

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Philipp Hummel
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2015, 329 - 344 (Heft 2a)
Verlag	Werner Verlag

Hummel, BauR 2015, 329

Der Bedenkenhinweis in der praktischen Abwicklung von Bauverträgen

von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht Philipp Hummel, Bonn

Der Prüf- und Hinweispflicht des Unternehmers kommt in der Abwicklung von Bauverträgen eine zentrale Bedeutung zu. Sie betrifft das schwierige Verhältnis zwischen den Vorgaben des Bestellers, dessen Planung oder den Leistungen anderer Baubeteiligter und deren Auswirkungen auf die Pflicht des ausführenden Unternehmers, ein den vertraglichen Anforderungen entsprechendes Werk zu errichten. In dieser Schnittstelle liegt oft eine wichtige Weichenstellung für einen erfolgreichen Projektverlauf, mit der gerade auch der ausführende Unternehmer kraft seiner Fachkunde gefordert ist, den Auftraggeber vor Schaden zu bewahren. Nach den tiefgreifenden Ausführungen von Herrn Prof. Schröder zur dogmatischen Grundlage und der genauen Wirkweise der Prüf- und Hinweispflichten des Unternehmers¹ sollen mit diesem Beitrag verschiedene Fragestellungen beleuchtet werden, die sich in der alltäglichen Baupraxis häufig im Zusammenhang mit den vom Auftragnehmer anzumeldenden Bedenken ergeben – angefangen mit der Form über den notwendigen Inhalt und richtigen Adressaten für einen beachtlichen Bedenkenhinweis bis hin zu der Frage, wie der Besteller auf einen entsprechenden Hinweis zu reagieren hat und welche Folgen sich hieraus jeweils für die weitere Abwicklung des Bauvorhabens durch den Auftragnehmer ergeben. Der Beitrag möchte Anstoß geben, die in der Praxis gelebte Übung teilweise kritisch zu hinterfragen und stellt Vorschläge zur Lösung noch ungeklärter Situationen wie z.B. bei einer fehlenden Reaktion des Auftraggebers auf den Bedenkenhinweis des Auftragnehmers zur Diskussion.

A. Die Form von Bedenkenhinweisen

Der Bedenkenhinweis des Unternehmers ist im BGB nicht geregelt, so dass insoweit auch kein gesetzliches Formerfordernis besteht. Demgegenüber sieht [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) vor, dass der Auftragnehmer seine Bedenken schriftlich mitzuteilen hat.

I. Schriftform nach [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) durch einfache E-Mail?

Dies führt zu der in der Praxis häufigen Frage, ob der in Form einer E-Mail erteilte Bedenkenhinweis ausreichend ist oder nicht.

1. Anforderungen an die gewillkürte Schriftform

[§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) stellt entsprechend dem Charakter der VOB/B als vertragliches Regelungsmuster² kein gesetzliches, sondern ein bei wirksamer Einbeziehung der VOB/B vertraglich vereinbartes Formerfordernis i.S. von [§ 127 BGB](#) auf. Auch für die gewillkürte Schriftform gelten nach [§ 127 Abs. 1 BGB](#) im Zweifel aber die Anforderungen des [§ 126 BGB](#), nach dessen Abs. 1 die betreffende Urkunde u.a. von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet werden muss. Für den Fall der durch Vereinbarung festgelegten Schriftform sieht die Auslegungsregel des [§ 127 Abs. 2 Satz 1 BGB](#) lediglich eine Erleichterung insoweit vor, dass die telekommunikative Übermittlung genügen soll, soweit kein anderer Wille anzunehmen ist.

Dabei kann sicherlich konstatiert werden, dass im Bauwesen keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Verwendung telekommunikativer Übermittlungsformen für die Wahrung der vereinbarten Schriftform bestehen; solche sind auch nicht für [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) erkennbar, da wie z.B. bei der Behinderungsanzeige nach [§ 6 Abs. 1 Satz 1 VOB/B](#) auch hier vielmehr gerade eine möglichst zeitnahe Information des Auftraggebers gewünscht ist. Mit dieser für [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) sogar ausdrücklich formulierten Zielsetzung wäre die zwingende Verweisung des Auftragnehmers z.B. auf den Postweg nicht zu vereinbaren.

