Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt
Wirtschaftsmediator

Hangäckerhöfe 7
69126 Heidelberg
T: 06221- 3379015
F: 03212-11- 44539
E: ra@drhammacher.de
www.drhammacher.de

RA **Dr. Hammacher**, Hangäckerhöfe 7, 69126 Heidelberg

Aktuelle Entscheidungen zur Prüf- und Hinweispflicht

Stand: 2015-11-21

Auf dieser Seite finden Sie aktuelle ergänzende Hinweise auf Entscheidungen und Literatur zu:

Peter Hammacher: Prüf- und Hinweispflichten
- Bauvertrag - Werkvertrag - Werklieferungsvertrag;

300 Seiten, Softcover, Stand: August 2013,
EUR 59,90 inkl. MWSt, zzgl. Versand;
ISBN 978-3-00-043101-2

Die Gliederung des Buches wurde beibehalten, um eine schnelle Orientierung zu ermöglichen.

1 Prüf- und Hinweispflichten im Vertragsrecht

1.1. Prüf- und Hinweispflichten als Hauptpflicht

1.2. Prüf- und Hinweispflichten als Nebenpflicht

1.3. Prüf- und Hinweispflichten als Obliegenheit

1.3.1. Wesen der Obliegenheit

1.3.2. Zurechenbarkeit des Handelns Dritter

1.3.3. Zurechenbarkeit des konkreten Schadens

Weiter führt der BGH aus, dass bei einer Schadenersatzpflicht zu prüfen sei, ob das übertretene Gesetz überhaupt den Schutz Einzelner bezweckt, der Verletzte gegebenenfalls zu dem geschützten Personenkreis gehört, die Verbotsnorm das verletzte Rechtsgut schützen soll und die Verbotsnorm den Schutz des Rechtsguts gerade gegen die vorliegende Schädigungsart

bzweckt. Der geltend gemachte Schaden muss also auch nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fallen.

Diese Grundsätze vom Schutzbereich der Norm gelten nach dieser BGH-Entscheidung auch für Obliegenheiten. Einige Oberlandesgerichte folgen ihm[1]. In der Literatur wird der "Schutzzweck der Norm" für Obliegenheiten teils extensiv[2] verstanden. Man befürchtet, dass anderenfalls jede Form der Obliegenheitsverletzung zu einer unermesslichen Ausdehnung des Mitverschuldens führen würde.

Doch ist diese Rechtsprechung nicht durchgängig

Beispiel: OLG Dresden 2004-06-17 [3]

Der Auftraggeber beauftragt einen Architekten mit einem Baugrundgutachten. Der Architekt lässt nur wenige Bohrungen durchführen empfiehlt in seinem Gutachten aber dringend vor Beginn der Bauleistungen weitere Erkundungen über nicht tragfähige Schichtungen einzuholen. Das übersieht der Auftraggeber; es kommt zu Setzungsschäden.

"Die Klägerin hat vorliegend ohne besondere Fachkenntnisse alleine durch Lesen des geotechnischen Berichts ohne besonderes Wissen erkennen können, dass der Bericht Lücken aufweist und unvollständig ist. Gerade der Hinweis auf Seite 17 dieses Berichts unter Punkt 5.1.2, vor Durchführung der Baumaßnahme werden daher weitere Erkundungen und Präzisierungen der Verbreitungsgrenzen organischer, nicht tragfähiger Schichten, dringend empfohlen, hätte nicht auf Seiten der Klägerin ohne Reaktion bleiben dürfen. Zumindest wäre eine Rückfrage bei der Beklagten zu 1) angezeigt gewesen. Durch das Untätigbleiben hat die Klägerin diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen, die in der konkreten Situation jedem verständigen Menschen bewusst geworden wäre.

Auf einen Schutzbereich irgendeiner Norm kam es nicht an.

Eigene Meinung

Soweit es die Kausalität betrifft, besteht kein Unterschied zwischen Pflichtverletzung und Obliegenheit. Wenn der Verstoß gegen die eigenen Interessen zufällig den Anlass dafür gibt, dass ein anderer eine Pflicht verletzt, wird die Obliegenheitsverletzung für den Schaden nicht ursächlich.

Soweit aber über die Kausalität hinaus Einschränkungen aus dem Schutzzweck der Norm heraus vorgenommen werden, ist der wesentliche Unterschied zwischen einer Pflichtverletzung und einer Obliegenheit zu beachten: die Obliegenheit dient eben nicht dem Schutz des Dritten, sondern dem Schutz der eigenen Interessen.

Bei einer Obliegenheitsverletzung kann deshalb nicht gefragt werden, ob die betreffende Obliegenheit dem Schutz des Vertragspartners dienen soll, ob die Einhaltung der Obliegenheit auch für den Vertragspartner einen Vorteil bedeuten würde, oder ob er auf die Überwachung

---

1 OLG Hamm 2013-04-12 - 12 U 75/12, BeckRS 2013, 09437; OLG Frankfurt 2011-03-14 - 1 U 55/10, NJW 2011,1609 OLG Bamberg 2003-02-10 - 4 U 150/02, NJW-RR 2003,960; Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 254 Rdnr. 254

2 Leupertz, BauR 2010,1999, unter V.2., Gartz, BauR 2010,703

3 OLG Dresden 2004-06-17 - 13 U 1047/03 IBRRS 50640, BGH 2005-04-14 - VII ZR 178/04 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

durch den Auftraggeber angewiesen ist, um seine eigene Leistung zu erbringen.[4]

Der BGH ist hier auch nicht konsequent.

Beispiel: BGH 2014-06-17 Fahren ohne Fahrrad-Helm[5]

Diesmal ist es ein Fahrradfahrer, der erhebliche Kopfverletzungen erleidet, weil er keinen Helm trägt. Eine entsprechende Schutznorm gibt es nicht.

Obwohl es keine Norm, also auch keinen Schutzbereich einer Norm gibt, hält das Gericht die im Wege des Mitverschuldens zu berücksichtigende Verletzung einer Obliegenheit durchaus für möglich. Das Gericht sieht nur deshalb kein Mitverschulden, weil es bisher kein allgemeines Verkehrsbewusstsein gebe, dass man im eigenen Interesse einen Fahrradhelm tragen sollte. Ebenso OLG Nürnberg für das Motorradfahren mit Sportschuhen.[6]

Der BGH prüft hier lediglich, ob es überhaupt eine gesellschaftlich akzeptierte "Pflicht sich selbst gegenüber" gibt. Hätte es sie gegeben, hätte sich der Fahrradfahrer - so wie der Motorradfahrer - ein Mitverschulden zurechnen lassen müssen, ohne dass es auf den Schutzbereich einer Norm/Obliegenheit angekommen wäre.

Die vom BGH für das Mitverschulden im Falle einer Pflichtverletzung entwickelten Kriterien passen deshalb nicht für die Obliegenheitsverletzung.
Für das Werkvertragsrechts ergeben sich hieraus sinnvolle Lösungsansätze wenn auf beiden Seiten Fehler gemacht werden.

Beispiel: Der Auftraggeber beauftragt einen Architekten mit der Bauüberwachung, der aber nichts tut. Es kommt zu einem Schaden/Mangel, der bei ordnungsgemäßer Überwachung nicht entstanden wäre.[7]

Unzweifelhaft hat der Auftragnehmer keinen Anspruch darauf, überwacht zu werden. Er ist verpflichtet, seine Leistungen auch ohne die Mitwirkung eines bauleitenden Architekten vertragsgerecht zu erfüllen. Der Auftraggeber verletzt keine Vertragspflicht gegenüber dem Auftragnehmer.

Wohl aber verletzt er eine Obliegenheit gegenüber sich selbst, wenn der Architekt, den er ja gerade zur Verhinderung von Mängeln und Terminverzögerungen eingesetzt hat, seine Pflichten vernachlässigt. Wollte man wie in der Fahrradhelm- Entscheidung des BGH[8] prüfen, ob es ein allgemeines Verkehrsbewusstsein der relevanten Kreise gibt, dass der Auftraggeber für eine Bauüberwachung zu sorgen hat, die Antwort wäre ein eindeutiges 'Ja', schon im eigenen Interesse und völlig losgelöst von der Frage, ob der Auftraggeber dem Auftragnehmer gegenüber hierzu vertraglich verpflichtet ist.

Die Obliegenheitsverletzung wirkt sich auch kausal auf den Schaden aus, denn hätte der Auftraggeber bzw. sein Architekt der Obliegenheitsverpflichtung entsprochen, wäre es nicht zu dem Schaden gekommen. Gerade die Verletzung dieser Obliegenheit hat den konkret entstandenen Schaden mitverursacht.

Dass der Auftragnehmer auch ohne die Obliegenheitsverletzung zur Erbringung seiner Leis-

---

4 a.A. Leupertz, BauR 2010,1999, unter V.2., a.A.. Gartz, BauR 2010,703
5 BGH 2014-06-17 - VI ZR 281/13, NJW 2014,2493
6 ebenso OLG Nürnberg 2013-04-09 - 3 U 1897/12 , NJW 2013, 2908 Motorradfahren mit Sportschuhen
7 OLG Hamm 2013-04-12 - 12 U 75/12, BeckRS 2013, 09437;
8 BGH 2014-06-17 - VI ZR 281/13, NJW 2014,2493

tungen verpflichtet ist, ändert nichts daran, dass die Obliegenheitsverletzung für den Schaden mitursächlich ist.

Die Einbeziehung der Obliegenheitsverletzung ist adäquat. Das Adäquanzprinzip schließt eine Schadenszurechnung nur aus, wenn der Schadenseintritt außerhalb jeder Lebenserfahrung liegt.[9] Dass die Untätigkeit eines Architekten zu Mängeln und Terminverzögerungen auf Seiten des Auftragnehmers führt, entspricht der Lebenserfahrung.

Es besteht auch kein Wertungswiderspruch, wenn einerseits den Auftragnehmer Prüf- und Hinweispflichten gegenüber den Vorleistungen anderer Unternehmer und Planer treffen, und ihm andererseits gestattet wird, Mitverschulden des Auftraggebers einzuwenden, wenn dieser seine im eigenen Interesse liegenden Obliegenheiten vernachlässigt.

Am Ende steht eine Abwägung der gegenseitigen Rechte, Pflichten und Obliegenheiten. Dabei mag im Einzelfall die Obliegenheitsverletzung in der Bewertung hinter der Pflichtverletzung zurückstehen. Aber erst auf dieser Stufe und nicht bereits vorher im Wege des Ausschlusses ist dies zu berücksichtigen.

1.4. Einordnung der Prüf- und Hinweispflichten als Rechtspflicht oder als Obliegenheit?

2 Prüf- und Hinweispflichten bei Dienstvertrag, Mietvertrag, Dienstverschaffungsvertrag

Beispiel: OLG München 2012-01-12 [10] Mobilkran

"Wird eine Baumaschine (hier: ein Mobilkran) vermietet und der Maschinenführer vom Vermieter gestellt, ist ein etwaiges Fehlverhalten des Maschinenführers jedenfalls dann dem Vermieter zuzurechnen, wenn die Obhut an der Baumaschine beim Vermieter verbleibt und dieser über den Maschinenführer entscheidenden Einfluss auf die konkrete Verwendung der Baumaschine nimmt."

3 Prüf- und Hinweispflichten bei Kaufvertrag / Werklieferungsvertrag

3.1. Hinweispflicht des Verkäufers über die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes

Für den Verbraucher ist die Rechtsprechung zum Verkauf von Gebrauchtwagen interessant:
Beispiel: BGH 2013-06-19 [11] "Gebrauchtwagen"

---

9 BGH 1997-12-18 - VII ZR 342-96, NJW 1998,1493
10 *OLG München 2012-01-12 - 14 U 489/10, IBRRS 84222*

" Den verkaufenden Händler trifft keine allgemeine Untersuchungspflicht. Den Verkäufer eines Gebrauchtwagens trifft ohne besondere Anhaltspunkte nicht die Obliegenheit, das zum Verkauf angebotene Fahrzeug auf Unfallschäden zu untersuchen (BGH, NJW 2006, NJW Jahr 2006 Seite 2839). Auch der Händler ist grundsätzlich nur zu einer fachmännischen äußeren Besichtigung („Sichtprüfung") verpflichtet (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 11. Aufl., Rdnr. 3895)."

3.2. Prüfpflicht des Käufers, der kein Kaufmann ist

3.3. Prüf- und Hinweispflicht des Käufers im kaufmännischen Bereich

Zur Abgrenzung von Kaufvertrag und Werkvertrag: [12]

Bei der Abwägung zwischen einem Kaufvertrag mit Montageverpflichtung und einem Werkvertrag sind alle Aspekte des Einzelfalls mit einzubeziehen. Nach Ansicht des OLG München deutet die Erbringung von Einzelleistungen, die der Funktionalität der Gesamtanlage dienen auf einen Werkvertrag:

Beispiel: OLG München 2015-04-29[13]

Es wird ein Vertrag über die Lieferung und Inbetriebnahme eines Blockheizkraftwerks geschlossen. Auf die Inbetriebnahme entfällt dabei lediglich ein Kostenanteil von EUR 1.500.

" Nach den vom Bundesgerichtshof in den Urteilen vom 22.07.1998, VIII ZR 220/97, NJW 1998, 3197, und vom 03.03.2004, VIII ZR 76/03, NJW-RR 2004, 850, aufgestellten Grundsätzen kommt es dann, wenn sich ein Unternehmer verpflichtet, einen Gegenstand zu liefern und zu montieren, für die rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses als Kaufvertrag (mit Montageverpflichtung) oder als Werkvertrag darauf an, auf welcher der beiden Leistungen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt liegt. Dabei ist vor allem auf die Art des zu liefernden Gegenstands, das Wertverhältnis von Lieferung und Montage sowie auf die Besonderheiten des geschuldeten Ergebnisses abzustellen. Je mehr die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz auf den "Besteller" im Vordergrund steht und je weniger die individuellen Anforderungen des Kunden und die geschuldete Montageleistung das Gesamtbild des Vertragsverhältnisses prägen, desto eher ist die Annahme eines Kaufvertrags (mit Montageverpflichtung) geboten. Hier schlossen die Parteien am 25.12.2006 einen Vertrag über den Erwerb eines BHKW mit Installation, der sich insgesamt als Werkvertrag darstellt, weil unstreitig zum Lieferumfang umfangreiche Werkleistungen in Form wesentlicher Anpassungsarbeiten, u. a. die allgemeine Verrohrung und die im BHKW-Modul gebäudeseitig anzubringende Innenschalldämmung sowie die abschließende Inbetriebnahme des BHKW beim Beklagten gehörten (s. dazu auch OLG Oldenburg, Urteil vom 23.08.2011, 13 U 59/11, VersR 2012, 246). Dies ergibt sich insbesondere

---

11 BGH 2013-06-19 - VII ZR 183/12, NJW-Spezial 2013,553, BeckRS 2013,14579

12 OLG Naumburg 2014-06-26 2 U 131/13, IBRRS 99052 Vertrag zur Lieferung von Tankbehältern: Anwendung von Werkvertragsrecht, weil der Lieferant eine neue Konstruktion unter Einbeziehung einer vom Besteller beigestellten Abgabeeinheit zu entwickeln hatte.

13 OLG München 2015-04-29 - 20 U 2941/14, IBRRS 2015,1048

auch aus dem als Anlage B 14 vorgelegten Abnahmeprotokoll, das eindeutig beweist, dass nicht die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz im Vordergrund steht, sondern die Fachkunde erfordernde Beratung und Montage. Hier hätte das BHKW ohne die fachkundige Montage und ohne die fachkundige Inbetriebnahme durch die Mitarbeiter der Klägerin keinen funktionierenden Nutzen für den Beklagten gehabt, der insbesondere die erforderlichen Einstellungen, Einpassungen und Adaptionen, wie er unwidersprochen vorgetragen hat, selbst nicht hätte vornehmen können. Hier sollte die Klägerin nicht nur einzelne Teile liefern, sondern ein funktionsfähiges BHKW im Wege des Aufbaus und der Inbetriebnahme der zutreffend dimensionierten Anlage auf dem dafür auf dem Gelände des Beklagten vorgesehenen Platz zur Verfügung stellen. Diese zum Erreichen der Funktionalität erforderlichen Leistungen sind auch objektiv betrachtet nicht so typisiert, dass der Beklagte diese selbst vornehmen oder leicht von dritter Seite erbringen lassen könnte. Dem steht unter den gegebenen Umständen nicht entgegen, dass die Kosten für die Inbetriebnahme mit dem eher geringen Betrag von 1.500 EUR veranschlagt sind, denn das ist nur ein einzelnes für die Abgrenzung heranzuziehendes Merkmal, das nichts daran ändert, dass der Schwerpunkt hier auf den werkvertraglichen Elementen liegt."

3.4. Intensität der Prüf- und Rügepflicht

3.4.1. Grundsatz

3.4.2. Oberflächenprüfung

3.4.3. Materialzusammensetzung

In einer Entscheidung des OLG München[14] kam es ebenfalls auf die Sicht des Sachverständigen an, der das Gericht dann nicht gefolgt ist:

"Aus den schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Dr. Vinz und aus seiner Anhörung am 01.04.2014 folgt nichts anderes. Der Sachverständige betonte bei seiner Anhörung, ein ausführendes Unternehmen habe "zur eigenen Absicherung schon die Pflicht, chemische Analysen vorzunehmen auch wenn eine Fachplanung vorliegt". Aus rechtlicher Sicht konnte der Senat dem nicht folgen. Denn die Nachprüfung einer ausdrücklichen Planungsfestlegung, die vom Bauherrn auf Grund nochmaliger fachplanerischer Prüfung des Themas getroffen wurde, setzt einen Anfangsverdacht gegen deren Richtigkeit voraus, den die Beklagte hier nicht haben mußte. Dies gilt auch, wenn die chemische Analyse nur geringe Kosten verursacht hätte."

Eine aktuelle Entscheidung des OLG Düsseldorf weist in die richtige Richtung:

Beispiel: OLG Düsseldorf 2013-02-04[15]

Der Auftraggeber bestellte insgesamt 110.000 Metallbolzen aus dem Werkstoff 1.0406 +

---

14 OLG München 2014-06-24 - 9 U 4193/11 Bau, BeckRS 2014,14155

15 OLG Düsseldorf 2013-02-07 - I-16 U 66/12, BeckRS 2014,04861

QT, mit einer bestimmten Oberflächenbehandlung und mit der Festigkeitsklasse 8.8 gemäß beigefügten Zeichnungen und unter ausdrücklichem Hinweis darauf, dass für alle Lieferungen die Materialzertifikation benötigt werde. Die Klägerin lieferte die von ihr hergestellten Bolzen in erste Teillieferung von 600 Stück dann in zeitlichen Abständen von ca 14 Tagen den Rest.

Ca 3 Monate später am 15.03.2011 gab die Beklagte bei ihrem Endkunden 3 Materialuntersuchungen der Bolzen in Auftrag, welche am 03.05.2011 nach entsprechender Materialprüfung zu der Feststellung führten, dass die Bolzen aufgrund einer zu hohen Festigkeit und eines zu hohen Mn-Gehaltes von der Werkstofftechnik gesperrt würden. Diese Ergebnisse wurden der Klägerin am 09.05.2011 übermittelt.

"Vorliegend ist davon auszugehen, dass eine Warensichtkontrolle der von der Klägerin geleisteten Teillieferungen stattgefunden hat, die nicht zu Beanstandungen Anlass gab, die Feststellung der zu hohen und nicht vertragsgemäßen Festigkeit der gelieferten Bolzen jedoch nur unter Hinzuziehung bzw. Einschaltung eines Sachverständigen mit entsprechendem Zeit- und Kostenaufwand möglich war. So benötigte der schließlich vom Endkunden eingeschaltete Sachverständige mehr als 1 ½ Monate, bevor er entsprechende Feststellungen zu den 3 eingereichten Proben getroffen hat. Dass diese Proben im konkreten Fall vom Endkunden veranlasst und auch finanziert worden sind, beruht - wie von der Beklagten unbestritten vorgetragen wurde - auf der besonderen Situation, dass die Abnehmer der Beklagten dringend auf die gelieferten Bolzen angewiesen waren, keine Materialzertifikation vorgelegen hat, und eine Weiterverarbeitung ohne vorherige Prüfung zu risikoreich gewesen wäre. Dies ändert jedoch nichts daran, dass der Mangel nur durch eine aufwändige und kostenintensive Sachverständigenprüfung entdeckt werden konnte. Die Argumentation des Landgerichts, dass die später mangels Vorlage einer Materialzertifikation erfolgte Überprüfung durch den Endkunden auch bereits unmittelbar nach Eingang der ersten Teillieferung hätte erfolgen können und daher auch müssen, überzeugt demgemäß nicht."

"Gerade der Umstand, dass die Beklagte bei der Bestellung ausdrücklich Wert gelegt hat auf die Beifügung einer Materialzertifikation zeigt einerseits die Bedeutung der Materialfestigkeit des Produkts, zum anderen, dass eine solche Überprüfung beim Zwischenhändler eben gerade nicht üblich ist, dieser vielmehr zum Nachweis auf die Angaben des vom Produzenten mit zuliefernden Zertifikats vertraut."

"Bei zusammenfassender Würdigung ist davon auszugehen, dass eine Untersuchung der Bolzen auf ihre Materialeigenschaften im Streitfall für die Beklagte nach ordnungsgemäßem Geschäftsgange bereits unmittelbar nach Anlieferung der Ware nicht tunlich war, ihr mithin aufgrund der Umstände des konkreten Falls nicht zumutbar war. Eine (stichprobenweise) Untersuchung der Bolzen war also bei ordnungsgemäßem Geschäftsgang nicht geboten; dass die streitgegenständlichen Mängel hierbei entdeckt worden wären, würde damit am Vorliegen eines verdeckten Mangels nichts ändern."

Prüfung durch D Auf die oben 3.4.3. genannten ablehnenden Entscheidungen wird verwiesen. Neuere Entscheidungen scheinen etwas realistischer zu sein.

Beispiel: OLG Hamburg 2013-01-23[16]

Die Klägerin begehrt Schadensersatz wegen mangelhafter Lieferung von bei der Beklagten

[16] OLG Hamburg 2013-01-23 - 13 U 198/10, BeckRS 17529

bestellter und in China produzierten Heißluftpistolen, die zum Weiterverkauf in Deutschland und in Großbritannien bestimmt waren. Die Parteien hatten vereinbart, dass die zu liefernden Heißluftpistolen von VDE bzw. einem TÜV mit einem gültigen GS-Zeichen zertifizieren zu lassen waren, d. h. die entsprechenden Sicherheitsvorgaben dieser technischen Prüfsiegel tatsächlich erfüllen sollten. Die Klägerin hat durch Sachverständigengutachten bewiesen, dass die Kabel bei Auflegen der heißen Mündung der Heißluftpistole schmolzen, da diese aus einfachem Gummi und nicht aus vernetztem Gummi bestanden, und dass die Anschlussleitungen damit nicht den Vorgaben der vereinbarten Gerätesicherheitszertifikate entsprachen

" Der Umfang der Untersuchungspflicht richtet sich gem. § 377 Absatz 1 HGB danach, was nach ordnungsgemäßem Geschäftsgange tunlich ist. Dies bedeutet, dass einerseits Schwierigkeiten der Entdeckung eines Mangels nicht von der Untersuchungspflicht entbinden. Andererseits dürfen die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Untersuchung im Rahmen der Interessenabwägung zwischen Käufer und Verkäufer aber auch nicht überspannt werden (Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Auflage 2012, § 377 Randnummer 25). Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze war es hier nicht tunlich, dass die Klägerin die Anschlussleitungen auf ihre Hitzebeständigkeit zu untersuchen hatte und damit eine inhaltliche Überprüfung, ob die Prüfsiegel zu Recht erteilt worden waren, anstellen musste. Es würde nämlich die Anforderungen an die Rügepflicht nach § 377 HGB überspannen, wenn man forderte, dass ein Händler, der seinen Lieferanten mit der Einholung der erforderlichen Gerätesicherheitssiegel beauftragt, die Tätigkeit von TÜV oder anderer anerkannter Zertifizierungsstellen vollinhaltlich überprüfen müsste, d. h. praktisch die Sicherheitstests noch einmal wiederholen müsste."

