



Herzlich Willkommen
zu unserem Seminar !

Wie man den anderen die Schuld in die Schuhe schiebt!

Die Prüf- und Hinweispflichten als Waffe
oder Instrument zur Konfliktvermeidung"

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt Mediation Schiedsverfahren
Heidelberg



Das Buch zum Thema:

Dr. Peter Hammacher
Prüf- und Hinweispflichten
Bauvertrag, Werkvertrag,
Werklieferungsvertrag

2. Auflage
www.ghc-verlag.de
€ 64,00 zzgl. Versand
ISBN 978-3-410-26365-4

ergänzende Urteile auf
<https://drhammacher.de/seminare-schulung-vortraege/seminarunterlagen/>

Passwort: P1u6HHa

Themen



Prüf- und Hinweispflichten

- Konfliktbearbeitung, rechtliche Einordnung,
- des Auftraggebers im Werklieferungsvertragsrecht
- des Auftraggebers und Auftragnehmers im Angebotsstadium
- des Auftraggebers und Auftragnehmers während der Auftragsabwicklung
- Mitverschulden, Quotelung, Gesamtschuld



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



Prüf- und Hinweispflichten als Instrument der Konfliktvermeidung und -lösung

- Interessengegensätze der Projektbeteiligten
- Präventive Vertragsgestaltung
- Klärung der Schnittstellen
- Vorsehen von Verfahren zur Klärung von Abwicklungsproblemen

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

5 |



1. Wie lassen sich Prüf- und Hinweispflichten einordnen ?

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

6 |

Hauptpflichten



Leistung und Gegenleistung (Synallagma)

Beispiele

- Auftrag zur Baugrund-Untersuchung, Vermessung etc.
- vereinbarte Prüfungen im Rahmen technischer Vorschriften

Was gehört noch zur Hauptpflicht ? (§§ 433, 633 BGB)

- mangelfreie Leistung
 - die Nicht-Beachtung der Prüf- und Hinweispflicht ist kein Mangel
 - die Beachtung der Prüf- und Hinweispflicht kann zur Befreiung von Mängelvorwurf führen (dazu unten mehr)

Nebenpflichten



Leistungstreuepflichten

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

Mitwirkungspflichten

Schutzpflichten

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

Nebenpflichten



Beispiel: OLG Karlsruhe 2017-05-10, iBr 2019

Ein Fachunternehmen für die Errichtung von Solaranlagen erstellte ein Angebot für eine Solaranlage. Der Auftraggeber wollte für die Anlage aus Eigenmitteln nicht mehr als 10.000 € aufwenden. Angrenzende Bäume führten zu Verschattungen in den Morgenstunden. Ein eigener Pufferspeicher für die Solaranlage wurde nicht vorgesehen, obwohl er maßgeblich zur Optimierung beigetragen hätte, ohne die Kosten der Anlage wesentlich zu erhöhen. Der Auftraggeber ist der Auffassung, der Auftragnehmer hätte ihn diesbezüglich beraten müssen und macht deshalb Schadenersatzansprüche geltend.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren, Heidelberg

9 |



1. Beratungspflichten setzen keinen besonderen Beratungsvertrag voraus. Derartige Pflichten können sich als Nebenpflichten auch aus einem Bauvertrag ergeben.*
2. Bei Vertragsverhandlungen, in denen die Parteien entgegengesetzte Interessen verfolgen, besteht für jeden Vertragspartner die Pflicht, den anderen Teil über solche Umstände aufzuklären, die geeignet sind, den Vertragszweck zu vereiteln oder sonst für den Vertragspartner erkennbar von wesentlicher Bedeutung sind, so dass dieser Mitteilung erwarten darf. Dies gilt umso mehr, wenn ein weniger fachkundiger Auftraggeber auf das größere Fachwissen des Werkunternehmers angewiesen ist.*

Hier: besonderes Leistungssoll nicht vereinbart, daher diesbzgl. keine Hinweispflicht; Kosten: eingeschränkte Werkleistung, keine Risikoübertragung durch P+H

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren, Heidelberg

10 |

Konsequenz aus Pflichtverletzung

§ 280 BGB - Schadensersatz wegen Pflichtverletzung

(1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

11 |

Obliegenheit

- Handlung oder Unterlassung, bei der diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen wird, die nach der Sachlage im eigenen Interesse des Geschädigten geboten ist (BGH, Urt. v. 3. Juli 1951 - I ZR 44/50)

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

12 |

Rechtsberatung

Obliegenheit

Beispiel:

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

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

Empfehlung hätte auf Seiten des AG nicht ohne Reaktion bleiben dürfen. Zumindest wäre eine Rückfrage bei dem Architekten angezeigt gewesen. Durch das Untätigbleiben hat AG diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen, die in der konkreten Situation jedem verständigen Menschen bewusst geworden wäre.“

folglich: Mitverschulden des AG wegen Verletzung der Schadensminderungspflicht, § 254 Abs.2 BGB

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

13 |

Rechtsberatung

Zurechenbarkeit des Verhaltens Dritter

§ 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.**

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

14 |

Erfüllungsgehilfen



Beispiel:

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

AG beauftragt einen Architekten mit der Planung und einen anderen mit der Bauüberwachung. Beide arbeiten mangelhaft. Die Glasfassade muss größtenteils neu erstellt werden. AG nimmt den Bauüberwacher auf Zahlung von 1 Mio EUR in Anspruch. AN wendet wegen der fehlerhaften Planung Mitverschulden ein.

*„Nach § 254 Abs. 2 Satz 2 BGB, der sich auch auf § 254 Abs. 1 BGB bezieht (Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 254 Rdn. 49), ist § 278 BGB entsprechend anwendbar. Dem Geschädigten kann die schuldhafte Mitverursachung des Schadens durch Dritte entgegengehalten werden, wenn er sich dieser Personen zur Erfüllung der ihm aus § 254 Abs. 1 BGB **im eigenen Interesse treffenden Obliegenheit bedient** hat. Hierfür reicht es aus, wenn die Hilfspersonen bei einer für den entstehenden Schaden kausal gewordenen **Handlung oder Unterlassung diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen haben, die nach der Sachlage im eigenen Interesse des Geschädigten geboten war** (BGH, Urteil vom 3. Juli 1951 - I ZR 44/50 aaO).“*

Vergleich Pflicht- und Obliegenheitsverletzung

Pflichtverletzung

- gegenüber einem anderen
- aus Gesetz, oder aus Vertrag
- in der Regel schuldhaft
- führt zum Schadenersatz
- Mitverschuldenseinwand, § 254 BGB

Obliegenheitsverletzung

- gegenüber sich selbst
- Vernachlässigung zumutbarer Verhaltensweisen, sich nicht selbst zu schädigen
- führt zum teilweisen oder vollständigen Verlust von Rechten oder Einwendungen (z.B. 377 HGB, 326 II 1 ; 346 III Nr.2 BGB)
- Mitverschuldenseinwand, § 254 BGB



2. Prüf- und Hinweispflichten bei Dienstvertrag, Mietvertrag, Dienstverschaffungsvertrag

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

17 |



3. Prüf- und Hinweispflichten bei Kaufvertrag / Werklieferungsvertrag

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

18 |



3. Prüf- und Hinweispflichten bei Kaufvertrag / Werklieferungsvertrag

- eingeschränkte Hinweispflicht des Verkäufers über die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes z.B. bei Mängeln, die einer Besichtigung zugänglich und damit ohne weiteres erkennbar sind
- Nicht ohne weiteres erkennbare Umstände muss der Verkäufer gemäß seinem Kenntnisstand aufklären und darf sein konkretes Wissen nicht zurückhalten
- Zieht der Verkäufer auf Grund eigener Sachkunde oder auf Grund eines von ihm eingeholten Gutachtens Schlüsse auf den Mangel und seine Ursachen, die sich dem Käufer bei einer Inaugenscheinnahme der Symptome nicht in gleicher Weise aufdrängen, kann der Käufer erwarten, dass ein redlicher Verkäufer ihm diese Schlussfolgerungen mitteilt
BGH, Urt. v. 14.6.2019 – V ZR 73/18 RN 11; NJOZ 2020, 440
- keine Prüfpflicht des Käufers, der kein Kaufmann ist
- Prüf- und Hinweispflicht des Käufers im kaufmännischen Bereich

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

19 |



Beispiel:

Der Verkäufer verkauft ein bebautes Grundstück an den Käufer unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel. Beworben hatte er das Grundstück in einem Exposé, in dem es heißt, dass die Erlaubnis besteht, Pferdeboxen auf dem Grundstück zu errichten. Im Kaufvertrag ist allerdings vereinbart, dass die Zulässigkeit einer weiteren Bebauung nicht zur vereinbarten Beschaffenheit gehört. Nachdem sich herausstellt, dass Pferdeboxen nicht genehmigungsfähig sind, tritt der Käufer vom Vertrag zurück..

- Keine negative Eigenschaft vereinbart. Es fehlt eine vorrangige Beschaffensvereinbarung gegenüber dem Exposé, z.B. „Pferdeboxen können nicht errichtet werden“, nur Nicht-Einstehen
- § 444 BGB: unrichtige Angabe, Fehlvorstellung, arglistige Täuschung, dadurch Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses

BGH, Urteil vom 25.1.2019 – V ZR 38/18 = BeckRS 2019, 11002

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

20 |

Abgrenzung Kaufvertrag - Werkvertrag



- § 433 ff BGB Kaufrecht: wesentlich: Eigentumsübergang
- § 631 ff BGB Werkvertrag: wesentlich: Erfolg der Leistung

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren, Heidelberg

21 |

Werklieferungsvertrag, § 650 BGB



Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung. § 442 Abs. 1 Satz 1 findet bei diesen Verträgen auch Anwendung, wenn der Mangel auf den vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen ist. Soweit es sich bei den herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen um nicht vertretbare Sachen handelt, sind auch die §§ 642, 643, 645, 649 und 650 mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Abnahme der nach den §§ 446 und 447 maßgebliche Zeitpunkt tritt.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren, Heidelberg

22 |



Werklieferungsvertrag, § 377 HGB

- (1) Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.
- (2) Unterlässt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, dass es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.
- (3) Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muss die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; anderenfalls gilt die Ware auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt.
- (4) Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige.
- (5) Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschriften nicht berufen.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren, Heidelberg

23 |



Öffentliche Hand als Kaufmann, §§ 1ff HGB?

- Wenn Bund, Länder, Gemeinden oder selbständige juristische Personen des öffentlichen Rechtes ein Handelsgewerbe betreiben oder durch Eintragung Kaufmann werden.
- Öffentliche Körperschaften können zugleich in Erfüllung ihrer öffentlich rechtlichen gemeinnützigen Aufgaben handeln und Gewinn anstreben. Eine solche Gewinnerzielungsabsicht ist im Einzelfall zu prüfen (BGHZ 36, 276; 49, 260; 53, 223; 57, 191; 83, 387; 95, 157). Es genügt allerdings die Absicht der Erzielung eines, wenngleich bescheidenen, wirtschaftlichen Erfolges oder die Führung eines nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen im Wettbewerb mit Privatunternehmen stehenden Unternehmens (Baumbach/Hopt, §1 HGB, Rz.27).

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren, Heidelberg

24 |

UN-Kaufrecht Art. 38 ff CISG



Rechtsberatung
Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt - Mediation - Schiedsverfahren, Heidelberg

Artikel 38 CISG [Untersuchung der Ware]

- (1) Der Käufer hat die Ware **innerhalb einer so kurzen Frist zu untersuchen oder untersuchen zu lassen, wie es die Umstände erlauben.**
- (2) Erfordert der Vertrag eine **Beförderung** der Ware, so kann die Untersuchung bis nach dem Eintreffen der Ware am Bestimmungsort aufgeschoben werden.
- (3) Wird die Ware vom Käufer umgeleitet oder von ihm **weiterversandt**, ohne dass er ausreichend Gelegenheit hatte, sie zu untersuchen und kannte der Verkäufer bei Vertragsabschluss die Möglichkeit einer solchen Umleitung oder Weiterversendung oder musste er sie kennen, so kann die Untersuchung bis nach dem Eintreffen der Ware an ihrem neuen Bestimmungsort aufgeschoben werden.

Artikel 39 CISG [Mängelrüge]

- (1) Der Käufer verliert das Recht, sich auf eine Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, wenn er sie dem Verkäufer nicht **innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Zeitpunkt**, in dem er sie festgestellt hat oder hätte feststellen müssen, anzeigen und dabei die Art der Vertragswidrigkeit genau bezeichnet.
- (2) Der Käufer verliert in jedem Fall das Recht, sich auf die Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, wenn er sie nicht spätestens innerhalb von zwei Jahren, nachdem ihm die Ware tatsächlich übergeben worden ist, dem Verkäufer anzeigt, es sei denn, dass diese Frist mit einer vertraglichen Garantiefrist unvereinbar ist.

