleute, wenn sie wegen **ein und desselben Mangels** in Anspruch genommen werden können.⁵⁰⁷ Dies zeigt nämlich, dass ihre individuellen Leistungen Teil einer einheitlichen Bauleistung sind und damit gleichstufig verbunden sind (→ Rn. 130 f.). Besonders deutlich ist dies dann, wenn der Bauherr sowohl gegen den Bauunternehmer als auch gegen einen Sonderfachmann Schadensersatzansprüche erheben kann. Hier tritt die Gleichstufigkeit der Verpflichtung augenfällig in Erscheinung. Dies kann auch nicht dadurch in Zweifel gezogen werden, dass der Bauherr die Verträge mit dem Bauunternehmer und dem Architekten zeitlich nacheinander abgeschlossen hat. Selbst der Umstand, dass der Architekt und der Bauunternehmer je nach der Gestaltung des Einzelfalles in verschiedener Weise für einen Bauwerksmangel einzustehen haben, vermag an der Gesamtschuld der beiden nichts zu ändern.⁵⁰⁸ Meist wird der Architekt zum Schadensersatz, der Bauunternehmer hingegen zur Nacherfüllung verpflichtet sein. Ob sich die Mängelrechte des Bestellers nach Werkvertragsrecht oder nach der VOB/B richten, ist rechtlich ebenfalls ohne Bedeutung.⁵⁰⁹ Ein Gesamtschuldverhältnis entsteht jedoch nicht, wenn der Schadensersatzanspruch des Bauherrn allein darauf beruht, dass der Architekt etwaige Mängelansprüche gegen den Unternehmer hat verjähren lassen.⁵¹⁰ Den Unternehmer trifft naturgemäß keine Verpflichtung, die Verjährung der gegen ihn gerichteten Ansprüche abzuwenden.

⁵⁰⁰ BGHZ 43, 227 (230) = NJW 1965, 1175.

⁵⁰¹ BGHZ 43, 227 (229 ff.) = NJW 1965, 1175; krit. dazu seinerzeit *Frotz* NJW 1965, 1257; *Frotz* VersR 1965, 212; *Ganten* NJW 1970, 687 (691); *Ganten* BauR 1975, 177; *Hess*, Die Haftung des Architekten für Mängel des errichteten Bauwerks, 1966, 141 ff.; *Menard* NJW 1966, 1699; *Schreiter* VersR 1965, 939; *Tempel* JuS 1965, 262 (267 f.).

⁵⁰² Vgl. auch BGHZ 58, 216 (217 ff.) = NJW 1972, 942; BGHZ 51, 275 (276 ff.) = NJW 1969, 653; BGH NJW-RR 2008, 260 Rn. 14; WM 2003, 29 (32); NJW-RR 2001, 380 (381); BauR 1995, 231 = ZfBR 1995, 83; BauR 1971, 60 (61); OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 339 (340); OLG Zweibrücken NJW-RR 1993, 1237 (1238); *Hönn* NJW 1965, 1701; *Hönn* NJW 1966, 2200; *Kaiser* BauR 1984, 32 ff.; *Knacke* BauR 1985, 270; *Raisch* JZ 1965, 703; *Wüssow* NJW 1974, 9; *Motzke/Preussner/Kehrberg/Motzke*, Die Haftung des Architekten, 10. Aufl. 2015, Kap. T Rn. 11; *Staudinger/Peters/Jacoby* (2014) Anh. II § 638 Rn. 52.

⁵⁰³ Dazu Begr. RegE zum Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung de kaufrechtlichen Mängelhaftung, BT-Drs. 18/8486, 24 (71).

⁵⁰⁴ BGH NJW-RR 2008, 176 Rn. 24 = ZfBR 2007, 784 (785); NJW 1963, 1401; OLG Dresden NJW 2017, 1555 Rn 42 f. zur Inanspruchnahme des Architekten nach unberechtigter Entziehung des dem Unternehmer erteilten Auftrags.