3.4.4. Prüfung durch Dritte

3.4.5. Prüfung der Funktionalität

3.4.6. Einsatz von Prüfungsmitteln und Prüfern

3.4.7. Mengenfehler, Vollständigkeit der Lieferung

3.4.8. Dokumentation

3.4.9. Maßfehler

3.4.10. Wiederholung der Prüfung

3.5. Zeitpunkt der Prüfung und Rüge

3.6. Rechtsfolgen

Beispiel: BGH 2014-04-08[17]

Ein Teil der gelieferten Chips waren defekt. Eine Untersuchung der in Deutschland angelieferten Kaufsache wäre möglicherweise vor deren Weitertransport nach Fernost untunlich gewesen, weil eine Öffnung der Wafer vor dem Weitertransport nicht ohne Beschädigung

[17] BGH 2014-04-08 - VIII ZR 91/13, BeckRS 2014,12900

der Ware (drohende Oxidation) möglich gewesen wäre.

"aa) Entgegen der Auffassung der Revision war die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit nach § HGB § 377 Abs. HGB § 377 Absatz 1 HGB nicht bis zur Ablieferung der digitalen Information über die Positionierung der defekten Chips hinausgeschoben. Zwar setzt die Obliegenheit des Käufers zur unverzüglichen Untersuchung der Kaufsache und Rüge entdeckter Mängel erst mit der Ablieferung des Kaufgegenstands ein, die grundsätzlich nur dann vorliegt, wenn die Ware zur Erfüllung des Kaufvertrags vollständig in den Machtbereich des Käufers verbracht wurde (Senatsurteil vom 4. November 1992 - NJW 1993, unter II 2 b mwN). Vor diesem Zeitpunkt läuft daher selbst dann keine Rügefrist, wenn der Käufer den Mangel schon erkannt hatte (Senatsurteil vom 4. November 1992, aaO mwN). Dementsprechend wird die Rügefrist des § HGB § 377 Absatz 1 HGB nicht in Gang gesetzt, wenn von einer verkauften Sachgesamtheit nur ein Teil geliefert worden ist, denn dann hat der Käufer noch nicht alle ihm nach dem Vertrag zustehenden Gegenstände erhalten, der Verkäufer seinerseits die ihm obliegende Hauptleistungspflicht noch nicht vollständig erfüllt (Senatsurteil vom 4. November 1992 - BGH VIII ZR 165/91, aaO unter II 2 c bb mwN). Hat der Käufer dagegen die Ware vollständig erhalten, ist sie aber in der gelieferten Form in ihrer Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigt, liegt darin keine die Ablieferung im Sinne des § HGB § 377 Absatz 1 HGB hindernde teilweise Nichterfüllung, sondern ein Sachmangel (Senatsurteil vom 4. November 1992 - BGH 1 VIII ZR 165/91, aaO).

"Es kann dahin stehen, ob eine Untersuchung der bei der Beklagten in Deutschland angelieferten Kaufsache vor deren Weitertransport nach Fernost deswegen untunlich war, weil eine Öffnung der Wafer vor dem Weitertransport nicht ohne Beschädigung der Ware (drohende Oxidation) möglich gewesen ist. Denn das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass im Streitfall jedenfalls die für das Streckengeschäft entwickelten Grundsätze entsprechend zu gelten haben. Bei einem Streckengeschäft ist anerkannt, dass der weiterverkaufende Zwischenhändler die Untersuchung des Kaufobjekts zwar seinem Abnehmer überlassen darf, dann aber auch dafür zu sorgen hat, dass der Abnehmer ihn oder den Verkäufer sobald wie möglich von Mängeln unterrichtet; bei einer vermeidbaren Verzögerung der Mängelanzeige muss sich der Zwischenhändler den aus § HGB § 377 Abs. HGB § 377 Absatz 2 HGB folgenden Rechtsnachteil von seinem Verkäufer entgegenhalten lassen (vgl. Senatsurteil vom 24. Januar 1990 - BGH Aktenzeichen VIII ZR 22/89, BGHZ 110, 138 f. mwN). Dass das Berufungsgericht der Beklagten nach diesen Maßstäben die Obliegenheit auferlegt hat, die gelieferten, produktionsbedingt mit einwandfreien und mit defekten Chips bestückten Wafer bei ihrem Subunternehmer in Malaysia unverzüglich nach Ankunft der Ware auf eine Kennzeichnung der überzähligen defekten Chips überprüfen zu lassen und eine etwa fehlende Kennzeichnung umgehend anzuzeigen, ist danach aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden."

OLG München 2013-04-23[18]

Lieferung von Betonplatten, die nicht die für die Nutzung erforderlichen Widerstand gegenüber Frost- und Tausalzeinwirkung besaßen.

"Beim Streckengeschäft, bei dem die Art der Auslieferung und der Eigentumsverschaffung

[18] OLG München 2013-04-23 - 18 U 2305/12, BeckRS 2014,02262

betroffen ist, verkauft der Käufer eine noch nicht gelieferte (unter Umständen auch noch nicht hergestellte) Ware weiter an den Letztkäufer, wobei die Kette grundsätzlich beliebig verlängerbar ist. Im vorliegenden Fall endet die Lieferkette beim Käufer der Klägerin, der Fa. ... Kein Teil des Streckengeschäfts im Sinne von § HGB § 377 HGB ist der Einbau der gelieferten Ware bei der Fa. ... der Bauherrin. Es handelt sich nicht lediglich um die Verlängerung der Kette um ein Glied."

3.7. Beweislast

3.8. Abbedingen von § 377 HGB

Eine Verkürzung der Rechte des Verkäufers durch AGB ist kaum möglich.[19] Der Ausschluss der Rügepflicht für offene Mängel ist nicht möglich.[20] Nach wohl herrschender Meinung gilt dies auch für den Ausschluss der Rügepflicht für verdeckte Mängel.[21]

3.9. Checkliste zur Wareneingangsprüfung

4 Prüf- und Hinweispflichten, vor und ohne Vertrag

4.1. Culpa in Contrahendo

Beispiel: OLG Nürnberg - 2011-06-17 Fertighaus am Hang[22]

1. Der Vertreiber eines Fertighauses, das in einem Hanggrundstück errichtet werden soll, darf seiner Planung nicht ungeprüft erkennbar vage Angaben des Bestellers über die Hangsituation zugrunde legen.

2. Er muss den Besteller vielmehr vor Vertragsschluss darauf hinweisen, dass nur auf der Grundlage einer Höhenvermessung zuverlässig beurteilt werden kann, wie das Haus im Hang liegt und welche gesonderten Kosten durch die Hangbebauung zu erwarten sind.

3. Unterlässt er diesen Hinweis und sind die tatsächlichen Hangverhältnisse erheblich ungünstiger für die Bebauung als angenommen, ist er dem Besteller gegenüber zum Schadensersatz wegen vertraglicher Pflichtverletzung verpflichtet."

---

19 BGH 1991-06-19 - VIII ZR 149/90, NJW 1991, 2623;; OLG Rostock 2010-02-16 - 4 U 99/09, NJOZ 2011, 1761; OLG Hamm 2011-12-20 - I-19 U 139/11, BeckRS 2012, 02945.

20 OLG Hamm 2011-12-20 - I-19 U 139/11, BeckRS 2012, 02945; BGH 1991-06-19 - VIII ZR 149/90, NJW 1991, 2623;.

21 MüKo-Grunewald, HGB, 2. Aufl. 2007, § 377 Rdnr. 134; OLG Hamburg 2013-01-23 - 13 U 198/10, BeckRS 2014,17529

22 OLG Nürnberg - 2011-06-17 - 2 U 1369/10, BauR 1454 Fertighaus am Hang

"Der Unternehmer ist daher zur umfassenden Aufklärung und Beratung hinsichtlich aller Umstände verpflichtet,die sich auf das Werk selbst beziehen, insbesondere auch seine Planung und die zu erwartenden Kosten.

"Diese Hinweispflichten bestehen bereits vor Vertragsschluss, damit ein „richtiger" Vertrag zustande kommt bzw. ein „unzweckmäßiger" Vertrag unterbleibt. Wenn sich für den Unternehmer Verdachtsmomente ergeben, z.B. auf Fehlvorstellungen des Bestellers über die Verwendbarkeit des Werkes oder dessen Kosten, ist der Unternehmer zur Überprüfung verpflichtet. Dabei kann er sich auf die Mitteilung der Verdachtsmomente beschränken und dem Besteller die eigene Klärung bzw. die Übernahme der Untersuchungskosten anheimstellen. Er hat aber das Ergebnis seiner Prüfung dem Besteller mit dem gebotenen Nachdruck mitzuteilen und sicherzustellen, dass der Besteller seine Bedenken verstanden hat."

4.2. Allgemein bestehende Sorgfaltspflichten

4.3. Hinweispflichten im Rahmen deliktischer Haftung

5 Prüf- und Hinweispflichten im Angebotsstadium für den Auftraggeber

5.1. Prüf- und Hinweispflichten des Auftraggebers gem. § 7 VOB/A

5.1a Prüf- und Hinweispflichten aufgrund Allgemeiner Technischer Vertragsbedingungen, ATV DIN nach VOB/C

Wird die VOB/B vereinbart, was zwingend immer dann der Fall ist, wenn es sich um einen öffentlichen Auftraggeber handelt oder verständigen sich die Vertragspartner freiwillig auf deren Geltung, so gelten nach VOB/B § 1 Abs.1, S.2 automatisch auch die in VOB/C genannten ATV DIN als vereinbart. Die ATV DIN bedürfen damit keiner besonderen Erwähnung mehr im Vertrag; sie sind automatisch Vertragsbestandteil.

Während die DIN-Fachnormen den Charakter der Empfehlung haben, werden so die in den ATV DIN enthaltenen Regelungen fest vereinbart. Sie haben damit über ihre Wirkung als Regel der Technik hinaus einen unmittelbar verbindlich vertraglichen Charakter.

In § 7 Abs.1 VOB/A wird ausdrücklich hingewiesen
"Die „Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung" in Abschnitt 0 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen, DIN 18299 ff., sind zu beachten."

Wird beispielsweise in ATV DIN 18335 verlangt, dass der Auftraggeber zu Art und Beschaffenheit, insbesondere Tragfähigkeit der Unterlage Angaben zu machen hat, setzt dies voraus, dass sich der Auftraggeber mit diesem Thema beschäftigt und alle erforderlichen Prüfungen vornimmt, damit der Auftragnehmer nicht überrascht wird.

Abschnitt 0 in der ATV DIN 18299 und den ihr folgenden Fach-DIN haben eine zentrale Bedeutung für die korrekte Ausschreibung und enthält zahlreiche Vorschriften zur Prüf- und Hinweispflicht, die der Auftraggeber zu beachten hat. Es würde den Rahmen dieser Abhandlung sprengen, hierauf im Einzelnen einzugehen. Die Voraussetzungen der ATV DIN 18299

in Verbindung mit der ATV DIN 18335 "Stahlbauarbeiten" sind in dem Kommentar "Stahlbauarbeiten" enthalten, mit praktischen Beispielen und Erläuterungen.[23]

5.2. Prüfpflicht des Auftraggebers hinsichtlich der Machbarkeit des beabsichtigten Vorhabens vor Ausschreibung

5.3. Prüfpflicht des Auftraggebers hinsichtlich der Finanzierbarkeit des Vorhabens

5.3.a Aufhebung infolge fehlerhafter Ausschreibungsunterlagen?

Hat der Auftraggeber seine Prüfpflicht verletzt und deshalb ein Vergabeverfahren eingeleitet, das Mängel aufweist, könnte die Vergabestelle versucht sein, das Verfahren aufzuheben. An die Aufhebung sind aber hohe Anforderungen zu stellen.

Beispiel: OLG Frankfurt 2015-08-04 - 11 Verg 4/15[24]

" Ein zur Aufhebung der Ausschreibung Anlass gebendes Fehlverhalten der Vergabestelle rechtfertigt grundsätzlich nicht die Aufhebung, da sie es andernfalls in der Hand hätte, nach freier Entscheidung durch Verstöße gegen das Vergaberecht den bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bestehenden Bindungen zu entgehen."

Beispiel: VK Südbayern 2015-05-22[25]

" Öffentliche Auftraggeber können nicht deshalb auf einen Aufhebungsgrund nach § 20 EG Abs. 1 b VOL/A 2009 berufen, weil sie geltend machen, dass sie den Beschaffungsbedarf nunmehr anders definieren und ausschreiben oder auch gar nicht mehr ausschreiben würden. Die Gründe, die eine Aufhebung nach § 20 EG Abs. 1 b VOL/A 2009 rechtfertigen sollen, dürfen nicht der Vergabestelle zurechenbar sein. Eine geänderte Planung seiner Konzernobergesellschaft nach Einleitung eines Vergabeverfahrens, muss sich ein Auftraggeber nach § 98 Nr. 5 GWB zurechnen lassen, sie fällt in seine Risikosphäre."

5.4. Hinweispflicht des Auftraggebers bei Ausschreibungen

BGH 2011-12-22 − VII ZR 67/11[26] Bodenkontamination

"Grundsätzlich ist der öffentliche Auftraggeber gehalten, ihm mögliche und zumutbare Angaben zur Kontamination eines zum Aushub und zur Weiterverwendung vorgesehenen Bodens zu machen. Ein Unterlassen solcher Angaben kann die Auslegung des Vertrags dahin rechtfertigen, eine Bodenkontamination liege nicht vor.

---

23 Güntzer/Hammacher/Steinmann, Stahlbauarbeiten, Kommentar zu VOB/C, ATV DIN 18335 1./2015

24 OLG Frankfurt 2015-08-04 - 11 Verg 4/15, IBRRS 2015,2448 für eine Entscheidung nach VOL/A § 20 EG Abs.1b)

25 VK Südbayern 2015-05-22 - Z3-3-3194-1-63-12/14 -, IBRRS 2015, 2406

26 BGH 2011-12-22 − VII ZR 67/11, NZBau 2012,102

Ein ausdrücklicher Hinweis auf die Kontaminierung des zum Aushub und zur Weiterverwendung vorgesehenen Bodens ist nicht notwendig, wenn diese sich aus den Umständen klar und eindeutig ergibt, weil der im Leistungsverzeichnis beschriebene Boden regelmäßig kontaminiert ist (hier: Boden unterhalb einer teerhaltigen Asphaltschicht). "

BGH 2013-09-12 - VII ZR 227/11[27] Hochspannungsleitung bei Bohrpfahlarbeiten

"*Die Bieter durften ohne Weiteres davon ausgehen, dass die Bekl. während der der Ausschreibung zu Grunde liegenden Planung das Problem erkannt hat und bereit und in der Lage war, die Herstellung der Bohrpfähle durch Entfernung der Hochspannungsfreileitung zu ermöglichen. Sie durften die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit dahin verstehen, dass die Bekl. für die Baufreiheit sorgen würde, andernfalls die Ausschreibung eine nicht durchführbare Leistung gefordert hätte (vgl. BGH, NJW 1999, 2432 = BauR 1999, 897 "*

5.4.1. Hinweispflicht des Auftraggebers auf Bekanntes - frivoler Auftraggeber

5.4.2. Hinweispflicht des Auftraggebers auf alle kalkulationsrelevanten Umstände

5.4.3. Hinweispflichten des Auftraggebers aufgrund Allgemeiner Technischer Vertragsbedingungen (ATV DIN)

Über § 1 Abs.1 VOB/B werden automatisch alle gewerkerelevanten Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen in VOB Teil C Vertragsbestandteil. Bei diesen ATV DIN handelt es sich um Regeln der Technik. Nach der Rechtsprechung kann der Auftraggeber erwarten, dass der Auftragnehmer seine Leistungen nach dem Stand der Technik abliefert, sodass die in den DIN-Normen enthaltenen Regeln auch für den BGB-Werkvertrag relevant werden.

Abschnitt 0 der ATV DIN enthalten Hinweise für die Aufstellung von Leistungsbeschreibungen. Zwar wird Abschnitt 0 ausdrücklich nicht Vertragsbestandteil, dennoch wird hier nach dem Stand der Technik bestimmt, was heutzutage selbstverständlich in einer Leistungsbeschreibung aufzuführen ist. Für die Beurteilung der Frage, ob der Auftraggeber nach § 7 VOB/A ordnungsgemäß ausgeschrieben hat, kommt man an einem Blick in Abschnitt 0 der jeweiligen ATV DIN nicht herum.

So wird beispielsweise für Stahlbauarbeiten in ATV DIN 18335 ausführlich angegeben, welche Hinweise von dem Auftrageber in den Ausschreibungsunterlagen erwartet werden können. [28]

0.1	**Angaben zur Baustelle**
0.1.1	Art und Beschaffenheit, insbesondere Tragfähigkeit der Unterlage (z. B. Untergrund, Unterbau, Tragschicht, Tragwerk).
0.1.2	Art, Lage, Maße, Zugänglichkeit, Beschaffenheit und Tragfähigkeit von Lager- und Montageflächen sowie Einschränkungen der Arbeitshöhe, getrennt nach Bauphasen.
0.1.3	Gründungstiefen, Gründungsarten und Lasten sowie Konstruktion benachbarter Bauwerke.

27 BGH 2013-09-12 - VII ZR 227/11, NJW 2013,3511

28 Güntzer/Hammacher/Steinmann, Kommentar zur ATV DIN 18335 "Stahlbauarbeiten"

0.1.4	Ausbildung von Baugruben.
0.1.5	Art, Lage, Maße und Ausbildung sowie Termine des Auf- und Abbaues von bauseitigen Gerüsten.
0.2	**Angaben zur Ausführung**
0.2.1	Anzahl/Menge, Art, Lage, Maße, Stoffe und Ausbildung (Werkstoffgüte) herzustellender Bauteile.
0.2.2	Bauteilfertigung/Ausführung nach Ausführungsplan oder nach örtlichem Aufmaß.
0.2.3	Art der Vorbehandlung des Untergrundes (z. B. Reinigen, Hochdruckreinigen, Aufrauen, Abschlagen von Altuntergründen, Verfestigen des Untergrundes).
0.2.4	Anzahl, Art, Lage, Maße und Ausbildung von Abschlüssen und von Anschlüssen an angrenzende Bauteile (z. B. mit Ankerplatte, Stoßlasche, Gabelhülse, Trennstreifen).
0.2.5	Anzahl, Art, Lage, Maße und Ausbildung von Lagern, Stützenfüßen, Gelenken, Stößen.
0.2.6	Anzahl, Art, Lage, Maße und Ausbildung von Bewegungs-, Bauwerks- und Bauteilfugen.
0.2.7	Zulässige Fugenpressungen an Lagern und Stützenfüßen; Verlauf und Ausmaß von Setzungen.
0.2.8	Anzahl, Art, Lage, Maße von herzustellenden oder zu schließenden Aussparungen.
0.2.9	Anzahl, Art, Lage, Maße und Massen von Installations- und Einbauteilen.
0.2.10	Anforderungen an den Brand-, Schall-, Wärme-, Feuchte- und Strahlenschutz sowie an die Luftdichtheit und elektrische Leitfähigkeit, akustische sowie licht- und lüftungstechnische Anforderungen.
0.2.11	Erhöhte Anforderungen an Ebenheit und Maßtoleranzen nach DIN 18202, z. B. zu Fassaden, Anlageteilen.
0.2.12	Ausgleichen von größeren Unebenheiten und Maßabweichungen des Untergrundes als nach DIN 18202 zulässig, z. B. bei Auflager- und Anschlusspunkten.
0.2.13	Besondere Einschränkungen der Formänderungen.
0.2.14	Wahl oder Ausschluss bestimmter Verbindungsarten (z. B. Schweißen, Schrauben, Nieten).
0.2.15	Erfordernis besonderer Bearbeitung der Schweißnähte.
0.2.16	Vorgaben, die aus Sachverständigengutachten resultieren.
0.2.17	Vorgezogenes oder nachträgliches Herstellen von Teilen der Leistung.
0.2.18	Anzahl, Art und Maße von Mustern/Oberflächen und Farbmustern/Muster–konstruktionen, Ort der Anbringung/des Aufbaues.
0.2.19	Schutz von Bau- und Anlagenteilen, Einrichtungsgegenständen und dergleichen.
0.2.20	Angaben für die Erstellung der Werkstattzeichnungen mit allen Bauteilen, Anschlüssen und Verbindungen, z. B. Querschnitte, Materialien, Blechdicken, Schrauben, Schweißnähte.
0.2.21	Ausführungsunterlagen, welche vom Auftragnehmer auf der Basis der vom Auftraggeber übergebenen Ausführungsunterlagen erstellt werden (Herstellungsunterlagen), z. B.:
□	Werkstattzeichnungen,
□	Montageübersichten,
□	Stücklisten,
□	Arbeitsanweisungen.
0.2.22	Für welche Ausführungsunterlagen die Genehmigung des Auftraggebers erforderlich ist.
0.2.23	Art und Umfang von Bauteil- oder Werkstoffprüfungen, die über die Anforderungen der Bauregelliste und der Liste der technischen Baubestimmungen hinausgehen.
0.2.24	Art und Umfang eventuell erforderlicher Probebelastungen.
0.2.25	Weitere Prüfungen über die Festlegungen nach Abschnitt 3.1.1 hinaus.
0.2.26	Vorgaben für den Austausch von Daten auf elektronischem Wege.
0.2.27	Angaben zu Korrosionsschutzarbeiten nach ATV DIN 18364.
0.2.28	Besondere physikalische und chemische Beanspruchungen, denen Stoffe und Bauteile nach dem Einbau ausgesetzt sind.
0.3	**Einzelangaben bei Abweichungen von den ATV**
0.3.1	Wenn andere als die in dieser ATV vorgesehenen Regelungen getroffen werden sollen, sind diese in der Leistungsbeschreibung eindeutig und im Einzelnen anzugeben.