Artikel 40 CISG [Bösgläubigkeit des Verkäufers]

Der Verkäufer kann sich auf die Artikel 38 und 39 nicht berufen, wenn die Vertragswidrigkeit auf Tatsachen beruht, die er kannte oder über die er nicht in Unkenntnis sein konnte und die er dem Käufer nicht offenbart hat.

Werklieferungsvertrag - 1



Rechtsberatung
Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt - Mediation - Schiedsverfahren, Heidelberg

- Bauteile (z.B. Fenster) werden ab Lager verkauft: **Kaufvertrag**
- Die Bauteile werden hergestellt und geliefert, aber nicht montiert: **Werklieferungsvertrag**
- Die Bauteile werden lediglich montiert, ohne dass sie auch zu liefern waren: **Werkvertrag**
- Die Bauteile werden geliefert und montiert, wobei die Montage nur eine untergeordnete Bedeutung spielt (z. B. Markise) : **Kaufvertrag** (§ 434 Abs.2 BGB)
- Die Bauteile werden hergestellt, geliefert und montiert: Wenn die Funktion des Gebäudes von dem Einbau dieser Teile abhängig ist und diese Teile nicht ohne Beeinträchtigung wieder herausgelöst werden können: **Werkvertrag**

Werklieferungsvertrag - 2



- Die hergestellten Teile sind Standardprodukte: sie sind „**vertretbar**“, es gilt nur Kaufrecht
- Die Teile sind nicht ohne weiteres wiederverkäuflich, z.B. weil nach Maßen des AG hergestellt: „**nicht vertretbar**“, § 91 BGB: es gilt zusätzlich einiges aus dem Werkvertragsrecht:
 - Mitwirkungspflicht des AG, §§ 643,643
 - Haftung für gelieferte Teile, § 645
 - freie Kündigung, § 649
 - Kostenanschlag, § 650

aber nicht:

- Abschlagszahlungen, § 632a
- Zahlungsbürgschaft, § 648a

Abgrenzung Werklieferungsvertrag - Werkvertrag



Beispiel BGH 2009-07-23 VII ZR 151/08

Die Klägerin hatte für einen Auftraggeber in Russland eine Siloanlage zur Einlagerung von Graspellets zu erstellen und auf einem von diesem zu errichtenden Fundament zu montieren. Die Siloanlage besteht aus 14 unmittelbar nebeneinander befindlichen Boxen, die jeweils 6 Meter hoch, 20 Meter lang und 5 Meter breit sind. Die Boxen sind jeweils durch eine Dammwand voneinander getrennt, die aus mehreren Stützen, zwischen denen Trapezbleche montiert sind, bestehen. Die für die Erstellung der Siloanlage erforderlichen Teile und Materialien bestellte die Klägerin am 2. März 2004 einschließlich einer prüffähigen Statik bei der Beklagten. Diese stellte die Teile (u.a. Dammwände, Stützen und Zugstangen) her und lieferte sie an die Klägerin aus. Die Anlage wurde von der Klägerin in Russland errichtet.



Abgrenzung von Kaufvertrag zu Werkvertrag

Beispiel BGH 2009-07-23 VII ZR 151/08

1. *Kaufrecht ist auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden, also auch auf Verträge zwischen Unternehmen.*)*
2. *Verträge, die allein die Lieferung von herzustellenden beweglichen Bau- oder Anlagenteilen zum Gegenstand haben, sind nach Maßgabe des § 651 BGB nach Kaufrecht zu beurteilen. Die Zweckbestimmung der Teile, in Bauwerke eingebaut zu werden, rechtfertigt keine andere Beurteilung.*)*
3. *Eine andere Beurteilung ist auch dann nicht gerechtfertigt, wenn Gegenstand des Vertrages auch Planungsleistungen sind, die der Herstellung der Bau- und Anlagenteile vorauszugehen haben und nicht den Schwerpunkt des Vertrages bilden.*)*

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

29 |



Abgrenzung von Kaufvertrag zu Werkvertrag

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

Die Parteien schlossen am 25.12.2006 einen Vertrag über den Erwerb eines BHKW mit Installation. Zum Lieferumfang gehören 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. Auf die Inbetriebnahme entfällt dabei lediglich ein Kostenanteil von EUR 1.500.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

30 |

Abgrenzung von Kaufvertrag zu Werkvertrag



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

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.

Werklieferungsvertrag Prüf- und Hinweispflichten des Auftraggebers





Werklieferungsvertrag – Kaufvertrag: keine besondere Prüf- und Hinweispflicht des Verkäufers

„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 äußereren Besichtigung („Sichtprüfung“) verpflichtet (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 11. Aufl., Rdnr. 3895).“

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

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

33 |



Prüfintensität

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

34 |

BGH 2017-12-06 VIII ZR 246/16, BeckRS 2017, 13679

Anhaltspunkte für die Grenzen der Zumutbarkeit bilden vor allem der für eine Überprüfung erforderliche Kosten- und Zeitaufwand, die dem Käufer zur Verfügung stehenden technischen Prüfungsmöglichkeiten, das Erfordernis eigener technischer Kenntnisse für die Durchführung der Untersuchung beziehungsweise die Notwendigkeit, die Prüfung von Dritten vornehmen zu lassen (Bestätigung des Senats NJW 2016, 2645 = WM 2016, 1899 Rn. 20 ff. mwN).

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

35 |

OberflächenprüfungBeispiel: OLG Nürnberg 2005-10-11 „Türlack“

Ein Bauunternehmer bestellt beim Türenhersteller 100 nach Aufmass herzustellende Haustüren. Zwei Monate nach Anlieferung wird festgestellt, dass der Türlack der Reinigung mit einem normalen Haushaltsreiniger nicht standhält. Der Unternehmer rügt die fehlende Abriebfestigkeit des Lacks.

OLG Nürnberg 2005-10-11 - U 804/05, IBRRS 57513; rechtskräftig durch BGH 2006-09-28 - II ZR 255/05

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

36 |

Materialzusammensetzung - Zertifikate



Beispiel: OLG Hamm 2010-06-25[1] "Stahlzusammensetzung"

Der Auftraggeber bestellt Stahl. Wie besprochen stellt der Stahllieferant ein Werkszeugnis 2.3 EN 10204 aus, wonach die Lieferung den Anforderungen der Lieferbedingung entspricht. Sechs Monate nach Lieferung stellt sich heraus, dass der Kohlenstoffgehalt über den vereinbarten 0,05 % liegt. Der Auftraggeber verlangt Schadenersatz.

[1] OLG Hamm 2010-06-25 - I-19 U 154/09, BeckRS 2010, 19479

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt - Mediation - Schiedsverfahren , Heidelberg

37 |

Materialzusammensetzung



Beispiel: OLG Düsseldorf 2013-02-04[1]

Der Auftraggeber bestellte insgesamt 110.000 Metallbolzen aus dem Werkstoff 1.0406 + 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.

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

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt - Mediation - Schiedsverfahren , Heidelberg

38 |

Materialzusammensetzung / Zertifikate



Beispiel: OLG Düsseldorf 2013-02-04[1]

"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."

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

39 |

Zertifikate

Beispiel: OLG Hamburg 2013-01-23[1]

Die Klägerin begeht Schadensersatz wegen mangelhafter Lieferung von bei der Beklagten 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 zertifiziert 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 Anchlussleitungen damit nicht den Vorgaben der vereinbarten Gerätesicherheitszertifikate entsprachen

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

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

40 |

Zertifikate



Beispiel: OLG Hamburg 2013-01-23[1]

„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.“

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

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

41 |

Prüfung durch Dritte - DIN EN 10204



Klassierung nach:

Art	Bezeichnung	Inhalt	Bestätigung der Bescheinigung durch
2.1	Werksbescheinigung Declaration of compliance with the order Attestation de conformité à la commande	Bestätigung der Übereinstimmung mit der Bestellung	den Hersteller
2.2	Werkszeugnis Test report Relevé de contrôle	Bestätigung der Übereinstimmung mit der Bestellung unter Angabe von Ergebnissen nichtspezifischer Prüfung	den Hersteller
3.1	Abnahmeprüfzeugnis 3.1 Inspection certificate 3.1 Certificat de réception 3.1	Bestätigung der Übereinstimmung mit der Bestellung unter Angabe von Ergebnissen spezifischer Prüfung	den von der Fertigungsabteilung unabhängigen Abnahmebeauftragten des Herstellers
3.2	Abnahmeprüfzeugnis 3.2 Inspection certificate 3.2 Certificat de réception 3.2	Bestätigung der Übereinstimmung mit der Bestellung unter Angabe von Ergebnissen spezifischer Prüfung	den von der Fertigungsabteilung unabhängigen Abnahmebeauftragten des Herstellers und den vom Besteller beauftragten Abnahmebeauftragten oder den in den amtlichen Vorschriften genannten Abnahmebeauftragten

Diese Prüfbaubescheinigung ist nur dann erforderlich, wenn der Hersteller und/oder durch den Hersteller und/oder durch den Besteller und/oder durch den Besteller beauftragten Abnahmebeauftragten eine Prüfung durch einen anderen Prüfer durchführen lässt.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

42 |

Prüfung der Funktionalität



Beispiel: OLG Düsseldorf 2012-11-06[1] "Abkühlzone bei Lackieranlage"

"Da hier die Abkühlzone nur dem Zweck dient, abzukühlen, ist die Prüfungsverpflichtung auf diesen Umstand zu richten. Trifft die Mangelräge zu, dass sich die Abkühlluft immer mehr aufheizt, lässt sich dies auch schon als bald feststellen, weil die Mitarbeiter dann die aus dem Trockner herauslaufenden Metallteile, die lackiert wurden, nicht anfassen konnten, weil sie nicht ausreichend abgekühlt sind. Maßgeblich ist damit die erste Inbetriebnahme."

OLG Düsseldorf 2012-11-06 - I-21 U 75/11, BeckRS 2013,02041

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

43 |

Einsatz von Prüfungsmitteln und Prüfern



Nach Ansicht des OLG Stuttgart müssen für eine Untersuchung technische Möglichkeiten ausgeschöpft werden. Dazu sei ggf. auch eine mikroskopische Untersuchung erforderlich.[1]

Mangelnde Sachkunde des Käufers macht die Rüge nicht entbehrlich, vielmehr muss der Käufer nötigenfalls einen Sachverständigen hinzuziehen.[4]

OLG Stuttgart 2009-06-16 - 12 U 206/08, NJW-RR 2010,933 mwN.

OLG Naumburg 2009-06-25 - 1 U 14/06, IBRRS 73767; OLG Naumburg 2001-04-03 - 9 U 8/01, IBRRS 38830; Hopt in: Baumbach/Hopt, HGB-Ko.,32. Aufl. 2006, § 377 Rn. 28 m.w.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

44 |

Prüfung im Streckengeschäft



Beispiel: BGH 2014-04-08

Bestellung von Elektro-Komponenten.

Ein Teil der gelieferten Elektro-Chips war defekt. Eine Untersuchung der in Deutschland angelieferten Kaufsache wäre möglicherweise vor deren Weitertransport nach Fernost untnlich gewesen, weil eine Öffnung der Wafer vor dem Weitertransport nicht ohne Beschädigung der Ware (drohende Oxidation) möglich gewesen wäre.

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

Prüfung im Streckengeschäft



Beispiel: BGH 2014-04-08[1]

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

Obliegenheit, 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 anzugeben,



Beispiel: FFP2-Masken

Die Klägerin erwarb von der Beklagten 900 x 20 N FFP2 Masken mit Ventil, weiß, gefaltet zum Preis von 32.400,00 € (netto), lieferbar am 20.02.2020. Bei einer angeblichen stichprobenartigen Untersuchung der Ware wurde nicht entdeckt, dass sich in der Umverpackung Masken eines anderen Herstellers befanden, entgegen der Angabe auf einer Banderole auf der Umverpackung die Masken auch nicht aus einer Produktion aus dem Jahr 2018 gestammt, sondern seien bereits 2009 produziert worden. Wegen des Aktivkohlefilters seien diese Masken nicht mehr nutzbar. Die Banderolen seien über die ursprünglichen Banderolen geklebt worden, die als Produktionsjahr das Jahr 2009 ausgewiesen hätten.

Kein Anspruch, denn bei der gebotenen Untersuchung können die behaupteten Mängel schlechterdings nicht unbemerkt geblieben sein.

LG Köln (5. Kammer für Handelssachen), Urteil vom 25.03.2021 – 91 O 17/20, BeckRS 2021,5858

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt - Mediation - Schiedsverfahren , Heidelberg

47 |



Beispiel:

Leasing eines Dienstfahrzeugs Porsche, Modell „Panamera Diesel Edition“, 3.0 l, 221 kW/300

Die Leasingnehmerin verlangt Rückabwicklung des Kaufvertrages

Mängelgewährleistungsansprüche nach § 377 Absatz 3 HGB auch bei solchen Mängeln, die durch eine Untersuchung der Kaufsache nicht ohne weiteres zu entdecken sind, kommen nur in Betracht, wenn diese dem Verkäufer unverzüglich nach ihrer Entdeckung angezeigt wurden. Maßgeblich Zeitpunkt, wann der Leasinggeberin als Vertragspartnerin bekannt geworden ist.

