

Rundbrief 24**Adressat Bedenkenanmeldung, mangelhafte Vorleistung - Mängelbeseitigungsverweigerungsrecht**

1. Immer wieder wird der Bauunternehmer damit konfrontiert, dass ihm Pläne überlassen werden, die eine nicht DIN gerechte Ausführung von Bauleistungen vorgibt. Trotz Bedenkenanmeldung an den Planersteller – Architekt erhält er dann von diesem die Anweisung, die Arbeiten gleichwohl so durchzuführen. Später kommt es zu Mängel am Bauwerk und der Unternehmer wird auf Schadensersatz wegen der Mängelbeseitigungskosten in Anspruch genommen, weil er die kostenlose Mängelbeseitigung zurückgewiesen hat, weil er sich darauf beruft, Bedenken angemeldet zu haben und sich deshalb befreit von Ansprüchen nach § 4 Nr. 3 VOB/B hält.

Trotz ständiger Rechtsprechung [BGH Urt. v. 19.12.1996 – VII ZR 309/95; OLG Stuttgart Urt. 15.04.2014 – 10 U 127/13] kommt es immer wieder vor, dass der Unternehmer seine Bedenkenanmeldung an den falschen Adressaten sendet, was ihm nicht hilft.

Urteil OLG Schleswig v. 11.04.2014 – 1 U 10/13; BGH Beschl. v. 08.10.2015 – VII ZR 106/14:

- a. Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung hat der Unternehmer unverzüglich zu melden.
- b. Adressat für Bedenkenhinweise ist stets der Auftraggeber. Der Architekt kommt nur ausnahmsweise als Empfänger in Betracht, jedenfalls aber dann nicht, wenn sich die Bedenken auf eine fehlerhafte Planung des Architekten beziehen.

Hinweis:

Deshalb immer, egal aus welchem Grund – auch bei sonstigen Bedenken gegen die geforderte Art der Ausführung – die Bedenken gegenüber dem Auftraggeber schriftlich vor Ausführung der Arbeiten rügen und eine entsprechende Anweisung abwarten.

Dies gilt nicht nur für den VOB/B-Bauwerkvertrag, sondern auch für den BGB-Bauwerkvertrag [OLG Frankfurt Urt. v. 07.12.2010 – 5 U 95/09; BGH Beschl. v. 26.08.2012 – VII ZR 220/10]

Grund:

Unterlässt der Auftragnehmer den Hinweis auf die Planungsmängel oder auch auf die Mängel der Vorleistung, auf die er seine Leistung aufbauen muss, obwohl er diese Mängel erkannt hat oder hätte erkennen müssen, ist er allein für den Schaden verantwortlich. Eine Mithaftung des Auftraggebers scheidet dann aus [BGH Urt. v. 11.10.1990 – VII ZR 228/89].

2. Nicht selten ist ein Mangel am Bauwerk ursächlich auf verschiedene Bauwerksleistungen verschiedener am Bauwerk beteiligter Unternehmer zurückzuführen, die jeweils eigenständig vom Bauherrn beauftragt worden sind. Eine Mängelbeseitigung ist in diesem Fall nur dann erfolgreich, wenn alle Mängelursachen beseitigt werden.

Der Unternehmer kann in diesem Fall seinen Mangel ohne die Vorleistungen anderer Unternehmer oder planerische Vorleistungen nicht beseitigen. Die in diesem Fall zu erbringenden Vorleistungen anderer Unternehmer oder planerische Vorleistungen sind daher Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers, auch wenn die am Bau Beteiligten, die ursächlich für die Mängel verantwortlich sind, als Gesamtschuldner haften.

Wie hat der Unternehmer nach Mängelrüge ihm gegenüber vorzugehen?

- a. Er hat zunächst zu prüfen, welche Arbeiten notwendig sind, um den/die Mängel abzustellen.
- b. Sodann hat er den Bauherrn zu informieren, welcher Vorunternehmer welche Arbeiten zur Mängelbeseitigung vorher durchzuführen hat, damit der in Anspruch genommene Unternehmer seine notwendigen Arbeiten durchführen kann und den Bauherrn aufzufordern, diese betreffenden Unternehmer zur Durchführung der Arbeiten anzuweisen (Mitwirkungspflicht)
- c. Verweigern sich diese oder wird der Bauherr nicht tätig, sind ihm die Kosten der Gesamtmängelbeseitigung zu nennen und unter Abzug des Aufwandes für seine eigenen Arbeiten die Zahlung eines Vorschusses oder die Stellung einer Sicherheit in Höhe dieser Kosten zu stellen unter Fristsetzung.
- d. Verweigert dies der Bauherr oder lässt er die gesetzte Frist verstreichen kann der Unternehmer wie folgt vorgehen:

- (1) Er kann den Vertrag kündigen und muss keine Mängelbeseitigungsarbeiten mehr durchführen [OLG München Urt. v. 07.03.2015 – 9 U 2856/11 Bau- BGH Beschl. v. 02.12.2015 – VII ZR 211/15 (NZB zurückgenommen)], sich jedoch von dem noch nicht vollständig gezahlten Werklohn einen Abzug des einfachen Mängelbeseitigungsbetrags seines Anteils an den Gesamtkosten gefallen lassen [ohne Berücksichtigung eines Druckzuschlags] oder, wenn er bereits vollständig bezahlt ist, diesen Betrag dem Bauherrn zur Verfügung stellen

oder

- (2) Er kann die Mängelbeseitigung insgesamt durchführen und die Drittunternehmer anschließend auf den Gesamtschuldnerausgleich in jeweils dem entsprechenden Anteilsbetrag in Anspruch nehmen und diesen Betrag notfalls einklagen.

Wegen des Gesamtschuldnerausgleichs sind jedoch die Verjährungsfristen zu beachten. [Nach BGH Urt. v. 07.05.2015 – VII ZR 104/14 unterliegt der Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB der regelmäßigen Verjährungsfrist nach § 196 BGB, die bereits mit der Begründung der Gesamtschuld entsteht. Es

muss aber Kenntnis von den dem Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB begründenden Umständen und der Person der Ausgleichsschuldnerin bestehen.]

Erk Winkelmann
Rechtsanwalt und Notar a. D.
Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht