

Prüf- und Hinweispflichten

Bauvertrag, Werkvertrag, Werklieferungsvertrag

Bearbeitet von
Dr. Peter Hammacher

2., überarbeitete Auflage 2016. Buch. 406 S. Softcover
ISBN 978 3 410 26364 7
Format (B x L): 14,8 x 21 cm

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

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

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.



Dr. Peter Hammacher

Prüf- und Hinweispflichten

**Bauvertrag, Werkvertrag,
Werklieferungsvertrag**

2., überarbeitete Auflage

Herausgeber:
DIN Deutsches Institut für Normung e. V.

Beuth Verlag GmbH · Berlin · Wien · Zürich

Vorwort zur 2. Auflage 2016

Die Idee, die Prüf- und Hinweispflichten im Bau, Werkvertrags- und Werklieferungsvertrag im Zusammenhang darzustellen, wurde von der kaufmännischen und juristischen Praxis gut aufgenommen. Die Zusammenstellung derjenigen Argumente und Kriterien, die in der vielseitigen Rechtsprechung für entscheidend angesehen wurden, hat sich bewährt. Die erste Auflage ist vergriffen.

Die zweite Auflage bleibt im Wesentlichen bei der Gliederung der Erstauflage. Einige Punkte sind hinzugekommen, wie z. B. die separate Darstellung von Prüf- und Hinweispflichten des Architekten. Die Darstellung wichtiger Urteile der Obergerichte wurde fortgeführt. Wo sich Änderungen ergeben haben, wurde dies deutlich hervorgehoben. Auf einige interessante Aspekte in der Literatur wurde hingewiesen, indes nicht mit Anspruch einer vollständigen wissenschaftlichen Erfassung, die das Format dieses für Praktiker in Industrie und Rechtspflege bestimmten Werkes gesprengt hätte.

Bearbeitungsstand ist der 2016-02-01.

Dr. Peter Hammacher

Vorwort zur 1. Auflage

Die obergerichtliche Rechtsprechung der letzten Jahre hat die Bedeutung der Prüf- und Hinweispflichten dramatisch erhöht, vor allem für die Auftragnehmer im Bau, Stahlbau und Anlagenbau. Seitdem versuchen Auftraggeber – oft erfolgreich –, eigene Planungs- und Ausführungsfehler oder die ihrer Planer und Auftragnehmer auf „die Fachfirma“ abzuwälzen.

Gleichzeitig hat die Rechtsprechung auch die Anforderungen an die Prüf- und Rügepflichten im Werklieferungsvertrag angezogen – ebenfalls zum Nachteil des Auftragnehmers, der auf die Zulieferung von Komponenten angewiesen ist. An die Materialeingangskontrolle werden Anforderungen gestellt, die in der Praxis kaum erfüllt werden können.

Von der Ausschreibung und Vergabe bis zur Abnahme der Leistungen und darüber hinaus durchziehen Prüf- und Hinweispflichten die Auftragsabwicklung. Da sich der Gesetzgeber bisher weitgehend zurückhält, bemüht sich die Rechtsprechung darum, Strukturen zu schaffen, an denen Auftraggeber und Auftragnehmer ihr Verhalten in der Praxis ausrichten können. Dabei wendet die Rechtsprechung verschiedene Rechtsinstitute und Kriterien an und behandelt Auftragnehmer und Auftraggeber unterschiedlich. Die Vielzahl von möglichen Konstellationen lässt die Struktur nicht immer erkennen.

Leidtragende sind diejenigen Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr, die sich um konfliktfreies Handeln bemühen, mangels hinreichender Leitplanken aber immer wieder fehlgeleitet werden, und ihre Berater, die verzweifelt versuchen, ein bisschen mehr Vorhersehbarkeit für die Entscheidungen ihrer Mandanten zu bieten.

In diesem Buch werden die Prüf- und Hinweispflichten chronologisch entsprechend dem Projektverlauf und simultan für Auftragnehmer und Auftraggeber in ihrem rechtlichen und praktischen Gesamtzusammenhang dargestellt. Gezeigt wird, auf welchen Überlegungen die Rechtsprechung aufbaut und an welchen Stellen sie einseitig zu Lasten des Auftragnehmers geht. Welche Konsequenzen ergeben sich für die Praxis aus der von der Rechtsprechung entwickelten „Funktionalitätserwartung“ des Auftraggebers? Welchen Prüfungsaufwand mutet die Rechtsprechung der Praxis zu? Wie weist man rechtssicher hin?

Anhand umfangreicher Rechtsprechung der für das Thema maßgeblichen Zivilsenate des BGH und der Oberlandesgerichte werden die entscheidenden Argumente im Einzelfall herausgearbeitet. Bewusst werden wesentliche Urteilspassagen komplett zitiert, um sie im Kontext überprüfen zu können, ohne nachschlagen zu müssen. Übersichten und Checklisten dienen den Vertragspartnern und ihren Beratern zur Orientierung.

Nach der hier vertretenen Auffassung stehen sich die Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers und diejenigen des Auftraggebers und ihrer Erfüllungsgehilfen gleichberechtigt gegenüber. Die insbesondere vom VII. Senat des BGH aus der Erfolgsbezogenheit des Werkvertrags heraus entwickelte Haftung des Auftragnehmers mit der bloßen Chance, sich davon durch Beachtung seiner Prüf- und Hinweispflicht zu „befreien“, stört das Gleichgewicht zwischen den Baubeteiligten.