0.3.2	Abweichende Regelungen können insbesondere in Betracht kommen bei
Abschnitt 3.1.1, wenn anstelle der Vorlage einer Werksbescheinigung die Vorlage von Werkszeugnissen bzw. Abnahmeprüfzeugnissen 3.1 oder 3.2 vereinbart werden soll,	
Abschnitt 3.1.4, wenn der Auftragnehmer die für die Baugenehmigung erforderlichen Zeichnungen und Festigkeitsberechnungen liefern soll,	
Abschnitt 3.1.4, wenn Teile der Ausführungsunterlagen vom Auftragnehmer erstellt werden sollen,	
Abschnitt 3.2, wenn andere als die dort aufgeführten Toleranzen gelten sollen,	
Abschnitt 3.2.2, wenn Bauwerke mit Nennmaßen über 60 m hergestellt werden,	
Abschnitt 5.1, wenn die Masse durch Wiegen ermittelt werden soll,	
Abschnitt 5.2.2, wenn bei der Berechnung der Masse Walztoleranz und Verschnitt berücksichtigt werden sollen,	
Abschnitt 5.2.3, wenn bei der Berechnung der Masse Verbindungsmittel berücksichtigt werden sollen,	
Abschnitt 5.4.1, wenn auch alle gleichen Bauteile gewogen werden sollen.	
0.4	**Einzelangaben zu Nebenleistungen und Besonderen Leistungen**
Als Nebenleistungen, für die unter den Voraussetzungen der ATV DIN 18299, Abschnitt 0.4.1, besondere Ordnungszahlen (Positionen) vorzusehen sind, kommen insbesondere in Betracht:	
□	Vorhalten der Gerüste (siehe Abschnitt 4.1.1),
□	Erstellen und Vorhalten von Hilfskonstruktionen (siehe Abschnitt 4.1.2), □ Dichtheitsprüfungen (siehe Abschnitt 4.1.9).

5.5. Funktionale Ausschreibung

5.6. Prüfpflichten des Auftraggebers im Vergabeverfahren

VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 17.11.2014 - 2 VK 16/14[29]

"1. Erscheint das Angebot eines Bieters nach Einschätzung der Vergabestelle ungewöhnlich niedrig, ist sie vor einem etwaigen Angebotsausschluss dazu verpflichtet, von dem Bieter Aufklärung zu verlangen. Diese Aufklärung kann nicht durch eine Preisprüfung unter Heranziehung eigener Unterlagen ersetzt werden.

2. Die die Aufklärungspflicht des Auftraggebers auslösende Annahme eines ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises bezieht sich lediglich auf den Gesamtpreis, nicht aber auf die einzelnen Positionen, aus denen er sich zusammensetzt.

3. Soweit der Auftraggeber die Annahme eines ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises auf eine eigene Kostenschätzung stützt, muss diese in sich schlüssig und nachvollziehbar sein.

4. Das Fehlen einer ordnungsgemäßen Kostenschätzung stellt in Bezug auf die darauf gestützte Annahme eines ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises einen erheblichen Verstoß gegen die Dokumentationspflichten des Auftraggebers dar.

5. Unterkostenangebote sind nicht per se unzulässig. Der Auftraggeber darf einen Zuschlag auch auf ein ungewöhnlich niedriges Angebot erteilen, solange die Prognose ge-

[29] VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 17.11.2014 - 2 VK 16/14, IBRRS 2015,0642

rechtfertigt ist, dass der Bieter auch zu diesem Preis zuverlässig und vertragsgerecht wird leisten können."[30]

Beispiel: OLG Düsseldorf 2015-10-21[31]

Im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung erklärte die Antragstellerin im Angebot:- Planungsleistungen (Statikerleistungen) zu Ordnungsziffern 2.7.1 und 3.7.1 (PLAN genannt): durch Nachunternehmer; Nach Eröffnung der Angebote forderte die Vergabestelle die Antragstellerin dazu auf, Nachunternehmer zu benennen und entsprechende Verpflichtungserklärungen vorzulegen. Die Antragstellerin kam dem nach, erklärte jedoch bei - Planungsleistungen zu Ordnungsziffern 2.7.1 und 3.7.1 des LV (PLAN genannt): Eigenleistung, keine NU-Leistung. Die Angabe widersprach den Erklärungen im Angebot, denn danach sollten Planungsleistungen unter den vorgenanten Ordnungsziffern durch ein (inzwischen tatsächlich bekanntes) externes Ingenieurbüro erbracht werden.Darauf schloss die Vergabestelle das Angebot der Antragstellerin wegen Widersprüchlichkeit der zur Planung gemachten Nachunternehmerangaben von der Wertung aus.

" Im Streitfall hat sich die Aufklärung auf den Widerspruch hinsichtlich Nachunternehmer- oder Eigenleistung bei der Planung des Traggerüsts, folglich auf die Schlüssigkeit des Angebots beziehen müssen, die Bestandteil der formalen Angebotsprüfung ist. Die Vergabestelle hat insoweit von sich aus jedoch keine Aufklärung betrieben, sondern hat das Angebot der Antragstellerin rechtsfehlerhaft sogleich ausgeschlossen. Deswegen kann sie sich nicht auf den Standpunkt zurückziehen, die Antragstellerin habe im Vergabeverfahren ihrerseits nicht von sich aus über den Widerspruch aufgeklärt. Der öffentliche Auftraggeber kann die ihn selbst treffende Aufklärungsverpflichtung nicht in der Weise auf Bieterunternehmen überwälzen, indem er ihnen - mit mehr oder weniger zufälligen Ergebnissen - die Aufklärung überlässt. Ist der öffentliche Auftraggeber, weil er wegen eines Widerspruchs einen Angebotsausschluss nicht sofort vornehmen darf, praktisch zu einer Aufklärung verpflichtet, hat er von sich aus, und zwar für Bieterunternehmen klar und eindeutig erkennbar, das Verfahren nach § 15 VOB/A-EG einzuleiten. Dies folgt nicht nur aus dem Gebot der Transparenz, sondern auch daraus, dass der Auftraggeber Bietern zudem die Rechtsfolge einer unterbleibenden Mitwirkung, nämlich einen drohenden Angebotsausschluss nach § 15 Abs. 2 VOB/A-EG, nachhaltig vor Augen zu führen hat, um sie zu der gebotenen Mitwirkung anzuhalten."

5.7. Hinweispflicht des Auftraggebers nach Bieterfragen in einer öffentlichen Ausschreibung

5.8. Hinweispflicht des Auftraggebers auf erkannte Kalkulationsfehler des Auftragnehmers

Bei der Prüfung der Angebote können dem Auftraggeber Ungereimtheiten auffallen. Es stellt sich dann die Frage, ob der Auftraggeber verpflichtet ist, den Auftragnehmer auf erkannte Fehler hinzuweisen.

---

30 VK Südbayern, Beschl. v. 14.02.2014, Z3-3-3194-1-43-12/13, m.w.N,

31 OLG Düsseldorf 2015-10-21 - Verg 35/15, IBRRS 2928

Die Pflicht zur Rücksichtnahme gem. § 241 Abs.2 gebietet es dem Auftraggeber dem Auftragnehmer den Zuschlag nicht zu erteilen,

"wenn dem Bieter aus Sicht eines verständigen öffentlichen Auftraggebers bei wirtschaftlicher Betrachtung schlechterdings nicht mehr angesonnen werden kann, sich mit dem irrig kalkulierten Preis als einer auch nur annähernd äquivalenten Gegenleistung für die zu erbringende Bau-, Liefer- oder Dienstleistung zu begnügen"[32]

6 Prüf- und Hinweispflichten im Angebotsstadium für den Auftragnehmer

6.1. Prüfpflicht des Auftragnehmers aufgrund vertraglicher Vereinbarung

6.2. Prüfpflicht des Auftragnehmers durch Vereinbarung in AGB

6.3. Prüfpflicht des Auftragnehmers nach Treu und Glauben

OLG Nürnberg 2014-02-28[33]

Wenn der im Baugewerbe erfahrene Auftraggeber zwei Angebote über zwei verschiedene Putzarten erhält und sich ohne weitere Nachfrage entscheidet, welche er verwendet haben will, ist davon auszugehen, dass er um deren Vor- und Nachteil weiß. Eine besondere Hinweis- und Aufklärungspflicht besteht dann für den Auftragnehmer nicht.

6.4. Hinweispflicht des Auftragnehmers aus Treu und Glauben

7 Prüf- und Hinweispflichten hinsichtlich der Ausschreibungsunterlagen im Vergabeverfahren für den Auftragnehmer

7.1. Prüfungspflicht des Auftragnehmers der Ausschreibungsunterlagen im Hinblick auf Verfahrensverstöße.

7.2. Prüfungspflicht des Auftragnehmers von Ausschreibungsunterlagen auf Lücken im Leistungsverzeichnis

Beispiel: OLG Düsseldorf 2015-03-24 - 21 U 136/"14 Bohrbarkeit des Bodens"

Der Auftraggeber beauftragte den Auftragnehmer u.a. mit dem Verbau von Bohrpfahlwänden. Der Ausschreibung lagen Bodengutachten zugrunde. Der Auftraggeber meldet Behinderung an: im Baugrundgutachten fehlten zwingende Angaben über die Gesteinsfestigkeit. Auch seien die Bodenkennwerte lediglich gemäß der DIN 18300 angegeben worden, diese DIN gelte aber nur für Erdarbeiten. Da nach dem Baugrundgutachten das beschriebene Ge-

32 BGH 2014-11-11 - X ZR 32/14, IBRRS 2014,3221
33 OLG Nürnberg 2014-05-28 - 2 U 2205/12, BauR 2014,2143

stein problemlos zu bohren sei, habe sie mit einer einaxialen Druckfestigkeit von 50 - 100 MN/qm kalkuliert, Die neuesten Prüfergebnisse hätten aber ergeben, dass es sich bei dem Gestein um eine feinkörnige quarzitische Grauwacke mit Druckfestigkeiten zwischen 140 und 150 MN/m 2 handele.

"Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Ausschreibung des Beklagten demgegenüber hinsichtlich der Beschreibung der Bohrbarkeit nicht erschöpfend war und somit den formellen Anforderungen an eine Leistungsbeschreibung nach der VOB/A nicht genügt haben mag. Weder das in Bezug genommene Baugrundgutachten noch die Ausschreibung selbst enthielten explizite Angaben zur Bohrbarkeit. Fehlen solche, kann der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag aber nicht dahingehend ausgelegt werden, dass der Auftragnehmer von einer bestimmten Bohrbarkeit ausgehen darf. Hierin liegt der entscheidende Unterschied zu den von der Klägerin im ihrem Schriftsatz vom 06.01.2015 zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH NJW 2013, 1957; NJW 2013, 3511). Werden Bodenarbeiten ohne Hinweis auf eine Kontamination des Aushubmaterials ausgeschrieben, obwohl diese nach der einschlägigen DIN anzugeben gewesen wäre, und lässt sich diese auch nicht aus sonstigen Umständen entnehmen, kann der Auftragnehmer davon ausgehen, dass keine Kontamination besteht und nur der Aushub schadstofffreien Bodens geschuldet war (vgl. BGH NJW 2013, 1957). Fehlt ein Hinweis auf eine nur zeitweise bestehende Baufreiheit, kann der Unternehmer davon ausgehen, dass diese durchgängig gegeben ist, auch wenn sich dies nicht eindeutig aus der Ausschreibung ergibt (vgl. BGH NJW 2013,3511). Beiden Entscheidungen ist gemein, dass mangels eindeutiger abweichender Angaben der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag so auszulegen war, dass der Unternehmer mit den jeweiligen Erschwernissen (Bodenkontamination, Hochspannungsleitung) nicht zu rechnen brauchte. Anders liegt der Fall jedoch bei der Bohrbarkeit eines Bodens. Fehlen hierzu Angaben, kann nicht unterstellt werden, dass zwischen den Parteien nach ausschreibungskonformer Auslegung ein bestimmter Grad der (einfachen) Bohrbarkeit vereinbart werden sollte.

Glaubt der Auftragnehmer, wie hier die Klägerin, aufgrund seiner Erfahrung anhand der ihm bekannten Feststellungen eines Baugrundgutachtens von diesen auch auf die Bohrbarkeit schließen zu können, übernimmt er damit zugleich das Risiko, das in dieser Schlussfolgerung, die nicht Vertragsbestandteil wurde, liegt. Schließt der Auftragnehmer einen Vertrag auf der Grundlage einer Schlussfolgerung, die gegenüber dem Vertragspartner vor Vertragsschluss nicht offen gelegt und auch nicht Vertragsbestandteil wurde, geht es zu seinen Lasten, wenn sich diese Schlussfolgerung im Nachhinein als unzutreffend erweist. Der Wirksamkeit eines Vertragsschlusses steht dies nicht entgegen, denn der Auftragnehmer ist nicht gehindert, ein Risiko zu übernehmen, das sich durch ein Angebot auf eine unklare oder unvollständige Leistungsbeschreibung ergibt (vgl. BGH NJW 2008. 2106). Stellt sich nach der gebotenen Vertragsauslegung heraus, dass er nach dem Vertrag eine Leistung schuldet, die er infolge der Unklarheit oder Unvollständigkeit der Leistungsbeschreibung so nicht einkalkuliert hat, kann er von den Geeichter keine Korrektur seiner für ihn nachteiligen Vertragsentscheidung verlangen (BGH, aaO; m.w.N.). Solche Fälle können insbesondere dann vorliegen, wenn für die Kalkulation notwendige Angaben fehlen (vgl. BGH, aa0 unter Verweis auf BGH BauR 1997, 464 = ZfBR 1997, 197). Dieses Ergebnis kann der Auftragnehmer dadurch vermeiden, dass er ein erkennbar lückenhaftes Leistungsverzeichnis nicht einfach hinnimmt, sondern entsprechend seiner vorvertraglichen Obliegenheit sich daraus ergebende Zweifelsfragen vor Abgabe des Angebots klärt. Aufkommende Zweifel hat er vor Abgabe des Angebots auszuräumen, wenn sich das mit zumutbarem Aufwand machen lässt (vgl. BGH a.a.O. m.w.N.). Unterlässt der Unternehmer diese Aufklärung einer unklaren Leistungsbe-

schreibung, kann dies zur Folge haben, dass die Auslegung des Vertrages zu einem anderen Ergebnis kommt, als er es seiner Kalkulation zugrunde gelegt hat. So liegt der Fall hier. Das Leistungsverzeichnis war zwar hinsichtlich fehlender expliziter Angaben zur Bohrbarkeit lückenhaft. Die von der Klägerin geschuldete Leistung war ansonsten jedoch funktional unter Verweis auf das Baugrundgutachten ausreichend beschrieben."

7.3. Typische Fehler im LV

7.4. Sofortige Prüfung bei Vergaberecht

Nach einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs[34] ist bei der Prüfung der Erkennbarkeit der Maßstab eines durchschnittlich fachkundigen Bieters, der die übliche Sorgfalt anwendet, anzulegen.

7.5. Prüfintensität

7.6. Prüfpflicht des Auftragnehmers bei Abgabe eines Nebenangebots / Sondervorschläge

7.7. Hinweispflicht des Auftragnehmers auf erkannte Mängel in der Ausschreibung

7.8. Konsequenzen unterlassener bzw. erteilter Hinweise im Vergabeverfahren

7.9. Checkliste zur Prüf- und Hinweispflicht des Auftragnehmers im Vergabeverfahren

8 Prüf- und Hinweispflichten <u>während</u> der Auftragsabwicklung für den <u>Auftraggeber</u>

8.1. Prüf- und Hinweispflichten des Auftraggebers hinsichtlich Ausführungsunterlagen des Auftragnehmers

8.2. Prüfpflicht von Vorunternehmerleistungen

8.3. Prüfpflicht des Auftraggebers hinsichtlich der Ausführung der Leistungen

8.4. Prüfpflicht des Auftraggebers nach Bedenkenanmeldung durch den Auftragnehmer

---

[34] EuGH 2015-03-12 - Rs. C-538/13, Urteilsanmerkungen Vorwalter,Sebastian, EuZW 2015,391, Summa, IBR 2015,269

Beispiel: BGH 2015-03-12 [35]

Die Stadt setzte einen Projektsteuerer als Ansprechpartner und Entscheidungsträger ein. Dieser ließ den Hinweis der Bau-ARGE noch vor Beginn der Ausführung hinsichtlich gewisser Risiken bei der Durchführung eines Verdichtungsverfahrens - DYNIV-Verfahren - unberücksichtigt. Es kam zu Setzungen im Boden.

"Nach der Rechtsprechung des Senats darf der Auftraggeber die Baumaßnahme nicht ohne Weiteres auf der Grundlage offenkundiger Risiken vornehmen lassen, denn der Auftraggeber, dem sich auf Grund der Kenntnis tatsächlicher Umstände eine bestimmte Gefahrenlage aufdrängen muss, verstößt regelmäßig gegen die in seinem eigenen Interesse gem. § 254 I BGB bestehende Obliegenheit, sich selbst vor Schaden zu bewahren, wenn er die Augen vor der Gefahrenlage verschließt und das Bauvorhaben ohne Weiteres durchführt."

8.5. Hinweispflicht des Auftraggebers auf erkannte Mängel während der Auftragsabwicklung

8.6. Hinweispflicht des Auftraggebers auf drohende Risiken und Gefahren

9 Prüf- und Hinweispflichten während der Auftragsabwicklung für den Auftragnehmer

9.1. Hinweispflichten nach Auftragserhalt und vor Beginn der Ausführung

9.2. Vertragliche Vereinbarungen über die Prüfung von auftraggeberseitigen Plänen, beigestelltem Material und Vorleistungen anderer Unternehmer

9.3. Auslegung vertraglicher Vereinbarungen zur Prüf- und Hinweispflicht

9.4. Vertragliche Vereinbarungen über den Ausschluss bzw. die Beschränkung der Prüf- und Hinweispflichten bzw. des Risikos des Auftraggebers

Im Wege der Individualvereinbarung können die Parteien negative Regelungen treffen, also die Pflichten einer Partei ausschließen oder begrenzen.

Dabei ist aber darauf zu achten, dass die Regelungen eindeutig sind.

Beispiel: OLG Düsseldorf 2014-10-10 - 22 U 72/14[36]

Der Auftragnehmer erhielt den Auftrag zur Konzeption und Herstellung von Kühlgeräten/Klimaanlagen für IT-Systeme und baute in die von dem Auftraggeber beigestellten Kühl-

35 BGH 2015-03-12 - VII ZR 173/13, NZBau 2015,369
36 OLG Düsseldorf 2014-10-10 - 22 U 72/14, IBRRS 2015, 13

gerätegehäuse Kompressoren, Ventilatoren und Wärmetauscher ein. Die beigestellten Blechgehäuse waren jedoch um ca. 2 cm kleiner gegenüber den Circa-Angaben in dem Angebot des Klägers. Unter der Überschrift "Hinweise" hatte der Auftragnehmer unter an-derem auch darauf hingewiesen, dass die genannte Leistung nur bei Einhaltung der bauseitigen Parameter erreicht werden könne und die berechnete Luftleistung einem Druckverlust von 250 Pascal entspreche.

Aufgrund des kleineren Gehäuses wurde der Druckverlust überschritten und so die vertraglich vereinbarte Nutzkühlleistung nicht erreicht. Der Auftraggeber behält Geld ein und rechnet den Kosten für die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung auf.

Liegt ein Mangel vor, oder wurde die Vertragsleistung durch den Hinweis des Auftragnehmers modifiziert?

Das OLG Düsseldorf legt den Vertrag so aus, dass der Hinweis den Vertragsinhalt nicht geändert habe. Der bloße Informationscharakter ergebe sich bereits aus der Positionierung unter der Überschrift "Hinweis". Dort erwarte der Leser nur Informationen und Hinweise Eine Einschränkung der Laufleistung aufgrund bauseitiger Parameter und dadurch sich ändernder technischer Werte der Geräte wären hingegen für einen objektiven Empfänger im unmittelbaren Zusammenhang mit der vereinbarten Leistung zu erwarten gewesen. In der Formulierung "nur bei Einhaltung der bauseitigen Parameter" erkennt das Gericht keine Verpflichtung zur Einhaltung einer konkreten Gehäusegröße. Um dies zu erreichen, hätte der Auftragnehmer am Ende des Angebots noch einen Zusatz beifügen müssen, wie beispielsweise: "Die genannte Leistung wird nur bei Einhaltung der bauseitigen Parameter, insbesondere der Lieferung eines Gehäuses mit den genauen unter "technische Daten" genannten Maßen, erreicht." Die Angabe einer Circa-Größe ohne jede Toleranz spreche ebenfalls gegen die Annahme einer Verpflichtung. Habe eine Partei ein besonderes Interesse an dem Vorhandensein einer bestimmten Beschaffenheit oder Eigenschaft, so sei die exakte Beschreibung ein Indiz.

Das Gericht unterscheidet den "bloßen Informationscharakter" eines Hinweises von einer annahmebedürftigen Willenserklärung.

Das wirft allerdings die Frage nach dem Rechtscharakter von Informationen in einem Angebot auf. Wann bestimmen sie den Liefer- und Leistungsumfang und wann nicht? Da sich alle technischen Parameter und Rahmenbedingungen für die Auftragsabwicklung als relevant herausstellen können, wäre es für den Auftragnehmer gefährlich zu differenzieren. Er müsste entweder dem Vorschlag des Gerichts folgen und alle (nochmal) am Ende des Ange-botes aufführen oder aber in anderer Weise deutlich machen, dass die Befolgung seiner Hinweise eine Mitwirkungsobliegenheit des Auftraggebers darstellen.

9.5. Vertragliche Vereinbarungen durch AGB über den Ausschluss bzw. die Beschränkung der Prüf- und Hinweispflichten bzw. des Risiko

9.6. Vertragliche Vereinbarung von Prüf- und Hinweispflichten durch Vereinbarung der VOB/B

9.7. Vertragliche Vereinbarung von Prüf- und Hinweispflichten durch Bezugnahme auf Fach-DIN

9a Prüf- und Hinweispflichten während der Auftragsabwicklung

für den Architekten

Soweit der Architekt als Vertreter des Auftraggebers im Verhältnis zum Auftragnehmer tätig wird, werden die an ihn gestellten Anforderungen im Zusammenhang mit den Pflichten des Auftraggebers mitbehandelt. Verletzungen seiner Pflichten werden je nach vertretener Ansicht dem Auftraggeber immer oder nur in bestimmten Konstellationen zugerechnet.

Soweit sein eigenes Vertragsverhältnis mit dem Auftraggeber betroffen ist, kommt es für die Beurteilung wesentlich auf den Inhalt der getroffenen Vereinbarungen an. Zwar betrifft die HOAI lediglich Preisrecht, gleichwohl wird sie bei der Auslegung des Vertrages berücksichtigt.

9a.1 Prüfpflichten im Rahmen der Bauüberwachung

Hierzu hat das OLG Düsseldorf[37] zusammengefasst:

„*1. Die "Objektüberwachung" umfasst vor allem das Überwachen der Ausführung des Objekts auf Übereinstimmung mit der Baugenehmigung, den Ausführungsplänen und dem Leistungsverzeichnis, den Regeln der Baukunst und Technik und den einschlägigen Vorschriften. Der Architekt muss deshalb prüfen, ob die tatsächliche Bauausführung durch die jeweiligen Lieferanten/Auftragnehmer an Ort und Stelle mit den Vorgaben der Planung übereinstimmt, damit die Errichtung eines mangelfreien und funktionstauglichen Bauwerks sichergestellt wird.*

2. Auch einfache Tätigkeiten, die für die Funktionalität der Gesamtwerkleistung nicht wichtig sind, sind zumindest stichprobenartig zu überwachen. Die Bauüberwachung darf sich insoweit nicht darauf beschränken, die von den Lieferanten und Auftragnehmern vorgelegten Papiere einer bloßen Durchsicht vom Büroschreibtisch aus zu unterziehen.