⁵⁰⁵ OLG Brandenburg NJW-RR 2016, 215 Rn. 32.

⁵⁰⁶ BGH BauR 1982, 514 = ZfBR 1982, 170.

⁵⁰⁷ BGHZ 51, 275 (278) = NJW 1969, 653; BGHZ 43, 227 (229 ff.) = NJW 1965, 1175; vgl. auch OLG Stuttgart NJW-RR 2007, 739 (740 f.); *Eberz* BauR 1995, 442.

⁵⁰⁸ OLG Frankfurt NJW 2011, 862 (863).

⁵⁰⁹ BGHZ 51, 275 (277) = NJW 1969, 653; vgl. auch *Ingenstau/Korbion/Wirth* VOB/B Vor § 13 Rn. 252.

⁵¹⁰ OLG Zweibrücken NJW-RR 1993, 1237 (1238) = BauR 1993, 625.

§ 634 139–141

Abschnitt 8. Titel 9. Werkvertrag und ähnliche Verträge

- 139 Grundsätzlich ist ein Gesamtschuldverhältnis zwischen dem Bauunternehmer und dem Architekten immer dann gegeben, wenn ein Bauwerksmangel sowohl im Verantwortungsbereich des Bauunternehmers als auch in dem des Architekten liegt. Beide haften als Gesamtschuldner, wenn sich die Mängelbeseitigungskosten nicht nach den jeweiligen Verursachungsbeiträgen auf den Architekten und den Bauunternehmer aufteilen lassen.⁵¹¹ Die Fallgestaltungen können mannigfacher Art sein.⁵¹² Ganz im Vordergrund der gesamtschuldnerischen Haftung von Architekt und Bauunternehmer stehen die Fälle, bei denen eine nicht ordnungsgemäße und zum mindesten objektiv **mangelhafte Bauausführung** durch den Bauunternehmer den Baumangel bewirkt hat, dieser aber vermieden werden können, wenn der Architekt seiner Verpflichtung im Rahmen der Objektüberwachung genügt hätte.⁵¹³ Für diesen Fall gesteht § 650t dem Architekten gegenüber dem Besteller ein Leistungsverweigerungsrecht zu, falls nicht zuvor der bauausführende Unternehmer erfolglos auf Nacherfüllung in Anspruch genommen wurde. Eine weitere Fallgruppe wird dadurch gekennzeichnet, dass die Ursache des Baumangels in einer **mangelhaften Bauplanung** oder in **mangelhafter Anordnung** des Architekten während der Bauausführung – gleichsam als Ergänzung der Planung – zu suchen ist und die Mitverantwortlichkeit des Bauunternehmers dadurch begründet wird, dass er die Mängelhaftigkeit der vom Architekten angeordneten Maßnahmen nicht erkannt hat, dies aber hätte erkennen können und müssen, oder dass er in Kenntnis der möglicherweise mangelhaften Anordnung seine Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung nicht ordnungsgemäß dem Auftraggeber mitgeteilt hat.⁵¹⁴
- 140 Der **gesamtschuldnerischen Verbundenheit** von Architekt und Bauunternehmer steht auch der Umstand **nicht entgegen**, dass für den Bauunternehmer unter bestimmten rechtlichen Voraussetzungen die Möglichkeit besteht, gegen den Anspruch des Bauherrn den Einwand eines **mitwirkenden Verschuldens** wegen fehlerhafter Planung des Architekten gem. §§ 254, 278 zu erheben (→ Rn. 133). Muss sich der Bauherr bei einem klageweisen Vorgehen gegen den Architekten und Bauunternehmer als Gesamtschuldner ein mitwirkendes Verschulden wegen planerischer Fehlleistungen seines Architekten anrechnen lassen, dann führt dies im **Prozess** dazu, dass die gesamtschuldnerische Haftung von Architekt und Bauunternehmer nur bis zu der Quote besteht, bis zu welcher der Bauunternehmer auch bei Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens des Bauherrn haftet; hinsichtlich des darüber hinausgehenden Anspruchs haftet der Architekt allein.⁵¹⁵ Im Übrigen wird die gesamtschuldnerische Haftung weder durch eine **Verfahrenstrennung** gem. § 145 ZPO noch durch die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über das Vermögen des Unternehmers beendet.⁵¹⁶
- 141 Jedem der Gesamtschuldner bleibt es unbenommen, mit dem Bauherrn wegen des gegen ihn geltend gemachten Anspruchs einen **Vergleich** abzuschließen, um damit den Streit aus der Welt schaffen. Dies geschieht oftmals durch eine Abgeltungsklausel, wonach alle Ansprüche des Bauherrn wegen des aufgetretenen Bauwerksmangels abgegolten sein sollen. Ob dadurch allein die Ansprüche zwischen den am Vergleich beteiligten Parteien erledigt werden oder darüber hinaus im Sinne eines echten Vertrages zu Gunsten Dritter auch die zwischen dem Bauherrn und dem anderen Gesamtschuldner, hängt vom Inhalt des Vergleiches ab.⁵¹⁷ Im Grundsatz sind die Wirkungen des Vergleiches auf Grund der Relativität des Schuldverhältnisses auf die Vertragsparteien beschränkt. Der Wille des Auftraggebers, im Hinblick auf den mit einem der Gesamtschuldner abgeschlossenen Vergleich auch auf alle sonstigen durch den Bauwerksmangel entstandenen Ansprüche verzichten zu wollen, muss daher aus dem Vergleich zweifelsfrei hervorgehen. Eine Abgeltungsklausel dahin, dass gegenseitige Ansprüche erledigt sein sollen, genügt dem erwähnten Erfordernis nicht. Hieraus folgt zB, dass der Bauherr nach dem Abschluss eines Vergleiches mit dem Bauunternehmer über dessen Mängelhaftung nicht gehindert ist, den Architekten auf Grund des Gesamtschuldverhältnisses in Anspruch zu nehmen.⁵¹⁸ Im Schriftum wird befürwortet, in solchen Fällen eines „gestörten“