OLG Köln (16. Zivilsenat), Beschluss vom 21.10.2020 – 16 U 263/19, BeckRS 2020,32056

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt - Mediation - Schiedsverfahren , Heidelberg

48 |



5. Prüf- und Hinweispflichten im Angebotsstadium für den Auftraggeber

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

49 |



Prüfpflicht des Auftraggebers: Finanzierbarkeit

OLG Düsseldorf – 2018-08-29 – Verg 14/17, IBRRS 2020, 3362

1. Die mangelnde Finanzierbarkeit eines Vorhabens kann ein schwerwiegender Grund i.S.d. § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2016 sein.
2. Voraussetzung für eine Aufhebung wegen mangelnder Finanzierbarkeit ist das Vorliegen einer Finanzierungslücke, die nicht auf einen Fehler des Auftraggebers bei der Ermittlung des Finanzierungsbedarfs und der daran anschließenden Einwerbung der benötigten Mittel zurückzuführen ist.
2. Zu einer ordnungsgemäßen Ermittlung des Finanzierungsbedarfs gehört es, einen Sicherheitszuschlag auf das Ergebnis der sorgfältig geschätzten Kosten vorzunehmen.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

50 |

Prüfpflicht des Auftraggebers: Machbarkeit

Prüfpflicht des Auftraggebers hinsichtlich der Machbarkeit des beabsichtigten Vorhabens vor Ausschreibung

 „Ein ungewöhnliches Wagniswird dem potenziellen Auftragnehmer ... aufgebürdet, wenn der Auftraggeber die Vorerkundung auf den vorab ausgewählten Testfeldern nicht vollständig durchführt und die Vorerkundungsergebnisse nicht vollständig in der Leistungsbeschreibung darstellt.“

OLG Naumburg 2005-12-15 - 1 U 5/05, NJOZ 2006,609

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

51 |

Prüf- und Hinweispflichten im Angebotsstadium für den Auftraggeber, § 7 VOB/A (§ 121 Abs.1 GWB)

1. Die Leistung ist **eindeutig** und so **erschöpfend** zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise **sicher** und **ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen** können.
3. Dem Auftragnehmer darf **kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet** werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann.
2. Um eine einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen, sind **alle sie beeinflussenden Umstände festzustellen** und in den Vergabeunterlagen **anzugeben**.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

52 |



Hinweispflicht des AG auf alle kalkulationsrelevanten Umstände

Beispiel: BGH 2013-03-21

Ein Auftraggeber erteilt den Auftrag für Tiefbauarbeiten für den Ausbau einer Kreisstrasse. Das LV enthält keine Angaben zu Schadstoffbelastung des Bodens. Es stellt sich heraus, dass der Boden nicht wiederverwendet werden kann, und kontaminiert ist.

„Die Klägerin durfte davon ausgehen, dass sich die Beklagten an die Ausschreibungsregeln halten. Sie durfte deshalb aus dem Umstand, dass eine Schadstoffbelastung des Bodens nach Art und Umfang nicht angegeben war, den Schluss ziehen, dass die Beklagten den Aushub schadstofffreien Bodens ausgeschrieben hatten.“

BGH 2013-03-21 - VII ZR 122/11, BeckRS 2013,07330

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

53 |



Hinweispflicht des AG aufgrund von § 7 VOB/A und den ATV DIN

Beispiele:

[ATV DIN 18229](#) oder

[ATV DIN 18335](#)

[ATV DIN 18550](#) Putzausführung, Abschnitt 9.2.1

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

54 |



Konsequenzen bei Verstoß gegen Prüf- und Hinweispflichten für den Auftraggeber

- Gefahr der Anfechtung durch den Auftragnehmer, §§ 119, 123 BGB
- Gefahr der Unwirksamkeit wegen Sittenwidrigkeit, § 138 BGB (bisher aber keine Entscheidung bekannt)
- Gefahr der Kündigung oder Anpassung wegen Wegfall der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB
- Auslegung des Vertrages: Ergibt sich, dass der Auftragnehmer die streitige Leistung nicht bereits im Auftrag hatte, besteht ein Anspruch auf Vergütung
- Schadenersatzanspruch nach § 311 BGB Verstoß gegen Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme
- Mitverschulden des Auftraggebers wegen seiner Obliegenheitsverletzung, § 254 BGB
- Hat der Bieter einen Hinweis erteilt, führt dies entweder zur Änderung des Verfahrens, z.B. durch Informationen an die Bieter oder, falls damit der Auftrag unausführbar erscheint, zur Aufhebung des Verfahrens.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren, Heidelberg

56 |



Konsequenzen bei Verstoß für den Planer des Auftraggebers

- Schadenersatzanspruch des AG gegen den Planer

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren, Heidelberg

56 |

5a. Prüf- und Hinweispflichten des Auftraggebers im Vergabeverfahren

- Prüfpflichten des Auftraggebers im Vergabeverfahren; §§ 15,16 VOB/A verpflichten den Auftraggeber zur Prüfung des Angebotes
- Hinweispflicht des Auftraggebers nach Bieterfragen in einer öffentlichen Ausschreibung

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

57 |

Prüf- und Hinweispflichten im Vergabeverfahren

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 gerechtfertigt ist, dass der Bieter auch zu diesem Preis zuverlässig und vertragsgerecht wird leisten können."^[2]

^[1] VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 17.11.2014 - 2 VK 16/14, IBRRS 2015,0642

^[2] VK Südbayern, Beschl. v. 14.02.2014, Z3-3-3194-1-43-12/13, m.w.N,

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

58 |



Ausschluss aus der Wertung

§ 16 Abs.1 VOB/A Wertung

1. Auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis darf der Zuschlag nicht erteilt werden.
2. Erscheint ein Angebotspreis unangemessen niedrig und ist anhand vorliegender Unterlagen über die Preisermittlung die Angemessenheit nicht zu beurteilen, ist in Textform vom Bieter Aufklärung über die Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung oder für Teilleistungen zu verlangen, gegebenenfalls unter Festlegung einer zumutbaren Antwortfrist. Bei der Beurteilung der Angemessenheit sind die Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, die gewählten technischen Lösungen oder sonstige günstige Ausführungsbedingungen zu berücksichtigen.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

59 |



Prüf- und Hinweispflicht des Auftraggebers

§ 15 VOB/A

Benötigt ein Auftraggeber noch Informationen, beschafft er sie im Rahmen einer Aufklärung nach § 15 EG VOB/A 2012. Gibt es dann Widersprüche zum Angebot, kann nicht sofort ein Ausschluss dieses Angebots erfolgen. Vielmehr ist der öffentliche Auftraggeber praktisch zu einer Aufklärung verpflichtet", die schriftlich durchzuführen ist. "[1]

[1] OLG Düsseldorf 2015-10-21 - Verg 35/15, IBRRS 2928 Leinemann, ibr-online: VPR 2015,3469

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

60 |



Hinweispflicht des Auftraggebers auf erkannte Kalkulationsfehler

Beispiel: BGH 1998-07-07

Die Auftraggeberin schrieb Tischlerarbeiten aus, nach Submission stellte die Auftragnehmerin fest, dass ihr Angebot 7.000 DM niedriger war als das des Nächstplatzierten. Sie teilte der Auftraggeberin mit, dass ihr bei der Kalkulation des Angebots ein Fehler unterlaufen sei und bat, ihr Angebot aus der Wertung zu nehmen.

Die AG erteilt trotzdem den Auftrag an den günstigen Tischler. Da dieser nicht ausführt, kündigt sie, beauftragt einen teureren AN und verlangt die Mehrkosten als Schadenersatz.

BGH 1983-04-28 - VII ZR 259/82, BauR 1983, 368
 BGH 1998-07-07 - X ZR 17/97, BauR 1998,1089



Hinweispflicht des Auftraggebers auf erkannte Kalkulationsfehler 2

Möglich ist die Berücksichtigung des Verhaltens des Auftraggebers aus § 242 BGB, wenn der Auftraggeber ein Vertragsangebot annimmt und auf Durchführung besteht, obwohl er weiß, dass das Angebot einen Kalkulationsirrtum enthält.^[1]

Die Pflicht zur Rücksichtnahme gem. § 241 Abs.2 BGB 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"^[1]

[1] BGH 2014-11-11 - X ZR 32/14, IBRRS 2014,3221



6. Prüf- und Hinweispflichten im Angebotsstadium für den Auftragnehmer

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

63 |



6. Prüf- und Hinweispflichten im Angebotsstadium für den Auftragnehmer

- Prüfpflicht des Auftragnehmers der Ausschreibungsunterlagen im Hinblick auf Verfahrensverstöße
- Hinweispflicht des Auftragnehmers auf erkannte Lücken in der Ausschreibung
- Prüfpflicht des Auftragnehmers aufgrund vertraglicher Vereinbarung
- Prüfpflicht des Auftragnehmers durch Vereinbarung in AGB
- Prüfpflicht des Auftragnehmers nach Treu und Glauben
- Hinweispflicht des Auftragnehmers nach Treu und Glauben

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

64 |

Prüfpflicht durch AGB



Beispiel: Vertragsklausel:

- „Bedenken gegen diese Unterlagen (Pläne und Leistungsverzeichnis) hat der etwaige Auftragnehmer noch vor Vertragsabschluß mitzuteilen. Nach Vertragsabschluß mitgeteilte Bedenken, die ihre Grundlage in den übergebenen Unterlagen haben, berechtigten den Auftragnehmer nicht, andere Preise oder zusätzliche Leistungen für die bedenkensfreie Art der Ausführung in Rechnung zu stellen.“

[1] OLG München 1986-01-30 - 29 U 3832/85, NJW-RR 1986,382

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

65 |

Prüfung von Ausschreibungsunterlagen auf Lücken im LV durch den Auftragnehmer

Der BGH[1] hält bei **erkennbar lückenhaftem** Leistungsverzeichnis (LV) eine Erkundigungspflicht für gegeben:

"Nach gefestigter Rechtsprechung des Senats darf der Auftragnehmer ein erkennbar lückhaftes Leistungsverzeichnis nicht einfach hinnehmen, sondern muß sich daraus ergebende Zweifelsfragen vor Abgabe seines Angebots klären"

BGH 1987-06-25 - VII ZR 107/86, NJW-RR 1987,1306

Der BGH[1] hat später klar gestellt:

"Der Grundsatz, dass ein Auftragnehmer ein erkennbar lückhaftes LV nicht einfach hinnehmen darf, sondern sich ergebende Zweifelfragen vorher mit dem Auftraggeber abklären soll, stellt keine Auslegungsregel dar, sondern soll nur auf das Risiko hinweisen, dass eine Auslegung zu seinen Ungunsten ausgeht, wenn er es nicht tut.,"

[1] BGH 1992-04-09 – VII ZR 129/91, BauR 1992, 759

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

66 |



Prüfung von Ausschreibungsunterlagen auf Lücken im LV durch den Auftragnehmer

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 Boden-Kennwerte lediglich gemäß der DIN 18300 angegeben worden, diese DIN gelte aber nur für Erdarbeiten. Da nach dem Baugrundgutachten das beschriebene Gestein 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/m² handele.