3. Der Architekt muss sein Augenmerk im Rahmen der Bauleitung/-überwachung insbesondere auf schwierige oder gefahrenträchtige Arbeiten, typische Gefahrenquellen und kritische Bauabschnitte richten, wozu Betonierungs- und Bewehrungsarbeiten, Ausschachtungs- und Unterfangungsarbeiten sowie vergleichbare Arbeiten gehören. Solche Arbeiten müssen in besonderer Weise beobachtet und überprüft werden. Dies gilt auch bei Bewehrungs-/Betonierungsleistungen zur Herstellung einer "weißen Wanne".

4. Erhöhte Anforderungen an die Bauüberwachungspflicht des Architekten entstehen zudem, wenn sich im Verlaufe der Bauausführung Anhaltspunkte für Mängel ergeben. Die erkennbare Unzuverlässigkeit oder technische Schwächen eines Werkunternehmers ist eine weitere Fallgruppe erhöhter Anforderungen an die Bauüberwachungspflicht des Architekten"

Beispiel OLG Hamm 2014-06-17[38] "Abdichtungsarbeiten"

Ein Auftraggeber beauftragte mit den Gartenarbeiten einen Garten- und Landschaftsbauer. Unstreitig hielt dieser die nach der DIN 18195 erforderliche Höhendifferenz/Türschwellenhöhe von 15 cm von den wasserführenden Terrassen- und Rasenflächen zu den Schwellen der bodentiefen Fenster- und Türelemente im Erdgeschoss nicht ein und brachte in diesem Bereich auch keine Ablaufrinnen an.

---

37 OLG Düsseldorf 2012-12-21 - 23 U 18/12, Beck-Online

38 OLG Hamm 2014-06-17 - 24 U 20/13, IBRRS 2015,1835

" Die Pflicht zur Bauüberwachung erstreckt sich dabei auch gerade darauf, die Arbeiten aller am Bau tätigen Unternehmer gezielt zu koordinieren und zu überwachen, um zu gewährleisten, dass das Bauwerk insgesamt mangelfrei und funktionstauglich errichtet wird (allgemein zum Inhalt der Bauüberwachungspflicht: BGH, NJW 1994, 1276; vgl. zur - jedoch nicht nur bei der Bauüberwachung zu beachtenden - Koordinierungspflicht: OLG Stuttgart, NJW-RR 2007, 739; Koeble, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts (3. Aufl.), 12. Teil Rdnr. 429 a.E.). Dabei trifft einen Architekten eine erhöhte Bauüberwachungspflicht bei besonders wichtigen und gefahrgeneigten Arbeiten, zu denen Abdichtungsarbeiten zweifellos gehören (vgl. BGH, NJW 2000, 2991; BGH, NJW 1994, 1276; OLG Stuttgart, BauR 2001, 671; Koeble, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts (3. Aufl.), 12. Teil Rdnr. 425; Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess (14. Aufl.), Rdnr. 2017, 2014 - jeweils mwN)

.

Beispiel: OLG München 2011-02-22 [39] " Vertrauen auf Herstellerangaben"

In der Ausschreibung war hinsichtlich des Daches weder ein regensicheres noch ein wasserdichtes Unterdach vorgesehen. In der Folgezeit kamen Bedenken auf, ob dies ausreichend sei. Daraufhin fragte der Architekt beim Hersteller der vorgesehenen Dachziegel hinsichtlich des erforderlichen Unterbaus und der Regeldachneigung für diese Ziegel an,der mitteilte, die regensichere Mindestdachneigung für die vorgesehenen Ziegel betrage 15 Grad. Hierfür werde entgegen den Dachdecker-Fachregeln eine Garantie übernommen.

"Nach der Rechtsprechung des BGH darf ein Architekt in seiner Planung nur eine Konstruktion vorsehen, von der er völlig sicher ist, dass sie den an sie zu stellenden Anforderungen genügt. Er würde schuldhaft handeln, wenn er darüber Zweifel hegen müsste und sich dennoch nicht vergewisserte, ob der von ihm verfolgte Zweck auch zu erreichen ist. Dies gilt für die ursprüngliche Planung, aber auch für spätere Planungsänderungen. Dabei darf ein Architekt die Konstruktion eines Fachunternehmens übernehmen, dessen Spezialkenntnisse den seinen überlegen seien und die von ihm auch nicht ohne weiteres erwartet werden können. Ihn trifft jedenfalls dann kein Verschulden, wenn er sich zur Lösung einer bestimmten Spezialaufgabe an ein Unternehmen wendet, das sich hierauf besonders eingerichtet hat und wenn für ihn kein triftiger Grund besteht, den Spezialkenntnissen und Erfahrungen dieses Unternehmens zu misstrauen. Diese Rechtsprechung des BGH hat in der Literatur Zustimmung erfahren."

"Der Architekt darf die Konstruktion eines Fachunternehmens übernehmen, dessen Spezialkenntnisse den seinen überlegen sind. Ihn trifft kein Verschulden, wenn er sich zur Lösung einer bestimmten Spezialaufgabe an ein Unternehmen wendet, das sich hierauf besonders eingerichtet hat und wenn für ihn kein triftiger Grund besteht, den Spezialkenntnissen und Erfahrungen dieses Unternehmens zu misstrauen.

Erhält der Architekt vom Dachziegelhersteller eine Garantieerklärung, dass die Wasserdichtigkeit des Daches auch bei einer den Dachdecker-Fachregeln widersprechenden Dachneigung von 15° statt 30° gewährleistet ist, braucht er diese Auskunft nicht durch die Hinzuziehung eines Sachverständigen zu überprüfen."

OLG München 2015-01-15[40] , Beschluss vom 15.01.2015 - 9 U 3395/14 Bau

---

39 OLG München 2011-02-22 - 13 U 4056/10, BauR 2011,1197

40 OLG München 2015-01-15 - 9 U 3395/14 Bau, IBRRS 2015,0507

"Der bauüberwachende Architekt hat nur die im Zeitpunkt seiner Leistungserbringung geltenden DIN-Normen zu beachten. Kommt es in der Gewährleistungsphase des überwachten Bauunternehmers zu einer Änderung dieser DIN-Normen, kann der Architekt nicht auf Schadensersatz wegen Baumängeln in Anspruch genommen werden. "

Eine außergewöhnliche Fallkonstellation hatte das OLG Naumburg zu prüfen. Hier war es der Planer, der sich auf die Kompetenz des Auftragnehmers berief und erfolgreich den Anspruch seines Auftraggebers abwehrte.

Beispiel: OLG Naumburg 2014-10-01 [41]- Architekt und Fachunternehmen

Es werden PVC-Fassadenblatten eingebaut, die sich als objektiv ungeeignet erweisen. Der Auftraggeber, der sich für die Platten entschieden hatte nimmt den Ingenieur in Anspruch, der unstrittig keine Prüfungen vorgenommen hatte, sondern sich auf die Angaben des Verkäufers des Baumaterials verlassen hatte.

"1. Ein mit "Vorplanungen zur Lösung der Aufgabenstellung wie Recherche zum Materialeinsatz und Untersuchung unterschiedlicher Varianten zur Zielvorstellung" beauftragter Ingenieur hat die Brauchbarkeit des in seine Planung einbezogenen Baumaterials zu überprüfen und den Auftraggeber hierüber aufzuklären bzw. zu beraten. 2. Ein Ingenieur kann von seiner Hinweispflicht entbunden sein kann, wenn der Auftraggeber Sonderfachleute eingeschaltet hat und der Ingenieur davon ausgehen darf, dass der Fachmann den Auftraggeber über sämtliche Gesichtspunkte aufgeklärt hat. Das gilt insbesondere dann, wenn zwischen dem Auftraggeber und dem Spezialunternehmen für die Lösung einer bestimmten Sonderaufgabe ein selbstständiger Beratungsvertrag geschlossen wurde."

"Zu Recht hat das Landgericht in dem angefochtenen Urteil ausgeführt, dass der Auftragnehmer seiner Hinweispflicht gegenüber dem Auftraggeber dann entbunden sein kann, wenn dieser Sonderfachleute eingeschaltet hat und der Auftragnehmer davon ausgehen darf, dass der von dem Auftraggeber eingeschaltete Fachmann über sämtliche Gesichtspunkte aufgeklärt hat und der Auftraggeber von dem Sonderfachmann die erforderlichen Informationen erhält (vgl. OLG Düsseldorf, BauR 2004, 99). Dies gilt insbesondere dann, wenn eine Beratung durch ein Unternehmen erfolgt, das Spezialkenntnisse besitzt, die denen des Architekten überlegen sind, und wenn für die Lösung einer bestimmten Spezialaufgabe ein selbständiger Beratungsvertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Spezialunternehmen zustande kommt (OLG München, BauR 2011, 1197). Dabei ist der stillschweigende Abschluss eines Auskunfts-/Beratungsvertrages regelmäßig dann anzunehmen, wenn die Auskunft für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung ist und er sie zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse machen will; dies gilt insbesondere in Fällen, in denen der Auskunftgeber für die Erteilung der Auskunft besonders sachkundig oder ein eigenes wirtschaftliches Interesse bei ihm Im Spiel ist. Die besondere Sachkunde oder das eigene wirtschaftliche Interesse des Auskunftgebers und die Bedeutung der Auskunft für den Empfänger reichen allerdings für das Zustandekommen eines Vertrages nicht aus, sondern stellen nur Indizien dar, die in die Würdigung der gesamten Gegebenheiten des konkreten Falles einzubeziehen sind. Entscheidend kommt es darauf an, ob die Gesamtumstände unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und des Verkehrsbedürfnisses den Schluss zulassen, dass beide Teile nach dem objektiven Inhalt ihrer Erklärungen die Auskunft zum Gegenstand vertraglicher Rechte und Pflichten gemacht haben (vgl. BGH, NJW-RR 1992, 1011). Dabei muss die beratende Tätigkeit des Verkäufers nach Inhalt, Umfang, Intensität und Bedeutung für den Käufer deutlich über das

[41] OLG Naumburg 2014-10-01 - 12 U 18/14, IBRRS 2015,0124

hinausgehen, was im allgemeinen seitens des Verkäufers für die sachgemäße Anwendung oder den Einsatz des Kaufgegenstandes in beratender oder empfehlender Weise geleistet wird (vgl. BGH, NJW 1999, 3192). Die Beratung darf nicht bloß aus Gefälligkeit erfolgen. Vielmehr müssen beide Parteien mit Rechtsbindungswillen handeln (vgl. OLG Stuttgart, NJW-RR 2010, 236)."

Ohne den Umweg über die Annahme eines Beratungsvertrages hat das OLG Schleswig in einer Entscheidung festgestellt, dass auch die Verantwortung des Planers und Überwachers an ihre Grenze stößt, wo die ausführende Firma mit besonderen Fachkenntnissen ausgestattet ist.

Beispiel: OLG Schleswig 2014-10-10 [42], IBRRS,2015,2935

Der Auftraggeber beauftragte eine ARGE aus Abbruchunternehmen mit dem Abbruch alter Kasernengebäude. Nach diesem Vertrag waren die Kläger verpflichtet, die begleitende stichprobenartige Analyse des entstandenen Abbruchguts durch einen zugelassenen Gutachter eigenverantwortlich zu veranlassen. Auf der Baustelle gewonnenes Recycling-Material sollte auf dem Gelände wieder verfüllt werden. Die entstehenden Materialien sollten nach den jeweiligen gültigen Vorschriften separiert und getrennt entsorgt sowie unbelastete Baustoffe zum Wiedereinbau vorbereitet werden. Dem Architeken wird vorgeworfen, er habe diesbezüglich seine Überwachungspflicht verletzt.

" Diese nach Auffassung des Senates hier sachgerechte Aufgabenaufteilung entspricht im Übrigen auch dem Leitbild zur Aufgabenaufteilung, wie es im Ergebnis auch die hier anzuwendende, bis 2009 in Kraft befindliche Fassung der HOAI regelte. Im Gegensatz dazu fällt in der gegenwärtig geltenden Fassung der HOAI auf, dass sie bei Abbruchleistungen als Honorarregime, welches letztlich auch die vertraglich geschuldeten Leistungen im jeweiligen Fall abbildet, nicht mehr anwendbar sein soll (dazu Löffelmann/Fleischmann-Rohrmüller, Architektenrecht, Kapitel 36 Rz. 54).

Für den Geltungsbereich der hier anzuwendenden HOAI in der früheren bis 2009 geltenden Fassung ist generell zu berücksichtigen, dass die Anforderungen an die Architekten in der Leistungsphase 8, der Objektüberwachung, dann geringer sein können, wenn Sonderfachleute die diesbezüglichen Planungen erledigen bzw. erledigt haben. Unter diesen Umständen ist eine besondere Nachkontrolle der Arbeit von Sonderfachleuten durch die Architekten grundsätzlich nicht geschuldet (dazu Löffelmann/Fleischmann, Kapitel 4 Rz. 528). Das gilt insbesondere dann, wenn der planende und überwachende Architekt seinerseits die erforderlichen Fachkenntnisse nicht hat und auch nicht haben muss.

So liegen die Dinge auch hier. Denn die ARGE hatte sich selbst als besonders erfahrener Fachbetrieb, bzw. als bestehend aus ausgewiesenen Fachbetrieben bezeichnet, die insbesondere mit dem Abbruch von Kasernen vertraut gewesen sein sollen. Danach war einem Fachbetrieb mit besonderen einschlägigen Kenntnissen die Leistung übertragen worden, so dass sich die Überwachungsverpflichtung der Kläger als bauleitende Architekten darauf beschränkte, sicherzustellen, dass die anzunehmende besondere Fachkenntnis im Einzelfall auch tatsächlich zum Tragen kam. Dieser Umstand erklärt auch die Beschränkung des Honorars der Kläger bezogen auf die Leistungsphase 8 mit lediglich 5 Prozent Anteil am Gesamthonorar.

---

[42] OLG Schleswig 2014-10-10 - 1 U 88/11, IBRRS,2015,2935

9a.2 Prüfpflichten von Planungsunterlagen

OLG Düsseldorf 2015-10-01[43]

"Hat sich ein Architekt vertraglich zur Kontrolle der Ausführungsplanung vertraglich verpflichtet, muss er sich auch mit etwaigen eigenmächtigen Anordnungen/Planungsänderungen seitens eines weiteren vom Bauherrn eingeschalteten Architekten - jedenfalls im Rahmen seiner Koordinierungspflichten - inhaltlich auseinandersetzen und ggf. korrigierend eingreifen und darf sich jedenfalls nicht ohne eindeutigen Hinweis an die Bauherrin darauf zurückziehen, mit alledem habe er schlicht nichts mehr zu tun."

Die Prüf- und Hinweispflichten des Architekten sind nicht statisch, sondern hängen auch von den Vorentscheidungen des Auftraggebers ab. Ein Beispiel:

OLG Braunschweig 2012-08-16 [44]

" 1. Die bauphysikalischen Klimaverhältnisse im Innenbereich eines Bürogebäudes sind üblicherweise von einem speziellen Fachplaner zu planen. Unterlässt es der Bauherr, mit diesen Leistungen einen Fachingenieur zu beauftragen, hat der Objektplaner den Bauherrn auf die damit verbundene Planungsunsicherheit hinzuweisen.

2. Die Erstellung der Vorgaben für die Planung der Revisionsöffnungen ist grundsätzlich Sache des Fachplaners für die Bereiche Heizung, Lüftung und Sanitär, wenn diese Fachingenieurleistungen aus dem mit dem Objektplaner geschlossenen Architektenvertrag ausgenommen wurden.

3. Auch wenn die Planung der Revisionsklappen Gegenstand der Architektenleistung ist, müssen die dafür erforderlichen Angaben über die Notwendigkeit sowie die örtliche Lage und die Dimensionen der Revisionsklappen vom Fachingenieur für technische Gebäudeausrüstung vorgegeben werden. Der Fachplaner für den Bereich Heizung, Lüftung, Sanitär ist deshalb gehalten, den Objektplaner über die Notwendigkeit und Lage der Revisionsklappen zu informieren.

4. Der mit der Objektplanung beauftragte Architekt hat die Planung des Fachplaners lediglich daraufhin zu überprüfen, ob sie mit seiner Planung übereinstimmt, in sich stimmig ist und keine offensichtlichen Fehler enthält."

9a.3 Prüfpflichten hinsichtlich Kosten

OLG München 2014-12-16 - 9 U 491/14 Bau [45]

Pflicht zur Kostenkontrolle: Architekt muss Bauherrn nach Kostenrahmen fragen!

"Der nur mit den Leistungsphasen 6 - 8 beauftragte Architekt muss sich zur Erfüllung der von ihm als Grundleistung geschuldeten Pflicht zur Kostenkontrolle schon vor der Auftragserteilung des

---

43 OLG Düsseldorf 2015-10-01 - 22 U 48/14, IBRRS 2015,2725

44 OLG Braunschweig 2012-08-16 - 8 U 23/11, IBRRS 2015,1025 (BGH 2015-04-09 - VII ZR 243/12 (NZB zurückgewiesen)

45 OLG München 2014-12-16 - 9 U 491/14 Bau, IBRRS 2015,0496

Bauherrn an Bauunternehmer über den vom Bauherrn gewollten Kostenrahmen von diesem informieren lassen."

9a.4 Prüf- und Hinweispflichten während der Gewährleistungsfrist

OLG Celle 2015-03-05[46] - 6 U 101/1 IBR 1015,612

"Wird der Architekt mit der Erbringung der Leistungsphasen 1 bis 8 gemäß § 15 HOAI 1996 beauftragt und werden ihm innerhalb der Gewährleistungsfrist Baumängel angezeigt, trifft den Architekten eine Untersuchungs- und Mitteilungspflicht."

10 Prüf- und Hinweispflichten während der Auftragsabwicklung in der Rechtsprechung des III. Senats des BGH

11 Prüf- und Hinweispflichten während der Auftragsabwicklung in der Rechtsprechung des X. Senats des BGH

12 Prüf- und Hinweispflichten während der Auftragsabwicklung auf Grundlage der Rechtsprechung des VII. Senats des BGH

12.1. funktionaler Leistungsbegriff des BGH

12.2. Beschaffenheitsvereinbarung

12.3. Regeln der Technik

12.4. Funktionalitätsvereinbarung

12.4.1. Ist die Funktionalitätsvereinbarung aus der Beschaffenheitsvereinbarung abzuleiten oder handelt es sich um zwei parallel wirkende Vereinbarungen?

12.4.2. Terminologie

12.4.3. Checkliste zur Funktionalitätsvereinbarung

12.5. Abweichende Rechtsprechung

Das OLG Schleswig 2012-12-04[47] sieht bei einem Werkvertrag außerhalb der VOB/B eine Prüf- und Hinweispflicht aus § 242 BGB und gewährt einen Anspruch aus § 280 BGB.

---

46 OLG Celle 2015-03-05 - 6 U 101/1 IBR 1015,612

47 OLG Schleswig 2012-12-04 3 U 102/09, ibr-online 2014, Dok. 96005

Beispiel: OLG Schleswig 2012-12-04

Bei Arbeiten zur Neueindeckung eines Daches wurden Schäden an der Unterspannbahn sichtbar, die aber nicht zu Gewerk des Dachdeckers gehörten.

„Bei einem Bauvertrag muss jeder Unternehmer prüfen, ob die Vorarbeiten eines anderen Unternehmers, auf denen seine eigene Leistung aufbaut, eine geeignete Grundlage bilden und keine Eigenschaften besitzen, die den Erfolg seiner eigenen Arbeit in Frage stellen könnten. Muss er insoweit Bedenken haben, muss er es dem Auftraggeber mitteilen. Diese Prüfungs- und Anzeigepflicht des Auftragnehmers folgt aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. Sie gilt deshalb auch außerhalb ihrer Normierung in § 4 Nr. 3 VOB/B bei jeglichem Bauvertrag.“

12.6. Abweichende Literaturmeinungen

12.7. Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz

Die Arbeitsgemeinschaft Baurecht im Deutschen Anwaltsverein hat hierzu Stellung genommen:[48]

"4. Der DAV empfiehlt, die Vorschläge der Arbeitsgruppe zu den Hinweis- und Mitwirkungsobliegenheiten der Baubeteiligten zu überdenken. Die Ausfüllung des Begriffs der Obliegenheit bleibt in der Praxis unscharf. Die Annahme von Obliegenheiten ist deshalb nach Auffassung des DAV für eine klare Zuweisung von Pflichten nicht geeignet. Sie fällt z.T. hinter die Regelungen in der VOB/B zurück. Es sollte im Einzelfall geprüft werden, ob nicht zumindest schuldrechtliche Nebenpflichten begründet werden sollten. Die vorgesehene Verknüpfung der neuen Regelungen mit § 642 BGB ist so lange nicht tragfähig, bis diese Norm nicht selbst eine hinreichende Konturierung erfahren hat. Generell ist der Lösungsansatz z.T. widersprüchlich, z.T. muss der Versuch, Obliegenheiten zur Prüfung und zu Hinweisen abschließend aufzulisten, angesichts der Vielgestaltigkeit der tatsächlichen Verhältnisse und Vertragslösungen scheitern."

12.8. Anwendung auf Werklieferungsverträge

12.9. Befreiung von der Haftung

12.9.1. Befreiung von der Haftung durch Rechtsgeschäft

12.9.2. Begrenzung der Haftung durch den Liefer- und Leistungsumfang

12.9.3. Begrenzung durch den Preis

---

[48] Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss für Privates Bau- und Architektenrecht Initiativstellungnahme zum Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz vom 18. Juni 2013 (AZ: IB3-3430/25-3-470/2013) Stellungnahme Nr.: 6/2015 Berlin, im Februar 2015

Bei der Auslegung des Vertrages, also insbesondere der Frage, ob sich die Parteien aus Kostengründen für eine Absenkung der Funktionalitätsanforderungen entschieden haben, ist dies zu berücksichtigen.