Ziel des Buches ist es, einen Gesamtüberblick und zu einigen Schwerpunkten Argumentationshilfen für die kaufmännische und juristische Praxis zu geben.

Bearbeitungsstand ist der 2013-08-15.¹

Dr. Peter Hammacher

1 Die Datumsschreibweise im Text entspricht DIN 5008 und ISO 8601. Mit den Zitaten wurde auch die dort gewählte Datumsschreibweise übernommen.

Autorenporträt



Dr. Peter Hammacher,

Rechtsanwalt seit 1986, war zwanzig Jahre lang Leiter von Rechtsabteilungen national und international tätiger Unternehmensgruppen im Stahlbau und Anlagenbau. Als selbständiger Rechtsanwalt berät und vertritt er Unternehmen im Stahlbau und Anlagenbau. Als Wirtschaftsmediator ist er in der Konfliktberatung, -prävention und Schlichtung tätig und als

Schiedsrichter in nationalen und internationalen Schiedsverfahren nach allen Verfahrensordnungen. Dr. Hammacher ist seit vielen Jahren Referent und Veranstalter von Praxisseminaren für Bau- und Vertragsrecht; er ist Lehrbeauftragter an der SRH School of Engineering and Architecture, Heidelberg. Er hat zahlreiche, für die Praxis relevante Veröffentlichungen verfasst.

Kontakt: Hangäckerhöfe 7, 69126 Heidelberg, ra@drhammacher.de,
T: 06221-3379015, Internet: www.drhammacher.de

Inhaltsverzeichnis

1	Prüf- und Hinweispflichten als Instrument der Konfliktvermeidung und -lösung	15
1.1	Prüf- und Hinweispflichten als Hauptpflicht	16
1.2	Prüf- und Hinweispflichten als Nebenpflicht	18
1.3	Prüf- und Hinweispflichten als Obliegenheit.....	19
1.3.1	Wesen der Obliegenheit.....	20
1.3.2	Zurechenbarkeit des Handelns Dritter	21
1.3.3	Zurechenbarkeit des konkreten Schadens.....	22
1.3.4	Einordnung der Prüf- und Hinweispflichten als Obliegenheit?.....	28
1.4	Prüf- und Hinweispflichten und die Auslegung des Vertrages.....	29
2	Prüf- und Hinweispflichten bei Dienstvertrag, Mietvertrag, Dienstverschaffungsvertrag.....	31
3	Prüf- und Hinweispflichten bei Kaufvertrag/ Werklieferungsvertrag	34
3.1	Hinweispflicht des Verkäufers über die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes.....	34
3.2	Prüfpflicht des Käufers, der kein Kaufmann ist.....	35
3.3	Prüf- und Hinweispflicht des Käufers im kaufmännischen Bereich.....	36
3.4	Intensität der Prüf- und Rügepflicht	40
3.4.1	Grundsatz.....	40
3.4.2	Oberflächenprüfung.....	43
3.4.3	Materialzusammensetzung/Prüfzertifikate	45
3.4.4	Prüfung durch Dritte	52
3.4.5	Prüfung der Funktionalität	53
3.4.6	Einsatz von Prüfungsmitteln und Prüfern	54
3.4.7	Mengenfehler, Vollständigkeit der Lieferung.....	55
3.4.8	Betriebsanleitungen, Dokumentation.....	56
3.4.9	Maßfehler.....	56
3.4.10	Wiederholung der Prüfung	57
3.5	Zeitpunkt der Prüfung und Rüge	57
3.6	Rechtsfolgen.....	62
3.7	Beweislast.....	62
3.8	Abbedingen von § 377 HGB	62
3.9	Checkliste zur Wareneingangsprüfung.....	64

4	Prüf- und Hinweispflichten vor und ohne Vertrag	65
4.1	Culpa in Contrahendo.....	65
4.2	Gebot der Rücksichtnahme.....	65
4.3	Hinweispflichten im Rahmen deliktischer Haftung.....	66
5	Prüf- und Hinweispflichten des Auftraggebers im Angebotsstadium	70
5.1	Prüf- und Hinweispflichten des Auftraggebers gem. § 7 VOB/A.....	70
5.2	Prüf- und Hinweispflichten aufgrund Allgemeiner Technischer Vertragsbedingungen, ATV DIN	72
5.3	Prüfpflicht des Auftraggebers hinsichtlich der Machbarkeit des beabsichtigten Vorhabens vor Ausschreibung	73
5.4	Prüfpflicht des Auftraggebers hinsichtlich der Finanzierbarkeit des Vorhabens	76
5.5	Hinweispflicht des Auftraggebers auf Bekanntes und Relevantes	77
5.6	Prüfpflicht des Auftraggebers bei funktionaler Ausschreibung	79
5.7	Prüf- und Hinweispflichten des Auftraggebers im Vergabeverfahren	81
5.8	Hinweispflicht des Auftraggebers nach Bieterfragen in einer öffentlichen Ausschreibung.....	83
5.9	Hinweispflicht des Auftraggebers auf erkannte Kalkulationsfehler des Auftragnehmers	83
5.10	Konsequenzen der Verletzung der Prüf- und Hinweispflichten im Angebotsstadium	86
5.11	Aufhebung infolge fehlerhafter Ausschreibungsunterlagen?	87
6	Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers im Angebotsstadium.....	89
6.1	Woraus können sich solche vorvertraglichen Prüf- und Hinweispflichten ergeben?	89
6.1.1	Prüfpflicht des Auftragnehmers aufgrund vertraglicher Vereinbarung	89
6.1.2	Prüfpflicht des Auftragnehmers durch Vereinbarung in AGB	90
6.1.3	Prüfpflicht des Auftragnehmers nach Treu und Glauben	91

