

BGB-Bauvertragsrecht

Kommentar

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Ralf Leinemann, Rechtsanwalt, und Jarl-Hendrik Kues, LL.M., Rechtsanwalt

1. Auflage 2018. Buch. XXXV, 769 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 71981 3

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Zivilrecht > Privates Baurecht, Architektenrecht](#)

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.

dem Besteller selbst noch einmal erklärt werden muss.³⁷ Krause-Allenstein weißt überdies zutreffend darauf hin, dass auch in der Konstellation der Anscheins- oder Duldungsvollmacht die Bedenkenanzeige unmittelbar an den Besteller erfolgen muss, wenn der Unternehmer annehmen musste, dass der Besteller in jedem Fall selbst informiert werden will. Eine Empfangszuständigkeit eines Bauleiters oder bauüberwachenden Architekten ist ferner immer dann ausgeschlossen, wenn – nach Außen kundgetan – der Bauleiter oder Architekt nicht berechtigt ist, kosten- auslösende Zusatzaufträge oder Nachträge zu erteilen.³⁸

Eine besondere Form, insbesondere Schrift- oder Textform, ist nicht zu verlangen. Etwas anderes gilt allenfalls, wenn die Parteien dies ausdrücklich vertraglich vereinbart haben.

f) Prüfpflicht. Zwingende Voraussetzung für eine Haftungsbefreiung nach einer bindenden aber fehlerhaften Vorgabe oder Vorleistung ist, dass der Unternehmer die Vorgabe oder Vorleistung geprüft hat. Die Bedeutung dieser Prüfpflicht darf dabei nicht unterschätzt werden.³⁹ In welchem Umfang der Unternehmer gehalten ist, seiner Prüfpflicht nachzukommen, kann nicht generalisierend beantwortet werden. Dies hängt stets vom Einzelfall ab.⁴⁰

Zentrales Kriterium ist das bei dem Unternehmer zu erwartende Fachwissen sowie die objektive Möglichkeit der Untersuchung.⁴¹ In Bezug auf das mindestens beim Unternehmer vorhandene Fachwissen ist darauf abzustellen, welche fachlichen Kenntnisse und Fertigkeiten zur Herstellung des vertraglich geschuldeten Werkes zwingend erforderlich sind. Für dieses fachliche Wissen und diese fachlichen Fertigkeiten hat er im Minimum einzustehen.⁴² Umso gefahrgeneigter ein Gewerk ist, umso mehr äußere Umstände auf eine unzureichende Vorleistung oder unzureichende Planung hinweisen, desto höher sind die Prüfanforderungen.⁴³ Nimmt der Unternehmer für sich in Anspruch, eine Spezialfirma zu sein und ist er als Spezialist beauftragt worden, müssen ihm entsprechende Spezialkenntnisse zugerechnet werden.⁴⁴ Über Spezialkenntnisse der jeweiligen Fachplaner muss das ausführende Unternehmen in der Regel jedoch nicht verfügen.⁴⁵ Der Unternehmer ist nicht Ersatzgutachter für den fachtechnisch beratenden Besteller.⁴⁶ Die Grenze des sich Verlassen dürfen ist erreicht, sobald die Fehlerhaftigkeit oder Lückenhaftigkeit der Fachplanung für das ausführende Unternehmen erkennbar

³⁷ BGH 18.1.1973 – VII ZR 88/70, NJW 1973, 518; BGH 19.12.1996 – VII ZR 309/95, BauR 1997, 301; BGH 18.1.2001 – VII ZR 457/98; ZfBR 2001, 265.

³⁸ Vgl. zum Ganzen: Kniffka/Krause/Allenstein iBrOK BauVertrR, Stand 16.12.2017, § 634 Rn 61.

³⁹ BGH 24.2.2005 – VII ZR 328/03, NZBau 2005, 400.

⁴⁰ BGH 30.6.2011 – VII ZR 109/10, BauR 2011, 1652.

⁴¹ BGH 12.5.2005 – VII ZR 45/04, NZBau 2005, 456; BGH 12.12.2001 – X ZR 192/00, NJW 2002, 1565; BGH 14.9.1999 – X ZR 89/97, NJW 2000, 280; BGH 19.1.1989 – VII ZR 87/88, NJW-RR 1989, 721.

⁴² BGH 9.7.1987 – VII ZR 208/96, NJW-RR 1987, 1305.

⁴³ BGH 23.10.1986 – VII ZR 48/85, NJW 1987, 643.

⁴⁴ BGH 23.10.1986 – VII ZR 267/85, NJW 1987, 644.

