

Beweisbare Bedenken - Zur Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers

Baumängel können zurückzuführen sein auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers. In diesen Fällen stellt sich regelmäßig die Frage, ob der Auftragnehmer auch für solche Mängel haftet, die letztlich ihre Ursache aus einem anderen Verantwortungsbereich haben. Regelmäßig kommt in diesen Fällen die Bedenken- und Hinweispflicht des Auftragnehmers ins Spiel, um die sich - wie die Praxis immer wieder zeigt - viele Missverständnisse ranken.

Ausgangslage: Verschuldensunabhängige Erfolgshaftung

Die häufig bei Auftragnehmern anzutreffende Auffassung, dass bereits ein Mangel nicht vorliege, wenn nach der Leistungsbeschreibung oder der Anordnung des Auftraggebers gebaut werde, ist bereits im Ausgangspunkt und grundsätzlich falsch. Denn es gilt die **verschuldensunabhängigen Erfolgshaftung** des Auftragnehmers. Nach der Systematik des Werkvertragsrechts haftet er grundsätzlich auch dann, wenn ihn an dem Mangel kein Verschulden trifft, also vom Grundsatz her auch dann, wenn die Mangelursache (auch) im Verantwortungsbereich des Auftraggebers oder eines Vorunternehmers, auf dessen Werk der Unternehmer aufbaut, liegt (**BGH**, Urteil vom 08.11.2007 - VII ZR 183/05).

Bei der Enthftung des Auftragnehmers handelt es sich also um einen Ausnahmetatbestand, dessen Voraussetzungen der Auftragnehmer im Streitfall zu beweise hat. Entsprechend findet sich für die Enthftung in § 13 Abs. 3 VOB/B folgende Formulierung:

*"Ist ein Mangel zurückzuführen auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers, haftet der Auftragnehmer, **es sei denn**, er hat die ihm nach § 4 Abs. 3 VOB/B obliegende Mitteilung gemacht."*

Mit dieser Regelung der VOB/B wird zunächst der allgemeine Grundgedanke des Werkvertragsrechts zum Ausdruck gebracht, wonach der Auftragnehmer ungeachtet der Vorgaben durch Auftraggeber und sonstige Baubeteiligte in der Erfolgshaftung ist. § 13 Abs. 3 VOB/B formuliert sodann einen Tatbestand der Haftungsbefreiung. Die Formulierung der Regelung bringt deutlich zum Ausdruck, dass es sich um einen Befreiungstatbestand handelt, dessen Voraussetzungen vom Unternehmer darzulegen und im Streitfall zu beweisen sind (**BGH**, Urteil vom 08.11.2007 - VII ZR 183/05). Der Auftraggeber muss dagegen nicht beweisen, dass der Mangel aus der Verletzung einer Prüfungs- und Hinweispflicht herzuleiten ist.

Der Auftragnehmer wird somit nur von einer Mangelhaftung frei, wenn

- ein ordnungsgemäßer Bedenkenhinweis (beweisbar) vorliegt,
- oder der Auftragnehmer bei gebotener Prüfung die Ungeeignetheit der Planung oder Vorleistung nicht erkannt hat und auch nicht erkennen konnte,
- oder feststeht, dass der Auftraggeber trotz eines (nicht erfolgten) Bedenkenhinweises auf der Umsetzung seiner Vorgaben bestanden hätte (da dann der Bedenkenhinweis sinnlos gewesen wäre),
- oder der Auftraggeber nicht aufklärungsbedürftig war, wofür es aber grundsätzlich nicht ausreichend ist, dass der Architekt oder Bauleiter des Auftraggebers den Mangel der Vorleistung oder Planung kennt.

Prüfpflicht

Nach § 4 Abs. 3 VOB/B hat der Auftragnehmer Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung (auch wegen der Sicherung gegen Unfallgefahren), gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistungen anderer Auftragnehmer dem Auftraggeber unverzüglich - möglichst vor Beginn der Arbeiten - schriftlich mitzuteilen. Diese Regelung ist Ausdruck eines allgemein für das Bauvertragsrechts aus Treu und Glauben abgeleiteten Rechtsgedankens. Sie gilt deshalb grundsätzlich inhaltlich auch im BGB-Bauvertrag (**BGH**, Urteil vom 14.03.1996 - VII ZR 34/95).

Das setzt voraus, dass der Unternehmer aufgrund seiner Prüfung Bedenken haben musste. Dem kann sich der Unternehmer nicht dadurch entziehen, dass er sich um die Vorgaben des Auftraggebers bzw. die Vorleistung eines Unternehmers nicht kümmert (**BGH**, Urteil vom 24.6.1963 - VII ZR 10/62) oder mitteilt, dass er keine Kenntnisse und Erfahrungen mit dem ins Auge gefassten Gewerk oder den Baustoffen hat (**BGH**, Urteil vom 12.5.2005 - VII ZR 45/04). Denn jeder Unternehmer, der seine Arbeit auf der Grundlage von fremden Vorgaben, Planungen oder Vorleistungen auszuführen hat, muss prüfen und gegebenenfalls auch geeignete Erkundigungen einziehen, ob diese Vorgaben, Planungen, Vorarbeiten, Stoffe oder Bauteile eine geeignete Grundlage für sein Werk bieten und keine Eigenschaften besitzen, die den Erfolg seiner Arbeit in Frage stellen können. Der Rahmen dieser Verpflichtung und ihre Grenzen ergeben sich aus dem Grundsatz der Zumutbarkeit, wie sie sich nach den besonderen Umständen des Einzelfalls darstellt (**BGH**, Urteil vom 23.10.1986 - VII ZR 48/85). Es kommt auf das von dem Unternehmer **zu erwartende** Fachwissen, die sonstigen Umstände der Vorgaben und Vorleistungen und die Möglichkeiten zur Untersuchung an (**BGH**, Urteil vom 19.01.1989 - VII ZR 87/88).