6.1.4	Hinweispflicht des Auftragnehmers aus Treu und Glauben.....	93
6.2	Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers im Vergabeverfahren	94
6.2.1	Prüfung der Ausschreibungsunterlagen im Hinblick auf Verfahrensverstöße.....	94
6.2.2	Sofortige Prüfung im Vergaberverfahren	95
6.2.3	Prüfintensität im Vergabeverfahren.....	96
6.3	Prüfung des LV auf Lücken.....	98
6.4	Typische Fehler im LV	104
6.5	Prüfpflicht des Auftragnehmers bei Abgabe eines Nebenangebots/Sondervorschläge	105
6.6	Hinweispflicht des Auftragnehmers auf erkannte Mängel in der Ausschreibung	106
6.7	Konsequenzen unterlassener bzw. erteilter Hinweise im Vergabeverfahren	111
6.8	Checkliste zur Prüf- und Hinweispflicht des Auftragnehmers der Ausschreibungsunterlagen	112
7	Prüf- und Hinweispflichten des Auftraggebers während der Auftragsabwicklung.....	113
7.1	Prüfpflicht des Auftraggebers hinsichtlich der Ausführung der Leistungen	113
7.2	Prüf- und Hinweispflichten des Auftraggebers hinsichtlich Ausführungsunterlagen des Auftragnehmers	114
7.3	Prüfpflicht des Auftraggebers von Vorunternehmerleistungen.....	121
7.4	Prüfpflicht des Auftraggebers nach Bedenkenanmeldung durch den Auftragnehmer	122
8	Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers während der Auftragsabwicklung	126
8.1	Hinweispflichten nach Auftragserhalt und vor Beginn der Ausführung.....	126
8.2	Vertragliche Vereinbarungen über die Prüfung von auftraggeberseitigen Plänen, beigestelltem Material und Vorleistungen anderer Unternehmer	128
8.3	Auslegung vertraglicher Vereinbarungen zur Prüf- und Hinweispflicht	128

8.4	Vertragliche Vereinbarungen über den Ausschluss bzw. die Beschränkung der Prüf- und Hinweispflichten bzw. des Risikos des Auftraggebers.....	130
8.5	Vertragliche Vereinbarungen durch AGB über den Ausschluss bzw. die Beschränkung der Prüf- und Hinweispflichten bzw. des Risikos.....	132
8.6	Vertragliche Vereinbarung von Prüf- und Hinweispflichten durch Vereinbarung der VOB/B	133
8.7	Prüf- und Hinweispflicht des Auftragnehmers aufgrund vertraglicher Nebenpflichtsverletzung	134
8.7.1	§ 241 Abs. 2 BGB, § 311 BGB	134
8.7.2	§ 242 BGB Allgemeine Leistungstreuepflicht	139
8.8	Vertragliche Vereinbarung von Prüf- und Hinweispflichten durch Bezugnahme auf Fach-DIN.....	140
9	Prüf- und Hinweispflichten während der Auftragsabwicklung in der Rechtsprechung des III. Senats des BGH.....	142
10	Prüf- und Hinweispflichten während der Auftragsabwicklung in der Rechtsprechung des X. Senats des BGH.....	145
11	Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers während der Auftragsabwicklung auf Grundlage der Rechtsprechung des VII. Senats des BGH.....	151
11.1	funktionaler Leistungsbegriff des BGH.....	151
11.2	Beschaffenheitsvereinbarung.....	152
11.3	Regeln der Technik.....	155
11.4	Funktionalitätsvereinbarung	156
11.4.1	Ist die Funktionalitätsvereinbarung aus der Beschaffenheitsvereinbarung abzuleiten oder handelt es sich um zwei parallel wirkende Vereinbarungen?	158
11.4.2	Terminologie.....	164
11.4.3	Checkliste zur Funktionalitätsvereinbarung	165
11.5	Abweichende Literaturmeinungen.....	168
11.6	Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz.....	173
11.7	Anwendung auf Werklieferungsverträge.....	177
11.8	Befreiung von der Haftung	182