⁴⁵ OLG Hamm 16.5.1994 – 17 U 32/93, NJW-RR 1994, 1111; OLG Köln 16.3.1994 – 27 U 3/94, NJW-RR 1994, 1110; OLG Düsseldorf 10.11.2000 – 22 U 78/00, BauR 2001, 638.

⁴⁶ OLG Köln 22.2.2016 – 11 U 106/15, NJW-RR 2016, 790; OLG Bamberg 17.4.2013 – 3 U 127/12, BeckRS 2016, 10716.

war.⁴⁷ Der Unternehmer ist in aller Regel nicht gehalten, selbst Sachverständige hinzuzuziehen oder eigene technische Versuche oder physikalisch-chemische Analysen vorzunehmen. Etwas anderes gilt dann, wenn die Verkehrssitte oder die anerkannten Regeln der Technik entsprechende Untersuchungen voraussetzen.

25 Zweifelhaft ist, ob die positive Kenntnis des Bestellers von einer Funktionseinschränkung den Unternehmer von einer Prüf- und Hinweispflicht befreit.⁴⁸ Richtigerweise sind diese Fallkonstellationen über die Auslegung des Vertrages und die geschuldete Beschaffenheit zu lösen. Steht nach Auslegung des Vertrages aber fest, dass eine bestimmte Beschaffenheit geschuldet sein soll, und wird diese Beschaffenheit vom Unternehmer nicht hergestellt, kann der Unternehmer nicht allein deshalb von der Haftung frei werden, weil der Besteller um die Problematik wusste.

26 g) Zumutbarkeitsgrenze der Prüfpflicht oder Haftungsbefreiung bei Nickerkennbarkeit? Verbreitet wird eine Haftungsbefreiung des Unternehmers auch dann angenommen, wenn er bei gebotener Prüfung die Fehlerhaftigkeit einer Leistungsbeschreibung, einer verbindlichen Anordnung des Bestellers, vorgeschriebener Stoffe oder Bauteile oder einer Vorleistung nicht erkennen konnte.⁴⁹

27 Diverse Gerichte haben Ausführungen zur Zumutbarkeit der gebotenen Prüfung gemacht. Was hiernach zu fordern sei, bestimme sich durch das vom Unternehmer zu erwartende Fachwissen und durch alle Umstände, die für den Unternehmer als bedeutsam erkennbar sind,⁵⁰ oder der Unternehmer müsse im Rahmen seiner Prüfungs- und Hinweispflichten nur Prüfmethoden anwenden, die ihm als ordentlichem Handwerker oder Techniker zugänglich oder vertraut seien. Auch das OLG München hat im Anschluss an die „Blockheizkraftwerk-Entscheidung“ nach der Beweisaufnahme entschieden, der Installateur habe nicht gegen Hinweispflichten verstößen, weil er die dazu erforderlichen Kenntnisse über Blockheizkraftwerke nicht hätte haben müssen.⁵¹

28 Dabei stellt sich jedoch die Frage, ob dieser weitere Aspekt der **Erkennbarkeit** überhaupt eine Rolle spielen kann, zumal die Begründungen entweder völlig fehlen oder pauschal auf § 242 abgestellt wird.⁵² Der Wortlaut des § 13 Abs. 3 VOB/B ist insoweit eindeutig, als dass der Unternehmer grundsätzlich haftet, es sei denn, er kommt seiner Bedenkenhinweispflicht nach. Überdies entspricht es gerade dem gesetzlichen Leitbild, dass der Unternehmer für Mängel verschuldensunabhängig haftet⁵³.

29 Sinn und Zweck der Bedenkenhinweispflicht ist, dass der Besteller durch einen Bedenkenhinweis gewarnt und in die Lage versetzt wird, eine eigenständige Entscheidung zu treffen, wie es mit dem Bauvorhaben weitergehen soll. Schließt sich der Besteller den Bedenken des Unternehmers nicht an, so begeht er letztendlich eine „eigenverantwortliche Selbstgefährdung“, wenn er das Bauvorhaben wie ge-

⁴⁷ OLG Celle 12.12.2001 – 7 U 217/00; BauR 2002, 812; KG 9.1.2015 – 7 U 227/03, BeckRS 2015, 118954.

⁴⁸ So aber OLG Stuttgart 31.3.2015 – 10 U 93/14, MDR 2015, 584; ähnlich: OLG Nürnberg 28.5.2014 – 2 U 2205/12, ibr 2014, 666.

⁴⁹ So bspw. Kniffka/Koeble 4. Aufl. 6. Teil Rn 53; Ingenstau/Korbion/Wirth 19. Aufl. 2015 VOB/B § 13 Abs. 3 Rn 80; Werner/Pastor 15. Aufl. 2015 Rn 2047.