⁵¹¹ BGH BauR 1995, 231 = ZfBR 1995, 83.

⁵¹² Dazu auch Staudinger/Peters/Jacoby (2014) Anh. II § 638 Rn. 53 f.

⁵¹³ S. hierzu OLG Brandenburg NJW-RR 2016, 215 Rn. 31; OLG Düsseldorf BauR 1984, 201; OLG Hamm BauR 1991, 368; LG Tübingen NJW-RR 1989, 1504; Wissow NJW 1974, 9 (15); Zerr NZBau 2002, 241 (243).

⁵¹⁴ BGHZ 51, 275 (279 f.) = NJW 1969, 653; OLG Hamm BauR 1992, 78; OLG Karlsruhe BeckRS 2011, 26400; Wissow NJW 1974, 9 (15); Zerr NZBau 2002, 241 (242).

⁵¹⁵ BGH BauR 1971, 265; OLG Bremen BauR 1988, 744; OLG Frankfurt BauR 1987, 322; Wissow NJW 1974, 9 (14); vgl. auch Diehl, FS Heiermann, 1995, 37 (44); krit. Ganten BauR 1975, 177 (183); Kaiser BauR 1984, 32 (38 f.).

⁵¹⁶ OLG Saarbrücken NJW-RR 2017, 267 Rn. 21 ff.

⁵¹⁷ Zerr NZBau 2002, 241 (244); vgl. auch OLG Köln BauR 1993, 744 (745) – Aufhebung des ganzen Schuldverhältnisses im Falle eines Vergleichs mit dem im Innenverhältnis allein verantwortlichen Gesamtschuldner.

⁵¹⁸ BGH Schäfer/Finnern Z 3.01, 325; Wacke AcP 170 (1970), 42; Staudinger/Peters/Jacoby (2014) Anh. II § 635 Rn. 56.