Die Rechtsprechung scheint aber eher skeptisch, ob dies auch ausschlaggebend ist:

" Dass der Klägerin an einer kostengünstigen Ausführung gelegen war, ist mit allgemeinen wirtschaftlichen Überlegungen ohne weiteres erklärbar, rechtfertigt aber für sich gesehen nicht die Annahme, die Parteien seien sich über eine nur provisorische Instandsetzung einig geworden."
"Allein das Bestreben des Auftraggebers, eine kostengünstige Sanierungslösung zu finden, entbindet das beauftragte Fachunternehmen jedoch nicht von einer kritischen Prüfung etwaiger Vorgaben."[49]

12.9.4. Befreiung von der Haftung durch Beachtung der Prüf- und Hinweispflicht

12.9.5. Befreiung von der Haftung, wenn Hinweis entbehrlich

12.9.6. Befreiung durch ausdrückliche Risikoübernahme des Auftraggebers

12.10. Zumutbarkeit von Prüfungsmaßnahmen für den Auftragnehmer

Eine sich in den Urteilen häufig wiederholende zusammenfassende Beschreibung lautet etwa wie folgt:

Beispiel: OLG Koblenz 2014-12-23 - 3 U 81 814/14[50]

"Grundsätzlich muss jeder Werkunternehmer, der seine Arbeit im engen Zusammenhang mit der Vorarbeit eines anderen auszuführen hat, prüfen und geeignete Erkundigungen einziehen, ob diese 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 Umständen des Einzelfalls darstellt. Was hiernach zu fordern ist, bestimmt sich nach dem von dem Unternehmer zu erwartenden Fachwissen, nach seiner Kenntnis vom Informationsstand des Vorunternehmers und überhaupt durch alle Umstände, die für den Unternehmer bei hinreichend sorgfältiger Prüfung als bedeutsam erkennbar sind. Kommt er seinen hiernach bestehenden Verpflichtungen nicht nach und wird dadurch das Gesamtwerk beeinträchtigt, so ist seine Werkleistung mangelhaft ((in Anknüpfung an BGH, 08.11.2007 - VII ZR 183/05, IBRRS 2007, 4973, BGHZ 174, 110; BGH, 12.12.2001 - X ZR 192/00, IBRRS 2002, 0233, NJW 2002, 1565; OLG Koblenz, 14.10.2014 - 3 U 742/14)."

Beispiel: OLG Düsseldorf 2014-02-14 - 22 U 101/13

"Der Umfang der Prüfungs- bzw. Bedenkenhinweispflicht hängt von den Umständen des

---

49 OLG Celle 2016-05-16 - 13 U 11/09, II 1. a), IBRRS 2015,2828
50 OLG Koblenz 2014-12-23 - 3 U 81 814/14, IBRRS 2015,46

Einzelfalls ab. Es kommt auf das vom Unternehmer zu erwartende Fachwissen, die sonstigen Umstände der Vorgaben bzw. Vorleistungen bzw. Baubestände und die Möglichkeiten zur Untersuchung an. "

12.10.1. Zumutbarkeitsbestimmung durch den Vertrag

12.10.2. Zu erwartendes Fachwissen des Auftragnehmers

Der Auftragnehmer kann sich nicht darauf berufen, dass die von ihm ausgeführten Leistungen eigentlich nicht zu seinen üblichen Tätigkeiten gehören

Beispiel: OLG Koblenz 2014-12-23 - 3 U 81 814/14[51]

"Die Beklagte vermag sich nicht erfolgreich mit der Begründung zu entlasten, sie könne als Unternehmen, das im Straßenbau tätig sei, nicht beurteilen, ob der Verputz an einem Haus sach- und fachgerecht hergestellt worden sei. Denn sie war hier nicht im Bereich des Straßenbaus tätig, sondern mit der Erstellung der Außenanlagen beauftragt. Übernimmt sie aber solche Tätigkeiten, muss sie sich auch an den damit verbundenen Anforderungen messen lassen und insbesondere beachten, dass durch die Erdarbeiten keine Schäden am Gebäude entstehen"

12.10.3. Erhöhte Zumutbarkeit bei außergewöhnlichen Bauten

12.10.4. Umstände des Einzelfalls

12.10.5. Zumutbarkeit des Einsatzes von Materialien, Geräten

12.10.6. Rechtsprechung zur Zumutbarkeit

Prüfung zumutbar

Das OLG Schleswig ist der Auffassung, dass der Hinweis auf Mängel im Vorgewerk, die nicht Gegenstand der eigenen Leistung sind auch dann zumutbar ist, wenn dieses Vorgewerk zwar nicht zwingend für die Mängelfreiheit der eigenen Leistung erforderlich ist, sich dies aber als „sinnvoll“ darstellt.

Beispiel: OLG Schleswig 2012-12-04 [52]

Bei Arbeiten zur Neueindeckung eines Daches wurden Schäden an der Unterspannbahn sichtbar, die aber nicht zu Gewerk des Dachdeckers gehörten.

„Auch wenn die Unterspannbahn technisch nicht zwingend erforderlich gewesen sein sollte, war sie doch jedenfalls außerordentlich empfehlenswert.“ „Es lag mithin gerade die bauliche Situation vor, in der sich eine Unterspannbahn als sinnvoll erwiesen hätte.“.“ Wurde

---

51 OLG Koblenz 2014-12-23 - 3 U 81 814/14, IBRRS 2015,46

52 OLG Schleswig 2012-12-04 3 U 102/09, ibr-online 2014, Dok. 96005

das Gebäude mit schadhafter Unterspannbahn fertiggestellt, wies es also offenkundig nicht die Eigenschaften auf, die der Klägers Gründen, die jedem Fachkundigen einleuchten müssen, wünschte. Wenn die Beklagte dies aber ohne Weiteres erkennen konnte, musste sie ihn auch darauf hinweisen. Darauf, ob es rechtlich vielleicht vertretbar gewesen wäre, auf eine Unterspannbahn zu verzichten, kommt es nicht an."

Prüfung unzumutbar

Beispiel: OLG Köln 2013-07-14[53] Asbestdemontage

Bei der Demontage eines Lüftungskanals wird Asbest frei.

„Der Beklagten oblag auch keine Untersuchungspflicht. Hierfür ist ebenfalls wesentlich, dass sich Asbest nur in dem letzten Anschlussstück befand und durch Sichtkontrolle nicht zu erkennen war. Die Untersuchungs- und Prüfungspflicht des Werkunternehmers beschränkt sich auf die technischen und handwerklichen Überprüfungen, die ihm möglich und zumutbar sind. Für die Beklagte, die mit den Demontagearbeiten erst in nachträglicher Ergänzung zu ihrem Ursprungsauftrag betraut worden war, die auf die Beseitigung von Asbest nicht spezialisiert war und die von der Klägerin keinen Hinweis auf eine Asbestproblematik erhalten hatte, ergab sich keine Veranlassung sozusagen aufs Geratewohl eine kostspielige Untersuchung auf eine rein hypothetische Asbestgefahr durchführen zu lassen (vgl. OLG Hamm NJW-RR 2003, 82 = BauR 2003, 406). Die Beklagte war auch nicht gehalten, die Klägerin auf eine solche nach Lage des Falles nur hypothetische Gefahr hinzuweisen, zumal die Klägerin nicht unter Beweis gestellt hat, dass sie dann eine auf eigene Kosten durchzuführende Untersuchung in Auftrag gegeben hätte. Wenn die Klägerin andererseits selbst Hinweise auf das Asbestvorkommen gehabt hätte, so hätte sie dies der Beklagten überdies mitteilen müssen, so dass ein Haftung der Beklagten in diesem Falle am ganz überwiegenden Mitverschulden der Klägerin scheitern würde (§ 254 BGB)."

Das OLG München[54] weist in seiner Entscheidung vom 2014-06-24 darauf hin, dass man bei komplexen Bauvorhaben nicht jeden Aspekt nachprüfen kann:

"Angesichts der technischen Komplexität der Bauaufgabe wäre in Konsequenz der Ansicht des Sachverständigen nicht nur die Nachprüfung dieses einen - vorliegend technisch entscheidend gewordenen - Aspekts notwendig gewesen, sondern auch die Nachprüfung vieler weiterer Aspekte, die vorliegend nicht problematisch geworden sind. Das würde nach Überzeugung des Senats über die zu fordernde Prüfungs- und Hinweispflicht eines ausführenden Unternehmens hinausgehen."

12.10.7. Zumutbarkeit bei Kompetenz des AG und seiner Planer

53 OLG Köln 2013-07-14 - 11 U 221/12, BeckRS 2013, 16304

54 OLG München 2014-06-24 - 9 U 4193/11 Bau, BeckRS 2014,14155

Beispiel: OLG Köln 2015-05-20[55] Prüfung einer Statik

Die ausführende Firma erhielt eine Statik, die jedoch mangelhaft war. Das Unternehmen - eine Maurermeisterbetrieb - hat den Mangel nicht bemerkt, wäre aber selbst in der Lage geswesen, statische Berechnungen vorzunehmen..

Das OLG Köln bestätigt in seiner Entscheidung vom 2015-05-20, dass der Auftragnehmer sich grundsätzlich auf die Erkenntnisse eines Sonderfachmannes verlassen kann.

" Das Landgericht hat die Klage insoweit mit der Begründung abgewiesen, die Verletzung einer Prüfungspflicht des Beklagten zu 2) bezüglich der fehlerhaften Statik sei nicht dargelegt worden. Eine solche Pflicht bestehe nur in engen Grenzen. Grundsätzlich habe der Unternehmer nicht die Pflicht, die Erkenntnisse des Architekten oder Sonderfachmanns auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Ein Fehler müsse vielmehr „ins Auge springen“. Es sei nicht dargelegt, dass die statischen Fehlberechnungen dermaßen offensichtlich gewesen wären, dass der Beklagte zu 2. sie hätte erkennen müssen. Selbst der Prüfstatiker habe den Fehler übersehen, so dass von dem Beklagten zu 2. keine bessere Kenntnis als von einem Sonderfachmann erwartet werden könne.18Dagegen erinnert die Klägerin nichts Grundsätzlich kann sich der Bauunternehmer auf die Erkenntnisse eines Sonderfachmannes verlassen, er hat sie nur auf offenkundige, im Rahmen seiner eigenen Sachkunde ohne weiteres „ins Auge springende“ Mängel zu überprüfen (vgl. Senat BauR 2007,887 = OLGR 2007 74; Urt. v. 16.5.2012 - Aktenzeichen 11 U 154/11, BeckRS 2014, 1698; OLG Köln - 22. ZS - IBR 2007, 192; OLG Celle BauR 2002, 812 = NJW-RR 2002, 594; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl., Rdn. 2043; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil Rdn. 46; Lauer/Wurm, Die Haftung des Architekten und Bauunternehmers, 6. Aufl., Rdn. 471 jew. m. w. N.). Das gilt insbesondere in Bezug auf eine ihm vorgegebene, von einem Statiker als Sonderfachmann erstellte statische Berechnung. Anders liegt es nur dann, wenn der Bauunternehmer selbst mit deren Vornahme oder Überprüfung beauftragt worden ist (OLG Hamm BauR 1994, 632 = NJW-RR 1994, 1111). Nach diesen Kriterien ist für eine Verantwortlichkeit des Beklagten zu 2. nichts ersichtlich. Allein der von der Klägerin angeführte Umstand, dass der Beklagte als Maurermeister statische Berechnungen vornehmen könne, ändert daran nichts."

Nach dieser Entscheidung des OLG Köln

- keine Pflicht des Auftragnehmers, Erkenntnisse des Architekten oder Sonderfachmann auf ihre Richtigkeit zu überprüfen
- Fehler muss "ins Auge springen"
- insbesondere in Bezug auf vorgegebene, von einem Statiker als Sonderfachmann erstellte statische Berechnung

Beispiel: OLG Nürnberg 2014-05-28 verschiedene Putzarten[56]

55 OLG Köln 2015-05-29 - 11 U 116/14, IBRRS 2015,2328

56 OLG Nürnberg 2014-05-28 - 2 U 2205/12 (NZB zurückgenommen, IBRRS 2014,2510

Ein im Baugewerbe erfahrener Auftraggeber lässt sich zwei verschiedene Putzarten vorlegen und entscheidet sich ohne Nachfrage für eine von ihnen. Probleme ergeben sich daraus, dass das Gebäude bekanntermaßen feuchte Kellerwände aufweist. Die kostengünstigere Bearbeitung mit Kalkzementputz ist hier geeignet als diejenige mit Sanierputz.

"*Ein Anspruch der Beklagten gegen die Klägerin auf Ersatz der weiteren Ausbesserungskosten könnte sich daher allenfalls daraus ergeben, dass diese nicht hinreichend auf diese Problematik hingewiesen habe. Jedoch ist die Beklagte als erfahrene und langjährig im Baugewerbe tätige Firma selbst als sachkundig in dieser Fragestellung anzusehen. Wenn sie sich bei Vorlage zweier Angebote über zwei verschiedene Putzarten ohne Nachfrage für eine von ihnen entscheidet, weiß sie um deren Vor- und Nachteil. Eine besondere Hinweis- und Aufklärungspflicht bestand für die Klägerin bei dieser Sachlage nicht."*

Beispiel: OLG Düsseldorf 2013-03-26

Die Klägerin macht mit der Klage Ansprüche wegen einer angeblich mangelhaften Sanierung ihrer Tiefgarage durch die Beklagte geltend

"Ein Werkunternehmer (Korrosionsschutz- und Malerbetrieb), der sich nicht auf Betonschutz und Instandsetzung spezialisiert hat, muss keine den Spezialkenntnissen des vom Auftraggeber zuvor mit der Planung der Sanierung eines Parkhauses beauftragten Fachplaners überlegenen Kenntnisse haben, sondern darf sich grundsätzlich auf die Richtigkeit der Fachplanung verlassen, soweit Mängel oder Lücken der Fachplanung bei pflichtgemäßer Prüfung für ihn nicht erkennbar waren. Insbesondere ist der Werkunternehmer regelmäßig nicht verpflichtet, eine vom Auftraggeber oder dessen Fachplaner obliegenheits- oder pflichtwidrig unterlassene Überprüfung der Statik des vorhandenen Parkhauses vorzunehmen, nachzuholen oder zu vervollständigen."

Beispiel: OLG Stuttgart 2015-63-31 [57]- "Kondensatbildung bei Stahltrapezblechen"

Der Auftraggeber beauftragt einen Dachdecker mehrere Dächer eines Gebäudekomplexes mit Stahltrapezprofilen neu einzudecken. Die Ihm ist bekannt, dass es bei der Verwendung von einfachen Stahltrapezprofilen zur Kondensatbildung kommen kann, wenn keine sog. "Antitropfbeschichtung" eingebaut wird. Er bestimmt, welche Gebäudeteile damit ausgestattet werden. Als es bei den anderen Teilen zu Kondensatschäden kommt, verweigert er die restliche Zahlung.

"Der ... beauftragte Unternehmer genügt seiner Prüfungs- und Hinweispflicht, wenn die Nutzung der einzelnen Gebäude bzw. Gebäudeteile ihm nicht bekannt und nicht ohne Weiteres erkennbar ist, sofern er den Besteller auf die Möglichkeit der Tropfenbildung bei der Verwendung von nichtkaschiertem Stahlblech hinweist und der Besteller konkret bezüglich einzelner Gebäude bzw. Gebäudeteile eine höherwertige Ausführung (z. B. mit einer "Antitropfbeschichtung") anordnet. Der Unternehmer ist dann nicht verpflichtet, hinsichtlich der übrigen Gebäude bzw. Gebäudeteile ebenfalls die Verwendung von Stahlblechen mit einer Antitropfbeschichtung zu empfehlen. Er ist auch nicht verpflichtet, eigene Nachforschungen bezüglich der Nutzung der übrigen Gebäude anzustellen."

" Wenn ein Auftraggeber, der die Eindeckung mehrerer Gebäude in Auftrag gibt, in Kenntnis der Gefahr einer Kondensatbildung und des Abtropfens von Kondensat dem Auftragnehmer

[57] OLG Stuttgart 2015-63-31 - 10 U 93/14, IBRRS 2015,0935

konkrete Vorgaben zur Ausführung für bestimmte Gebäude aufgrund deren Nutzung macht, ist dieser nicht verpflichtet, eigene Nachforschungen bezüglich der Nutzung der übrigen Gebäude anzustellen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn dem Auftraggeber weder bekannt noch ohne weiteres erkennbar ist, dass die angebotene Ausführungsart für die konkrete Nutzung ungeeignet ist"

" Die Beklagte trägt im Übrigen auch nicht vor, dass sie die Klägerin über die Nutzung jedes einzelnen Gebäudes bzw. Gebäudeteils aufgeklärt habe. Gerade weil ihr von der Beklagten nur bezüglich einzelner Gebäude bzw. Gebäudeteile eine konkrete Nutzung als Garage, Carport oder Schlosserei genannt wurde, bestand keine Veranlassung für die Klägerin, die Nutzung der übrigen Gebäude(teile) zu erfragen."

Beispiel: OLG Düsseldorf 2014-03-06 [58]- I-5 U 84/11 NZBau 2014,506

"1. Im Rahmen seiner Planung hat der Architekt die Probleme, die sich aus der Bauaufgabe, den Planungsanforderungen und Zielvorstellungen ergeben, zu analysieren und zu klären. Soweit der Architekt nicht über notwendige Spezialkenntnisse verfügt, hat er dies dem Auftraggeber zu offenbaren, damit dieser einen Sonderfachmann einschalten kann, der die fehlenden Fachkenntnisse vermittelt.

2. Die Einschaltung von Sonderfachleuten entbindet den Architekten nicht von seiner eigenen Verantwortlichkeit. Er hat deren Gutachten oder Fachplanung nach dem Maß der von ihm als Architekten zu erwartenden Kenntnisse zu überprüfen. Für ein fehlerhaftes Gutachten des Sonderfachmanns ist er dann nicht (mit-)verantwortlich, wenn der Mangel nicht auf seinen Vorgaben beruht, wenn er einen zuverlässigen Sonderfachmann ausgewählt hat und er nach den von ihm als Architekten zu erwartenden Kenntnissen den Mangel nicht erkennen konnte."

"Der Architekt haftet nach § 635 BGB (aF) für Mängel seiner Planung nur bei schuldhafter Verletzung seiner Vertragspflichten. An einem derartigen Verschulden fehlt es, wenn der Architekt die gebotene Sorgfalt bei der Planung beachtet.

Im Rahmen seiner Planung hat der Architekt die Probleme, die sich aus der Bauaufgabe, den Planungsanforderungen und Zielvorstellungen ergeben, zu analysieren und zu klären. Inhalt und Umfang der Beratung richten sich nach ihrem Zweck, dem Auftraggeber eine sachgerechte Entscheidung darüber zu ermöglichen, welche Planung verwirklicht werden soll. Dazu gehört es, ihm die verschiedenen Planungsalternativen aufzuzeigen, ihn darüber aufzuklären, welche Möglichkeiten der Umsetzung bestehen und die jeweiligen Vorteile, Nachteile und Risiken zu erörtern. Er muss dabei sämtliche Umstände offenbaren, die nach der Verkehrsanschauung für die Willensbildung des Auftraggebers wesentlich sind (OLG Saarbrücken, Urt. v. 24.6.2003 – 7 U 930/01, BeckRS 2005, 11648). Art und Umfang der Beratung richten sich dabei nach allgemeinen Grundsätzen auch nach dem – gegebenenfalls durch Sonderfachleute vermittelten – Kenntnisstand des Auftraggebers. Soweit der Architekt nicht über notwendige Spezialkenntnisse verfügt, hat er dies dem Auftraggeber zu offenbaren, damit dieser einen Sonderfachmann einschalten kann, der die fehlenden Fachkenntnisse vermittelt (vgl. OLG Saarbrücken, Urt. v. 24.6.2003 – 7 U 930/01, BeckRS 2005, 11648; OLG Hamburg, Urt. v. 7.11.2008 – 11 U 88/06, BeckRS 2009, 22245).

Gerade dies ist vorliegend geschehen, was zur Beauftragung der Streithelfer zu 1, 3 und 4 durch die Bekl. führte, um Fassade und Sonnenschutzalternativen unter bauphysikalischen

[58] OLG Düsseldorf 2014-03-06 - I-5 U 84/11 NZBau 2014,506

Aspekten zu begutachten. Die Einschaltung von Sonderfachleuten entbindet den Architekten allerdings nicht von seiner eigenen Verantwortlichkeit. Er haftet vielmehr für die Auswahl des Sonderfachmanns und hat dessen Gutachten oder Fachplanung nach dem Maß der von ihm als Architekten zu erwartenden Kenntnisse zu überprüfen. Für ein fehlerhaftes Gutachten ist er (mit-)verantwortlich, wenn der Mangel auf seinen Vorgaben beruht, wenn er einen unzuverlässigen Sonderfachmann ausgewählt hat oder er Mängel nicht beanstandet, die für ihn nach den vom Architekten zu erwartenden Kenntnissen erkennbar waren (vgl. BGH, NJW 1997, 2173; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Aufl., Rn. 2058 f. u. 2942).

12.10.8. Zumutbarkeit bei Inkompetenz des AG

12.11. Checkliste zur Zumutbarkeit und zur Berücksichtigung des Kompetenz des Auftraggebers

13 Prüf- und Hinweispflichten von beigestellten Baustoffen, Materialien, Konstruktion und Boden für den Auftragnehmer

13.1. Beistellung von Baustoffen

Beispiel: BGH 2011-01-27 [59]

Der Auftragsvergabe war eine Ausschreibung der Leistungen durch die Klägerin vorausgegangen. Durch die Streithelferin hatte sie hierfür ein exaktes Leistungsverzeichnis erstellen lassen; interessierte Bewerber konnten die einzelnen Leistungen lediglich mit dem von ihnen kalkulierten Preis versehen. Nach dem so vorgegebenen Leistungsverzeichnis waren u.a. vier verschieden dimensionierte Filterbehälter des Fabrikats „...“ zu liefern und einzubauen. Nach Inbetriebnahme der Anlage kam es alsbald zu diversen Problemen beim Betrieb der Filteranlage, insbesondere traten an mehreren Filterbehältern Risse auf.

"Nach der neueren Rechtsprechung des BGH zu § 13 Nr. 3 VOB/B5 tritt die Haftungsbefreiung des Auftragnehmers bei der Vorgabe von Baustoffen jedoch nicht unbeschränkt ein. Zu den typischen Aufgaben des Unternehmers gehöre die Beschaffung des Materials, was grundsätzlich auch seine Einstandspflicht begründe, Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, § 4 Rdnr. 47 ff. BGHZ 132, 189. wenn dieses fehlerhaft ist und zu Werkmängeln führt. Die Ausnahmeregelung des § 13 Nr. 3 VOB/B müsse daher so verstanden werden, dass sie die Haftung des Bauunternehmers nur soweit einschränkt, wie dies bei wertender Betrachtung gerechtfertigt ist. Der Auftraggeber soll danach allein für das, was er anordnet, einstehen. Die Risikoverlagerung auf ihn reicht also nur so weit, wie seine Anordnung geht. Soweit der Auf-

[59] BGH 2011-01-27 - VII ZR 96(08, BauR 2011,1173

traggeber also keine Anordnung trifft, gehe das Haftungsrisiko auch nicht auf ihn über.

Daher kommt es bei Vorgaben des Auftraggebers entscheidend darauf an, wie weit diese reichen und den Auftragnehmer binden. Sucht der Auftraggeber die konkret zu verwendenden Baustoffe gegenständlich selbst aus, so hat er unbeschränkt für deren Tauglichkeit einzustehen; bestimmt er dagegen nur generell, welcher Stoff zu verwenden ist, so hat er auch nur auf dieser allgemeinen Ebene das Risiko zu übernehmen. Mit anderen Worten muss er nur dafür einstehen, dass der von ihm vorgegebene, aber nicht gegenständlich ausgewählte Stoff generell für den fraglichen Einsatz geeignet ist. Tritt im Einzelfall bei dem vorgegebenen und generell auch geeigneten Stoff ein Mangel auf, hat weiterhin der Auftragnehmer für Mängel, die sich aus dessen Verwendung ergeben, einzustehen.