⁵⁰ BGH 8.11.2007 – VII ZR 183/05, BauR 2008, 344ff.; OLG Brandenburg 25.5.2011 – 13 U 83/10, BauR 2011, 1542.

⁵¹ OLG München 27.5.2008 – 28 U 4500/04, BeckRS 2008, 42085.

⁵² So Kapellmann/Messerschmidt/Weyer 5. Aufl. 2015 VOB/B § 13 Rn 96 mwN.

⁵³ Leinemann/Schliemann 5. Aufl. 2013 § 13 Rn 1.

habt weiter durchführen lässt. Zudem ist eine Bedenkenanzeige, die dem Besteller verdeutlicht, dass seine gewünschte Ausführung nicht zum Erfolg führen wird, und die Reaktion des Bestellers, dass er sich den Bedenken nicht anschließt, eine Vereinbarung dahingehend, dass die Funktionalität nicht mehr vom Unternehmer geschuldet wird. Denn der Besteller gibt zu erkennen, dass er trotz der Bedenken des Unternehmers die Ausführung wünscht.

Sofern dann genau aus dem Grund, hinsichtlich dessen der Unternehmer Bedenken angezeigt hatte, die Funktionalität nicht erreicht werden kann, ist es vollenommen berechtigt und geradezu zwingend, dass der Unternehmer von der Haftung befreit wird.

Vergleicht man diese Situation mit dem Fall, dass der Unternehmer keine Bedenken angezeigt hat, weil er z. B. die mangelhafte Vorunternehmerleistung oder die ungenügende Planung nicht erkennen konnte, so ist eigentlich auf den ersten Blick deutlich, dass sich die Konstellationen stark voneinander unterscheiden: Eine Warnung ist nicht erfolgt, die Möglichkeit, Abhilfe zu schaffen, war nicht vorhanden, sodass eine „eigenverantwortliche Selbstgefährdung“ überhaupt nicht ersichtlich ist. Eine Vereinbarung der Parteien, dass eine Funktionalität nicht mehr geschuldet wird, ist ebenfalls nicht existent. Es ist dogmatisch nur schwer bis gar nicht zu erklären, weshalb beide Fallkonstellationen gleich behandelt werden sollen. Es scheint vielmehr so, dass die Ausdehnung der Haftungsbefreiung auch für den Fall der Nichterkennbarkeit allein vom gewünschten Ergebnis her gedacht wird.

Die auch vom BGH in der „Blockheizkraftwerk-Entscheidung“⁵⁴ angesprochene Zumutbarkeit, an die dieser hohe Anforderungen gestellt hatte, wurde quasi als Grenze des nach Treu und Glauben bzw. § 13 Abs. 3 VOB/B bestehenden Grundsatzes der Prüf- und Hinweispflicht aufgeführt. Da aber das Gesetz eine klare Zuordnung getroffen hat und auch aus dem Wortlaut des § 13 Abs. 3 VOB/B sich nicht ein solcher Befreiungstatbestand ergibt, ist diese Zumutbarkeitsgrenze bzw. ein Befreiungstatbestand bei Nichterkennbarkeit sowohl für den VOB/B- als auch für den BGB-Werkvertrag abzulehnen.⁵⁵

Dazu lässt sich als weiteres Argument anführen, dass § 645, der die Vergütung des Unternehmers regelt, wenn das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels eines vom Besteller gelieferten Stoffes oder einer vom Besteller erteilten Anweisung untergegangen ist, sich verschlechtert hat oder unausführbar geworden ist, nur dann anwendbar ist, wenn der Unternehmer dies nicht auch zu vertreten hat. Eine unterlassene Prüf- und Hinweispflicht führt zur Nichtanwendbarkeit⁵⁶. Der Unternehmer bleibt jedoch weiterhin zur Errichtung des Werkes verpflichtet⁵⁷, muss also nach wie vor ein abnahmefähiges, mangelfreies Werk herstellen.

Schließlich zeigen die „Ausreißerfälle“ oder „Zufallsfehler“ auf, dass eine Befreiung nur in engen Grenzen angezeigt ist. Dort geht es um eine Situation, in der der Unternehmer beispielsweise seine Bedenken gegen ein bestimmtes Material geäußert hat, z. B. eine Ziegelsorte, und der Besteller diesen Bedenken nicht gefolgt ist und die weitere Ausführung angeordnet hat. Später treten Mängel auf, jedoch nicht, weil die Ziegel insgesamt ungeeignet sind, sondern es sich um „Ausreißer“, sporadisch auftretende fehlerhafte Einzelstücke, handelt. Nach Auffassung des

⁵⁴ BGH 8.11.2007 – VII ZR 183/05, BauR 2008, 344ff.