Dr. Peter Hammacher
 Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

67 |



OLG Düsseldorf :

„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,... 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“

Dr. Peter Hammacher
 Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

68 |



Konsequenzen für den Auftragnehmer bei Verletzung seiner Prüf- und Hinweispflicht

- Unterbleibt eine Nachfrage, muss der Bieter die versäumte Sachaufklärung gegen sich gelten lassen und kann dem Leistungsverzeichnis nicht eigenmächtig seine Version aufdrängen.
- Der Bieter kann insbesondere später im Nachprüfungsverfahren nicht mehr mit Erfolg diesbezügliche Verfahrensmängel vortragen.
- Nachträge, die der Bieter auf erkannten Lücken im LV aufsetzen will, werden nicht erfolgreich sein.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

69 |



6. Prüf- und Hinweispflichten im Angebotsstadium für den Auftragnehmer

- Auslegung der Unterlagen nach dem objektiven Empfängerhorizont des Bieters. Er muss sich fragen, was die Vergabestelle aus ihrer Interessenlage wirklich gewollt hat. (OLG Düsseldorf 2016-09-14)
- Bieter muss nicht auf im Leistungsverzeichnis enthaltene Fehler hinweisen
- Grundsatz des Gebots zu korrektem Verhalten bei Vertragsverhandlungen und Rücksichtnahme Hinweispflicht, wenn offensichtlich falsch und positiv erkannt, bzw. klar auf der Hand liegt
- Unterlässt der Auftragnehmer in einem solchen Fall den gebotenen Hinweis und legt seiner Kalkulation gewissermaßen „ins Blaue“ oder sogar „spekulativ“ die für ihn günstigste Leistung zugrunde, um so ein entsprechend attraktives Angebot abzugeben, ist er nicht im Sinne eines enttäuschten Vertrauens schutzwürdig und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gehindert, Zusatzforderungen zu stellen (OLG Celle, Urt. v. 2019-11-20)
- hoch komplexe Vergabeunterlagen sind besonders aufmerksam zu lesen (VK Niedersachsen, 2018-05-14)

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

70 |



7. Prüf- und Hinweispflicht des Auftragnehmers im Vergabeverfahren

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

71 |



7. Prüf- und Hinweispflicht des AN im Vergabeverfahren

§ 107 Abs.3 GWB bestimmt für öffentliche Aufträge, die über dem Schwellenwert liegen, dass Verstöße gegen das Vergaberecht überprüft werden können, aber dass ein entsprechender Antrag unzulässig ist, soweit

1. der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat,
2. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden,
3. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

72 |



Prüf- und Hinweispflicht des AN im Vergabeverfahren

1. Eine Ausschlussfrist für die Einreichung eines Nachprüfungsantrags beginnt frühestens ab dem Zeitpunkt zu laufen, zu dem der Bewerber/Bieter vom geltend gemachten Verstoß gegen die genannten Vorschriften Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen.
2. Bei der Prüfung der Erkennbarkeit ist der Maßstab eines durchschnittlich fachkundigen Bieters, der die übliche Sorgfalt anwendet, anzulegen.
3. Konnte ein Bewerber/Bieter einen Vergaberechtsverstoß erst nach Ablauf einer in nationalem Recht bestimmten Frist für die Einreichung eines Nachprüfungsantrags erkennen, kann er bis zum Ablauf der für die Entscheidung über die Zuschlagserteilung vorgesehenen Frist ein Nachprüfungsverfahren anstrengen.

EuGH, Urteil vom 12.03.2015 - Rs. [C-538/13](#)

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

73 |



7. Prüf- und Hinweispflichten während der Auftragsabwicklung für den Auftraggeber

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

74 |



7. Prüf- und Hinweispflichten während der Auftragsabwicklung für den Auftraggeber

- Prüf- und Hinweispflichten des Auftraggebers hinsichtlich Ausführungsunterlagen des Auftragnehmers
- Prüfpflicht von Vorunternehmerleistungen
- Prüfpflicht des Auftraggebers hinsichtlich der Ausführung der Leistungen
- Prüfpflicht des Auftraggebers nach Bedenkenanmeldung durch den Auftragnehmer
- Hinweispflicht des Auftraggebers auf erkannte Mängel während der Auftragsabwicklung
- Hinweispflicht des Auftraggebers auf drohende Risiken und Gefahren

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

75 |



7. Prüf- und Hinweispflichten während der Auftragsabwicklung für den Auftraggeber

Beispiel:

OLG Hamm vom 2013-04-12[1] "Werkstattzeichnung"
 Durch einen Fehler in der Werkstattzeichnung werden die Anschlüsse der Diagonalen der Fachwerkträger einer Stahlhalle nicht ausreichend stabil ausgebildet. Das Konstruktionsbüro des Auftragnehmers hatte die fehlerhafte Werkstattzeichnung an den Architekten und den Tragwerksplaner sowie den Prüfingenieur des Auftraggebers versandt. Architekt und Tragwerksplaner beschäftigten sich nicht mit der Zeichnung. Der Prüfingenieur bemerkte den Fehler nicht und gab die Zeichnung frei. Es kommt zum Bruch der Anschlussbleche, die Halle stürzt unter Schneelast zusammen.

OLG Hamm 2013-04-12 - 12 U 75/12, BeckRS 2013, 09437 verkürzte Darstellung, siehe aber auch: OLG Karlsruhe NZBau 2016,749

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

76 |



Prüfpflicht des AG von Leistungen von Vorunternehmern?

Beispiel:

Auftragnehmer soll einen Asphalt-Fußboden legen. Im Angebot heißt es u.a.

„Wir gehen davon aus, dass kein Wasser zum Magnesia-Estrich gelangen kann (seitlich oder von unten);“

„Der Boden soll höchstens eine Restfeuchte von 2,0 bzw. 3% aufweisen, bevor der Bodenbelag eingebaut werden kann..“

Unter der Überschrift Garantie/Haftung enthält das Angebot folgende Formulierung:

„Schäden am Boden, die ihre Ursache im Unterbau/Untergrund finden, gehören nicht zu der Gewährleistung. ...“

Der Auftraggeber hat keinen Architekten eingeschaltet und den Boden nicht überprüft. Stichproben des Auftragnehmers zeigten keine Auffälligkeiten.

OLG Frankfurt 2011-03-14 - 1 U 55/10, NJW 2011,1609



Prüfpflicht des AG von Leistungen von Vorunternehmern?

„zwar im wohlverstandenen Eigeninteresse des Bauherrn, die Tauglichkeit der Vorunternehmerleistung zu prüfen, bevor er auf ihrer Grundlage weiter bauen lässt. Diese Obliegenheit bezoekt jedoch nicht, den Vorunternehmer vor einer schädigenden Handlung durch mangelhafte Bauausführung zu schützen“

„Eine Verletzung der Prüfungs- und Hinweispflicht des Folgeunternehmers bezüglich des Vorgewerks ist ebenso wenig zurechenbar wie eine unterbliebene oder unzureichende Bauaufsicht“

„Mag im Allgemeinen für den beauftragten Bodenverleger eine allgemeine Prüfung des Bodens durch Tasten, Prüfen und Messen ausreichend sein (OLG Frankfurt BauR 09, 1482), gilt dies vorliegend für die Beklagte nicht, die nach dem Werkvertrag die Sanierung übernommen und für die Durchführung im Einzelnen freie Hand hatte,“

OLG Frankfurt 2011-03-14 - 1 U 55/10, NJW 2011,1609

Eigene Meinung



- Prüf- und Hinweispflichten sind Obliegenheiten.
- Die Obliegenheit, sich so zu verhalten, dass man keinen Schaden erleidet, gilt unabhängig vom Bestehen eines Vertragsverhältnisses
- Die Prüfung von Herstellungsunterlagen des Auftragnehmers auf Vereinbarkeit mit den Ausführungsunterlagen geschieht im eigenen Interesse
- Gleiches gilt für die Überwachung der Bauausführung
- Dass für diese Leistungen vom Auftraggeber regelmäßig Architekten und andere Fachleute beauftragt werden, zeigt, dass die Notwendigkeit dieser Kontrolle allgemein anerkannt ist.
- Dann ist die Obliegenheitsverletzung nach § 254 BGB zu berücksichtigen.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

79 |

Prüfpflicht des Auftraggebers nach Bedenkenanmeldung durch den Auftragnehmer

Beispiel: BGH 2015-03-12 - VII ZR 173/13, NZBau 2015,369

Die Stadt setzt einen Projektsteuerer als Ansprechpartner und Entscheidungsträger ein. Dieser lässt den Hinweis der Bau-ARGE noch vor Beginn der Ausführung hinsichtlich gewisser Risiken bei der Durchführung eines Verdichtungsverfahrens - DYNIV-Verfahren - unberücksichtigt. Es kommt 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."

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

80 |



8. Prüf- und Hinweispflichten während der Auftragsabwicklung für den Auftragnehmer

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

81 |



8. Prüf- und Hinweispflichten während der Auftragsabwicklung für den Auftragnehmer

Die Anforderungen an die Prüf- und Hinweispflichten richten in erster Linie nach den getroffenen Vereinbarungen.

- Vertragliche Vereinbarungen über die Prüfung von auftraggeberseitigen Plänen, beigestelltem Material und Vorleistungen anderer Unternehmer
- Vertragliche Vereinbarung von Prüf- und Hinweispflichten durch Vereinbarung der VOB/B
- Vereinbarung von Prüf- und Hinweispflichten durch Bezugnahme auf Fach-DIN

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

82 |



Vertragliche Vereinbarungen über Beschränkung der Prüf- und Hinweispflichten bzw. des Risikos des Auftraggebers

Beispiel:

Der Auftragnehmer erhielt den Auftrag zur Konzeption und Herstellung von Kühlgeräten/Klimaanlagen für IT-Systeme und baute in die von dem Auftraggeber beigestellten Kühlgerätegehäuse Kompressoren, Ventilatoren und Wärmetauscher ein. Die beigestellten Blechgehäuse waren jedoch um ca. 2 cm kleiner gegenüber den Circa-Angaben in dem Angebot des Auftragnehmers.

Unter der Überschrift "Hinweise" hatte der Auftragnehmer unter anderem 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.

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

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

83 |



Vertragliche Vereinbarungen über Beschränkung der Prüf- und Hinweispflichten bzw. des Risikos

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

Vereinbarungen sind möglich

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

hier: Keine Vereinbarung über die Änderung des Liefer- und Leistungsumfangs

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

84 |



Vertragliche Vereinbarungen der Prüf- und Hinweispflichten durch VOB/B

- § 3 Abs.3 VOB/B
- § 4 Abs.1 Nr. 4 VOB/B
- § 4 Abs.3 VOB/B

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

85 |



Vertragliche Vereinbarung von Prüf- und Hinweis-pflichten durch Bezugnahme auf Fach-DIN

Beispiel: DIN 18335 Stahlbauarbeiten, Ziff. 3.1,2

„Als Bedenken nach § 4 Abs. 3 VOB/B können insbesondere in Betracht kommen:

- Abweichungen des Bestandes gegenüber den Vorgaben,
- ungenügende Beschaffenheit der in der Baustellen-Einrichtungs-Planung (BE-Planung) ausgewiesenen Montageflächen,
- größere Abweichungen der Anbindungs- und Auflagerpunkte der Stahlkonstruktion als nach DIN 18202 „Toleranzen im Hochbau — Bauwerke“ zulässig bzw. vertraglich vereinbart,
- größere Abweichungen für Bauteile aus Beton als nach der Normenreihe DIN EN 1992 „Eurocode 2: Bemessung und Konstruktion von Stahlbeton- und Spannbetontragwerken“ einschließlich der zugehörigen Nationalen Anhänge und DIN 1045-3 „Tragwerke aus Beton, Stahlbeton und Spannbeton — Teil 3: Bauausführung — Anwendungsregeln zu DIN EN 13670“ zulässig.“

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

86 |



8.7.a Prüf- und Hinweispflicht des Auftragnehmers aufgrund vertraglicher Nebenpflichtsverletzung

- § 241 Abs. 2 BGB, 311 BGB
- § 242 BGB Allgemeine Leistungstreuepflicht

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

87 |



10.-12. Prüf- und Hinweispflichten während der Auftragsabwicklung für den Auftragnehmer in der Rechtsprechung, insbesondere des VII. Senats des BGH

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

88 |



Funktionalitätsvereinbarung mit Befreiungstatbestand

- unterschiedliche Lösungsansätze bei den BGH-Senaten
- funktionaler Leistungsbegriff des BGH
- Beschaffensvereinbarung
- Funktionalitätsvereinbarung
- Befreiung von der Haftung durch Rechtsgeschäft
- Begrenzung der Haftung durch den Liefer- und Leistungsumfang
- Befreiung von der Haftung durch Beachtung der Prüf- und Hinweispflicht
- Befreiung von der Haftung, wenn Hinweis entbehrlich
- Befreiung durch ausdrückliche Risikoübernahme des Auftraggebers

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

89 |



Funktionalitätsrechtsprechung des VII. Senats BGH Maßstab §13 Abs.3, §4 Abs.3 VOB/B

„Ist ein Mangel zurückzuführen

- auf die Leistungsbeschreibung des Auftraggebers
- auf Anordnungen des Auftraggebers
- auf von dem Auftraggeber gelieferte oder von ihm vorgeschriebene Stoffe oder Bauteile
- auf die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen von dem Auftraggeber beauftragten Unternehmers

haftet

der Auftragnehmer

es sei denn, er hat die ihm nach § 4 Absatz 3 obliegende Mitteilung gemacht.“

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

90 |

VII. Senat BGH



Beispiel: „Forsthaus“-Entscheidung

Der Kläger hatte für sein Forsthaus ein Blockheizkraftwerk (BHKW) bauen lassen und dem Beklagten nur den Auftrag zur Errichtung der Heizungsanlage und deren Verbindung mit dem BHKW erteilt. Die Heizkörper wurden jedoch nicht warm, weil das BHKW mangels ausreichender Stromabnahme nicht in der Lage war, den Wärme- und Warmwasserbedarf des Forsthauses zu decken.