11.8.1	Befreiung von der Haftung durch Rechtsgeschäft	182
11.8.2	Begrenzung der Haftung durch den Liefer- und Leistungsumfang	185
11.8.3	Begrenzung durch den Preis	189
11.8.4	Befreiung von der Haftung durch Beachtung der Prüf- und Hinweispflicht.....	191
11.8.5	Befreiung von der Haftung, wenn Hinweis entbehrlich	192
11.8.6	Befreiung durch ausdrückliche Risikoübernahme des Auftraggebers	193
11.9	Zumutbarkeit von Prüfungsmaßnahmen für den Auftragnehmer	196
11.9.1	Zumutbarkeitsbestimmung durch den Vertrag	197
11.9.2	Zu erwartendes Fachwissen des Auftragnehmers	198
11.9.3	Erhöhte Zumutbarkeit bei außergewöhnlichen Bauten.....	200
11.9.4	Umstände des Einzelfalls.....	201
11.9.5	Zumutbarkeit des Einsatzes von Materialien, Geräten	202
11.9.6	Rechtsprechung zur Zumutbarkeit.....	203
11.9.7	Zumutbarkeit bei Kompetenz des AG und seiner Planer.....	212
11.9.8	Zumutbarkeit bei Inkompetenz des AG.....	227
11.10	Checkliste zur Zumutbarkeit und zur Berücksichtigung des Kompetenz des Auftraggebers	228
12	Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers von beigestellten Baustoffen, Materialien, Konstruktion und Boden	230
12.1	Beistellung von Baustoffen	230
12.2	Prüfungspflichten aufgrund von Fach-DIN im Tiefbau	234
12.2.1	Eignungsprüfung.....	234
12.2.2	Eignungsüberwachungsprüfung.....	235
12.2.3	Durchführen der Prüfungen.....	235
12.3	Prüfungsintensität	235
12.4	Prüfung von beigestelltem Material, Materialeingangsprüfung.....	238
12.5	Baugrundrisiko bei erfolgter Prüfung.....	239
12.6	Baugrundrisiko bei nicht hinreichender Prüfung.....	248
12.7	Prüf- und Hinweispflichten bei der Verlegung von Leitungen, Kabeln etc.....	251
12.7.1	Regeln der Technik.....	252
12.7.2	Rechtsprechung	254

13	Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers bei Änderungen der gesetzlichen oder technischen Rahmenbedingungen.....	258
14	Hinweispflicht des Auftragnehmers während der Auftragsabwicklung bei Überschreitung eines Kostenanschlags.....	260
15	Hinweispflicht des Auftragnehmers bei sich abzeichnender Mehrvergütung bei geänderten oder zusätzlichen Leistungen	263
16	Hinweispflicht des Auftragnehmers bei sich abzeichnenden Mehrmengen	265
17	Hinweispflicht des Auftragnehmers bei sich abzeichnenden erhöhten Stundenaufwand.....	269
18	Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers bei sich abzeichnenden Terminverschiebungen.....	270
19	Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers vor und bei der Abnahme.....	272
19.1	Prüfpflicht des Auftragnehmers der eigenen Leistung vor Bereitstellung zur Abnahme	272
19.2	Prüf- und Hinweispflichten hinsichtlich der Anschlussleistung.....	273
19.3	Hinweispflicht durch Übergabe von Dokumentation, bzw. Bedienungsanleitung.....	277
20	Prüf- und Hinweispflichten des Auftraggebers vor und bei der Abnahme	279
21	Prüfpflicht des Auftraggebers hinsichtlich der Schlussrechnung	281
22	Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers nach der Abnahme.....	282
22.1	Prüf- und Hinweispflichten nach Mängelrüge.....	282
22.2	Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers nach Abnahme, um Vertragszweck zu erhalten	283

23	Prüf- und Hinweispflichten des Auftraggebers nach der Abnahme.....	287
24	Anforderungen an den Hinweis.....	288
24.1	Richtige Identität des Erklärenden.....	288
24.2	Richtiger Adressat	289
24.3	Inhalte	289
24.4	Transparenz	292
24.5	Angabe der Folgen.....	292
24.6	Rechte des Auftraggebers nicht ausschließen.....	295
24.7	Schriftform.....	296
24.8	Rechtzeitig	296
24.9	Hinweis schon vor Auftragserteilung ausreichend	297
24.10	Erfüllung der Prüfpflicht befreit nicht von der Hinweispflicht und umgekehrt.....	298
24.11	Wiederholung des Hinweises.....	299
24.12	Dokumentation	300
24.13	Checkliste zur richtigen Hinweisgebung	300
25	Prüf- und Hinweispflichten – Auswirkung auf die Liefer- und Leistungspflicht	302
25.1	Recht des Auftragnehmers, erkannte Planungsmängel selbst zu beseitigen?	302
25.2	Muss der Auftragnehmer die Leistungen ausführen, wenn der Auftraggeber trotz Hinweises auf seiner Vorgehensweise besteht?	303
26	Prüf- und Hinweispflichten – Auswirkung auf Kosten und Vergütung.....	306
26.1	Kosten der Prüfung.....	306
26.2	Leistungsänderungen	307
27	Prüf- und Hinweispflichten – Auswirkung auf das Kündigungsrecht des Auftraggebers	309