⁵⁵ So Steffen/Scherwitzki BauR 2016, 1815.

⁵⁶ Messerschmidt/Voit/Merkens 2. Aufl. 2012 § 645 Rn 15.

⁵⁷ Messerschmidt/Voit/Merkens 2. Aufl. 2012 § 645 Rn 16.

BGH bleibt in dieser Konstellation die Haftung des Unternehmers bestehen.⁵⁸ Das Argument ist, dass es sich um eine Zurechnungsfrage handele, die nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden ist⁵⁹. Der Werkunternehmer hafet verschuldensunabhängig und es gibt keinen Grund, ihn in einem solchen Fall aus der Haftung zu entlassen. In dem Urteil hatte der BGH insbesondere auch ausgeführt, dass gem. § 13 Abs. § 3 VOB/B die Haftungsbefreiung nur in Betracht kommen kann, wenn dies bei wertender Betrachtung gerechtfertigt sei. Dort war dem Einwand des Unternehmers, er habe die „Ausreißer“ nicht erkennen können, vom BGH nicht weiter thematisiert worden.

- 35 h) Pflicht zum Bedenkenhinweis.** Hat der Unternehmer erkannt, dass eine verbindliche Vorgabe oder Vorleistung, ein vorgeschriebener oder zur Verfügung gestellter Baustoff oder eine Eigenleistung des Bauherrn derart ungeeignet ist, dass die Leistungen des Unternehmers mangelhaft sein würden, ist er bereits aus dem geschlossenen Vertrag selbst dazu verpflichtet, auf Bedenken hinzuweisen.
- 36** Eine Bedenkenhinweispflicht besteht insbesondere auch dann, wenn nach Auslegung des Vertrages feststeht, dass **sich geschuldete Beschaffenheiten widersprechen**. Steht also beispielsweise nach Auslegung des Vertrages fest, dass als Erfolg der Werkleistung der Keller absolut wasserdicht sein muss, ist dieser Erfolg aber mit der ausgeschriebenen Leistung (z. B. Bitumendickbeschichtung) nicht zu erreichen, so steht es nicht im Belieben des Unternehmers, sich dafür zu entscheiden, welche der vereinbarten Beschaffenheiten (Dichtigkeit des Kellers oder Verwendung der Bitumendickbeschichtung) zutrifft. Vielmehr muss er Bedenken anzeigen und sodann ist der Besteller verpflichtet, zu entscheiden, welche der getroffenen Beschaffungsvereinbarungen eingehalten werden soll.⁶⁰ Gänzlich anders ist die Situation dann zu beurteilen, wenn sich nicht zwei verschiedene Beschaffenheiten widersprechen und es damit in der Regel nicht um die Änderung einer bestimmten Beschaffungsvereinbarung geht, sondern vielmehr nach Auslegung des Vertrages eine bestimmte Beschaffenheit, in der Regel der Erfolg, geschuldet sein soll. Im konkret beschriebenen Leistungskatalog fehlt jedoch eine Leistung, um diesen Erfolg herzustellen. Ergibt beispielsweise die Auslegung des Vertrages, dass ein Dach regendicht sein muss, fehlt jedoch in der Leistungsbeschreibung eine dafür zwingend erforderliche Dachbahn, ist der Unternehmer nicht gehalten, darauf hinzuweisen, dass es der Herstellung einer Dachbahn braucht. Der Unternehmer darf und muss schlicht und ergreifend die fehlende Dachbahn verbauen. Die Herstellung der nicht beschriebenen aber zwingend erforderlichen Dachbahn stellt auch ohne Bedenken in keinem Fall einen Mangel dar. Dies schon deshalb, weil die vereinbarte Funktion als Beschaffungsvereinbarung alle sonstigen Beschaffungsvereinbarungen überlagert.⁶¹ Das Fehlen einer Beschreibung einer zwingend notwendigen Leistung stellt in keinem Fall eine Beschaffungsver-

⁵⁸ BGH 14.3.1996 – VII ZR 34/95, BauR 1996, 702; Ganter/Jansen/Voit/ *Ganter* 3. Aufl. 2013 VOB/B § 13 Abs. 3 Rn 41; Kniffka/Krause/Allenstein ibrOK BauVertrR, Stand 26.5.2009, § 634 Rn 65.