BGH 2007-11-08 - VII ZR 183/05, NZBau 2008,109



Beispiel: OLG Brandenburg 2014-02-13 – 12 U 133/13 IBRRS 2014,0977

1. *Auch wenn die Bauvertragsparteien nur eine bestimmte, nämlich die in den Vertragsunterlagen näher beschriebene Ausführungsart vereinbart haben, muss der Auftragnehmer ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk errichten. Andernfalls ist seine Leistung mangelhaft.*
2. *Eine Haftung des Auftragnehmers für Baumängel entfällt, wenn er hinreichend darüber aufgeklärt hat, dass der Auftraggeber auch nach Ausführung der Leistung (hier: einem vom Auftragnehmer vertriebenen Abdichtungssystem für die Trockenlegung von Kellern) mit dem Ausbleiben der geschuldeten Funktionstauglichkeit rechnen muss. Versteckte Hinweise in den Vertragsformularen reichen zur Erfüllung dieser Hinweispflicht nicht aus.*



Beispiel: "Trinkwasserleitung"

Der Auftragnehmer führte für einen Neubau die Wasserinstallationen aus. Er verlegte Kunststoffrohre mit Messingverbundstücken (sog. Fittings). Wie sich nach Sachverständigengutachten im Verfahren herausstellt, war die Wasserqualität des Trinkwassers für den verwendeten Werkstoff (Messingverbundstücke) jedenfalls nach der Ausführung der Installation nicht geeignet.

"Auch wenn der Unternehmer regelmäßig verpflichtet ist, die aktuell anerkannten Regeln der Technik zu beachten, so schließt doch umgekehrt die Beachtung dieser Regeln die Annahme eines Sachmangels nicht aus,"

OLG Hamm 2012-09-27 - I-17 U 170/11, NJW 2013,2013



Anwendung auch auf Werklieferungsvertrag

Beispiel: BGH 2013-03-07 - VII ZR 162/12, NZM 2013,477

Lieferung einer vom Auftragnehmer einzubauenden Einbauküche. Der BGH lässt die Beantwortung offen, ob es sich um einen Werkvertrag oder einen Werklieferungsvertrag handelt.

"Das gilt entsprechend, wenn die Vereinbarung der Parteien als Kaufvertrag bewertet wird. Dann hätte die Beklagte ebenfalls die Verpflichtung übernommen, die Küche in den dazu vorgesehenen Raum einzupassen. Der Beklagten oblag es deshalb in jedem Fall, die Klägerin und den Dritt widerbeklagten auf den - möglicherweise - nicht geeigneten Untergrund hinzuweisen und Lösungsmöglichkeiten zu entwickeln. Dieser Pflicht ist die Beklagte nicht nachgekommen."



Befreiung von der Haftung durch Liefer- und Leistungsumfang

Die Rechtsprechung überträgt dem AN die verschuldensunabhängige Mängelhaftung. Es muss sich aber um eine Mänglerscheinung seines Liefer- und Leistungsumfangs handeln

- Prüfung soweit das eigene Anforderungsprofil betroffen ist
- Prüfung nur von solchen Gewerken, die Auswirkungen auf das eigene haben können
- Keine Hinweispflicht auf "irgendwelche" Leistungen anderer Unternehmen



Befreiung von der Haftung durch Rechtsgeschäft

Bei der Formulierung ist zu beachten:

- Nicht ausreichend ist ein "einseitiger formelhafter Hinweis", "die Baugrundannahme sei vor Baubeginn vom ausführenden Unternehmer und von der Bauleitung allein verantwortlich zu prüfen"^[1]
- Nicht ausreichend ist ein "Hinweis in den Vorbemerkungen zur statischen Berechnung, es sei zu überprüfen, ob die zugrunde gelegten Bodenpressungen mit Sicherheit aufgenommen werden könnten, im Zweifelsfall sei ein Bodengutachter einzuschalten, der Aufsteller der statischen Berechnung sei unverzüglich zu informieren und es sei Rücksprache zu halten, falls Grundwasser oder andere Besonderheiten zu erwarten seien"^[2]

[1] BGH 2013-05-15 - VII ZR 257/11, IGR 2013,474 "Tragwerksplanung";
BGH 2007-12-06 - VII ZR 157/06, NZBau 2008,260 RN 26

[2] BGH 2013-05-15 - VII ZR 257/11, IGR 2013,474 RN 14



Befreiung von der Haftung durch Liefer- und Leistungsumfang

Beispiel: OLG Naumburg 2012-08-23 - 2 U 133/11, NZBau 2012,776

Hier ging es um die Abgrenzung von Kältetechnik zu Elektrotechnik. In wessen Verantwortung liegt die Prüfung der elektrischen und thermischen Belastbarkeit der Elektroleitungen zu den Kälteaggregaten? Muss das nachfolgende Unternehmen die Dimensionierung der elektrotechnischen Anlage vom Grundstücksanschluss bis zu den Anschlusspunkten der Kälteanlagen überprüfen?

Als Maßstab dieser Prüfung war von AN jedoch nur das Anforderungsprofil der von ihr gelieferten und installierten Anlagen zu berücksichtigen, weil sie nur dieses Anforderungsprofil aus eigener Fachkunde bestimmen konnte.“

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

97 |



Befreiung von der Haftung, wenn der Hinweis entbehrlich ist

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

98 |

Befreiung durch den Preis ?



Beispiel: Solaranlage

AG bestellt eine thermische Solaranlage auf der Grundlage einer Simulationsberechnung des A. Nachdem der Förderantrag positiv verbeschieden worden war, lieferte und installierte der Kläger im Zeitraum vom 31.08.2009 bis zum 02.09.2009 die Solaranlage. Er verband die Solaranlage mit der bestehenden Heizungsanlage. Auf einen eigenen Pufferspeicher für die Solaranlage verzichtete der AG aus Kostengründen und schaltete die beiden vorhandenen Puffer zur Wärmespeicherung, die zuvor in Reihe geschalten waren, der Kläger parallel. AG behält 5% ein, weil der Wert nicht erreicht sei und AN den AG nicht auf damit verbundene Wärmeverlust hingewiesen habe.

„Wer, wie vorliegend die Klägerin, eine in ihrem Umfang eingeschränkte Werkleistung bestellt und im Zweifel nur eine dementsprechend hohe Vergütung vereinbart hat, muss sich im Verhältnis zum Unternehmer an einer solchen Beschränkung festhalten lassen und kann nicht unter Berufung auf Nebenpflichten des Unternehmers die Erbringung nicht geschuldeter Leistungen verlangen oder aus deren Nichterbringung Haftungsfolgen ableiten (vgl. BGH, Urteil v. 03.05.2000 - X ZR 49/98).“

OLG Karlsruhe 2017-06-10 – 14 U 108/15,

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

99 |

Befreiung durch ausdrückliche Risikoübernahme des Auftraggebers



Beispiel:

Im LV für Bestellung und Montage von Fensterscheiben wird eine Gießharzverbundscheibe vorgegeben, die nach dem damaligen Stand der Technik die gewünschte Schallschutzklaasse 4 einhalten konnte.

Nach 5 Jahren zeigen sich sog. „Krakelierungen“ in der Scheibe, die bei diesen Verbundscheiben auftreten können.

„Dass letztlich Fenster verwendet werden mussten, in denen eine Gießharzschicht eingebaut ist, um den geforderten Lärmschutz zu erreichen, ist nach Auffassung des Senats ein Umstand, der in der Risikosphäre des Unternehmers zu verbleiben hat.“

OLG Oldenburg 2013-02-05 – 2 U 46/12, BauR 2013,1459

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

100 |

12.10 Zumutbarkeit bei Prüfung und Hinweis



Die Zumutbarkeit ist maßgeblich davon abhängig,

- was der Vertrag dazu bestimmt
- welches Fachwissen der Auftraggeber von dem Auftragnehmer üblicherweise erwarten kann
- ob die Umstände des Einzelfalls besondere Prüfungen erforderlich machen
- was für den Unternehmer bei hinreichend sorgfältiger Prüfung als bedeutsam erkennbar ist.
- inwieweit der Auftragnehmer davon ausgehen kann, dass der Auftraggeber selbst die Situation kompetent hat prüfen lassen.

Zu erwartendes Fachwissen des Auftragnehmers



OLG Frankfurt 2013-08-01 - 15 U 163/12, IBR 2013,601

1. *Ein spezialisiertes Fachunternehmen treffen grundsätzlich auch gegenüber einem fachkundigen Besteller Prüf- und Hinweispflichten.*
2. *Wenn in einem Fachaufsatz die Ansicht vertreten wird, dass die Markt übliche Verwendung von sauren Reinigern zu einem chemischen Abbau der Zementverfügung führt, ist ein Fachunternehmer dazu verpflichtet, dem Besteller einen entsprechenden Hinweis zu erteilen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Unternehmer tatsächlich Kenntnis von dem Fachaufsatz hatte.*

Fachwissen bei Werklieferungsvertrag



BGH 1995-11-02 - X ZR 81/93 Fachwissen Anlagenbau

„Projektiert ein Anlagenbauer eine Anlage und beschreitet dabei neue, vom Stand der Technik abweichende Wege, dann ist ein für bestimmte Komponenten der Anlage einbezogenes Fachunternehmen aufgrund seines Fachwissens verpflichtet, zu prüfen, ob die bei ihm in Auftrag gegebene Komponente der Anlage den gedachten Aufgaben gerecht werden kann.“

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

103 |

Anforderungen an die Zumutbarkeit



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

AN erhält den Auftrag zur Herstellung von Außenanlagen an einem Gebäude und Erstellung eines Spritzschutzstreifens. Er schüttet Erdreich, Schüttgüter und Beton gegen Sockel, der zum Teil nicht abgedichtet ist.

"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."

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

104 |

Prüfung zumutbar



Beispiel:

Ein Heizungsbauer hat ein detailliertes Leistungsverzeichnis des Fachplaners des Auftraggebers erhalten und entsprechend diesem Verzeichnis die Heizungsanlage erstellt. Die eingebaute Anlage ist für Heizung und Warmwasseraufbereitung aber unterdimensioniert, was - laut Gutachten - der Heizungsbauer ohne weiteres hätte erkennen können.

"Da Heizanlagen und zentrale Wassererwärmungsanlagen nur als Gesamtanlage funktionieren, wenn die Auslegung richtig ist, muss der Auftragnehmer in jedem Fall die Unterlagen des Auftraggebers einer sorgfältigen Prüfung unterziehen, da die Anlage sonst auch bei handwerklich einwandfreier Ausführung für den späteren Gebrauch untauglich sein kann. Überzogene Anforderungen dürfen nicht gestellt werden, der Auftragnehmer hat aber diejenigen Unstimmigkeiten festzustellen, die für ihn erkennbar sind."

OLG Jena 2012-02-20 - 9 U 506/11, NZB zurückgewiesen BGH 2013-04-11 VII ZR 73/12 ibr-online

Prüfung unzumutbar



Beispiel: OLG München 2008-04-05[1], Fortsetzung Forsthaus-Fall[2]

- Hinweispflichten zum Funktionsschema der Gesamtanlage oblagen dem Heizungsbauer nicht, weil Fachwissen über Insel-Blockheizkraftwerke von dem Heizungsbauer nicht zu erwarten war.
- Eine gründliche Prüfung der elektrischen Leistung der Anlage, wie sie von der Spezialfirma zu kalkulieren und bereitzustellen war, schuldete der Heizungsbauer nicht und konnte er mit zumutbarem Aufwand mangels einschlägigen Fachwissens nicht erbringen.
- Der Heizungsbauer musste sich nicht eigens in die Materie einarbeiten.
- Der Heizungsbauer durfte auf die Kompetenz des BHKW-Lieferanten vertrauen.

- [1] OLG München 2008-04-05 - 28 U 4500/04, IBRRS 69955
 [2] BGH 2007-11-08 - VII ZR 183/05, NZBau 2008,109 „Forsthaus“

Rechtsberatung Prüfung unzumutbar

Beispiel: „Tiefbauarbeiten Verdichtung“

Der Tiefbauer erhielt den Auftrag zur Verfüllung und Verdichtung einer Grube, an die ein bereits ausgehobenes Kellergeschoss mit ersten Mauern aber noch ohne Decke angrenzt. Der Tiefbauer wies auf mögliche Gefahren für das Bauwerk hin. Der Bauherr ließ daraufhin zusätzliche Aussteifungen anbringen, dennoch hat sich im Anschluss an die Tiefbauarbeiten die Mauer verschoben.

„Die Hinweispflicht geht jedenfalls nicht so weit, dem zumental fachkundig beratenen Auftraggeber detailliert mitzuteilen, auf welche Weise die Sicherung vorzunehmen ist.“

OLG Hamburg 2010-02-03 - 4 U 17/09, IBR 2010,323,

Rechtsberatung Zumutbarkeit bei Kompetenz des AG und seiner Planer

Beispiel: OLG Düsseldorf 2013-03-26 - I-23 U 87/12, BeckRS,13870

AG beauftragt einen auf Korrosionsschutz und Malerarbeiten Betrieb mit dem Aufbringen eines „starren“ Beschichtungssystems nach seinen Angaben. Später kommt es zu Rissen, weil die Deckenkonstruktion statische Mängel aufweist.