Entscheidend für die Anwendung des § 13 Abs. 3 VOB/B ist damit vorliegend, ob die aufgetretenen Mängel - insbesondere die Risse - der Filter auf einem grundsätzlichen, allen Filtern der vorgegebenen Typen des Fabrikats „…" anhaftenden Konstruktionsfehler beruhen - was die Haftung der Beklagten ausschließen würde -, oder ob es sich nur um einzeln auftretende Produktions- bzw. Fabrikationsfehler handelte - so genannte „Ausreißer" -, die den vorgegebenen Typen gerade nicht allgemein anhaften und für deren Mängelfolgen deshalb die Beklagte nach den allgemeinen werkvertraglichen Regeln einzustehen hätte."

13.2. Prüfungspflichten aufgrund von Fach-DIN im Tiefbau

13.3. Prüfungsintensität

Für die Prüfpflicht des Tragwerksplaners hinsichtlich der vom Auftraggeber beigestellten Unterlagen hat der BGH[60] entschieden:

"Der Tragwerksplaner muss sich, sofern er keine anderen Vereinbarungen mit dem Auftraggeber getroffen hat, vielmehr die für die ordnungsgemäße Erfüllung seines Auftrags notwendigen Kenntnisse verschaffen und gegebenenfalls durch eigene Initiative dafür sorgen, dass ihm die erforderlichen Angaben vom Auftraggeber oder dessen Architekten gemacht werden. Das gilt insbesondere für Angaben zu den Bodenverhältnissen, ohne deren Kenntnis eine ordnungsgemäße Erledigung des Auftrags in der Regel nicht denkbar ist (BGH, Urteil vom 6. Dezember 2007 - VII ZR 157/06, aaO; Urteil vom 4. März 1971 - VII ZR 204/69, BauR 1971, 265, 268; OLG Düsseldorf, BauR 2000, 1358 = NZBau 2000, 474) Die Untersuchung der Baugrundverhältnisse und des Grundwasserstandes ist, sofern keine dahingehende gesonderte Beauftragung vorliegt, zwar nicht Aufgabe des Tragwerksplaners, sondern in aller Regel vom Architekten zu veranlassen (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 1966 - VII ZR 151/64, VersR 1967, 260; OLG Düsseldorf, BauR 1992, 536, 537; BauR 2001, 277, 279 = NZBau 2000, 526; BauR 2005,1660). Das entbindet den Tragwerksplaner jedoch nicht von seiner Pflicht, die Statik auf der Grundlage tragfähiger und den tatsächlichen Verhältnissen gerecht werdender Unterlagen zu fertigen und dafür zu sorgen, dass ihm diese Unterlagen zur Verfügung gestellt werden. Inwieweit der Tragwerksplaner auf ihm übermittelte Angaben des Auftraggebers vertrauen kann, betrifft nicht die Frage der Mangelhaftigkeit seines Werks, sondern ein eventuell zu verneinendes Verschulden an einem Mangel."

---

60 BGH 2013-05-15 - VII ZR 257/11, NZBau 2013,519

13.4. Prüfung von beigestelltem Material, Materialeingangsprüfung

13.5. Baugrundrisiko bei erfolgter Prüfung

Wie BGH auch OLG München [61]

Die Oberlandesgerichte sehen das teilweise anders. KG Berlin spricht von § 645 BGB als dem „gesetzlichen Leitbild". [62] OLG Jena[63] , OLG Brandenburg[64] , OLG Stuttgart[65], OLG München[66], OLG Bamberg[67] sehen das Risiko unvorhergesehener Baugrundprobleme grundsätzlich bei dem Auftraggeber. Das OLG Dresden sieht in § 645 BB eine gesetzliche Risikozuordnung. *"dass das Baugrundrisiko, also die Gefahr unvorhergesehener Erschwernisse aufgrund der Beschaffenheit des Baugrunds, regelmäßig in die Risikosphäre des Auftraggebers fällt, schon weil es sich um den vom Auftraggeber i.S.d. §§ 644 f BGB bzw. § 13 Nr. 3 VOB/B a.F. zur Verfügung zu stellenden Stoff handelt."* [68]

13.6. Baugrundrisiko bei nicht hinreichender Prüfung

Beispiel: OLG Düsseldorf 2015-03-24 "Bodengutachten"[69]

In dem Baugrundachten der Auftraggeberin waren die Angaben zur Bohrbarkeit des Bodens nicht explizit formuliert. Die Auftragnehmerin schloss hieraus aufgrund ihrer Erfahrungen mit den Gesteinsarten darauf, dass sie die Bohrungen werde durchführen können. Das stellte sich als nicht möglich heraus

"Zwar darf ein Bieter die Leistungsbeschreibung einer öffentlichen Ausschreibung nach der VOB/A im Zweifelsfall so verstehen, dass der Auftraggeber den Anforderungen der VOB/A an die Ausschreibung entsprechen will (vgl. BGH NJW 2013, 1957, unter Verweis auf BGHZ 192, 172 Rn. 15; BauR 1999, 897, 898 = ZfBR 1999, 256; BGHZ 134, 245, 248; BGHZ 124, 64, 68). Danach sind die für die Ausführung der Leistung wesentlichen Verhältnisse der Baustelle, wie z.B. Bodenverhältnisse, so zu beschreiben, dass der Bewerber ihre Auswirkungen auf die bauliche Anlage und die Bauausführung hinreichend beurteilen kann.

---

61 so auch OLG München 2013-12-10 - 28 U 732/11 Bau, NZB zurückgewiesen unter Bezugnahme auf die Entscheidung BGH 2009-08-20 Allerdings sieht das OLG München im gleichen Zusammenhang eine AGB-Klausel für unwirksam an, die das Bodenrisiko auch für unvorhersehbare Umstände auf den Auftragnehmer abwältzt. "Eine solche Regelung widerspricht wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Normierung, von der abgewichen werden soll, also hier u.a. hinsichtlich der Vergütung (§ 645 BGB, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB)."

62 KG 2012-09-10 - 23 U 161/1,1 BeckRS 2012,21949

63 OLG Jena 2010-05-25 - 5 U 622/09, IBRRS 87269 mit Anm. Russe, BGH 2012-07-12 - VII ZR 108/10 (NZB zurückgewiesen)

64 OLG Brandenburg 2008-07-16 - 4 U 187/07, NZBau 2009,181, OLG Brandenburg 2007-09-13 - 12 U 214/06, BeckRS 2007, 17183

65 so auch OLG Stuttgart 2000-02-16 - 4 U 126/99, BeckRS 2013,01703

66 OLG München (Augsburg) 2003-10-15 - 27 U 89/01, NZBau 2004,274 "Deponieentgasungsanlage"

67 OLG Bamberg 2008-06-24 - 4 U 37/08, BauR 2009,647

68 OLG Dresden 2015-10-06 - 9 U 272/15, IBRRS 2015,2878 unter 2) b)bb)

69 OLG Düsseldorf 2015-03-24 - 21 U 136/14, IBRRS 2015,0750

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Ausschreibung des Beklagten demgegenüber hinsichtlich der Beschreibung der Bohrbarkeit nicht erschöpfend war und somit den formellen Anforderungen an eine Leistungsbeschreibung nach der VOB/A nicht genügt haben mag. Weder das in Bezug genommene Baugrundgutachten noch die Ausschreibung selbst enthielten explizite Angaben zur Bohrbarkeit. Fehlen solche, kann der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag aber nicht dahingehend ausgelegt werden, dass der Auftragnehmer von einer bestimmten Bohrbarkeit ausgehen darf. Hierin liegt der entscheidende Unterschied zu den von der Klägerin im ihrem Schriftsatz vom 06.01.2015 zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH NJW 2013, 1957; NJW 2013, 3511). Werden Bodenarbeiten ohne Hinweis auf eine Kontamination des Aushubmaterials ausgeschrieben, obwohl diese nach der einschlägigen DIN anzugeben gewesen wäre, und lässt sich diese auch nicht aus sonstigen Umständen entnehmen, kann der Auftragnehmer davon ausgehen, dass keine Kontamination besteht und nur der Aushub schadstofffreien Bodens geschuldet war (vgl. BGH NJW 2013, 1957). Fehlt ein Hinweis auf eine nur zeitweise bestehende Baufreiheit, kann der Unternehmer davon ausgehen, dass diese durchgängig gegeben ist, auch wenn sich dies nicht eindeutig aus der Ausschreibung ergibt (vgl. BGH NJW 2013,3511). Beiden Entscheidungen ist gemein, dass mangels eindeutiger abweichender Angaben der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag so auszulegen war, dass der Unternehmer mit den jeweiligen Erschwernissen (Bodenkontamination, Hochspannungsleitung) nicht zu rechnen brauchte. Anders liegt der Fall jedoch bei der Bohrbarkeit eines Bodens. Fehlen hierzu Angaben, kann nicht unterstellt werden, dass zwischen den Parteien nach ausschreibungskonformer Auslegung ein bestimmter Grad der (einfachen) Bohrbarkeit vereinbart werden sollte.

Glaubt der Auftragnehmer, wie hier die Klägerin, aufgrund seiner Erfahrung anhand der ihm bekannten Feststellungen eines Baugrundgutachtens von diesen auch auf die Bohrbarkeit schließen zu können, übernimmt er damit zugleich das Risiko, das in dieser Schlussfolgerung, die nicht Vertragsbestandteil wurde, liegt. Schließt der Auftragnehmer einen Vertrag auf der Grundlage einer Schlussfolgerung, die gegenüber dem Vertragspartner vor Vertragsschluss nicht offen gelegt und auch nicht Vertragsbestandteil wurde, geht es zu seinen Lasten, wenn sich diese Schlussfolgerung im Nachhinein als unzutreffend erweist. Der Wirksamkeit eines Vertragsschlusses steht dies nicht entgegen, denn der Auftragnehmer ist nicht gehindert, ein Risiko zu übernehmen, das sich durch ein Angebot auf eine unklare oder unvollständige Leistungsbeschreibung ergibt (vgl. BGH NJW 2008. 2106). Stellt sich nach der gebotenen Vertragsauslegung heraus, dass er nach dem Vertrag eine Leistung schuldet, die er infolge der Unklarheit oder Unvollständigkeit der Leistungsbeschreibung so nicht einkalkuliert hat, kann er von den Geeichter keine Korrektur seiner für ihn nachteiligen Vertragsentscheidung verlangen (BGH, aaO; m.w.N.). Solche Fälle können insbesondere dann vorliegen, wenn für die Kalkulation notwendige Angaben fehlen (vgl. BGH, aa0 unter Verweis auf BGH BauR 1997, 464 = ZfBR 1997, 197). Dieses Ergebnis kann der Auftragnehmer dadurch vermeiden, dass er ein erkennbar lückenhaftes Leistungsverzeichnis nicht einfach hinnimmt, sondern entsprechend seiner vorvertraglichen Obliegenheit sich daraus ergebende Zweifelsfragen vor Abgabe des Angebots klärt. Aufkommende Zweifel hat er vor Abgabe des Angebots auszuräumen, wenn sich das mit zumutbarem Aufwand machen lässt (vgl. BGH a.a.O. m.w.N.). Unterlässt der Unternehmer diese Aufklärung einer unklaren Leistungsbeschreibung, kann dies zur Folge haben, dass die Auslegung des Vertrages zu einem anderen Ergebnis kommt, als er es seiner Kalkulation zugrunde gelegt hat. So liegt der Fall hier. Das Leistungsverzeichnis war zwar hinsichtlich fehlender expliziter Angaben zur Bohrbarkeit lückenhaft. Die von der Klägerin geschuldete Leistung war ansonsten jedoch funktional unter Verweis auf das Baugrundgutachten ausreichend beschrieben."

"Soweit die Klägerin in der Berufungsbegründung aus dem Umstand, dass auch alle anderen Bieter keine Nachfragen zum Bodengutachten in Bezug auf die DIN 18301 gehabt hätten, folgert, dass diese es folglich genauso wie die Klägerin interpretiert hätten, vermag dies der

Berufung nicht zum Erfolg zu verhelfen.Relevant wäre dieser Einwand nur dann, wenn nach dem Baugrundgutachten der falsche Eindruck erweckt worden wäre, dass Bohrarbeiten möglich sind, diese jedoch tatsächlich technisch unmöglich sind. Kommt es hingegen - wie hier - bei der Frage der Bohrbarkeit nur darauf an, welcher technische Aufwand hierfür zu treiben ist, können sich fehlende Nachfragen anderer Bieter auch dadurch erklären, dass diese bei ihrer Kalkulation vom größtmöglichen Aufwand ausgegangen sind. Darüber hinaus kann eine unzureichende Prüfung anderer Bieter die Klägerin von der ihr als Vertragspartnerin obliegenden Prüfungs- und Hinweispflicht nicht entlasten."

"Zutreffend führt das Landgericht aus, dass ungeachtet der Frage, welche Druckfestigkeit nach dem der Ausschreibung zu Grunde liegenden Baugrundgutachten noch vertragsgerecht gewesen wäre, die Klägerin erkennen und den Beklagten darauf hätte hinweisen müssen, dass die Erkenntnisse des Bodengutachtens für die Bohrbarkeit des unter den meterdicken Aufschüttungen liegenden Felsens keine sichere Grundlage liefern kann. Die Klägerin hätte sich daher als Fachfirma weiter informieren müssen, wobei es nahe gelegen hätte, zunächst die nach den Ausführungen des Sachverständigen allgemein zugänglichen geologischen Karten einzusehen. Hätte sie dies getan, hätte sie diesen entnehmen können, dass im streitgegenständlichen Bohrgebiet mit vereinzelten Grauwacke-Sandsteinbänken, also sehr festen Gestein, zu rechnen war."

"Soweit die Klägerin den Eindruck zu erwecken versucht, für Fachfirmen wie sie seien die Angaben im Baugrundgutachten völlig ausreichend gewesen, jedenfalls habe sie auf diese vertrauen dürfen, steht dies im Widerspruch zu ihrem eigenen Verhalten nach Vertragsschluss. Nach den unwidersprochenen Ausführungen der Streithelfer zu 1. bis 3. in ihrem zweitinstanzlichen Schriftsatz vom 27.11.2014 (Bl. 1974 GA) hatte die Klägerin bereits in einem sehr frühen Stadium, nämlich anlässlich einer Baubesprechung am 23.08.2004, auf die fehlende Untersuchung nach DIN 18301 hingewiesen und die Streithelferin zu 1. um eine Abschätzung der Bestandsfestigkeit nach DIN 18301 gebeten. Auch mit ihrem Schreiben vom 23.11.2004 (Anlage K 46) rügte die Klägerin die unzureichende Beschreibung des Baugrundes im Hinblick auf Bohrarbeiten im Baugrundgutachten, da Angaben zur DIN 18301 fehlten. Hierauf hätte die Klägerin allerdings bereits vor Vertragsschluss hinweisen können und müssen."

"Zwar darf sich ein Werkunternehmer in der Regel auf Erkenntnisse des Bodengutachters als Sonderfachmann verlassen. Gleichwohl hat er das Bodengutachten auf Plausibilität und etwaige Unvollständigkeiten oder Unrichtigkeiten zu überprüfen und auf diese den Auftraggeber hinzuweisen. Maßgeblich ist, ob dem Unternehmer bei der von ihm als Fachmann zu erwartenden Prüfung Bedenken hätten kommen müssen, wobei sich die ihm obliegende Prüfungspflicht verstärkt, wenn es sich beim Unternehmer um eine Fachfirma mit Spezialkenntnissen handelt (vgl. OLG Köln, BauR 2007, 887). Enthält eine Ausschreibung Unklarheiten, ist der Auftragnehmer gehalten, diese aufzuklären, unterlässt er dies, stehen ihm keine Mehrvergütungsansprüche zu (vgl. OLG Brandenburg, NJW-RR 2005, 1106; OLG Celle IBR 2005, 520; OLG Rostock IBR Werkstatt-Beitrag). Kalkuliert der Unternehmer auf der Grundlage eines erkennbar widersprüchlichen Gutachtens, kann er dadurch verursachte Mehrkosten nicht vom Auftraggeber ersetzt verlangen (vgl. OLG Celle BauR 2004, 1302)."

"Obwohl das Baugrundrisiko grundsätzlich in die Risikosphäre des Auftraggebers fällt, kann gleichwohl ein Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers bei Verwirklichung des Baugrundrisikos dann entfallen, wenn die eingetretenen Erschwernisse vom Auftragnehmer als Fachunternehmen aufgrund einer lückenhaften Ausschreibung bereits erkennbar gewesen waren (vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 13.09.2007, Az. 12 U 214/06 sowie Urteil vom 16.07.2008, Az. 4 U 187/07). Allen zitierten Entscheidungen lässt sich der Grundsatz entnehmen, dass das Risiko eines Vertragsschlusses auf der Grundlage einer für den Unternehmer erkennbar unvollständigen Leistungsbeschreibung bzw. dieser zu Grunde liegender Gutachten beim Unternehmer liegt."

OLG Düsseldorf 2014-10-10 „Stoffverantwortung“ [70]

Der Auftragnehmer erhielt den Auftrag zur Konzeption und Herstellung von Kühlgeräten, der Auftraggeber hatte hierfür die Gehäuse beizustellen. Die beigestellten Gehäuse waren etwas zu klein, so dass die vertraglich vereinbarte Nutzkühlleistung nicht erreicht werden konnte. Der Auftragnehmer ist der Auffassung, dass ihm die Nichteinhaltung der bauseitigen Parameter nicht anzulasten sei, und verlangt die volle Vergütung.

Das sieht das Gericht anders! *„Die sog. "Stoffverantwortung" des Auftraggebers entsprechend § 645 BGB lässt die Prüfungs- und Beratungspflichten des Werkunternehmers nicht ohne Weiteres entfallen.*)*

In der Regel trage der Unternehmer im Verhältnis zum Besteller die alleinige Verantwortung für das Gelingen des Werks (vgl. BGH, IBR 1993, 191). Aus § 645 BGB ergebe sich allerdings, dass den AN keine Gewährleistungspflicht treffe, soweit der AG mitverantwortlich sei, indem er einen Stoff geliefert habe, auf dem der Mangel beruhe. An dieser "Stoffverantwortung" fehle es hier aber, weil der AN seiner infolge der grundsätzlichen Eigenverantwortung gegenüber dem AG bestehenden Prüfungs- und Beratungspflichten nicht hinreichend nachgekommen sei. In diesem Fall sei bzw. bleibe der Werkunternehmer für den Mangel verantwortlich (vgl. BGH, NJW 1987, 643).

Dieser Teil der Entscheidung ist für die laufende Diskussion zum Baugrundrisiko bzw. zur Stoffverantwortung von Bedeutung. Während in der letzten Zeit die Auffassung vertreten wurde, §§ 644, 645 BGB beträfen nur die zufällige Verschlechterung vor Abnahme, aus ihnen könne kein spezifisches Baugrundrisiko hergeleitet werden (Leupertz, BauR 2011, 1; dem folgend Dahmen, BauR 2012, 1015; Kohlhammer, BauR 2012, 845; Rosse, IBR 2012, 373; Bolz, IBR 2012, 433), führt das OLG Düsseldorf die traditionelle Auffassung fort, dass den Auftraggeber für das von ihm beigestellte Material das prinzipielle Eignungsrisiko trifft (KG, IBR 2012, 695; OLG Bamberg, Beschluss vom 24.06.2008 - 4 U 37/08, IBRRS 2009, 1257). Das ist sehr zu begrüßen, denn schließlich setzt der Auftraggeber die erste Ursache für Mängel und Schäden, wenn der von ihm beigestellte Baugrund oder -stoff nicht in Ordnung ist. Unter Bezugnahme auf die BGH-Entscheidung vom 23.10.1986 (NJW 1987, 643) nimmt dann das Gericht eine Abwägung vor zwischen der Pflicht des Auftraggebers, mangelfreies Material beizustellen, und der Prüfungs- und Beratungspflicht des Auftragnehmers hinsichtlich der Vorleistungen, auf die er seine eigene Leistung aufbauen will. Im konkreten Einzelfall ging diese Mitverschuldensabwägung zu Lasten des Auftragnehmers, der die Größenabweichung erkannt, aber keine Konsequenz daraus gezogen hatte. Eine Automatik, die den Auftraggeber immer dann von Fehlern seiner Beistellung entlastet, wenn der Auftragnehmer seiner Prüf- und Hinweispflicht nicht nachkommt, formuliert das OLG Düsseldorf jedoch nicht, genauso wenig wie umgekehrt. Damit stehen sich die Obliegenheitsverletzungen von Auftragnehmer und Auftraggeber gegenüber und es ist stets im Einzelfall abzuwägen, wie sie ins Gewicht fallen. Die fehlerhafte Beistellung kann nach § 254 BGB zu einer Quotelung des Schadens führen.

13.7. Prüf- und Hinweispflichten bei der Verlegung von Leitungen, Kabeln etc. durch den Auftragnehmer

---

[70] OLG Düsseldorf 2014-10-10 „Stoffverantwortung“ - 22 U 72/14, IBR 2015,2151 mit Anmerkung Hammacher

13.7.1. Regeln der Technik

13.7.2. Rechtsprechung

Beispiel: OLG Dresden 2014-07-18 Bauträger und Baugrund[71]

Eine Stützmauer wird brüchig und einsturzgefährdet. Der Bauträger trägt vor, dass es sich um eine genehmigungsfreie Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeit an einer völlig intakten Mauer gehandelt habe. Eigentliche Ursache des Mauerbruchs sei ein Anstieg des Grundwasserspiegels infolge der Flutung der Tagebaugebiete gewesen.

„Zwar enthalten die Kaufverträge mit Leistungsbeschreibung eine ausdrückliche Regelung zur streitigen Stützmauer nicht; die durch die Brüchigkeit der Stützmauer bedingte Einsturzgefahr der Häuser stellt jedoch, auch wenn diese an sich mangelfrei errichtet wurden, einen erheblichen Sachmangel dar, der auf eine fehlerhafte Leistungserbringung der Beklagten zurückzuführen ist Es versteht sich von selbst, dass die Beklagte als Bauträgerin und Vertragspartnerin der Kläger dafür Sorge zu tragen hatte, dass der - von besagter Mauer gestützte - Baugrund Gewähr für die Festigkeit des Geländes und die Standsicherheit der von ihr errichteten und an die Kläger veräußerten Häuser bietet."

14 Prüf- und Hinweispflichten bei Änderungen der gesetzlichen oder technischen Rahmenbedingungen für den Auftragnehmer

15 Hinweispflicht während der Auftragsabwicklung bei Überschreitung eines Kostenanschlags für den Auftragnehmer

OLG Saarbrücken, 2014-11-19[72]

3. Ein Hinweis des Unternehmers auf die voraussichtliche Überschreitung seines Kostenvoranschlags erübrigt sich, wenn der Besteller hiervon bereits weiß. 4. Ein pflichtwidrig unterlassener Hinweis des Unternehmers führt zu keinem Schaden des Bestellers, wenn dieser auf den Werkerfolg angewiesen ist und ihn auch anderweitig nicht preisgünstiger hätte erreichen können. (Leitsätze 2 bis 4 von der Redaktion)

16 Hinweispflicht bei sich abzeichnender Mehrvergütung bei geänderten oder zusätzlichen Leistungen für den Auftragnehmer

17 Hinweispflicht bei sich abzeichnenden Mehrmengen für den Auftragnehmer

17.1. Hinweispflicht des Auftragnehmers auf sich abzeichnenden erhöhten

---

71 OLG Dresden 2014-07-18, IBRRS 2014,2037

72 OLG Saarbrücken, 2014-11-19 – 2 U 172/13, NJW 2015,879

Stundenaufwand

18 Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers auf sich abzeichnende Terminverschiebungen

19 Prüf- und Hinweispflichten vor und bei der Abnahme für den Auftraggeber

19a Prüfpflicht hinsichtlich der Schlussrechnung durch den Auftraggeber

Die Höhe der angesetzten Kosten: Eine Frage der Prüfbarkeit oder der sachlichen Richtigkeit?