⁵⁹ Beck VOB/B/ *Ganter* 3. Aufl. 2013 VOB/B § 13 Abs. 3 Rn 41; BGH 14.3.1996 – VII ZR 34/95, BauR 1996, 702.

⁶⁰ Kniffka empfiehlt eine Lösung über eine ergänzende Vertragsauslegung oder, falls die „Grundsubstanz oder die Konzeption des Werkes wesentlich verändert“ würde, die Anwendung der Unmöglichkeitsvorschriften, § 275 Abs. 1 BGB, Kniffka/ *Kniffka* ibrOK BauVertrR, Stand 12.12.2017, § 633 Rn 52.

⁶¹ BGH 8.11.2007 – VII ZR 183/05, BauR 2008, 344ff.

einbarung dar, die dergestalt in Konkurrenz mit einer vereinbarten Funktionstauglichkeit treten könnte, dass Zweifel an der Pflicht zur Herstellung des geschuldeten Erfolges entstünden. Ein anderes Ergebnis kann auch nicht daraus hergeleitet werden, dass die Parteien bei Vertragsschluss in der Regel davon ausgegangen sein werden, dass mit den beschriebenen Mitteln der Erfolg erreicht werden kann. Diese Erwartungshaltung der Parteien begründet ein Äquivalenzverhältnis in Bezug auf Leistung und Gegenleistung,⁶² jedoch keine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne einer vertraglichen Vereinbarung.

Die Prüfungs- und ggf. Bedenkenhinweispflicht besteht unverzüglich, mithin **37** ohne schuldhaftes Zögern, sobald der Unternehmer den Fehler der Vorgabe erkennen konnte oder hätte erkennen müssen.⁶³

Erkennt der Unternehmer bereits vor Vertragsschluss die Ungeeignetheit zwingender Vorgaben, kann eine Hinweispflicht bereits vor Vertragsschluss bestehen. Die Verletzung einer solchen – vorvertraglichen – Hinweispflicht führt jedoch zu Schadensersatzansprüchen nach § 311 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 241 Abs. 2 und hat – vorvertraglich – noch keine unmittelbaren Folgen für die Mängelhaftung. Der Bedenkenhinweis muss so ausgiebig und klar formuliert sein, dass der Besteller über die Gefahr der unzureichenden Vorgaben und die Folgen der Missachtung der Bedenken umfassend informiert ist.⁶⁴ Nicht erforderlich ist es, dass der Unternehmer Abhilfevorschläge unterbreitet.⁶⁵

Der Bedenkenhinweis muss nicht zwingend vom Unternehmer selbst ausgesprochen werden. Der Bedenkenhinweis kann auch wirksam vom Subunternehmer des Unternehmers ausgesprochen werden.⁶⁶ Empfänger des Bedenkenhinweises muss in der Regel der Besteller selbst sein. Genauso ausreichend ist die Zustellung an den rechtsgeschäftlichen Vertreter oder empfangsbevollmächtigte Organe. In der Regel werden Bauleiter oder bauüberwachende Architekten Empfangsbefreiigungen haben.⁶⁷ Zwingend ist dies jedoch nicht. Vielmehr sind sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.⁶⁸

i) Reaktion des Bestellers. Bis heute unklar und insbesondere vom BGH noch **40** nicht geklärt ist die Frage, ob der Unternehmer nur unter der weiteren Voraussetzung von der Haftung frei wird, dass der Besteller erklärt, den Bedenkenhinweis zu ignorieren. Der Wortlaut der Regelung des § 13 Abs. 3 i. V. m. § 4 Abs. 3 VOB/B ist insoweit eindeutig. Auf eine Reaktion des Bestellers kommt es nach erfolgtem Bedenkenhinweis nicht an. Der Verzicht auf eine Reaktion des Bestellers ist jedoch in rechtsgeschäftlicher Hinsicht problematisch. Rechtsfolge des Bedenkenhinweises ist faktisch eine Abänderung des geschlossenen Vertrages. Der Besteller haftet nicht mehr für die eigentlich vertragliche Vereinbarung, was inhaltlich einer Änderungsvereinbarung in Bezug auf konkrete Beschaffenheitsvereinbarungen gleichkommt. Nach der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre setzt eine solche Vereinbarung jedoch Angebot und An-

⁶² Halfmeier/Leupertz 631 B 2.8; Leupertz BauR 2005, 775; Leupertz BauR 2010, 273.

⁶³ BGH 19.5.2011 – VII ZR 24/08, NZBau 2011, 483; OLG Hamm 12.10.2010 – 19 W 33/10, BauR 2011, 700.