28	Prüf- und Hinweispflichten – Auswirkung auf die Beweislast	311
28.1	Beweislastverteilung bei Funktionsvereinbarung und „Befreiung“ durch erfüllte Prüf- und Hinweispflicht	312
28.2	Beweislast hinsichtlich der Einhaltung der Regeln der Technik	316
28.3	Beweislast, wenn der Auftraggeber trotz Hinweis auf einer bestimmten Ausführung besteht	316
28.4	Beweis des ersten Anscheins bei grobfahrlässiger Verletzung der Prüfpflicht	317
28.5	Beweislast für rechtmäßiges Alternativverhalten	319
28.6	Beweislast bei unzureichender Prüfung vor Abnahme	320
28.7	Beweislast nach Abnahme bei Bestreiten mit „Nichtwissen“	323
29	Prüf- und Hinweispflichten – Auswirkung auf die Verjährung.....	325
29.1	Verjährung von Mängelansprüchen bei Verletzung der Prüf- und Hinweispflichten	325
29.2	Verjährung bei Gesamtschuldnerausgleich bei Zusammentreffen von Planungs- mit Prüf- und Hinweispflichtverletzungen.....	328
30	Mitverschulden des Auftraggebers – Quotelung	330
30.1	Mitverschulden und Obliegenheit	330
30.2	Anwendbarkeit nur, wenn eine Pflicht gegenüber dem Schädiger besteht?	331
30.3	Einschränkung durch Schutzzweck der Norm.....	335
30.4	Erfüllungsgehilfen	336
30.4.1	Planer	337
30.4.2	Bauleitender Architekt.....	339
30.4.3	Projektsteuerer.....	340
30.4.4	Vorunternehmer.....	341
30.4.5	Lieferanten.....	342
30.4.6	Prüfingenieur	343
30.5	Rechtsprechung zum Grad des Mitverschuldens	343
30.5.1	Mitverschulden überwiegend bei dem Auftragnehmer.....	343
30.5.2	Mitverschulden überwiegend bei dem Auftraggeber.....	348
30.5.3	Mitverschulden zu gleichen Teilen.....	352

30.6.	Übersicht: Mitverschulden bei fehlerhafter Planung des Auftraggebers und Verletzung der Prüf- und Hinweispflicht.....	358
30.7.	Mitverschulden wegen fehlenden Hinweises des Auftraggebers auf Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens	361
30.8.	Checkliste zum Mitverschulden und zur Quotelung.....	362
31	Prüf- und Hinweispflichten des Architekten.....	364
31.1.	Prüf- und Hinweispflicht im Angebotsstadium für den Architekten	364
31.2.	Prüf- und Hinweispflichten des Architekten während der Auftragsabwicklung.....	364
31.3.	Prüfpflichten im Rahmen der Bauüberwachung.....	365
31.4.	Prüfpflichten von Planungsunterlagen.....	369
31.5.	Prüfpflichten hinsichtlich Kosten	374
31.6.	Prüf- und Hinweispflichten nach der Abnahme.....	375
32	Gesamtschuldverhältnisse bei Missachtung der Prüf- und Hinweispflicht.....	377
32.1.	Verhältnis Unternehmer zu Vorunternehmer.....	378
32.2.	Verhältnis zwischen Auftragnehmer und Planer	379
32.3.	Verhältnis Architekt zu Statiker	380
33	Schlussfolgerungen	386
	Literaturverzeichnis	389
	Stichwortverzeichnis.....	393
	Verzeichnis der zitierten Entscheidungen	399

1 **Prüf- und Hinweispflichten als Instrument der Konfliktvermeidung und -lösung**

Das Zivilrecht beruht auf Verträgen, Verträge beruhen auf Vertrauen.

Wird auf die Interessenlage der anderen Vertragspartei keine Rücksicht genommen, kommt es unweigerlich zu Konflikten. Konflikte im Wirtschaftsleben führen aber immer auch zu Kollateralschäden: sie belasten nicht nur die Vertragsparteien selbst, sondern ihr gesamtes Umfeld, Lieferanten, Subunternehmer, Kunden, Mitarbeiter, Justiz, Fiskus, Umwelt etc.

Deshalb darf die Gesellschaft von den Teilnehmern am Wirtschaftsverkehr einen aktiven Beitrag zur Konfliktvermeidung und ggf. -lösung erwarten. Dazu gehört in jeder Beziehung ein umsichtiges Verhalten.

So kann von dem einen Vertragspartner erwartet werden, dass er alle notwendigen Ermittlungen anstellt, um seine sachgerechte Entscheidung treffen zu können, und zwar bevor er in Vertragsverhandlungen eintritt. Er muss vor und während der Vertragslaufzeit auf alles hinweisen, was der andere Vertragspartner für die Auftragsabwicklung wissen muss.

Von dem anderen kann erwartet werden, dass er auf Probleme im Bereich seines Vertragspartners hinweist, von denen er annehmen muss, dass diese für dessen Entscheidungen von Bedeutung sind. Dabei trifft ihn im Rahmen der getroffenen Vereinbarungen auch die Pflicht zu prüfen, ob die Voraussetzungen für seine eigene Leistung gegeben sind.

Das Thema Prüf- und Hinweispflichten betrifft die Schnittstellen zwischen den Verantwortlichkeiten der Vertragspartner mit den von ihnen eingesetzten Planern, Nachunternehmern, Lieferanten. Ein Vertrag sollte erst abgeschlossen werden, wenn diese Schnittstellen ausreichend geklärt sind. Werden diese Vorarbeiten vernachlässigt, sind Konflikte vorprogrammiert.

Ist der Vertrag geschlossen, dürfen die Vertragspartner sich nicht zurücklehnen. Komplexe Verträge bedürfen der Kooperation aller Beteiligten. Dazu gehört die nicht nachlassende wache Prüfung ihrer Schnittstellen ebenso, wie der partnerschaftliche Hinweis auf entdeckte Probleme. In erster Linie entscheiden die vertraglichen Absprachen darüber, was und mit welcher Intensität zu prüfen ist; dabei dürfen die Vertragspartner aber den gemeinsam angestrebten Erfolg des Projektes nicht aus den Augen verlieren. Selbst wenn der Auftrag abgeschlossen ist, können diese Prüf- und Hinweispflichten andauern. Schließlich gibt es zahlreiche weitere Prüf- und Hinweispflichten, die dem Schutz der Vertragspartner, Dritter oder den eigenen Interessen dienen.