OLG Celle 2013-07-17[73]

"1. Für die Ermittlung der anrechenbaren Kosten ist es ausreichend, wenn der Architekt zu den maßgeblichen Kostengruppen Angaben macht

2. Ob die in der Kostenberechnung angesetzten Kosten richtig sind, ist keine Frage der Prüfbarkeit, sondern der sachlichen Richtigkeit

3. Unternehmerangebote oder -schlussrechnungen können geeignet sein, die Plausibilität der Kostenansätze einer Kostenberechnung zu überprüfen. "

20 Prüf- und Hinweispflichten vor und bei der Abnahme für den Auftragnehmer

20.1. zur Abnahme

Beispiel: OLG Jena 2014-02-12 Brandschutzklappen[74]

Der Auftragnehmer hatte laut Planung 30 Brandschutzklappen einzubauen, tasächlich aber nur 18 eingebaut und 25 abgerechnet. Darin liegt nach den Ausführungen des Sachverständigen ein Brandschutzmangel, der zwar durch andere Baumaßnahmen hätte kompensiert werden können, tatsächlich aber nicht kompensiert worden ist.

"Arglist setzt kein betrügerisches oder moralisch verwerfliches Verhalten voraus (vgl. BGH Urt. v. 12.04.2002, V ZR 302/00, Tz. 9; BGH NJW 1995, 1549 ff., Tz. 16). Es reicht vielmehr aus, wenn der Auftragnehmer einen Sachmangel für möglich hält und sich der Erkenntnis verschließt (Palandt/ Weidenkaff, BGB, 73. Aufl. 2014, § 444 Rn. 11 Palandt/Sprau, a.a.O., § 634a Rn. 20)."

Im vorliegenden Fall hat die Beklagte vorgetragen, sie habe einen "schlichten Abrechnungsfehler" begangen, weil sie die Anzahl der Brandschutzklappen aus dem Leistungsverzeichnis in die

73 OLG Celle 2013-07-17- 14 U 202/12, NZBau 2014,50

74 OLG Jena 2014-02-12 7 U 458/13, IBRRS 2014,2817

Schlussrechnung übernommen habe. Darin liegt nach Ansicht des Senats eine Abrechnung "ins Blaue hinein", die als arglistig anzusehen ist. Denn nach dem Bauvertrag, einem Einheitspreisvertrag, hatte die Beklagte unstreitig nach Aufmaß abzurechnen. Sie bestätigt das abermals in ihrem nachgereichten Schriftsatz vom 22.01.2014, in welchem sie sogar ausführt, das Aufmaß habe nur 15 Brandschutzklappen ergeben. Wenn aber zu Abrechnungszwecken ein Aufmaß erstellt wird, das die genaue Anzahl der Brandschutzklappen ergibt, gleichwohl dieses Aufmaßergebnis ignoriert wird und die Anzahl von Brandschutzklappen aus dem Leistungsverzeichnis übernommen wird, so kann dies nur als arglistig beurteilt werden. Gleichzeitig wird dadurch ein Brandschutzmangel arglistig verschwiegen."

20.2. Prüf- und Hinweispflichten hinsichtlich der Anschlussleistung

Teilweise wird angenommen, dass selbst bei (Teil-)kündigung des Vertrages durch den Auftraggeber den Auftragnehmer weiterhin Prüf- und Hinweispflichten treffen, wenn die Leistung Vorleistung für die jetzt bei dem Auftraggeber verbleibenden Leistungen bleiben.[75] "Die Selbstübernahme von Leistungen durch den Auftraggeber erhöht damit unter Umständen das Haftungsrisiko des Auftragnehmers, da ihn zusätzliche, im ursprünglichen Vertragsverhältnis nicht angelegte Prüfungspflichten treffen (BeckOK VOB/B/Jansen § 2 Abs 4 Rn 34)."[76]

20.3. Hinweispflicht durch Übergabe von Dokumentation, bzw. Bedienungsanleitung

21 Prüf- und Hinweispflichten nach der Abnahme für den Auftragnehmer

21.1. Architekt

21.2. Auftragnehmer

21.2.1. Prüf- und Hinweispflichten nach Mängelrüge

Das OLG Brandenburg[77] weist darauf hin, dass der Auftragnehmer auch verpflichtet ist, den Auftraggeber zu informieren, wenn er Mängelbeseitigungsleistungen erbracht hat, diese aber noch nicht abgeschlossen sind. In dem entschiedenen Fall wurde ein Folgeunternehmer tätig, weil die Arbeiten abgeschlossen erschienen. Der Mehraufwand, der durch den Folgeunternehmer entsteht ist dabei nur die Folge des ursprünglichen Mangels. Dessen Fehlverhalten (er hat seinerseits seine Prüf- und Hinweispflicht verletzt) kann allenfalls dazu führen, dass auch er dem Auftraggeber gegenüber gesamtschuldnerisch haftet.

21.2.2. Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers nach Abnahme, um Vertragszweck zu erhalten

---

75 Kandel., BeckOK VOB/B § 2 RN 16, Stand 2014-08-01
76 Kandel., BeckOK VOB/B § 2 RN 21, Stand 2014-08-01
77 OLG Brandenburg 2014-12-17 - 4 U 1/13, NZBau 2015-02-11 92

Das OLG Hamm hält anscheinend nach Fertigstellung der Bauleistung eine Aufklärungspflicht als Nebenpflicht für gegeben.[78]

21.3. Auftraggeber

22 Anforderungen an den Hinweis

22.1a Richtiger Auftragnehmer

Beispiel: OLG Dresden 2013-07-23 [79]

Im Rahmen eines Vergabeverfahrens bewirbt sich eine Bietergemeinschaft. Wegen angeblicher Verstöße rügt ein Mitglied der BIEGE gegenüber dem Auftraggeber

"1. Nimmt eine Bietergemeinschaft an einem Vergabeverfahren teil, muss die Rüge eines Vergaberechtsverstoßes von sämtlichen Mitgliedern der Bietergemeinschaft geltend gemacht werden

2. Macht lediglich ein Mitglied der Bietergemeinschaft die Verletzung von Bewerber- oder Bieterrechten geltend, ist der Nachprüfungsantrag der Bietergemeinschaft mangels ordnungsgemäßer Rüge unzulässig, wenn die Bietergemeinschaft das Mitglied nicht zur Rüge ermächtigt hat oder die Ermächtigung nicht spätestens mit der Rüge offengelegt wird. "

22.1. Richtiger Adressat

Nach Auffassung des OLG Hamm ist der Hinweis während der Auftragsabwicklung gegenüber dem Auftraggeber abzugeben. Nach Abwicklung des Bauvorhabens reicht der Hinweis an den Architekten. [80]

22.2. Inhalte

22.3. Angabe der Folgen

Beispiel: OLG Celle 2014-01-22[81]

Der Auftragnehmer und der von ihm beauftragte Prüfingenieur wiesen auf probleme bei einer geplanten Waschanlage hin.

"Allein der Umstand, dass die Beklagte aufgrund der ihr bekannten Planzeichnungen wusste, dass die Erdgeschossdecke der Politurhalle lange Spannweiten aufwies, entlastet die Klägerin danach nicht. Entsprechendes gilt für den in dem dritten Prüfbericht des Prüfingenieurs für Baustatik St. vom 19. Juli 2007 (Anlage K 33, Bl. 329 f. d. A.) enthaltenen Hinweis, wonach trotz der erhöhten Abmessungen der Unterzüge das Auftreten von Rissen im Mauer-

78 OLG Hamm 2012-11-30 - 26 U 133/12
79 OLG Dresden 2013-07-23 - Verg 4/13 "Nachprüfungsantrag"
80 OLG Hamm 2012-11-30 - 26 U 133/12
81 OLG Celle 2014-01-22 - 14 U 131/13, IBRRS 2015,0979

werk des Obergeschosses wegen Verformungen der Erdgeschossdecke nicht ausgeschlossen werden könne. Denn hieraus musste ein nicht selbst sachkundiger Bauherr noch nicht entnehmen, dass anschließend an fast allen Wänden im Obergeschoss großflächige Rissbildungen auftreten würden, die zum Teil so tief und breit sein würden, dass darin sogar ein Zollstock eingeschoben werden kann (vgl. z. B. die Fotos 7 und 8 im Ergänzungsgutachten des Sachverständigen G. vom 12. Juni 2012). Eine derartige Tragweite der möglichen Risiken der vorgesehenen Ausführungsweise ergab sich aus dem lediglich pauschalen Hinweis in dem Prüfbericht des Prüfstatikers auf eine "nicht auszuschließende" Rissbildung im Mauerwerk noch nicht."

Das Gericht ermittelt die Anforderungen an den Hinweis ex ante: Wenn der Mangel sich später als groß erweist, wird darauf geschlossen, dass auch die Anforderung an die Hinweispflicht groß gewesen sein muss. Ob dies so zutrifft erscheint fraglich. Es würde bedeuten, dass stets der größtmögliche Mangel angenommen werden müsste. Das wiederum hätte Auswirkungen auf die Prüfpflicht, ohne die ein solch exakter und alles umfassender Hinweis nicht geleistet werden kann .

22.3a Transparenz

Versteckte Hinweise in den Vertragsformularen reichen zur Erfüllung der Hinweispflicht nicht aus[82]

Beispiel: OLG Düsseldorf 2014-10-10 - 22 U 72/14[83]

Zusatz, wie beispielsweise: "Die genannte Leistung wird nur bei Einhaltung der bauseitigen Parameter, insbesondere der Lieferung eines Gehäuses mit den genauen unter "technische Daten" genannten Maßen, erreicht."

22.4. Rechte des Auftraggebers nicht ausschließen

22.5. Schriftform

22.6. Rechtzeitig

22.7. Hinweis schon vor Auftragserteilung ausreichend

22.8. Erfüllung der Prüfpflicht befreit nicht von der Hinweispflicht und umgekehrt

22.9. Dokumentation

22.10a Wiederholung des Hinweises

---

82 OLG Brandenburg 2014-02-13 - 12 U 133/13, IBRRS 2014,0977

83 OLG Düsseldorf 2014-10-10 - 22 U 72/14, IBRRS 2015, 13

Muss erneut hingewiesen werden, wenn der Hinweis nicht gefruchtet hat? Nach Ansicht des OLG München ist das nur der Fall, wenn der Hinweis offensichtlich nicht angekommen ist. Das Gericht übernimmt hierzu den aus dem Strafrecht entlehnten Begriff "Anfangsverdacht."

Beispiel: OLG München 2014-05-24 - 0 U 4193/11 [84]

Entgegen der im Beschluss vom 22.05.2012 geäußerten Rechtsansicht des Senats bestand keine erneute Pflicht der Beklagten, gegen die Freigabe vom 11.06.2001 Bedenken anzumelden.

Dazu würde etwa dann Anlass bestanden haben, wenn der Bauherr offensichtlich die Hinweise vom 14.03.2001 nicht richtig verstanden hätte oder wenn er eine offensichtlich falsche Entscheidung getroffen hätte. Aus Sicht der Beklagten lag beides nicht vor, so dass sie keinen Anfangsverdacht gegen die Anordnung vom 11.06.2001 haben mußte (vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, VOB Teile A und B, 4. Aufl. 2013, § 4 VOB/B Rdnr. 71).

"Da die Beklagte vertraglich keine Planungspflichten übernommen hatte, mußte sie nicht allgemein und ohne jeden Anfangsverdacht durch eigene Planungsüberlegungen und Untersuchungen die Planung des Bauherrn nachprüfen"

22.10. Checkliste zur richtigen Hinweisgebung

23 Prüf- und Hinweispflichten - Auswirkung auf die Liefer- und Leistungspflicht

23.1. Recht des Auftragnehmers, erkannte Planungsmängel selbst zu beseitigen?

23.2. Muss der Auftragnehmer die Leistungen ausführen, wenn der Auftraggeber trotz Hinweises auf seiner Vorgehensweise besteht?

Dasselbe gilt, wenn der Auftragnehmer auf Mängel in der Vorleistung hinweist.

Beispiel: OLG Koblenz 2014-12-23 - 3 U 814/14[85]

"Ein Auftragnehmer der mit der Herstellung von Außenanlagen an einem Gebäude und Erstellung eines Spritzschutzstreifens Erdreich, Schüttgüter und Beton gegen den zum Teil nicht abgedichteten Sockel schüttet und einbaut, muss gegen die vorgesehene Ausführung Bedenken anmelden, wenn das Gebäude keine Abdichtung auf dem Putz aufweist"

Der Auftragnehmer hatte auf fehlerhaft durchgeführten Malerarbeiten hingewiesen und ihre Arbeiten zunächst nicht fortgesetzt. Er hat seine Arbeiten dann aber fortgesetzt, ohne dass die aus ihrer Sicht erforderlichen Malerarbeiten durchgeführt worden waren.

---

84 OLG München 2014-06-24 - 9 U 4193/11 Bau; BeckRS 2014,14155

85 OLG Koblenz 2014-12-23 - 3 U 814/14, IBRRS 2015,46

24 Prüf- und Hinweispflichten - Auswirkung auf Kosten und Vergütung

24.1. Kosten der Prüfung

24.2. Leistungsänderungen

25 Prüf- und Hinweispflichten - Auswirkung auf das Kündigungsrecht des Auftraggebers

26 Prüf- und Hinweispflichten - Auswirkung auf die Beweislast

Die Beweislastverteilung ist zunächst davon abhängig, wie die Prüf- und Hinweispflicht eingeordnet wird.

Hierzu OLG Köln 2013-07-24[86]:

„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.; Repgen in: Baumgärtel/Prütting/Laumen, Handbuch der Beweislast, Schuldrecht AT, 3. Aufl., § 280 Rdn. 40ff. 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 Sorgfaltspflichten und Schutzpflichten geschuldet ist (§ 241 Abs. 2 BGB). Deren Inhalt bestimmt sich nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles. DerEintritt 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.“

Da die ausführende Firma lediglich allgemein mit der Ausführung von Demontagearbeiten beauftragt gewesen sei, bestand nach Ansicht des OLG Köln keine erfolgsbezogene Pflicht, Asbest-Schäden zu vermeiden. Eine verhaltensbezogene Nebenpflichtverletzung habe die Klägerin nicht dargetan.

26.1. Beweislastverteilung bei Funktionsvereinbarung und "Befreiung" durch erfüllte Prüf- und Hinweispflicht

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

26.2. Beweislast hinsichtlich der Einhaltung der Regeln der Technik

26.3. Beweislast, wenn der Auftraggeber trotz Hinweis auf einer bestimmten Ausführung besteht

26.4. Beweis des ersten Anscheins bei grobfahrlässiger Verletzung der Prüfpflicht

26.5. Beweislast für rechtmäßiges Alternativverhalten

26.6. Beweislast bei unzureichender Prüfung vor Abnahme

26.7. Beweislast nach Abnahme bei Bestreiten mit „Nichtwissen“

27 Prüf- und Hinweispflichten - Auswirkung auf die Verjährung

27.1. Verjährung von Mängelansprüchen bei Verletzung der Prüf- und Hinweispflichten

Nach Ansicht des OLG Hamm[87] spricht die Freigabe durch einen Prüfingenieur gegen die Annahme von Arglist

„Arglist scheidet schon deswegen aus, weil die von der Beklagten wegen ihrer vorgenommen Änderungen der Bauteile und Anschlüsse angefertigte Statik von einem Prüfingenieur abgenommen wurde. Insoweit wurde also auch von dem entsprechenden Fachmann die von der Beklagten beabsichtigte Dimensionierung der Lasten für ausreichend gehalten.“ [88]

Beispiel: OLG Dresden 2014-07-18 Bauträger und Baugrund[89]

Eine Stützmauer wird brüchig und einsturzgefährdet.

Das Gericht sah die Ansprüche als nicht verjährt an:

" Es begründet Arglist, wenn man von eingereichten Plänen und der zugrundeliegenden Statik abweicht und die alte Mauer unter massiven Eingriffen in deren Statik (Abriss aufstehender Gebäude, Abriss anschließender Mauerteile; Überkronung) stehen lässt, ohne dies fachmännisch statisch abgesichert zu haben und ohne dies alles den Erwerbern mitzuteilen. Die Grenze zu bedingtem Vorsatz und deliktischem Handeln (§§ 823 ff BGB) ist hier nicht mehr weit."

"Nach der durchgeführten Beweisaufnahme steht fest, dass die Beklagte erforderliche Baugrunduntersuchungen unterlassen hat... Auch dies allein ist eine derart gravierende Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt und der üblichen Standards, dass auch hier die Annahme deliktischen Handelns durch die Beklagte nicht fernliegt. Jedenfalls begründet es den Vorwurf der Arglist nach den oben dargestellten Grundsätzen."

"Allein das Fehlen einer erforderlichen Baugenehmigung stellt einen offenbarungspflichtigen Mangel dar (OLG Hamm OLGR 1999, 351)."

---

87 OLG Hamm 2012-11-30 - 26 U 133/12
88 OLG Hamm 2012-11-30 - 26 U 133/12
89 OLG Dresden 2014-07-18, IBRRS 2014,2037

"Trifft die Beklagte also nicht bereits selbst der Vorwurf der Arglist, muss sie sich - erst recht als erfahrene Bauträgerin - jedenfalls fehlende Überwachung und Kontrolle ihrer Beauftragten vorwerfen lassen. Entweder hat sie selbst arglistig gehandelt oder das Bauvorhaben - soweit hier von Bedeutung - ohne Kontrollmaßnahmen aus der Hand gegeben und jedem Fachmann naheliegende Erwägungen nicht angestellt oder beiseite geschoben."

27.2. Verjährung bei Gesamtschuldnerausgleich bei Zusammentreffen von Planungs- mit Prüf- und Hinweispflichtverletzungen

28 Schadenersatzansprüche bei Verletzung der Prüf- und Hinweispflicht

28.1. § 241 Abs. 2 BGB

28.2. § 242 BGB Allgemeine Leistungstreuepflicht

28.3. § 823 Abs.1 BGB, § 1 ProdHG

28.3.1. Produktbeobachtungspflicht

28.3.2. Hinweispflicht (Instruktionspflicht)

28.4. Checkliste Prüf- und Hinweispflichten und Schadenersatz

29 Mitverschulden des Auftraggebers - Quotelung

29.1. Mitverschulden und Obliegenheit

§ 254 BGB - Mitverschulden

(1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.

(2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung

Das Konzept des "Mitverschuldens" ist letztlich eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben und über den unmittelbaren Anwendungsbereich der Schadenersatzansprüche hinaus auf alle vertraglichen und nicht vertraglichen Konstellationen anzuwenden. Zwar kann sich die Rechtsprechung nicht über den Wortlaut des Gesetzes hinwegsetzen. In allen Fällen der Analogie muss sich deshalb der geltend gemachte Anspruch "dem Umfang nach

einer Verpflichtung zum Schadenersatz" annähern[90]. Normalerweise wäre deshalb bei Erfüllungsansprüchen § 254 BGB nicht anwendbar.[91] Dennoch hat die Rechtsprechung für Nacherfüllungsansprüche und andere Gewährleistungsansprüche anerkannt, dass der Grundsatz des § 254 BGB als Ausdruck von § 242 BGB auch in diesen Fällen Anwendung findet.[92]

Ein Mitverschulden im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn der Verletzte diejenige Sorgfalt außer Acht lässt, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflegt.[93]

"Verschulden" i.S.d. § 254 BGB ist nicht die Verletzung einer gegenüber einem oder der Allgemeinheit bestehenden Rechtspflicht, sondern ein "Verschulden gegen sich selbst"[94], eine Verletzung einer im eigenen Interesse bestehenden Obliegenheit.

29.2. Anwendbarkeit nur, wenn eine Pflicht gegenüber dem Schädiger besteht?

Beispiel: BGH 2014-06-17 Fahrradhelm[95]

Eine Fahrradfahrerin wird von einem Autofahrer verletzt. Weil sie keinen Schutzhelm trug, will die Haftpflichtversicherung des Autofahrers ein Mitverschulden von 50% abziehen. Der BGH stellt fest, dass einem Geschädigten auch ohne Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften ein Mitverschulden anzulasten sein kann (hier: keine Helmtragungspflicht), wenn er diejenige Sorgfalt außer acht lässt, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflegt. Hier sei dies nur deshalb abzulehnen, weil es noch kein allgemeines Verkehrsbewusstsein gebe, dass Schutzhelme zum eigenen Schutz erforderlich seien. Kein Problem des privaten Baurechts? - und ob!

" Der Vorschrift des § BGB § 254 BGB liegt der allgemeine Rechtsgedanke zu Grunde, dass der Geschädigte für jeden Schaden mitverantwortlich ist, bei dessen Entstehung er in zurechenbarer Weise mitgewirkt hat (vgl. BGHZ 135, 235= NJW 1997, 2234 mwN). § 254 BGB ist eine Ausprägung des in § BGB § 242 BGB festgelegten Grundsatzes von Treu und Glauben (Senat, BGHZ 34, 355,363 f.] = NJW 1961, Seite 655, und NJW 1982, 168 = VersR 1981, 1178,1179] mwN). Da die Rechtsordnung eine Selbstgefährdung und Selbstbeschädigung nicht verbietet, geht es im Rahmen von § 254 BGB nicht um eine rechtswidrige Verletzung einer gegenüber einem anderen oder gegenüber der Allgemeinheit bestehenden Rechtspflicht, sondern nur um einen Verstoß gegen Gebote der eigenen Interessenwahrnehmung, also um die Verletzung einer sich selbst gegenüber bestehenden Obliegenheit (vgl. Senat, NJW 2010, 927 = VersR 2010, 270 Rn. 16 mwN; BGHZ 57, 137= NJW 1972, 250; BGHZ 135, 235 = NJW 1997, 2234 und NJW 1999, 3627 = VersR 2000, 474). Die vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit der Anspruchsminderung des Geschädigten beruht auf der Überlegung, dass jemand, der diejenige Sorgfalt außer acht lässt, die nach Lage der Sache erforderlich erscheint, um sich selbst vor Schaden zu bewahren, auch den Verlust oder die

90 BGH 1997-04-18 - V ZR 28/96, NJW 1997,2234 zur analogen Anwendung von § 254 BGB im Rahmen des Beseitigungsanspruchs nach § 1004 Abs. 1 BGB).

91 BGH 1966-11-14 - VII ZR 112/64, NJW 1967,248 unter IV 2e; BGH 2005-11-16 - IV ZR 120/04 RN 27; NJW-RR 2006,394, Palandt/Grueneberg, § 254 Rn. 4.