⁶⁴ BGH 10.2.2010 – VII ZR 8/10, NZBau 2011, 360; OLG Hamm 12.10.2010 – 19 W 33/10, BauR 2011, 700.

⁶⁵ S. hierzu: Sienz BauR 2010, 840, 843.

⁶⁶ BGH 10.4.1975 – VII ZR 183/74, NJW 1975, 1217.

⁶⁷ BGH 20.4.1978 – VII ZR 67/77, BauR 1978, 314; BGH 10.11.1977 – VII ZR 252/75, NJW 1978, 995.

⁶⁸ BGH 12.12.2001 – X ZR 192/00, NJW 2002, 1565.

nahme voraus, oder aber die Ausübung eines einseitigen Anordnungsrecht des Bestellers gem. § 650b bzw. § 1 Abs. 3, 4 VOB/B. Auch im Rahmen des Bedenkenhinweises kann deshalb nicht auf eine zumindest rechtsgeschäftsähnliche Erklärung verzichtet werden.⁶⁹ Als Folge der allgemeinen Kooperationspflicht der Parteien muss der Besteller also in einer gesetzten angemessenen Frist reagieren. Dabei handelt es sich um eine Obliegenheit im Sinne von § 642.

- 41 j) Rechtsfolge.** Folge des Bedenkenhinweises ist eine allgemeine Haftungsbefreiung. Kommt es also infolge des Ignorierens des Bedenkenhinweises zu einem Verfehlten der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit, muss der Unternehmer hierfür nicht einstehen. Der Haftungsausschluss umfasst eine Einstandspflicht für Mangelfolgeschäden und schließt also auch das Verschulden insgesamt aus.⁷⁰
- 42** Auf einen berechtigten Bedenkenhinweis ist der Besteller grundsätzlich zur Reaktion verpflichtet (siehe oben Rn. 23). Schließt sich der Besteller dem Bedenkenhinweis ausdrücklich nicht an, besteht in der Regel kein Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers. Dies deshalb nicht, da der Besteller die Einhaltung des geschlossenen Vertrages in der Regel erwarten darf.⁷¹ Der Unternehmer ist jedoch immer dann zur Einstellung der weiteren Arbeiten berechtigt, wenn das Ignorieren erteilter Bedenkenhinweise ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nach sich ziehen würde, oder eine Gefahr für Leib oder Leben entstünde.
- 43** Reagiert der Besteller auf die berechtigten Bedenkenhinweise des Unternehmers gar nicht und weigert sich der Besteller gleichzeitig, den Unternehmer von einer Haftung freizustellen, steht dem Unternehmer ein Leistungsverweigerungsrecht zu.⁷² Dies muss insbesondere dann gelten, wenn der Auffassung gefolgt wird, dass der Besteller auf einen berechtigten Bedenkenhinweis reagieren muss.
- 44** Das OLG Düsseldorf weist zu Recht darauf hin, dass ein Unternehmer sich nicht der Gefahr der Inanspruchnahme aussetzen muss, wenn begründete Anhaltspunkte für die Berechtigung des Bedenkenhinweises bestehen.⁷³

IV. Einwendungen gegen Mängelrechte des Bestellers

1. Mitverschulden des Bestellers

- 45** Grundsätzlich kann der Unternehmer dem Besteller ein Mitverschulden entgegenhalten, § 254. Der Einwand erstreckt sich dabei auch auf Erfüllungsgehilfen, § 278. Trifft den Besteller ein Mitverschulden, muss er sich an den Kosten der Mängelbeseitigung beteiligen.⁷⁴ Der Einwand des Mitverschuldens greift auch dann, wenn der Unternehmer zwar vorträgt, einen Bedenkenhinweis ausgesprochen zu haben, diesen aber im Prozess nicht beweisen kann.⁷⁵

⁶⁹ So im Ergebnis auch Kniffka/Krause/Allenstein ibrOK BauVertrR, Stand 12.12.2017, § 634 Rn 63

⁷⁰ Kniffka/Krause/Allenstein ibrOK BauVertrR, Stand 16.12.2017, § 634 Rn 64.

⁷¹ OLG Karlsruhe 20.7.2004 – 17 U 262/01, ibr 2004, 684.

⁷² BGH 4.10.1984 – VII ZR 65/83, NJW 1985, 631.

⁷³ OLG Düsseldorf 13.3.2003 – 5 U 71/01, ibrRS 2003, 1453.

⁷⁴ BGH 22.3.1984 – VII ZR 50/82, NJW 1984, 1676.