Prüf- und Hinweispflichten sind ein wichtiges Instrument der Konfliktvermeidung und -lösung. Sie wenden sich in gleichem Maße an alle Vertragspartner und ihre Erfüllungsgehilfen. Sie sind letztlich nichts anderes als der Ausdruck des Grundprinzips von „Treu und Glauben“, das für jederman und in gleicher Weise gilt.

Die dogmatische Einordnung der Prüf- und Hinweispflicht kann dazu dienen, deren Voraussetzungen und Rechtsfolgen besser zu erfassen und einzuordnen. Allerdings zeigt sich bei dem Versuch einer Kategorisierung, wie ambivalent das Thema ist.

1.1 Prüf- und Hinweispflichten als Hauptpflicht

„Pflichten“ bestehen immer gegenüber anderen. Das können Pflichten gegenüber der Allgemeinheit, einem Mitmenschen, einem Tier als Mitgeschöpf sein (§ 1 TSchutzG) sein.

Hauptpflichten des Vertrages regeln Leistung und Gegenleistung der Vertragsparteien. Werden diese nicht erbracht, bestehen Erfüllungsansprüche.

Die Parteien können Prüf- und Hinweispflichten – ggf. auf beiden Seiten – zur Hauptpflicht erklären. Diese erhalten dadurch den gleichen rechtlichen „Rang“ wie die Pflicht des Auftragnehmers², die vereinbarte Liefe-

2 In diesem Buch wird in der Regel einheitlich die Bezeichnung „Auftraggeber“ für Besteller/Käufer/Auftraggeber/Dienstherr etc. verwendet und „Auftragnehmer“ für die andere

rung oder Leistung zu erbringen, und die Pflicht des Auftraggebers, die vereinbarte Vergütung zu zahlen.

Beispiel: Der Auftragnehmer gibt ein Bodengutachten in Auftrag.

Die Prüfung des Bodens ist dann die Hauptpflicht des Auftragnehmers. Der Auftraggeber kann in erster Linie die Erfüllung des Vertrages verlangen.

Geht es um komplexe Projekte etwa im Anlagenbau mit vielen Schnittstellen zu angrenzenden Gewerken, bei denen die Erkundung der Grundlagen oder die gegenseitige Kontrolle für das Ergebnis maßgeblich sein können, sollten und werden die Parteien den Prüf- und Hinweispflichten den gebührenden Platz im Vertragsgefüge einräumen.

Aber auch bei einfacheren Sachverhalten lässt sich gut begründen, Prüf- und Hinweispflichten als Hauptpflichten anzusehen³, wenn die Leistungen der Beteiligten aufeinander aufbauen und diese Leistungen ohne die richtige und rechtzeitige Information gefährdet wären.

Vertragliche Hauptpflichten können sich auch bereits aus dem Gesetz ergeben, z. B. § 305 Abs. 2 BGB, § 477 BGB.

Daneben ergeben sich gesetzlich bestimmte Prüf- und Hinweispflichten, die sich auf das Verhalten der Parteien auswirken, gleich ob im Rahmen einer vertraglichen Bindung oder nicht, z. B. im Nachbarschaftsrecht, nach Landesbauordnung, z. B. im Zusammenhang mit der Baugenehmigung, Strafgesetzbuch, z. B. unterlassene Hilfeleistung, etc.

Vertragspartei. Statt „Prüf- und Hinweispflicht“ wird in Literatur und Rechtsprechung häufig der Begriff „Prüfungs- und Hinweispflicht“ verwendet; ein inhaltlicher Unterschied besteht nicht. Nur aus Gründen der besseren Lesbarkeit bedient sich das Buch einheitlich der männlichen Form. Zitate sind kursiv gedruckt, dort genannte Fundstellen sind meistens mit zitiert. Die Unterstreichungen sind solche des Autors, um die Schlüsselbegriffe besser sichtbar zu machen.

3 für §§ 3 Abs. 2 VOB/B, als vertragliche Hauptpflicht: Ingenstau/Korbion VOB Kommentar 18./2013, § 4 Abs. 3 VOB/B als vertragliche Hauptpflicht: Ingenstau/Korbion 18./2013 RN 4; Reichert/Wedemeyer, Öffentlich-rechtliche Bauvorschriften in der Mangelsystematik des privaten Baurechts, BauR 2013, 1; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Aufl., Rdnr. 2037 ff. m. w. N.

1.2 Prüf- und Hinweispflichten als Nebenpflicht

Während die Hauptpflicht die Erfüllung des Austauschvertrages betrifft, ergibt sich die Nebenpflicht im Zuge des Vertragsschlusses selbst oder seiner Umsetzung. Das BGB unterscheidet begrifflich nicht zwischen Haupt- und Nebenpflichten.⁴

Sieht man die Prüf- und Hinweispflichten als Nebenpflichten an, so gibt es auch hier solche, die sich aus dem Vertrag ergeben, und solche, die gesetzlich bestimmt sind. Aus Treu und Glauben, §§ 242, 241 Abs. 2 BGB, lassen sich solche Nebenpflichten ableiten, aufgliedert z. B. in:⁵

Leistungstreuepflichten

- Vorbereitung und Herbeiführung des Leistungserfolges
- Sicherung des Leistungserfolges mit Dokumentationspflicht
- Vertragstreue
- Unterstützung und Rücksichtnahme

Mitwirkungspflichten

Schutzpflichten

- Aufklärungspflichten
- Anzeigepflicht
- Hinweispflicht
- Offenbarungspflicht
- Warnpflicht
- Informationspflicht

Man sieht: Prüf- und Hinweispflichten lassen sich in jede dieser Kategorien einordnen.