Entlastung durch Fachplanung?

Spezialkenntnisse der jeweiligen Fachplaner muss der lediglich ausführende Unternehmer in der Regel nicht haben (**OLG Düsseldorf**, Urteil vom 10.11.2000 - 22 U 78/00). Allein der Umstand, dass eine Fachplanung vorliegt, entlastet als solcher nicht (**OLG München**, Urteil vom 19.6.2002 - 27 U 951/01). Die Prüfungspflicht des Unternehmers kann zwar eingeschränkt sein, wenn der fachkundige Bauherr oder seine fachkundigen Erfüllungsgehilfen die notwendige Prüfung selbst vornehmen können oder vorgenommen haben. Aber auch in diesem Fall obliegt dem Unternehmer eine **Plausibilitätskontrolle**. Der Unternehmer muss vor allem diejenigen Grundlagen der fachspezifischen Planung überprüfen, die auch Grundlage seiner Arbeit sind. Geht die Planung erkennbar von falschen Voraussetzungen aus, hat er Bedenken anzumelden. Gleiches gilt, wenn sich vor Ort Abweichungen von den Grundlagen der Planung ergeben oder die Planung erkennbar in sich widersprüchlich oder lückenhaft (vgl. **OLG Naumburg**, Urteil vom 29.03.2011 - 9 U 108/10) ist. Der Unternehmer darf sich also auf die Fachplanung nicht verlassen, wenn deren Lücken und Mängel erkennbar sind (**BGH**, Urteil vom 19.01.1989 - VII ZR 87/88).

Bedenkenhinweispflicht

Die Pflicht, auf Bedenken hinzuweisen, besteht, wenn der Unternehmer die Ungeeignetheit der Vorleistung oder der Anordnung des Unternehmers erkannt hat oder hätte erkennen können.

Nach § 4 Abs. 3 VOB/B hat der Bedenkenhinweis schriftlich zu erfolgen. Damit soll der Warnung besonderer Nachdruck verliehen werden. Die Rechtsprechung hat aber auch eine Haftungsbefreiung für möglich gehalten, wenn die Schriftform nicht eingehalten worden ist, wenn er eindeutig, d. h. inhaltlich klar, vollständig und erschöpfend ist. Die Beweislast dafür, dass Fehlen der Schriftform ohne Bedeutung war, trägt der Unternehmer (**BGH**, Urteil vom 22.3.1962 - VII ZR 255/60).

Die Berufung auf einen mündlich erteilten Bedenkenhinweis ist gefährlich: Denn wer im Prozess vorträgt, dass er mündlich Bedenken angemeldet hat, gesteht damit ein, dass er die Fehlerhaftigkeit der Vorleistung oder Planung erkannt hat. Gelingt es dann nicht, den Hinweis an und für sich und mit der nötigen Begründung zu beweisen, kommt eine Haftungsbefreiung nicht mehr in Betracht.

Adressat der Hinweispflicht

Adressat der Hinweispflicht ist stets der Auftraggeber als Vertragspartner. Die in der Praxis immer wieder anzutreffende Auffassung, dass es ausreichend sei, den bauleitenden Architekten des Auftraggebers zu informieren, ist falsch und gefährlich. Zwar kann der Architekt oder Bauleiter eine entsprechende Empfangsvollmacht haben. Im Streitfall ist das aber vom Auftragnehmer zu beweisen. Hier ist es ratsam

bereits vor Ausführungsbeginn mit dem Auftraggeber schriftlich (nachweisbar) zu vereinbaren, an wen ggfls. entsprechende Hinweise zu erfolgen haben.

Insbesondere wenn der Bauleiter oder Architekt sich den Bedenkenhinweisen verschließt, muss der Auftragnehmer die Bedenken gegenüber dem Auftraggeber direkt erheben. Das gilt insbesondere für den Fall, dass die Architekten oder Bauleiter für die Planung oder planungsgleiche Anordnung verantwortlich sind, gegen die Bedenken erhoben werden.

Reaktion des Auftraggebers

Nicht selten reagieren Auftraggeber gar nicht auf den erfolgten Bedenkenhinweis. Dann stellt sich für den Auftragnehmer die Frage, wie er verfahren soll. Zwar reicht nach § 4 Abs. 3 VOB/B ein Bedenkenhinweis aus. Damit erschöpft sich aber die Regelung nicht. Denn sie ist Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, der aus Treu und Glauben abgeleitet ist. Es ist deshalb nach Treu und Glauben für den Unternehmer grundsätzlich geboten, eine ablehnende Reaktion abzuwarten. Rührt der Auftraggeber sich nach einer angemessenen Frist nicht, sollte durch Nachfrage geklärt werden, ob trotz der Bedenken weitergearbeitet werden soll. Denn bei verständiger Würdigung des Gesamtverhaltens des Auftraggebers wird der Auftragnehmer gerade **nicht** davon ausgehen dürfen, dass dieser ein solches Werk wünscht und dessen Schweigen auf den Bedenkenhinweis somit nicht als Einverständnis ansehen können, eine mangelhafte Leistung zu produzieren.

Rechtsanwalt Marco Röder, Karlsruhe
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Mitglied der ARGE Baurecht
Deubner & Kirchberg Rechtsanwälte PartG mbB
www.deubnerkirchberg.de