⁷⁵ KG 29.12.2017 – 21 U 120/15; aA OLG Stuttgart 15.4.2014 – 10 U 127/13, NZBau 2014, 570.

a) Eigenes Verschulden. Nach § 254 muss sich der Besteller für Folgen des Eintritts eines Mangels dann mitbeteiligen, wenn er für das Entstehen des Mangels mitverantwortlich ist. Der Umfang der Einstandspflicht hängt davon ab, inwieweit der Eintritt des Mangels vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht wurde. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Besteller gegen eigene Pflichten verstößen hat, oder er dem Unternehmer gar eine irgendwie geartete Mitwirkung „schuldete“. Entscheidend ist lediglich, ob er gegen Obliegenheiten verstößen hat.⁷⁶ Eine Obliegenheitspflichtverletzung in diesem Sinne liegt vor, wenn diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen wird, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigener Schäden anzuwenden pflegt.⁷⁷

Ein Mitverschulden des Bestellers liegt danach vor, wenn der Hinweis auf mögliche Gefahrenquellen ignoriert wird.⁷⁸ Ein Mitverschulden des Bestellers kann sich auch daraus ergeben, dass er insbesondere bei der Beauftragung mehrerer Unternehmen, die gemeinschaftlich oder jeder für sich, für den Gesamterfolg haften, einen einzelnen Unternehmer beauftragt, dem die erforderliche Fachkompetenz erkennbar fehlt.⁷⁹

b) Haftung für Erfüllungsgehilfen. Der Besteller haftet letztlich nicht nur für eigenes Verschulden, sondern muss sich auch das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen nach § 278 zurechnen lassen. Das betrifft insbesondere die Erfüllungsgehilfen, welche der Besteller eingesetzt hat, um seine Mitwirkungsobligationen zu erfüllen. § 278 ist auch für diese Falkonstellation einschlägig.⁸⁰

Danach muss der Besteller sich insbesondere Planungs- und Koordinierungsverschulden der von ihm beauftragten Fachleute zurechnen lassen.⁸¹

Unklar ist, ob Vorunternehmer Erfüllungsgehilfen des Bestellers sind. Nach alter Rechtsprechung des BGH war dies ausgeschlossen.⁸² Begründet hat dies der BGH damit, dass der Besteller dem Unternehmer keine mangelfreie Vorunternehmerleistung „schuldet“, wenn dies nicht ausnahmsweise ausdrücklich vereinbart worden ist.⁸³ Mittlerweile hat der BGH mit der „Glasfassaden-Entscheidung“⁸⁴ seine alte Rechtsprechung grundsätzlich infrage gestellt. In diesem Urteil hatte der BGH sich mit der Frage beschäftigt, ob sich der bauüberwachende Architekt auf ein mitwirkendes Verschulden des planenden Architekten im Sinne von §§ 254, 278 be rufen kann. Dies hat der BGH unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung –

⁷⁶ BGH 27.11.2008 – VII ZR 206/08, NJW 2009, 582.

⁷⁷ BGH 2.10.1990 – VI ZR 14/90, NJW 1991, 165; BGH 17.6.2014 – VI ZR 281/13, NJW 2014, 2493.

⁷⁸ BGH 10.2.2011 – VII ZR 8/10, NJW 2011, 1442; BGH 20.6.2013 – VII ZR 4/12 NJW 2013, 3442 (riskante Bodenverhältnisse sind zu erörtern).

⁷⁹ BGH 13.1.1967 – VI ZR 86/65; BGH 29.3.1988 – VI ZR 311/87, NJW-RR 1988, 985; BGH 13.12.1973 – VII ZR 89/71, BauR 1974, 125.

⁸⁰ BGH 27.11.2008 – VII ZR 206/06, NJW 2009, 582.

⁸¹ BGH 27.11.2008 – VII ZR 206/06, NJW 2009, 582; BGH 13.9.2001 – VII ZR 392/00, NJW 2002, 141; BGH 4.2.1965 – VII ZR 100/63, ibr-RRS 2011/4740.

⁸² BGH 27.6.1985 – VII ZR 23/84, BauR 1985, 561; mit diesem Urteil waren auch Ansprüche gemäß § 642 BGB ausgeschlossen. Dies hatte der BGH bereits früher korrigiert 21.10.1999 – VIIZR 185/98, BauR 2000, 722,724 f. Dass der Vorunternehmer kein Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers sei, hat der BGH da noch ausdrücklich bestätigt.

⁸³ BGH 8.7.1982 – VII ZR 314/81, NJW 1983, 875; BGH 21.10.1999 – VII ZR 185/98, BauR 2000, 722.

