

**Rundbrief 70** - Mangelhafte Vorleistung – Hinweispflicht – MängelansprücheSachverhalt:

*Der Unternehmer stellt fest, dass die Vorleistung – Planung oder Leistung eines Vorunternehmers – mangelhaft ist. Er fragt sich, wie er sich verhalten muss, um nicht später selbst in Anspruch genommen zu werden, weil er, wenn er hierauf aufbaut, seine eigene Leistung ebenfalls mangelhaft sein wird*

**Prüfungs- und Hinweispflicht:****a.**

Um sich von seiner eigenen Haftung zu befreien, die ihn trifft, wenn der Unternehmer auf eine mangelhafte Vorleistung seine Leistung aufbaut und seine dadurch ebenfalls mangelhaft wird, muss er den Auftraggeber auf die mangelhafte Vorleistung hinweisen.

Deshalb ist es erstes Gebot des Unternehmers, zu prüfen, ob die Vorleistung für sein Gewerk geeignet ist oder ob sein eigenes Gewerk, wenn er auf das Vorgewerk aufbaut, sein eigenes Gewerk dann ebenfalls mangelhaft wird.

Dies gilt nicht nur für bauliche Gewerke als Vorleistung, sondern auch für Planleistungen des Bauherrn oder des von diesem beauftragten Architekten oder Fachingenieur.

**b.**

Stellt der Unternehmer fest oder glaubt er dies nur, so ist es sein zweites Gebot, gegenüber dem Bauherrn seine Bedenken mitzuteilen und die Mangelhafte Vorleistung gegenüber dem Bauherrn zu rügen.

**c.**

Der Hinweis und die entsprechende Rüge sollten in **schriftlicher Form erfolgen**, denn im Fall eines Rechtsstreits kann nur dann das Gericht sicher feststellen,

- ob ein Bedenkenhinweis überhaupt vor Beginn der Ausführung der eigenen Leistungen erfolgt ist und
- ob der Hinweis als ordnungsgemäß zu werten ist und
- ob er an den richtigen Adressaten gerichtet ist.

**Ist dies nicht der Fall, ist der Bedenkenhinweis insoweit verfehlt, als er nicht von der Mangelhaftung seines eigenen Gewerks befreit.**

Es gilt nämlich, dass der Bauherr, wenn der Mangel eines vom Auftragnehmer hergestellten Werks auf einer mangelhaften Vorleistung eines vorhergehend tätigen Unternehmers beruht, sich der Bauherr im Verhältnis zum Auftragnehmer **kein Mitverschulden anrechnen lassen muss. Denn Fehler eines Vorunternehmers ( auch des Architekten) können dem Bauherrn im Verhältnis zum Nachfolgeunternehmer nicht zugerechnet werden.** (OLG Düsseldorf, Urteil v. 05.07.2016 – 23 U 135/15)

**d.**

*Unschädlich ist zwar, auch wenn § 13 Abs. 3, § 4 Abs. 3 VOB/B – dieser Rechtsgedanke gilt auch für den BGB- Bauwerkvertrag – Schriftform fordert, der Bedenkenhinweis nur mündlich erteilt wurde (OLG Schleswig Urt. v. 18.07.2018 – 12 U 8/18; BGH Beschl. v. 18.12.2019 – VII ZR 152/18[NZB zurückgewiesen], weil ein mündlicher Hinweis nicht schlechthin unbeachtlich ist, aber es fällt dann dem Unternehmer ehr schwer, im Einzelfall den Beweis bei Gericht zu führen, dass der Bedenkenhinweis rechtzeitig vor Beginn der Arbeiten erteilt wurde, ebenfalls, dass der Hinweis ausreichend und an den richtigen Adressat erfolgte.*

e.

**Richtiger Adressat ist immer der Bauherr selbst.**

Richtiger Adressat kann aber auch der vom Bauherr beauftragte und bevollmächtigte Architekt oder sein bevollmächtigter Bauleiter sein, wenn er ausdrücklich auch insoweit bevollmächtigt ist.

Verschließt sich allerdings der Architekt oder Bauleiter dem Bedenkenhinweis, **muss sich der Auftragnehmer unmittelbar an den Auftraggeber selbst wenden** (OLG Celle Urt. v. 04.08.2016 – 13 U 104/12; BGH Beschl. v. 07.11.2018 – VII ZR 219/18 [NZZB zurückgewiesen])

f.