„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“

Zumutbarkeit bei Kompetenz des AG



- Ist ausreichendes Wissen bei dem Auftraggeber vorhanden?
- Beruht das vom Auftraggeber erstellte Leistungsverzeichnis auf der Planung von Sonderfachleuten, die sich im Bewusstsein der Problematik für eine bestimmte Art der Leistungsausführung entschieden haben?
- Hat sich Auftraggeber zuvor fachkundig beraten lassen und ist das dem Auftragnehmer bekannt? - dann eher unzumutbar?
- Besteht eine größere Fachkunde bei dem Auftraggeber, bzw. dessen Architekten, als bei dem Auftragnehmer? - dann eher unzumutbar
- Gibt es Anhaltspunkte, dass eine von dem fachkundigen Bauherrn oder seinem Erfüllungsgehilfen vorgenommene Prüfung die eigene Prüfung des Auftragnehmers inhaltlich vollständig ersetzen kann? - dann eher unzumutbar
- Gibt es Anhaltspunkte dafür, dass bei eigener Prüfung kein anderes Ergebnis zu erwarten wäre, als das von dem Auftraggeber vorgesehene? - dann eher unzumutbar
- Gibt es Anhaltspunkte, dass der Auftragnehmer auf die Angaben des Auftragebers und seiner Planer vertrauen darf? - dann eher unzumutbar

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

109 |

Zumutbarkeit bei Kompetenz des AG



Beispiel: "Kondensatbildung bei Stahltrapezblechen,"

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

OLG Stuttgart 2015-03-31 - 10 U 93/14, IBRRS 2015,0935

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

110 |



**„Beispiel: OLG Stuttgart 2015-03-31 - 10 U 93/14, IBRRS 2015,0935
"Kondensatbildung bei Stahltrapezblechen"**

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.“

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren, Heidelberg

111 |



Checkliste zur Zumutbarkeit und zur Berücksichtigung des Kompetenz des Auftraggebers

- Gibt es vertragliche Regelungen über die Zumutbarkeit, was sagen die einschlägigen Fach-DIN darüber?
- Kann von dem Auftraggeber Fachwissen im Hinblick auf das kritische Gewerk erwartet werden? - wenn ja, zumutbar
- Ist Spezialwissen erforderlich, von dem man erwarten kann, dass es der Auftraggeber hat, weil es als Voraussetzung für die Ausführung Tätigkeit der Fachfirma gesehen werden kann? - wenn ja, zumutbar
- Kann von dem Auftraggeber als Fachfirma erwartet werden, dass er sich das einschlägige Fachwissen besorgt? - wenn eher nicht, nicht zumutbar
- Kann von dem Auftraggeber als Fachfirma erwartet werden, dass er sich das einschlägige Fachwissen durch Einschaltung anderer Fachleute aus anderen Gewerken besorgt? - wenn eher nicht, nicht zumutbar
- Gibt es für die Ausführung Hersteller-Richtlinien, Montageanleitungen? - dann eher zumutbar zu prüfen, ob zutreffend und ausreichend
- Gibt es Aussagen fachkundiger Hersteller oder Subunternehmer? - dann eher zumutbar zu prüfen, ob diese ausreichend sind und ob sie sich mit der eigenen Risiko-Prüfung decken?
- Ist die Prüfung einer, einem jeden Fachmann bekannten und dem Stand der Technik entsprechenden planerischen Konzeption erforderlich? - wenn ja, eher zumutbar
- Oder wäre auch die ordnungsgemäße Umsetzung der Konzeption erforderlich? - dann, eher nicht zumutbar
- Wenn mehrere Gewerke betroffen sind: Warum soll gerade diesem Auftraggeber die Prüfung zugemutet werden können?
- Wenn mehrere Gewerke betroffen sind: aus welchem Gewerk sind die wesentlichen Informationen bzw. Planungen zu erwarten?
- Gibt es irgendwelche Umstände, die der Auftraggeber bei hinreichender Prüfung für bedeutungsvoll erkennen kann?
- Weist das geschuldeten Gewerk Besonderheiten auf, die für den Auftraggeber erkennbar besondere Anforderungen an die Prüfpflicht stellen? - dann eher zumutbar
- Handelt es sich eher um eine eher ungewöhnliche Konstruktion? - dann eher zumutbar
- Steht das Gewerk in einem engen Zusammenhang mit der Vorarbeit eines anderen Gewerkes? dann eher zumutbar
- Muss das Gewerk in ein bestehendes Gewerk eingepasst werden? - dann eher zumutbar
- Gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die Überprüfung für den Erfolg der Baumaßnahme insgesamt von hoher Bedeutung ist? - dann eher zumutbar
- Ist ausreichendes Wissen bei dem Auftraggeber vorhanden? - dann eher unzumutbar
- Beruht das vom Auftraggeber erstellte Leistungsverzeichnis auf der Planung von Sonderfachleuten, die sich im Bewusstsein der Problematik für eine bestimmte Art der Leistungsausführung entschieden haben? - dann eher unzumutbar
- Hat sich Auftraggeber zuvor fachkundig beraten lassen und ist das dem Auftraggeber bekannt? - dann eher unzumutbar
- Besteht eine größere Fachkunde bei dem Auftraggeber, bzw. dessen Architekten, als bei dem Auftragnehmer? - dann eher unzumutbar
- Gibt es Anhaltspunkte, dass eine von dem fachkundigen Bauherrn oder seinem Erfüllungsgehilfen vorgenommene Prüfung die eigene Prüfung des Auftragnehmers inhaltlich vollständig ersetzen kann? - dann eher unzumutbar
- Gibt es Anhaltspunkte dafür, dass bei eigener Prüfung kein anderes Ergebnis zu erwarten wäre, als das von dem Auftraggeber vorgesehene? - dann eher zumutbar
- Gibt es Anhaltspunkte, dass der Auftraggeber auf die Angaben des Auftraggebers und seiner Planer vertrauen darf? - dann eher unzumutbar
Im Nachhinein wurde der Fehler später durch Untersuchungen durch Sachverständige überhaupt erst entdeckt? - dann eher unwahrscheinlich, dass dem Auftraggeber die Prüfung zumutbar gewesen wäre.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren, Heidelberg

112 |



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

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

113 |



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

- Beistellung von Baustoffen
- Ausreißer-Problem, BGH 2011-01-27
- Prüfungspflichten aufgrund von Fach-DIN im Tiefbau
- Prüfungsintensität
- Prüfung von beigestelltem Material, Materialeingangsprüfung
- Baugrundrisiko bei erfolgter Prüfung
- Baugrundrisiko bei nicht hinreichender Prüfung
- Prüf- und Hinweispflichten bei der Verlegung von Leitungen, Kabeln etc. durch den Auftragnehmer
- Regeln der Technik

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

114 |



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

§ 645 BGB - Haftung des Bestellers

(1) Ist das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden, ohne dass ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. Das gleiche gilt, wenn der Vertrag in Gemäßigkeit des § 643 aufgehoben wird.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren, Heidelberg

115 |



Strittige Einordnung des § 645 BGB

Der BGH hat den Anwendungsbereich der § 645 BGB vorsichtig auch auf andere Fälle erweitert:

“Diese Vorschrift beruht auf Billigkeit. Ihre entsprechende Anwendung ist deshalb in Fällen geboten, in denen die Leistung des Unternehmers aus Umständen untergeht oder unmöglich wird, die in der Person des Bestellers liegen ... oder auf Handlungen des Bestellers zurückgehen ... auch wenn es insoweit an einem Verschulden des Bestellers fehlt. In derartigen Fällen steht der Besteller der sich aus diesen Umständen ergebenden Gefahr für das Werk näher als der Unternehmer. ... Die entsprechende Anwendung des § 645 Abs. 1 BGB führt in solchen Fällen zu einem beiden Parteien des Werkvertrages gerecht werdenden billigen Interessenausgleich.” [1]

- [1] BGH 1997-08-21 - VII ZR 17/96, NJW 1997,3018;
BGH 1980-11-06 - VII ZR 47/80, NJW 1981,391,
BGH 1963-07-11 - VII ZR 43/62, NJW 1963,1824

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren, Heidelberg

116 |

Strittige Einordnung des § 645



- § 644,645 betreffen nur Gefahrübergang (die zufällige Verschlechterung der Beistellung vor Abnahme) bzw. die Vergütung für infolge des Mangels nutzlos erbrachte Leistungen
- Es gibt kein spezifisches Baugrundrisiko
- Risikoverteilung entsprechend Auslegung des Vertrages



- §§ 644,645 sind gesetzliches Leitbild
- Risiko unvorhergesehener Baugrundprobleme grundsätzlich bei dem Auftraggeber
- Angemessene Berücksichtigung über §§ 254, 242

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

117 |

Umfang des Haftungsrisikos des Auftraggebers



Beispiel: Bau einer Schwimmbad-Anlage

Nach dem exakten Leistungsverzeichnis waren u.a. vier verschiedene dimensionierte Filterbehälter des Fabrikats XY 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. Diese stellten sich als nicht geeignet heraus.

„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. „

BGH 2011-01-27 - VII ZR 96/08, BauR 2011,1173

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

118 |

Fach-DIN Prüfungsintensität



Beispiel: DIN 18 301 (Bohrarbeiten), Abschnitt 3.3.3:

„Außergewöhnliche Erscheinungen, z.B. in der Beschaffenheit und Farbe des Bodens, ..., sind genau zu beobachten, dem Auftraggeber unverzüglich anzuseigen.“

Fach-DIN Prüfungsintensität



Beispiel: DIN 18 351 (vorgehängte hinterlüftete Fassaden)), Abschnitt 3.1.2:

Als Bedenken nach § 4 Abs. 3 VOB/B können insbesondere in Betracht kommen:

- *Abweichungen des Bestandes gegenüber den Vorgaben, z. B. nicht ausreichend flucht- und lotrechte Auflager,*
- *ungeeignete Beschaffenheit des Untergrundes, fehlende oder nicht ausreichende Verankerungsmöglichkeit,*
- *größere Maßabweichungen als nach DIN 18202 zulässig (siehe Abschnitt 3.1.4),*
- *ungeeignete Beschaffenheit der Gerüste, z. B. falscher Abstand zum Rohbau,*
- *grobe Verschmutzung,*
- *ungeeignete klimatische Bedingungen (siehe Abschnitt 3.1.5),*
- *fehlende Bezugspunkte.*

Tiefbau-Arbeiten



Beispiel: OLG Naumburg 2013-01-31- 2 U 40/12, IBRRS 90614

1. *"Im Bereich von Kreuzungen innerstädtischer Straßen - muss das Unternehmen mit dem Vorhandensein unterirdisch verlegter Versorgungsleitungen rechnen, äußerste Sorgfalt bei Schachtungen walten lassen und sich den erforderlichen Grad von Gewissheit über den Verlauf der Leitungen dort verschaffen, wo die entsprechenden zuverlässigen Unterlagen vorhanden sind.*
2. *Das Unternehmen darf sich nicht auf die - mehr oder weniger zuverlässigen - Angaben des Auftraggebers verlassen, sondern ist verpflichtet, sich die erforderlichen Informationen bei dem ihm bekannten Versorgungsunternehmen (hier: für Telekommunikationsleitungen) zu verschaffen."*

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren, Heidelberg

121 |

12.4. Prüfung von beigestelltem Material, Materialeingangsprüfung

Beispiel:

Der Betreiber eines Telekommunikationsnetzes beauftragt einen Generalunternehmer mit der Verlegung von Leerrohren und Telekommunikationskabeln. Dieser hat das hierfür erforderliche Material zu beschaffen und beauftragt einen Auftragnehmer mit den Tiefbauarbeiten und der Verlegung. Vereinbarungsgemäß wird das benötigte Material direkt von dem Lieferanten zur Verwendungsstelle geliefert, wo sich der Auftragnehmer aus dem Vorrat bedient.

Achtung: § 377 HGB, siehe oben. Wenn AN für den GU die Prüfung vornehmen soll, muss dies vereinbart werden.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren, Heidelberg

122 |



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

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

123 |



14. Hinweispflicht während der Auftragsabwicklung bei Überschreitung eines Kostenanschlags für den Auftragnehmer

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

124 |



14. Hinweispflicht während der Auftragsabwicklung bei Überschreitung eines Kostenanschlags für den Auftragnehmer

§ 649 BGB – Kostenanschlag

(2) Ist eine solche Überschreitung des Anschlags zu erwarten, so hat der Unternehmer dem Besteller unverzüglich Anzeige zu machen.

Die Verletzung der Hinweispflicht kann dazu führen, dass der Auftraggeber dem Vergütungsanspruch des Auftragnehmers einen Schadenersatzanspruch entgegengesetzt. Der Auftraggeber wird dann so gestellt, als hätte der Auftragnehmer auf die mögliche Kostensteigerung hingewiesen.