⁸⁴ BGH 27.11.2008 –VII ZR 206/06, NJW 2009, 582.

jedenfalls für diese Fallkonstellation – ausdrücklich bestätigt. In dogmatischer Hinsicht hat der BGH argumentiert, dass die Zurverfügungstellung mangelfreier Pläne notwendige Mitwirkungshandlung sei und damit eine Obliegenheit. Die Verletzung dieser Obliegenheit begründe ein Verschulden gegen sich selbst. Das setze nicht voraus, dass gegen eine eigene Leistungspflicht verstoßen wurde. Vielmehr reiche es aus, dass den Besteller ein Verschulden in eigener Angelegenheit trifft. Der Besteller, der den bauaufsichtsführenden Architekten wegen eines übersehenen Planungsmangels auf Schadensersatz in Anspruch nehme, müsse sich das Verschulden des von ihm eingesetzten Planers gemäß §§ 254, 278 anspruchsmindernd zurechnen lassen.

- 51** Vieles spricht dafür, dass das **Glasfassaden-Urteil** auch auf die Fallkonstellation der mangelhaften Vorunternehmerleistung anzuwenden ist. Der BGH hat dies freilich in der Glasfassaden-Entscheidung ausdrücklich offen gelassen.
- 52** Leupertz weist zutreffend darauf hin, dass mit der **Glasfassaden-Entscheidung** jedenfalls grundsätzlich der Weg für eine Zurechnung geebnet wurde.⁸⁵ Als regulativ stellt sich zukünftig aber – so Leupertz – die Frage, welchen Schutzzweck die verletzte Mitwirkungsobliegenheit hat. Für eine Zurechnung kommt es darauf an, ob die Einhaltung der verletzten Obliegenheit gerade den Zweck hat, den Eintritt eines Schadens bzw. das Entstehenlassen eines Mangels zu verhindern. Verbreitet wird mit diesem Argument auch eine Zurechnung mitwirkenden Verschuldens wegen der Verletzung von Bauüberwachungspflichten ausgeschlossen. Beauftragt der Besteller einen bauüberwachenden Architekten, diene dies nicht dem Schutz des bauausführenden Unternehmens.⁸⁶
- 53** Für die Fallkonstellation der Vorunternehmerleistung ist damit die Frage zu stellen, ob die Zurverfügungstellung einer ordnungsgemäßen und mangelfreien Vorunternehmerleistung (auch) dem Zweck dient, den Nachunternehmer vor der Erbringung eigener mangelhafter Leistung und damit dem Eintritt eines Schadens zu schützen. Die Fallkonstellation der Vorunternehmerleistung ist zu vergleichen mit der Zurverfügungstellung mangelhafter Pläne. Die Zurverfügungstellung der Pläne ist letztlich nichts anderes, als die Zurverfügungstellung einer Vorleistung, die zwangsläufig erforderlich ist, um das Gesamtgewerk und den Gesamterfolg sicherzustellen. Die Glasfassaden-Entscheidung ist deshalb auf Vorunternehmerfälle zu übertragen. Der Bestellers muss sich deshalb die mangelhafte Leistung des von ihm eingesetzten Vorunternehmers anspruchsmindernd zurechnen lassen. Die Zurverfügungstellung einer mangelfreien Vorunternehmerleistung (hier Verlegung unzureichender Kabel durch den Elektriker) ist damit eine Obliegenheit im Sinne eines Verschuldens gegen sich selbst. Der Schutzzweck dient dabei auch gerade dem Schutz des Nachunternehmers (hier der Heizungsbaufirma).⁸⁷
- 54 c) Anteil der Mithaftung des Bestellers.** Der Anteil der Mithaftung des Bestellers gegenüber einem Nachunternehmer bestimmt sich nach dem jeweils zu gewichtenden Verursachungsbeitrag des Nachunternehmers und des Bestellers bzw. seines Erfüllungsgehilfen (Vorunternehmer). In Höhe seines Verursachungsanteils muss sich der Besteller an den Nachbesserungskosten beteiligen. Auch die

⁸⁵ Leupertz BauR 2010, 1999, 2004.

⁸⁶ Leupertz BauR 2010, 1999, 2007, 2008; iE ebenso Boldt NZBau 2009, 494, 495.

⁸⁷ So iE Leupertz BauR 2010, 1999, 2008 und Boldt NZBau 2009, 494, 495; aA Beck VOB/B/Bröker 3. Aufl. 2013 VOB/B § 10 Abs. 1 Rn 75ff.; Gartz BauR 2010, 703, 708; Sohn/Holtmann BauR 2010, 1480, 1483; Steffen/Scherwitzki BauR 2016, 1815.