**Der Bedenkenhinweis muss in hinreichender Klarheit erfolgen.** Allgemeine Erklärungen reichen nicht aus; vielmehr muss der Bedenkenhinweis so deutlich und klar sein und dem Auftraggeber die Tragweite der Nichtbefolgung des Hinweises dadurch klar gemacht werden, dass er die Konsequenzen der Nichtbefolgung auf *die dann gegebene Mangelhaftigkeit des auszuführenden Gewerks erkennen kann.* (OLG Hamm Urt. v. 03.12.2018 – 17 U 186/16; OLG Brandenburg Urt. v. 20.05.2020 – 11 U 74/18). Erklärungen pauschalen Inhalts sind unzugänglich. (OLG Hamburg Urt. v. 28.08.2018 – 11 U 128/17)

g.

**Eine bloße Mangelmitteilung ist kein Bedenkenhinweis.** Dem Auftraggeber muss die Tragweite der Nichtbefolgung der geäußerten Bedenken klar werden. Die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Bauausführung müssen konkret dargelegt werden. Deshalb genügt der bloße Hinweis des Auftragnehmers auf eine mangelhafte Ausführung von Vorleistungen als Bedenkenhinweis nicht. (OLG Schleswig Urt. v. 24.05.2019 -1 U 71/18; BGH Beschl. v. 27.05.2020 – VII ZR 126/19 [NZZB zurückgewiesen])

## Mängelbeseitigungsanspruch des Bestellers

a.

Auch wenn der Grund der mangelhaften Leistung der eigenen Leistung in der mangelhaften Vorleistung des Vorunternehmers oder Planers liegt, trifft den Auftragnehmer die Mängelbeseitigungspflicht, es sei denn, hat einen ordnungsgemäßen Bedenkenhinweis an den Auftraggeber gegeben und dieser hat den Hinweis ignoriert und die Durchführung der geschuldeten Leistung ausdrücklich angeordnet. Dann entfällt die Pflicht zur Mängelbeseitigung

b.

**Fehlt** an einem entsprechenden Hinweis, weil der Auftragnehmer die fehlerhafte Vorleistung nicht erkannt hat aber hätte erkennen müssen, geht die Mängelrüge des Auftraggebers ins Leere und **ist wirkungslos**, wenn nicht der Auftraggeber **diejenigen Mitwirkungshandlungen vorgenommen oder zumindest angeboten hat**, die die Herstellung einer mangelfreien Leistung des Auftragnehmers ermöglichen. (OLG Karlsruhe Urt. v. 28.05.2019 – 8 U 185/16; BGH Beschl. v. 15.01.2020 – VII ZR 140/19 [NZZB zurückgewiesen]).

Dies ist auch die Rechtsansicht des *OLG Oldenburg gem. Urt. v. 21.08.2018 – 2 U 62/18*. Bei unzureichender Vorleistung, auf die der Auftragnehmer aufbaut, setzt eine ordnungsgemäße Fristsetzung zur Mängelbeseitigung i.S. der §§ 281, 634 Nr. 4 BGB voraus, dass der Auftraggeber die Mitwirkungshandlungen vorgenommen oder jedenfalls angeboten hat, die

dem Auftragnehmer die Herstellung eines funktionierenden Nachfolgegewerks ermöglicht. **Das gilt auch, wenn der Auftraggeber die konkrete Mangelursache nicht kennt, weil der Auftragnehmer seiner Verpflichtung, zur Prüfung und Mangelanzeige des Vorgewerks nicht nachgekommen ist.**

**Vereinbarte Leistung ungeeignet.**

Hat der Auftragnehmer hierauf nicht klar und eindeutig den Auftraggeber hingewiesen, ist der Auftragnehmer zur Mängelbeseitigung verpflichtet, hat aber in diesem Fall gleichwohl einen Anspruch auf Zahlung des höheren Werklohns der höheren Kosten der anderen Ausführungsart, die zur Herbeiführung des geschuldeten Erfolgs erforderlich sind (Sowie-so-kosten) (*OLG Düsseldorf Urt. v. 26.03.2019 – 23 U 90/18; BGH Beschl. v. 06.11.2019 – VII ZR 84/19[NZB zurückgewiesen]*)

Erstellt am 26.08.2020 durch Erk Winkelmann  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht – Notar a.D.