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



16. Hinweispflicht bei sich abzeichnenden Mehrmengen für den Auftragnehmer

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

127 |



17. Hinweispflicht des Auftragnehmers bei sich abzeichnendem erhöhtem Stundenaufwand

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

128 |



18. Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers auf sich abzeichnende Terminverschiebungen

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

129 |



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

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

130 |



19a. Prüfpflicht hinsichtlich der Schlussrechnung durch den Auftraggeber

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

131 |



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

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

132 |



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

- Prüfpflicht des Auftragnehmers der eigenen Leistung vor Bereitstellung zur Abnahme
- Prüf- und Hinweispflichten hinsichtlich der Anschlussleistung
- Hinweispflicht durch Übergabe von Dokumentation, bzw. Bedienungsanleitung



21. Prüfpflicht des Auftraggebers hinsichtlich der Schlussrechnung



22. Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers nach der Abnahme

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

135 |



23. Prüf- und Hinweispflichten des Auftraggebers nach der Abnahme

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

136 |



24. Anforderungen an den Hinweis

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

137 |



25. Prüf- und Hinweispflichten - Auswirkung auf die Liefer- und Leistungspflicht

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

138 |



26. Prüf- und Hinweispflichten - Auswirkung auf Kosten und Vergütung

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

139 |



27. Prüf- und Hinweispflichten - Auswirkung auf das Kündigungsrecht des Auftraggebers

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

140 |



28. Prüf- und Hinweispflichten - Auswirkung auf die Beweislast

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

141 |



28. Prüf- und Hinweispflichten - Auswirkung auf die Beweislast

- Beweislastverteilung bei Funktionsvereinbarung und "Befreiung" durch erfüllte Prüf- und Hinweispflicht
- Beweislast hinsichtlich der Einhaltung der Regeln der Technik
- Beweislast, wenn der Auftraggeber trotz Hinweis auf einer bestimmten Ausführung besteht
- Beweis des ersten Anscheins bei grobfahrlässiger Verletzung der Prüfpflicht
- Beweislast für rechtmäßiges Alternativverhalten
- Beweislast bei unzureichender Prüfung vor Abnahme
- Beweislast nach Abnahme bei Bestreiten mit „Nichtwissen“

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

142 |



Leistungsfeststellung, § 648a Abs.4 BGB Zustandsfeststellung, § 650g BGB

- sind keine Abnahme
- § 648a Beweislast zum Zeitpunkt der Kündigung
- § 650g widerlegliche Vermutung offenkundiger Mängel
- Anspruch von beiden Seiten
- wichtiger Grund: Zumutbarkeit
- Anerkenntniswirkung, im Regelfall: Umkehr der Beweislast
- Nimmt eine Partei daran nicht teil, und hat sie sich auch nicht unverzüglich entschuldigt, trifft sie die Beweislast über den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung, § 648a Abs.4 BGB

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren, Heidelberg

143 |



29. Prüf- und Hinweispflichten Auswirkung auf die Verjährung

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren, Heidelberg

144 |



29. Prüf- und Hinweispflichten – Auswirkung auf die Verjährung

- Schadenersatzansprüche wegen Nebenpflichtverletzung, § 280 I, 241 II BGB,
- Nebenpflichtverletzung, die nicht zu einem Werkmangel, sondern einem sonstigen Schaden führt
 - Regelverjährung § 195, 199
- Schadenersatz als Werkmangel
 - Mängelanspruch, § 634 BGB ab Abnahme



29a. Prüf- und Hinweispflicht des Auftragnehmers und deliktische Haftung

29a. Versicherungsrecht



Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt - Mediation - Schiedsverfahren, Heidelberg

147 |

30. Mitverschulden des Auftraggebers - Quotelung



Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt - Mediation - Schiedsverfahren, Heidelberg

148 |

30. Mitverschulden des Auftraggebers - Quotierung

- Planer
- Bauleitender Architekt
- Vorunternehmer
- Lieferanten
- Prüfingenieur
- Rechtsprechung zum Grad des Mitverschuldens
- Mitverschulden überwiegend bei dem Auftragnehmer
- Mitverschulden überwiegend bei dem Auftraggeber
- Mitverschulden zu gleichen Teilen



Nach dem X. Senat kann ein Mitverschulden berücksichtigt werden je nachdem,

- 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 bezieht 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 bezieht; der geltend gemachte Schaden muss also auch nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fallen.

Zurechenbarkeit des Verhaltens Dritter



Beispiel: OLG Frankfurt 2011-03-14 - 1 U 55/10, NJW 2011,1609

„Es liegt zwar im wohlverstandenen Eigeninteresse des Bauherrn, die Tauglichkeit der Vorunternehmerleistung zu prüfen, bevor er auf ihrer Grundlage weiter bauen lässt. Diese Obliegenheit bezweckt jedoch nicht, den Vorunternehmer vor einer schädigenden Handlung durch mangelhafte Bauausführung zu schützen. Der Unternehmer ist für die mangelfreie Ausführung seiner Vertragsleistungen nicht auf die Überwachung oder die nachträgliche Kontrolle durch den Besteller angewiesen. Er kann und muss sie völlig unabhängig hiervon erbringen“.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

151 |

Zurechenbarkeit des Verhaltens Dritter



Beispiel: OLG Hamm 2013-04-12 - 12 U 75/12, BeckRS 2013, 09437;
Hammacher BauR 2013,1592

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.[\[1\]](#)

„Die Beklagte kann sich auf ein mitwirkendes Verschulden mithin nicht berufen, soweit es um ihre eigene Beaufsichtigung und Überwachung geht. Das betrifft einerseits die tatsächliche Ausführung des Bauvorhabens, andererseits aber auch die sonstigen in eigener Verantwortung zu erbringenden vertraglichen Leistungen. Dazu gehört die Erstellung der Werkstattpläne, die von der Beklagten geschuldet waren.“

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

152 |



§ 254 BGB Wann greift Mitverschulden? Übersicht

- Bestehendes Schuldverhältnis erforderlich: vertraglich – vorvertraglich – gesetzlich, § 254 Abs.1 BGB
- Anwendung auch auf schuldrechtsähnliche Beziehungen, z.B. geschäftliche Kontakte (§ 311 Abs.2 Nr.3) und auf öffentlich-rechtliche Sonderverbindungen, Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nicht ausreichend: soziale Kontakte (Grillparty mehrerer Familien); Verkehrspflichten (Eltern haften für ihre Kinder), Grundstück (Eigentumsstörung)
- Delikt: wenn Mitverschuldenshandlung den Schaden (mit-)verursacht hat
- Schadensminderungspflicht, § 254 Abs.2 S.1 BGB ist ein gesetzliches Schuldverhältnis -
- Obliegenheiten (§ 377 HGB, 326 II1, 346 III1BGB, Umfang str.)
- § 278 BGB Erfüllungsgehilfen, nach h.M./Rspr. nur soweit zur Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit eingesetzt
 - Architekt des AG hinsichtlich Pläne
 - Bauleiter des AG hinsichtlich Baustellenkoordination
 - nicht: Bauleiter des AG hinsichtlich Überwachung

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

153 |



Worauf es ankommt - Auftraggeber

- ob er ordnungsgemäß ausgeschrieben hat, § 7 VOB/A
- ob er planerische Kompetenz besitzt, ob er selbst Fachmann ist
- ob er besondere konstruktive und statische Probleme bereits im Ansatz verkannt hat
- ob es sich bei dem Problem um ein solches handelt, dass jedem Bauhandwerker bekannt sein muss - dann erst recht für den Fachplaner des Auftraggebers
- ob er mit den örtlichen Verhältnissen vertraut ist
- ob er den Eindruck erweckt hat, es handele sich um einen Normalfall
- ob er von dem Problem wusste
- ob er sich bei unklarer Sachlage selbst hätte vergewissern müssen
- ob er die Verkehrssicherungspflicht für Gebäude und Grundstück hatte
- ob er selbst eine Prüfpflicht gegenüber den Vorgewerken hatte
- ob er seinerseits Bedenken gegenüber dem Auftragnehmer hätte anmelden müssen

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

154 |

Worauf es ankommt - Auftragnehmer



- ☒ ob er den Planungsfehler erkannt und trotzdem nicht hingewiesen hat
- ☒ ob er pflichtgemäß geprüft aber fahrlässig den Mangel nicht erkannt hat
- ☒ ob der Planungsfehler offenkundig ist,
- ☒ ob auch von dem Auftragnehmer planerische Sachkunde und Erfahrung erwartet werden kann

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

155 |

Checkliste zu Mitverschulden und Quotierung



- ☒ Gibt es vertragliche Regelungen über die Zumutbarkeit, was sagen die einschlägigen Fach-DIN darüber?
- ☒ Kann von dem Auftragnehmer Fachwissen im Hinblick auf das kritische Gewerk erwartet werden? wenn ja, zumutbar
- ☒ Ist Spezialwissen erforderlich, von dem man erwarten kann, dass es der Auftragnehmer hat, weil es als Voraussetzung für die Ausführung Tätigkeit der Fachfirma gesehen werden kann? - wenn ja, zumutbar
- ☒ Kann von dem Auftragnehmer als Fachfirma erwartet werden, dass er sich das einschlägige Fachwissen besorgt? - wenn eher nicht, nicht zumutbar
- ☒ Kann von dem Auftragnehmer als Fachfirma erwartet werden, dass er sich das einschlägige Fachwissen durch Einschaltung anderer Fachleute aus anderen Gewerken besorgt? - wenn eher nicht, nicht zumutbar
- ☒ Gibt es für die Ausführung Hersteller-Richtlinien, Montageanleitungen? - dann eher zumutbar zu prüfen, ob zutreffend und ausreichend
- ☒ Gibt es Aussagen fachkundiger Hersteller oder Subunternehmer? - dann eher zumutbar zu prüfen, ob diese ausreichend sind und ob sie sich mit der eigenen Risiko-Prüfung decken?
- ☒ Ist die Prüfung einer, einem jeden Fachmann bekannten und dem Stand der Technik entsprechenden planerischen Konzeption erforderlich? - wenn ja, eher zumutbar
- ☒ Oder wäre auch die ordnungsgemäße Umsetzung der Konzeption erforderlich? dann, eher nicht zumutbar
- ☒ Wenn mehrere Gewerke betroffen sind: Warum soll gerade diesem Auftragnehmer die Prüfung zugemutet werden können?
- ☒ Wenn mehrere Gewerke betroffen sind: aus welchem Gewerk sind die wesentlichen Informationen bzw. Planungen zu erwarten?
- ☒ Gibt es irgendwelche Umstände, die der Auftragnehmer bei hinreichender Prüfung für bedeutungsvoll erkennen kann?
- ☒ Weist das geschuldete Gewerk Besonderheiten auf, die für den Auftragnehmer erkennbar besondere Anforderungen an die Prüfpflicht stellen? - dann eher zumutbar
- ☒ Handelt es sich eher um eine eher ungewöhnliche Konstruktion? - dann eher zumutbar
- ☒ Steht das Gewerk in einem engen Zusammenhang mit der Vorarbeit eines anderen Gewerkes? dann eher zumutbar
- ☒ Muss das Gewerk in ein bestehendes Gewerk eingepasst werden? - dann eher zumutbar
- ☒ Gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die Überprüfung für den Erfolg der Baumaßnahme insgesamt von hoher Bedeutung ist? - dann eher zumutbar
- ☒ Ist ausreichendes Wissen bei dem Auftraggeber vorhanden? - dann eher unzumutbar
- ☒ Beruht das vom Auftraggeber erstellte Leistungsverzeichnis auf der Planung von Sonderfachleuten, die sich im Bewusstsein der Problematik für eine bestimmte Art der Leistungsausführung entschieden haben? - dann eher unzumutbar
- ☒ Hat sich Auftraggeber zuvor fachkundig beraten lassen und ist das dem Auftragnehmer bekannt? - dann eher unzumutbar
- ☒ Besteht eine größere Fachkunde bei dem Auftraggeber, bzw. dessen Architekten, als bei dem Auftragnehmer? - dann eher unzumutbar
- ☒ Gibt es Anhaltspunkte, dass eine von dem fachkundigen Bauherrn oder seinem Erfüllungsgehilfen vorgenommene Prüfung die eigene Prüfung des Auftragnehmers inhaltlich vollständig ersetzen kann? - dann eher unzumutbar
- ☒ Gibt es Anhaltspunkte dafür, dass bei eigener Prüfung kein anderes Ergebnis zu erwarten wäre, als das von dem Auftraggeber vorgesehene? - dann eher zumutbar
- ☒ Gibt es Anhaltspunkte, dass der Auftragnehmer auf die Angaben des Auftraggebers und seiner Planer vertrauen darf? - dann eher unzumutbar
- ☒ Im Nachhinein wurde der Fehler später durch Untersuchungen durch Sachverständige überhaupt erst entdeckt? - dann eher unwahrscheinlich, dass dem Auftragnehmer die Prüfung zumutbar gewesen wäre.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

156 |



31 Prüf- und Hinweispflichten des Architekten

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

157 |



Prüf- und Hinweispflichten während der Auftragsabwicklung für den Architekten Prüfpflichten

Beispiel: OLG Hamm 2014-06-17, IBRRS 2015, 1835 "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. Der Auftraggeber nimmt seinen Architekten in Anspruch.

