

*steht, dass der Bedenkenhinweis nicht zu einer Abänderung seiner Leistungspflicht geführt hätte (BGH, Urteil vom 8. November 2007- VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, Rn. 35 m.w.N.). Das gilt auch dann, wenn der Unternehmer mit der Planung des Werkes beauftragt ist und sich aufgrund des Bedenkenhinweises auch seine Planungspflichten ändern können. Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Unternehmer schulde in einem solchen Fall die Aufklärung über die bestehende Funktionsuntauglichkeit wie eine "Gebrauchsanleitung" zur abgelieferten Planung, kann diese Grundsätze nicht in Frage stellen. Allein die Verletzung von Aufklärungspflichten begründet die Mängelhaftung nicht (vgl. BGH, Urteil vom 8. November 2007 - VII ZR 183/05, RN 22 "*

Eine Hinweispflicht besteht nicht, wenn dem Auftraggeber die Problematik klar ist und er die Tragweite erkannt hat oder hätte erkennen müssen.<sup>287</sup>

### **12.9.6 Befreiung durch ausdrückliche Risikoübernahme des Auftraggebers**

Nach Ansicht des OLG Düsseldorf entfällt die Prüf- und Hinweispflicht bei einer ausdrücklichen Risikoübernahme durch den Auftraggeber:

*"Eine Haftung des Unternehmers für Mängel der Funktionstauglichkeit entfällt nur, wenn das Fehlen des Werkerfolgs ihm nicht zugewiesen werden kann. Dies ist der Fall, wenn der Auftraggeber das Risiko eines mangelhaften Werkerfolgs vertraglich übernommen hat. Hierzu bedarf es einer ausdrücklichen Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer."<sup>288</sup>*

Danach liegt eine rechtsgeschäftliche Risikoübernahme durch den Auftraggeber vor, wenn der Auftraggeber mit einer mangelhaften Leistung einverstanden ist oder jedenfalls das Risiko eines ganz oder teilweise

---

287 BGH 2011-09-29 - VII ZR 87/11, NJW 2011, 3780; BGH 2011-02-10 - VII ZR 8/10, NJW 2011,1442

288 OLG Düsseldorf 2011-10-07 - 23 U 151/10, BeckRS 2013, 10506 NZB zurückgewiesen BGH 2012-10-06 - VII ZR 218/11 ibr-Online 2011-10-07

nicht zweckentsprechenden oder funktionierenden Werkes übernimmt.

Hierzu bedarf es einer Vereinbarung zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer<sup>289</sup>, für die das OLG Düsseldorf 2011-10-07<sup>290</sup> folgende Kriterien herausgearbeitet hat:

- Es reicht nicht, dass eine bestimmte Ausführungsart hinsichtlich der geschuldeten Werkleistungen vereinbart wurde, oder dass der Auftraggeber Planungsleistungen erbrachte bzw. Vorleistungen anderer Unternehmer zu erbringen waren.
- Es reicht nicht, dass der Architekt des Auftraggebers Risiken seiner Planung und Vorgaben erkannt hat, da eine Wissenszurechnung nicht stattfindet.
- Die Anweisung des Bauleiters, die Wände so zu errichten, wie geplant (ohne Fugenbildung, Überzüge und zusätzliche Bewehrung der Betondecke), als rechtsgeschäftliche Erklärung des Klägers angesehen werden, das Risiko entstehender Risse übernehmen zu wollen.

Aus dem Umstand, dass der Auftraggeber und sein Bauleiter es unterlassen, nach Änderung in der Bauausführung die Statik zu überprüfen, kann nicht geschlossen werden, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer von einer etwaigen Haftung freistellen wollte.

Eine Risikoübernahme durch den Auftraggeber kann nur angenommen werden, wenn der Unternehmer ihn vor Abschluss des Vertrages oder jedenfalls vor Ausführung der Leistung über das vorhandene Risiko aufgeklärt und der Bauherr sich rechtsgeschäftlich mit der Risikoübernahme einverstanden erklärt hat.<sup>291</sup>

---

289 BGH 2005-05-12 - VII ZR 45/04, BauR 2005, 1314

290 OLG Düsseldorf 2011-10-07 - 23 U 151/10, BeckRS 2013, 10506; NZB zurückgewiesen BGH 2012-10-06 - VII ZR 218/11, Ibr-Online 2011-10-07

291 BGH 1984-05-17 - VII ZR 169/82. zur rechtsgeschäftlichen Risikoübernahme siehe auch Krause-Allenstein Ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 634, 7./ 2013 Stand: 18.04.2013

### Eigene Meinung

Die ausdrückliche Risikübernahme durch den Auftraggeber ist nicht zu verwechseln mit einer Vereinbarung der Parteien über die Umfang und Grenzen der Funktionalität (siehe oben 12.9.1)

Es ist nicht dasselbe, ob die Parteien in einer Vereinbarung definieren, welche Funktionalität das Gewerk nicht zu haben braucht, oder ob ein Auftraggeber rechtsgeschäftlich das Risiko übernimmt, dass das Gewerk die erwartete Funktion nicht erreicht:

Im ersten Falle konkretisieren die Parteien den Liefer- und Leistungsumfang. Hat das Gewerk die so vereinbarte Beschaffenheit, hat der Auftragnehmer mangelfrei gearbeitet.

Im zweiten Fall hat der Auftragnehmer zwar mangelhaft geleistet, wenn die Funktion nicht eintritt. Der Auftraggeber verzichtet jedoch im Vorhinein auf Mängelansprüche und/oder stellt den Auftragnehmer von Ansprüchen Dritter frei, die im Zusammenhang mit dem Mangel gestellt werden.

Bei einem Verzicht auf Ansprüche kann man verlangen, dass derjenige, der verzichtet, weiß, dass er verzichtet.

Bei einer rechtsgeschäftlichen Bestimmung des Liefer- und Leistungsumfangs passen diese Kriterien des OLG Düsseldorf aber nicht. Es ist nicht erforderlich, dass der Auftraggeber sich der Tragweite seiner Leistungsbestimmung bewusst ist, geschweige denn, dass der Auftragnehmer ihn hierüber aufklärt.

Eine ausdrückliche Vereinbarung zur Bestimmung des Liefer- und Leistungsumfangs ist nicht erforderlich, wenn auch zu empfehlen. Die Auslegung kann ergeben, dass eine solche Vereinbarung konkludent oder stillschweigend geschlossen wurde.

## **12.10 Zumutbarkeit von Prüfungsmaßnahmen für den Auftragnehmer**

Durch das Konzept von erfolgter Prüfung und Hinweis als "Befreiungstatbestand" konzentriert sich die Diskussion auf die Frage, was denn dem Auftragnehmer an Prüfung zugemutet werden soll, um "sich zu befreien".