Bleibt man in dem Schema von Haupt- und Nebenpflicht, muss man sich allerdings in dem konkreten Einzelfall entscheiden, ob es sich um eine Haupt- oder um eine Nebenpflicht handelt, denn danach richten sich die rechtlichen Konsequenzen, wenn eine Partei sich pflichtwidrig verhält.

4 vgl. § 681 BGB – Begriff der Nebenpflicht nur in der Überschrift, nicht im Gesetzestext

5 Palandt-Grüneberg, § 242 RN 27 ff.; Markus, NZBau 2010, 604; Peters, NZBau 2008, 609 (610); OLG Hamburg 2010-02-03 – 4 U 17/09, IBR 2010, 323; Palandt-Grüneberg, § 242 RN 23 ff.

Eine vertragliche Pflicht kann nur entweder eine Haupt- oder eine Nebenpflicht, aber nicht beides sein.⁶

Weiter wird teilweise zwischen erfolgs- und verhaltensbezogenen Nebenpflichten unterschieden.

Hierzu OLG Köln⁷:

„In Rechtsprechung und Schrifttum wird danach unterschieden, ob die Verletzung einer erfolgs- oder einer verhaltensbezogenen Nebenpflicht in Rede steht. Daneben wird darauf abgestellt, welchem Gefahrenbereich die Schadensursache entstammt. Nur bei erfolgsbezogenen Pflichten oder Schäden, die aus dem Gefahrenbereich des Schuldners hervorgehen, liegt im Erfolgseintritt schon die Pflichtverletzung (dazu Ernst in: Münchener Kommentar, BGB 6. Aufl., § 280 Rdn. 138; Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 280 Rdn. 34 ff.; Reppen in: Baumgärtel/Prütting/Laumen, Handbuch der Beweislast, Schuldrecht AT, 3. Aufl., § 280 Rdn. 40 ff. jew. m. w. N.). Für die Abgrenzung zwischen erfolgs- und verhaltensbezogenen Nebenpflichten ist maßgebend, ob nach der vertraglichen Vereinbarung ein bestimmter Erfolg oder nur die Einhaltung der gesetzlichen Sorgfaltpflichten und Schutzpflichten geschuldet ist (§ 241 Abs. 2 BGB). Deren Inhalt bestimmt sich nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles. Der Eintritt eines Schadens lässt nur im Falle einer erfolgsbezogenen Pflicht oder der Verwirklichung einer der Sphäre des Schuldners zuzuordnenden Gefahr den Schluss auf eine Pflichtverletzung mit der Folge zu, dass dem Schuldner nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB der Beweis obliegt, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Dagegen hat der Gläubiger die Verletzung einer verhaltensbezogenen Pflicht im Einzelnen darzulegen und zu beweisen.“

1.3 Prüf- und Hinweispflichten als Obliegenheit

Prüf- und Hinweispflichten werden nicht in allen Fällen als Rechtspflichten eingeordnet; es kann sich auch um bloße Obliegenheiten handeln.

6 Wirth, Schmidt, Willner Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 2010, Ziff. II.1.a)

7 OLG Köln 2013-07-24 – 11 U 221/12, BeckRS 2013, 16304

1.3.1 Wesen der Obliegenheit

„Obliegenheiten sind gesetzlich nicht definiert. Sie werden gemeinhin als Verhaltenserwartungen eigener Art aufgefasst, welche dem Inhaber einer Rechtsposition all diejenigen zumutbaren Verhaltensweisen abverlangen, die er zur Wahrung seiner Rechtsposition vernünftigerweise einhalten würde.“⁸

Jederman hat diejenige Sorgfalt zu wahren, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflegt.⁹ Es handelt sich um ein Rechtsgebot, das der Rechtsinhaber im eigenen Interesse zu erfüllen hat. Man spricht auch von einem „*Verschulden gegen sich selbst*“.

Beispiel: Ein Motorradfahrer wird bei einem Unfall verletzt. Seine Verletzung ist deshalb besonders schwer, weil er – entgegen § 21a Abs. 2 StVO – keinen geeigneten Schutzhelm getragen hat.

Keinen Helm beim Motorradfahren zu tragen, ist zum einen ein Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift. Zum anderen ist die Vorschrift gerade zum Schutz des Motorradfahrers erlassen worden. Sie zu beachten, ist eine Obliegenheit – im eigenen Interesse des Motorradfahrers.

Begreift man die Prüf- und Hinweispflichten als Rechtspflicht, so führt dies zu den gesetzlichen Regelungen über Schadenersatz bei Pflichtverletzungen. Dabei setzt Schadenersatz in aller Regel Verschulden voraus, § 280 BGB.