"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 funktionsfähig errichtet wird (allgemein zum Inhalt der Bauüberwachungspflicht: BGH, NJW 1994, 1276) Buch Ziff. 31.2, Seite 364

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

158 |

**Rechtsberatung
Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren, Heidelberg**

Prüf- und Hinweispflichten während der Auftragsabwicklung für den Architekten Prüfpflichten im Rahmen der Bauüberwachung

Beispiel:

In der Genehmigungsplanung war beim Autoaufzug ein begrüntes Flachdach vorgesehen. Dieses kam nicht zur Ausführung. Eine Detailplanung des Planers für das Dach des Autoaufzuges wurde nicht erstellt. Anstelle des nicht durchführbaren begrünten Flachdachs wurde ein Metalldach ausgeführt, das eine zu geringe Neigung aufwies. Die innenliegende Wasserablaufrinne war ohne Notüberlauf bzw. Notentwässerung und ohne darunterliegende Abdichtung ausgeführt, was nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Aufgrund dieser Mängel kam es zu Feuchtigkeitseintritten in der darunter liegenden Kindertagesstätte.

AG nimmt als Gesamtschulder Planer, Bauüberwacher und ausführende Firma in Anspruch. Bauüberwacher wendet Mitverschulden des AG ein.

2

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren, Heidelberg

159 |

**Rechtsberatung
Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren, Heidelberg**

2

- Haftet der Planer ?
- Haftet die ausführende Firma?
- Haftet der bauaufsichtsführende Architekt?

Ist bei Ausführung der Baumaßnahme bekannt, dass die in der Genehmigungsplanung vorgesehene Dachkonstruktion nicht ausführbar ist, hat der Bauherr eine neue, durchführbare Planung für das Dach anfertigen zu lassen.

Das Mitverschulden des Bauherrn entfällt nicht, wenn der bauaufsichtsführende Architekt und der ausführende Unternehmer nicht auf Vorlage einer Detailplanung vor Ausführung des Daches bestanden haben. Anders: wenn der ausführende Unternehmer genau erkennt, dass der ihm ausgehändigte Plan einen Fehler enthält, der mit Sicherheit zu einem Mangel des Bauwerks führen muss, und dennoch nach dem fehlerhaften Plan baut.

Der bauaufsichtsführende Architekt hat eine herausgehobene Stellung unter den Baubeteiligten. Ihm obliegt es, für eine mangelfreie Realisierung des Bauvorhabens zu sorgen. Ein vollständiges Zurücktreten seiner Haftung kommt nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren, Heidelberg

160 |



Prüf- und Hinweispflichten während der Auftragsabwicklung für den Architekten bei Kompetenz des Auftragnehmers

Beispiel: Architekt und Fachunternehmen

Es werden PVC-Fassadenplatten 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.

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

2

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

161 |



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.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

162 |

Prüfpflichten des Architekten hinsichtlich Kosten



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

AG wollte sein Haus umbauen und beauftragte mit den Aufgaben der Leistungsphasen 1 bis 5 das Architekturbüro A, das die zu erwartenden Baukosten zunächst grob auf 408.000 € schätzte. Im weiteren Verlauf informierte AG den Architekten darüber, dass er für das Vorhaben insgesamt 600.000 € zur Verfügung habe. Unter dem 28.07.2006 fertigte das Büro A eine Kostenberechnung, die 816.750 € brutto auswies.

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

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

163 |

Prüf- und Hinweispflichten des Architekten während der Gewährleistungsfrist des AN

Beispiel: OLG Celle 2015-03-05[1] - 6 U 101/14 IBR 1015,612

AG beauftragte den Architekten mit Planung und Überwachung der Errichtung eines Bürotraktes für ihren Betrieb. Dieser erteilte im Namen der Klägerin den Auftrag für die Dachdeckerarbeiten AG nahm das Objekt in Betrieb und beglich die Schlussrechnung des Architekten. Nach zwei Jahren drang an einem Dachflächenfenster Feuchtigkeit in das Gebäude ein. Die Klägerin rügte diesen Mangel.

"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."

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

164 |



32. Gesamtschuldverhältnisse bei Missachtung der Prüf- und Hinweispflicht Verhältnis Unternehmer zu Vorunternehmer

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

165 |



32. Gesamtschuldverhältnisse bei Missachtung der Prüf- und Hinweispflicht Verhältnis zwischen Auftragnehmer und Planer

Werkmangel auf Planungsmangel zurückzuführen

- AN nicht erkannt ▶ keine Gesamtschuld: §§ 254,278 AG 100 %
- AN hat erkannt, aber nicht hingewiesen ▶ Keine Gesamtschuld §§ 254,278 aber: AN 100 %
- AN hätte Planungsmangel erkennen können ▶ §§ 421 ff
Gesamtschuld bei Inanspruchnahme des AN §§ 254,278 bei
überwiegendem Anteil Planer: AG 100 %

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

166 |

32. Gesamtschuldverhältnisse bei Missachtung der Prüf- und Hinweispflicht Verhältnis Architekt zu Statiker

Architekt hatte Bauplanung, -aufsicht, -koordination bei denkmalgeschütztem Objekt.

Architekt wies Erdbauer an, die Baugrube in Art und Umfang der Skizze des Rohbauers auszuschachten. Er hatte aber eine schriftliche Detailplanung der von dem Rohbauer zu erstellenden Unterfangung des denkmalgeschützten Bestandsgiebels weder vorgenommen diesen veranlasst, eine solche zur Verfügung zu stellen. Die bereits im Planungsstadium notwendige sachliche bzw. zeitliche Abstimmung/Koordination zwischen der Ausschachtung der Baugrube und der Unterfangung des Bestandsgiebels wurde nicht hinreichend vorgenommen.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

167 |



2

Verhältnis Architekt zu Statiker

„Architekt und Sonderfachmann können als Gesamtschuldner haften, wenn beide mangelhafte Planungsleistungen erbringen und diese zu einem Mangel am Bauwerk führen. Der Architekt haftet nur für solche dem Sonderfachmann in Auftrag gegebene Bereiche nicht, bei denen konkrete fachspezifische Fragen nicht zum Wissensbereich des Architekten gehören. Der Architekt braucht zwar den Sonderfachmann im Allgemeinen nicht zu überprüfen, sondern darf sich grundsätzlich auf dessen Fachkenntnisse verlassen. Statische Spezialkenntnisse werden von einem Architekten insoweit nicht erwartet. Muss indes der Architekt solche bautechnischen Fachkenntnisse haben, ist ein „Mitdenken“ vom Architekten zu erwarten und er muss sich vergewissern, ob der Sonderfachmann zutreffende bautechnische Vorgaben gemacht hat. Es ist entscheidend darauf abzustellen, ob dem Architekten eine Überprüfung der Leistungen des Sonderfachmanns möglich und zumutbar war und ob sich ihm dabei Bedenken aufdrängen mussten.“

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt – Mediation – Schiedsverfahren , Heidelberg

168 |

Checkliste Prüf- und Hinweispflichten zwischen Planern

- Welche Risiko-Abgrenzungen sind vertraglich vereinbart?
- Lassen sich Schnittstellen noch vertraglich konkretisieren?
- Handelt es sich um offensichtliche Fehler oder sich aufdrängende Bedenken?
- Ist die Situation so, dass sich der Architekt auf die Angaben des Statikers verlassen kann?
- Ist der Statiker von den richtigen Grundlagen ausgegangen und hat er die Besonderheiten des Bauvorhabens berücksichtigt?
- Der Architekt muss im Rahmen seiner Objektüberwachungspflicht Widersprüche zwischen Statik und Bewehrungsplänen erkennen und diese durch Nachfrage beim Statiker aufklären.
- Der Statiker muss in der Regel die gestalterische Planung des Architekten nicht auf ihre Gebrauchstauglichkeit untersuchen.
- Der Statiker muss hinweisen, soweit die Bedenken mit den konstruktiven Belangen zusammenhängen.
- Der Statiker darf sich nicht darauf verlassen, dass der Architekt seine Berechnungen überprüft und ggf. auf Fehler hinweist.
- Der Statiker, der Kenntnis über die tatsächlichen Verhältnisse hat und Zweifel hegt, muss deutlich auf konkret erkannte Probleme hinweisen.

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt - Mediation - Schiedsverfahren , Heidelberg

169 |



**Herzlichen Dank für
Ihre Aufmerksamkeit
und weiterhin viel Erfolg !**

Dr. Peter Hammacher
Rechtsanwalt Mediation Schiedsverfahren

Bothestrasse 144; 69126 Heidelberg
06221-3379015
ra@drhammacher.de
<https://drhammacher.de>



Dr. Peter Hammacher

Handbuch der Auftragsabwicklung

6. vollständig überarbeitete Auflage 2020, ISBN 978-3-00-064858-8, ca. 670 Seiten, gebunden, stabiler Kartoneinband, Folien-kaschiert, mit Mustertexten und -verträgen auch zum download, Euro 125,- inkl. MwSt., zzgl. Versand

- **Kompetente Unterstützung** für Projektleiter und deren Berater in Ingenieur- und Rechtsanwaltsbüros unter Einbeziehung aller relevanten Vertragstypen, u.a. BGB- und VOB/B-Bauvertrag, Werklieferungsvertrag, Ingenieurvertrag auf der Grundlage aktuellen Rechts und neuester Rechtsprechung
- **Leicht verständlich** mit vielen **Beispielen** aus der Praxis
- **Schnelle Antworten** durch die systematische und zusammenhängende Darstellung aller Schlüsselthemen vom Vertragsschluss, über Nachträge, Störungen in der Auftragsabwicklung, Prüf- und Hinweispflichten, Sicherheiten, Haftung, Einsatz von Fremdfirmen und ARGE bis zur Konfliktprävention und Streitbeilegung
- **Sofort umsetzbar** durch über 80 **Musterschreiben und Musterverträge** auch zum download für die eigene Textverarbeitung
- **Mit Blick auch auf das internationale Vertragsrecht**, UN-Kaufrecht und FIDIC mit Muster für einen Generalunternehmer-Vertrag in englischer Sprache



Dr. Peter Hammacher ist seit 1986 Rechtsanwalt und war zwanzig Jahre lang Leiter von Rechtsabteilungen national und international tätiger Unternehmensgruppen im Stahlbau und Anlagenbau. Als selbstständiger Rechtsanwalt liegt sein Schwerpunkt auf der Beratung und Vertretung von Unternehmen im Stahlbau und Anlagenbau. Als Wirtschaftsmediator ist er in der Konfliktberatung, -prävention und Schlichtung und als Schiedsrichter in nationalen und internationalen Schiedsverfahren nach allen Verfahrensordnungen tätig. Dr. Hammacher ist seit vielen Jahren Referent und Veranstalter von Praxisseminaren für Vertragsrecht. Er hat zahlreiche, für die Praxis relevante Veröffentlichungen verfasst.

Kontakt:

Bohnestrasse 144, 69126 Heidelberg, ra@drhammacher.de, T: 06221-3379015, <https://drhammacher.de>

GHC-Verlag und Seminare

Bohnestrasse 144

69126 Heidelberg

Per e-mail: mail@ghc-verlag.de

Bestellungen Auftragsnummer

Wir bestellen hiermit

.... Exemplare



Hammacher, **Handbuch der Auftragsabwicklung**, 6. Auflage 2020 inkl. Download

Mustertexte zum Preis von EUR 125,- inkl. MwSt. zzgl. Versand, ISBN 978-3-00-064858-8

.... Exemplare



Download Mustertexte aus Hammacher, Handbuch der Auftragsabwicklung,

6. Auflage 2020 ohne Buch zum Preis von EUR 58,85 inkl. MwSt.

.... Exemplare



Hammacher/Steinmann, **Kommentar zu ATV DIN 18335 „Stahlbauarbeiten“ und 18360**

„Metallbauarbeiten“, 2. Auflage 2020 zum Preis von EUR 58,- inkl. MwSt. zzgl. Versand,
ISBN 978-3-410-29683-6

.... Exemplare



Hammacher, **Prüf- und Hinweispflichten**, 2. Auflage 2016 zum Preis von EUR 64,-

inkl. MwSt., zzgl. Versand, ISBN 978-3-410-26364-7

.... Exemplare



Hammacher/Erzigekeit/Sage, **So funktioniert Mediation in Planen+Bauen**, 4. Aufl./ 2018,

EUR 54,98 inkl. MwSt. zzgl. Versand ISBN 978-3-658-21392-3

Bevollmächtigter:

Adresse:

Telefon-Nummer:

E-Mail:

- Wir sind an der Durchführung von Fortbildungsveranstaltungen für unsere Mitarbeiter interessiert.
Bitte rufen Sie uns an.

Mit freundlichen Grüßen