92 BGH 1971-11-29 - VII ZR 101/70, NJW 1972,447; BGH 1984-03-22 - VII ZR 50/82, NJW 1984,1676, so auch OLG Düsseldorf 2002-05-28 - 20 U 30/02, NJW-RR 2003,59 ,61.

93 BGH 1990-10-02 – VI ZR 14/90, NJW 1991,165

94 BGH 2008-11-27 - VII ZR 206/06, NZBau 2009,185, "Glasfassaden", RN. 30

95 BGH 2014-06-17 - VI ZR 281/13, IBR 2014,4087

Kürzung seiner Ansprüche hinnehmen muss (vgl. Senat, BGHZ 9, Seite 316, 318 f.] = NJW 1953, 977), weil es im Verhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem unbillig erscheint, dass jemand für den von ihm erlittenen Schaden trotz eigener Mitverantwortung vollen Ersatz fordert (vgl. Senat, BGHZ 34, 355 = NJW 1961, 655 und NJW 1982, 168; BGH, NJW-RR 1998, 1723 = VersR 1998, 1443 ,1445). Eine Anspruchskürzung gem. § 254 BGB Absatz I BGB hängt nicht davon ab, dass der Geschädigte eine Rechtspflicht verletzt hat (vgl. MüKoBGB/Oetker, 6. Aufl., § 254 Rn. 6 mwN). Insbesondere ist es nicht erforderlich, dass er gegen eine gesetzliche Vorschrift (vgl. Senat, NJW 1979, 980 = VersR 1979, 369 mwN) oder eine andere Verhaltensanweisung wie etwa eine Unfallverhütungsvorschrift verstoßen hat (vgl. Senat, VersR 1970, 469, 470] = BeckRS 1970, 30387908; NJW 1983, 1380 = VersR 1983, 440 und NJW 1987 2445 = VersR 1987, 781).

[9]b) Ein Mitverschulden des Verletzten iSv § 254 Absatz I BGB ist bereits dann anzunehmen, wenn dieser diejenige Sorgfalt außer acht lässt, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflegt (stRspr, vgl. etwa Senat, BGHZ 9, 316 = NJW 1953, 977; BGHZ 35, 317 = NJW 1961, 1966; VersR 1961, 561; NJW 1965, NJW 1708 = VersR 1965, 816 und NJW 1978, 2024 = VersR 1978, 923. Er muss sich „verkehrsrichtig" verhalten, was sich nicht nur durch die geschriebenen Regeln der Straßenverkehrsordnung bestimmt, sondern durch die konkreten Umstände und Gefahren im Verkehr sowie nach dem, was den Verkehrsteilnehmern zumutbar ist, um diese Gefahr möglichst gering zu halten (Senat, NJW 1979, 980 = VersR 1979, 369, 370 und NJW 1979, 1367 = VersR 1979, 532). Danach würde es für eine Mithaftung der Kl. ausreichen, wenn für Radfahrer das Tragen von Schutzhelmen zur Unfallzeit im Jahr 2011 nach allgemeinem Verkehrsbewusstsein zum eigenen Schutz erforderlich war."

Der BGH hat deutlich gemacht, dass die Verletzung von Obliegenheiten, zu einer Anrechnung von Mitverschulden führt. Streitig war bislang noch immer, ob die Obliegenheit auf den Schutz auch des Vertragspartners gerichtet sein muss und nur dann ein Mitverschulden geltend gemacht werden kann [96]. Der BGH hat nochmals eindeutig entschieden, dass es für § 254 BGB darauf gerade nicht ankommt, sondern ausschließlich darauf, ob der Geschädigte sich selbst geschädigt hat.

Für das Baurecht gilt nichts anderes:

Beispiel: OLG Celle 2014-02-15[97]

Der Auftraggeber beauftragt einen Architekten mit der Erstellung eines Wohnhauses. Die Planung ist mangelhaft, denn der Architekt hat seine Pflicht zur Fertigung einer genehmigungsfähigen Planung frei von Rechten Dritter verletzt. Die Baugenehmigung wurde erfolgreich von den Nachbarn angefochten. Der Auftraggeber nimmt den Architekten auf Schadenersatz in Anspruch. Im Vorfeld war der Auftraggeber auf die Risiken des geplanten Bauwerks im Verhältnis zu den Nachbarn hingewiesen worden.

" *Indem sie gleichwohl weitergebaut hat, hat sie gegen die Obliegenheit verstoßen, sich selbst vor Schaden zu bewahren (§ 254 BGB). Sie durfte auch nicht auf den Bestand der erteilten Baugenehmigungen vertrauen. Sind dem Auftraggeber Umstände bekannt, aufgrund derer sich die Fehlerhaftigkeit der Genehmigungsplanung des Architekten aufdrängt, und*

96 OLG Hamm, IBR 2013, 412; Gartz, BauR 2010, 703

97 OLG Celle 2014-02-15 - 14 O 55/12, IBRRS 2015,2134 (nicht rechtskräftig)

macht er von der erteilten Baugenehmigung dennoch Gebrauch, verstößt er regelmäßig gegen die im eigenen Interesse bestehende Obliegenheit, sich selbst vor Schäden zu bewahren [BGH , Urteil vom 10.02.2011, Leitsatz, zitiert nach ibr-online]. Abzustellen sind auf Umstände, die bereits bei einer laienhaften Bewertung das Risiko der Fehlerhaftigkeit der Planung erkennen lassen, weil es insoweit nicht um spezifische Kenntnisse des Architekten geht, deretwegen der Bauherr diesen gerade eingeschaltet hat [ders., a. a. O., Rn. 46; zitiert nach ibr-online]. Ein Bauherr trägt dann zur Entstehung des Schadens schuldhaft bei, wenn er mit den Bauarbeiten beginnt, obwohl er weiß - oder mindestens damit rechnen muss -, dass sein Bauvorhaben geeignet ist, die Rechte der Nachbarn erheblich zu stören [ders., a. a. O., Rn. 47 mit weiteren Nachweisen, zitiert nach ibr-online]. Das war hier der Fall."

In einer ähnlichen Konstellation hatte der BGH entschieden:

Beispiel: BGH 2011-02-10[98]

"Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist es, dass das BerGer. eine von ihm unterstellte fahrlässige Mitverursachung der Kl. daran, dass der Bekl. eine baurechtswidrige Genehmigungsplanung erstellt hat, nicht hat ausreichen lassen, um einen Mitverschuldensanteil an der mangelhaften Architektenleistung anzunehmen. Es ist nicht rechtsfehlerhaft, wenn das BerGer. im Zusammenhang mit der Frage, wie die Aussagen der Mitarbeiter der Baugenehmigungsbehörde zu verstehen waren und wie die hierüber gefertigten Aktenvermerke zu lauten hatten, darauf abstellt, dass es die primäre Pflicht des Architekten ist, den Bauherrn im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens aufzuklären und zu belehren, und diese Pflicht durch die Berücksichtigung eines nur fahrlässigen Mitverschuldens des Bauherrn ausgehöhlt und entwertet werde (vgl. BGH, NJW 2004, 1868 = NZM 2004, 349 = BauR 2004, 1154 1157".[99]

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH[100] kann der Informationspflichtige dem Geschädigten grundsätzlich nicht entgegenhalten, er habe den Angaben nicht vertrauen dürfen und sei deshalb für den entstandenen Schaden mitverantwortlich.

Eigene Meinung

Anders als bei der Verletzung einer Pflicht, die den Schutz eines Dritten bezweckt, betrifft die Obliegenheit das Verhalten gegen sich selbst. Es wird von jedermann erwartet, sich vernünftigerweise so zu verhalten, dass er sich nicht selbst schädigt. Ob in seinem nach innen gerichteten Verhalten oder Unterlassen zugleich auch eine Pflichtverletzung gegenüber einem Dritten liegt, spielt für die Annahme einer Obliegenheit keine Rolle. Deshalb kann eine Obliegenheitsverletzung auch dann vorliegen, wenn der Auftragnehmer keinen Anspruch gegen den Auftraggeber auf ein bestimmtes Handeln hat, z.B. auf Übergabe von Planungsunterlagen oder auf Überwachung seiner Tätigkeit.

98 BGH 2011-02-10 - VI ZR 8/10, NJW 2011,1442
99 BGH 2011-02-10 - VI ZR 8/10, NJW 2011,1442
100 BGH 2011-02-10 - VI ZR 8/10, NJW 2011,1442BGH 1997-09-26 - V ZR 65/96, NJW-RR 1998, 16 ; BGH 1987-12-01 - X ZR 36/86, NJW-RR 1988,855

1.1. Einschränkung durch Schutzzweck der Norm

In der Fahrradhelm-Entscheidung kam es darauf an, ob das Nichtttragen eines Fahrradhelms überhaupt als Obliegenheitsverletzung anzusehen ist. Dazu stellte das Gericht darauf ab, ob diesbezüglich ein allgemeines Verkehrsbewusstsein besteht, und verneinte es letztlich für das relevante Jahr 2011. Es geht um die die in Literatur und Rechtsprechung entwickelte Lehre vom "Schutzzweck der Norm"[101]
Der X. Senat des BGH[102] hat hierzu seine "Lehre von der Haftungsbeschränkung durch den Zurechnungszusammenhang und hier insbesondere durch den Schutzzweck der Norm" entwickelt.

Damit ein Mitverschulden berücksichtigt werden kann, muss demnach geprüft werden,

- ob 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,
- ob das übertretene Gesetz überhaupt den Schutz Einzelner bezweckt und der Verletzte gegebenenfalls zu dem geschützten Personenkreis gehört,
- ob die Verbotsnorm das verletzte Rechtsgut schützen soll,
- ob die Verbotsnorm den Schutz des Rechtsguts gerade gegen die vorliegende Schädigungsart bezweckt; der geltend gemachte Schaden muss also auch nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fallen.

Beispiel: BGH 2003-03-24[103]

In der zugrundeliegenden Entscheidung hatte der BGH ein Mitverschulden verneint, weil der Auftraggeber zwar seine Sorgfaltspflicht verletzt hatte, indem er Sicherheitstests an einer Anlage nicht ausgeführt hatte, diese Tests aber nicht der Vermeidung des konkret entstandenen Schadens dienten und der Schaden auch ohne die Tests entstanden wäre.

Die Rechtsprechung neigt dazu, ein Mitverschulden bereits von vorneherein - ohne Prüfung von Kausalität und Mitverursachungsanteilen - auszuschließen, wenn die orginären Pflichten

29.3. Erfüllungsgehilfen

29.3.1. Planer

29.3.2. Bauleitender Architekt

29.2.2a Projektsteuerer

Beispiel: BGH 2015-03-12 [104]

---

101 vgl. Palandt BGB Kommentar 73./2014, Vor § 249 RN 29, § 254 RN 13
102 BGH 2006-03-14 - X ZR 46/04, NJW-RR 2006,965
103 BGH 2006-03-14 - X ZR 46/04, NJW-RR 2006,965
104 BGH 2015-03-12 - VII ZR 173/13, NZBau 2015,369

Die Stadt setzte einen Projektsteuerer als Ansprechpartner und Entscheidungsträger ein. Dieser ließ den Hinweis der Bau-ARGE noch vor Beginn der Ausführung hinsichtlich gewisser Risiken bei der Durchführung eines Verdichtungsverfahrens - DYNIV-Verfahren - unberücksichtigt. Es kam zu Setzungen im Boden.

" Soweit die Stadt W. im Rahmen der sie als Auftraggeberin treffenden Obliegenheit, sich selbst vor den Schäden offenkundiger oder bekannter Risiken der Bauausführung zu bewahren, an ihrer Stelle den Projektsteuerer I als Ansprechpartner und Entscheidungsträger eingesetzt haben sollte, ist der Projektsteuerer I im Verhältnis zu den anderen Baubeteiligten, auch der Bekl., als Erfüllungsgehilfe der Stadt W. anzusehen, so dass sie für ein etwaiges Verschulden des Projektsteuerers nach §§ BGB § 254 BGB § 254 Absatz II 2, BGB § 278 S. 1 BGB einstehen muss (vgl. Locher/Koeble/Frik, HOAI, 9. Aufl., § 31 Rn. 22, sowie 12. Aufl., Einleitung Rn. 430; Eschenbruch, Projektmanagement und Projektsteuerung Rn. 1670, 1674; Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 8. Aufl., Einführung Rn. 698; Korbion, Baurecht, Teil 14 Rn. BAURECHT Jahr 2014 Seite 116; Schill, Der Projektsteuerungsvertrag, 104). Dies steht nicht im Widerspruch zu der ständigen Rechtsprechung des Senats zur begrenzten Mitverantwortung des Auftraggebers gegenüber Planern (vgl. BGH, NZBau 201,3 515 = NJW 2013, 3442 = BauR 2013, 1472 Randnummer 27 ff.; NZBau 2002 616 = NJW-RR 2002, 1531 = BauR 2002,; NZBau 2003, 567 = NJW-RR 2003 1454 = BauR 2003, 1918; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., Teil 12 Randnummer 749 f.). Dass den Auftraggeber im Verhältnis zu seinem planenden Architekten oder Ingenieur ein Mitverschulden treffen kann, wenn sich ihm auf Grund der Kenntnis tatsächlicher Umstände eine bestimmte Gefahrenlage aufdrängen muss, er hiervor aber die Augen verschließt und das Bauvorhaben ohne Weiteres durchführt, hat der Senat mehrfach entschieden (vgl. BGH, NZBau 2013, 515 = NJW 2013, 3442 = BauR 2013, 1472 Rnr 29; NZBau 2013, 244 = NJW 2013, 684 = BauR 2013, 624 Rn. 27 f.; NZBau 2011 360 = NJW 2011, 1442 = BauR 2011, 869 Rn. BAUR 43 ff.). Wenn der Auftraggeber sich zur Erfüllung seiner insoweit bestehenden Mitwirkungs-, Handlungs- und Entscheidungsobliegenheiten eines Dritten bedient, muss er sich dessen Verschulden zurechnen lassen"

29.3.3. Vorunternehmer

29.3.4. Lieferanten

29.3.5. Prüfingenieur

29.4. Rechtsprechung zum Grad des Mitverschuldens

29.4.1. Mitverschulden überwiegend bei dem Auftragnehmer

29.4.2. Mitverschulden überwiegend bei dem Auftraggeber

29.4.3. Mitverschulden zu gleichen Teilen

Beispiel: OLG Braunschweig 2013-01-17[105] "Straßenbau"

[105] OLG Braunschweig 2013-01-17 - 8 U 203/10, IBRRS 2015,1116 BGH 2015-03-26 - VII ZR 32/13 (NZB zurückgewiesen);

"Muss sich der Bauherr ein Planungsverschulden seines Architekten bzw. Ingenieurs anrechnen lassen, haftet der Bauunternehmer grundsätzlich nur zu einer Quote (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rdn. 2929 m.w.N.). Seine Haftung ist ganz ausgeschlossen, wenn der Baumangel ausschließlich auf Planungsfehler des Architekten / Planers des Auftraggebers zurückzuführen ist und diese für den Bauunternehmer nicht erkennbar sind (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rdn. 2485 m.w.N.). Etwas anderes gilt dann, wenn Ursache des Baumangels neben der fehlerhaften Planung auch der Umstand ist, dass der Unternehmer den Planungsfehler fahrlässig nicht erkannt hat oder zwar erkennt hat, aber eine entsprechende Mitteilung gegenüber dem Bauherrn gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B unterließ (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rdn. 2486 m.w.N.). Die Haftungsquote ist von den Umständen des Einzelfalles abhängig. Nach einer Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 09. Juni 2011 - 9 U 502/11 - (veröffentlicht in: BauR 2011, 1832 ff.) sind bei falscher Planungsvorgabe durch den Auftraggeber und unterlassenem Hinweis des Auftragnehmers die Mängelbeseitigungskosten grundsätzlich hälftig zu teilen. Dies gilt zumindest dann, wenn Auftraggeber und Auftragnehmer selbst fachkundig oder fachkundig beraten sind und keine Umstände vorliegen, die für eine überwiegende Verantwortlichkeit des einen oder anderen Teils sprechen. Dem ist zu folgen. Umstände, nach denen vorliegend die Hauptursache des Mangels in der fehlerhaften Planung der Klägerin zu sehen ist, liegen nicht vor. Vielmehr handelt es sich vorliegend um Fehler, die auch ein fachkundiges Unternehmen, wie die Beklagte, ohne Weiteres hätte erkennen und vermeiden können."

" Da diese Kenntnisse auch auf Seiten des durch ein Ingenieurbüro beratenen Bauamtes der Klägerin vorhanden sein mussten, ist es gerechtfertigt, die Verantwortlichkeit der Parteien für den Mangel gleichanteilig zu gewichten. Dies gilt auch für das von der Klägerin planerisch vorgegebene, bereichsweise zu geringe Längsgefälle. Auch diesen Planungsfehler musste die Beklagte nach den Ausführungen des Sachverständigen als Straßenbauunternehmen erkennen und durch entsprechende Hinweise auf dessen Behebung hinwirken. Dass die Beklagte das planerisch richtig vorgegebene Quergefälle teilweise unzureichend ausgeführt hat, führt nicht zu einer Verschiebung der Haftung zu Lasten der Beklagten, weil eine Gesamtgewichtung der Fehler vorzunehmen ist."

Beispiel: OLG Düsseldorf 2015-02-18 [106] - Abdichtung

Der Auftraggeber vergab Bauarbeiten. Nachdem die Baugrube für den Keller ausgehoben war, stellte sich heraus, dass nach dem Stand der Ausführung der Keller zu niedrig geraten würde, wenn er sich auf dem gleichen Niveau wie das Haupthaus befände. Ob die Ursache für die mangelnde Höhe des Kellers ein Fehler im Rahmen der Bauplanung oder der Bauausführung bei der Ausschachtung war, ist zwischen den Parteien streitig. Um im Keller die erforderliche Deckenhöhe zu erreichen, dünnte der Kläger die bereits eingebrachte kapillarbrechende Schicht aus und verzichtete auf eine Sauberkeitsschicht. Stattdessen fand eine so genannte Delta-Noppenbahn Verwendung. Die mit einer Stärke von 24 cm geplante Bodenplatte wurde letztlich mit einer Stärke von max. 20 cm betoniert. Im Einverständnis zwischen den Parteien wurde auf die Erstellung von nichttragenden Innenwänden im Kellerbereich verzichtet. Am 18.12.2004 waren die Arbeiten an dem Anbau weit gehend abgeschlossen. Das Dach wurde am 16.1.2004 errichtet. Im Februar 2004 brachten Mitarbeiter des Klägers an den Außenwänden des Kellers eine Isolierung in Form einer mineralischen Dichtschlämme auf.

106 OLG Düsseldorf 2015-02-18 - 21 U 220/13, IBRRS 2015,1857

"Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass der Streithelfer L.... tatsächlich eine Pflichtverletzung begangen hat, die kausal zu dem Schadenseintritt geführt habe. Es hat darauf abgestellt, dass dem planenden Architekten die Verpflichtung zur Planung eines Abdichtungskonzeptes und der Prüfung der Wohnverhältnisse auch dann trifft, wenn nur die Leistungsphase 1-4 den Umfang seiner Tätigkeit bestimmte, denn die Prüfung der Bodenverhältnisse unterfällt der Leistungsphase 3. Vor diesem Hintergrund sei eine Berücksichtigung der Verletzung der ihm obliegenden Pflichten mit 50 % als Mitverschulden zu berücksichtigen.

Diese rechtliche Wertung hält der Senat im Ansatz für sachgerecht und angemessen. Der hiergegen von der Beklagten erhobene Einwand, der Kläger habe die angezeigten Hinweise auf die erkannten Mängel der Abdichtungsplanung unterlassen, so dass von einem Vorsatz des Klägers auszugehen sei, dem ein Mitverschulden entgegenstünde, ist nicht überzeugend.

Auf dieser Grundlage erscheint eine Anspruchsminderung um 50 %, wie sie vom Landgericht vorgenommen worden ist, vordergründig als vertretbar. Auf der einen Seite darf die Verletzung von Prüfungs- und Hinweispflichten nicht bagatellisiert werden, weil diese in der Regel eine gewichtige Ursache für den Schaden am Bauwerk darstellen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 328/03, BauR 2005, 1016). Andererseits wäre es nicht angemessen, das der Beklagten zurechenbaren Verschulden des Streithelfers als Architekten vollständig hinter das Verschulden des Klägers als Auftragnehmer zurücktreten zu lassen, da das Planungsverschulden des Architekten L.... so schwerwiegend erscheint, dass eine vollständige Entlastung des Auftraggebers nicht hinnehmbar wäre (vgl. BGH Urteil vom 27.11.2008, VII ZR 206/06, NZBau 2009, 185,189 TZ 39)."

29.5. Übersicht: Mitverschulden bei fehlerhafter Planung des Auftraggebers und Verletzung der Prüf- und Hinweispflicht

OLG Stuttgart 2014-04-15 [107]

"Hat ein Auftragnehmer einen Planungsmangel erkannt und nicht auf diesen hingewiesen, so kann er sich nicht gegenüber dem Auftraggeber auf ein Mitverschulden des Architekten berufen."

29.6. Mitverschulden wegen fehlenden Hinweises des Auftraggebers auf Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens

29.7. Checkliste zum Mitverschulden und zur Quotelung

29a Versicherungsrecht

BGH 2004-09-29 - IV ZR 162/02[108]

"Ein Sachschaden - und ein Schadenereignis i.S.d. § 1 Nr. 1 AHB - liegt nicht vor, wenn eine vom VersNehmer gelieferte Anlage insgesamt mangelhaft ist, weil sie nicht wie geplant betrieben werden kann.

---

[107] OLG Stuttgart 2014-05-15 - 1o U 127/13, BeckRS 2014,12696, NJW-Spezial Heft 15, 2014, S. 461

[108] BGH 2004-09-29 - IV ZR 162/02, NJW-RR 2004,1675

Ein (ausgeschlossener) Erfüllungsschaden liegt vor, wenn die vom VersNehmer erbrachte Leistung die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit oder Eigenschaft nicht erreicht. Die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht fällt nicht darunter. Hat der VersNehmer einen Ofen zu liefern oder umzubauen und sollte er während oder nach Durchführung der Arbeiten die Abgastemperatur berechnen und mitteilen, so ist dies nicht nur als vertragliche Nebenpflicht anzusehen, sondern vielmehr so zu behandeln, als wenn von vornherein eine bestimmte Temperatur als Beschaffenheit oder Eigenschaft vereinbart worden wäre."

30 Gesamtschuldverhältnisse bei Missachtung der Prüf- und Hinweispflicht

vgl. hierzu die ausführliche Darstellung von Langen[109]

30.1. Verhältnis Unternehmer zu Vorunternehmer

30.2. Verhältnis zwischen Auftragnehmer und Planer

30.3. Verhältnis Architekt zu Statiker

31 Schlussfolgerungen

31.1. Literaturverzeichnis

31.2. Stichwortverzeichnis

31.3. Verzeichnis der zitierten Entscheidungen

31.4. Autor, Bestellformular GHC-Verlag

.

...

[109] Langen, Werner, Gesamtschuld der Planungs- und Baubeteiligten - Eine kritische Bestandsaufnahme NZBau 2015,2 und NZBau 2015,137