Handelt es sich nur um eine Obliegenheit, kommt es auf Verschulden im Sinne des § 276 BGB nicht an. Verletzt jemand das Gebot, sich nicht selbst zu schaden, führt dies zu einem vollständigen oder teilweisen Rechts- bzw. Einwendungsverlust. Gesetzliche Vorschriften in diesem

8 Leupertz, BauR 2010, 1999; siehe auch Oetker Münchner Kommentar 6./2012 § 254 RN 5 ff.

9 Reichsgericht 1910-12-29 – Rep. VI. 411/09, RGZ 112, 284, 287 = JurionRS 1910, 10269; BGH 1953-04-29 – VI ZR 63/52, NJW 1953, 977

Sinne finden sich z. B. in den §§ 254, 293 ff., 651d Abs. 2 BGB, § 377 HGB, §§ 28, 81 VVG.¹⁰

Wer seine eigenen Interessen außer Acht lässt, schadet sich selbst, weil er die Konsequenzen seines eigenen Handelns zu tragen hat.¹¹ Ein Schadenersatzanspruch des Vertragspartners ergibt sich hieraus nicht. Doch bleibt auch die Obliegenheitsverletzung nicht ohne Konsequenz:

Beispiel: Der Auftraggeber muss mitwirken, damit der Auftragnehmer seine Leistung erbringen kann, z. B. Pläne zur Verfügung stellen.

Verletzt der Auftraggeber seine Mitwirkungsobliegenheit, gerät er in Gläubigerverzug, § 293 BGB, der einen Entschädigungsanspruch, § 642 BGB, den Gefahrübergang, § 644 BGB, und die Beweislastumkehr sowie eine Kündigungsmöglichkeit für den Auftragnehmer nach sich ziehen kann.

Beispiel: Der Auftragnehmer muss auf Behinderungen, die ihn an der Erbringung seiner Leistungen hindern, hinweisen.

Unterlässt er dies, kann er in der Regel keine Ansprüche auf Terminverschiebung und Schadenersatz bzw. Entschädigung geltend machen.

1.3.2 Zurechenbarkeit des Handelns Dritter

Handelt der zur Obliegenheit Verpflichtete nicht selbst, sondern durch einen Dritten, muss er sich dessen Verhalten zurechnen lassen, wie dies für das Mitverschulden in § 254 Abs. 2 BGB ausdrücklich normiert ist.

„Nach § 254 Abs. 2 Satz 2 BGB, der sich auch auf § 254 Abs. 1 BGB bezieht (Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 254 Rdn. 49), ist § 278 BGB entsprechend anwendbar. Dem Geschädigten kann die schuldhafte Mitverursachung des Schadens durch Dritte entgegengehalten werden, wenn er sich dieser Personen zur Erfüllung der ihn aus § 254 Abs. 1 BGB im

10 Leupertz, BauR 2010, 1999; siehe auch Oetker, Münchner Kommentar 6./2012 § 254 RN 5 ff.

11 Oetker, Münchner Kommentar 6./2012 § 254 BGB RN 3; Leupertz, Mitwirkung und Obliegenheit im Bauvertragsrecht, BauR 2010, 1999

eigenen Interesse treffenden Obliegenheit bedient hat. Hierfür reicht es aus, wenn die Hilfspersonen bei einer für den entstehenden Schaden kausal gewordenen Handlung oder Unterlassung diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen haben, die nach der Sachlage im eigenen Interesse des Geschädigten geboten war (BGH, Urteil vom 3. Juli 1951 – I ZR 44/50 a. a. O.).“¹²

1.3.3 Zurechenbarkeit des konkreten Schadens

Weiter hat der X. Senat des BGH die „Lehre von der Haftungsbeschränkung durch den Zurechnungszusammenhang und hier insbesondere durch den Schutzzweck der Norm“ entwickelt.

„Diese Lehre besagt, dass die adäquate Zurechnung eines Schadens unter dem Vorbehalt eines haftungserweiternden oder -begrenzenden besonderen Zwecks der Haftungsnorm oder des der Haftung zu Grunde liegenden Vertragsverhältnisses steht (Staudinger/Schiemann, BGB, 2005, § 249 Rdnr. 27). Eine Schadenersatzpflicht besteht nur, wenn der geltend gemachte Schaden aus dem Bereich der Gefahren stammt, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte vertragliche oder vorvertragliche Pflicht übernommen worden ist (BGHZ 27, 137 [140 f.] = NJW 1958, 1041; BGHZ 59, 175 [176] = NJW 1972, 1754; BGHZ 85, 110 [113 ff.] = NJW 1983, 232; BGHZ 96, 98 [101] = NJW 1986, 775; BGHZ 107, 359 [364] = NJW 1989, 2616; Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl., Vorb. § 249 Rdnr. 62). Die Schadenersatzpflicht hängt zum einen davon ab, ob das übertretene Gesetz überhaupt den Schutz Einzelner bezweckt und der Verletzte gegebenenfalls zu dem geschützten Personenkreis gehört. Zum anderen muss geprüft werden, ob die Verbotsnorm das verletzte Rechtsgut schützen soll. Schließlich muss die Verbotsnorm den Schutz des Rechtsguts gerade gegen die vorliegende Schädigungsart bezwecken; der geltend gemachte Schaden muss also auch nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fallen (Oetker, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 249 Rdnr. 117; Palandt/Heinrichs, Vorb. § 249 Rdnr. 62). Diese Grundsätze zum Schutzzweck der Norm sind auch bei der Prüfung eines Mitverschuldens nach § 254 BGB zu beachten

12 BGH 2008-11-27 – VII ZR 206/06, NZBau 2009, 185, „Glasfassaden“, Ziff. 31