2. Keine Unterschrift

Allerdings ist die übliche E-Mail entgegen [§§ 127 Abs. 1](#), [126 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) regelmäßig nicht mit der eigenhändigen Unterschrift des Absenders versehen.

Die überwiegende Kommentarliteratur sieht hierin allerdings keine Schwierigkeiten und bejaht gleichwohl die Wahrung der vereinbarten Schriftform durch einfache E-Mail: Denn mit der Zulässigkeit telekommunikativer Übermittlung nach [§ 127 Abs. 2 BGB](#) sei zugleich auch das Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift

aufgegeben worden.³ Dies wird aus dem früheren Wortlaut des [§ 127 Abs. 2 BGB](#) a.F. hergeleitet, der bis zu seiner Neufassung im Jahr 2001 statt der telekommunikativen die telegraphische Übermittlung für ausreichend erachtet hat. Da bei einem Telegramm nach Art und Weise der Übermittlung eine eigenhändige Unterschrift des Versenders aber von vornherein ausgeschlossen war, sollte diese zur Wahrung der gewillkürten Schriftform nach [§ 127 Abs. 2 BGB](#) im Regelfall offenbar nicht erforderlich sein. Diese Wertung wird gemeinhin auch für die heutige Fassung des [§ 127 Abs. 2 BGB](#) übernommen. Entsprechend hat auch das BAG in seiner Entscheidung vom 16.12.2009 für die aktuelle Rechtslage bestätigt, dass bei der telekommunikativen Übermittlung nach [§ 127 Abs. 2 BGB](#) auf das Erfordernis der Unterschrift verzichtet wird, so dass die einfache, nicht unterschriebene E-Mail einer tarifvertraglich vorgesehenen Schriftform genügt.⁴

Diese Auffassung deckt sich auch mit den Ausführungen des Gesetzgebers zur Begründung des „Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehr“, mit dem [§ 127 Abs. 2 BGB](#) seine heutige Fassung erhalten hat. Hierin erklärt der Gesetzgeber, dass bereits vor der Neufassung von [§ 127 Abs. 2 BGB](#) allgemein anerkannt gewesen sei, dass schriftliche Erklärungen auch mittels Telefax oder Fernschreiben formgerecht abgegeben werden können und dass keine Veranlassung bestünde, andere und heutzutage gängigere Übermittlungsmethoden hiervon auszunehmen – wobei er explizit auch die E-Mail einbezogen wissen möchte.⁵

3. Kritische Würdigung

Wenn der Gesetzgeber dabei zum Beleg auf die Entscheidung des BGH vom 22.04.1996 zur Einhaltung der gewillkürten Schriftform durch Telefaxschreiben abstellt,⁶ ist aber nicht nur deren Fundstelle in der Gesetzesbegründung falsch angegeben; der Entscheidung ist auch kein zwingendes Argument dafür zu entnehmen, nicht unterschriebene E-Mails für die gewillkürte Schriftform nach [§ 127 Abs. 2 BGB](#) genügen zu lassen.

- Vielmehr stellt der BGH in der Begründung seiner Entscheidung gerade maßgeblich darauf ab, dass das zu beurteilende Faxschreiben im Gegensatz zu sonstigen Fällen in der bis dato ergangenen Rechtsprechung im Original unterschrieben war.⁷ Dem kann entnommen werden, dass [§ 127 Abs. 2 BGB](#) nach der Auffassung des BGH in der Regel nur eine Erleichterung im Hinblick auf die Übermittlung unterschriebener Erklärungen, nicht aber hinsichtlich der Unterschrift selbst enthält.
- Dieses Verständnis legt zunächst auch der Wortlaut von [§ 127 Abs. 2 BGB](#) nahe, der die nach [§ 126 Abs. 1 BGB](#) erforderliche Unterschrift überhaupt nicht erwähnt, sondern zunächst Erleichterungen allein für die Übermittlung vorsieht.
- Zudem gilt gegenüber der früheren Gesetzeslage zu beachten, dass mit dem „Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehr“ vom 13.07.2001 nunmehr auch neue Formtypen geschaffen und gesetzlich verankert wurden, die nach [§ 127 Abs. 1 BGB](#) naturgemäß allesamt auch vertraglich vereinbart werden können.

- Dies gilt auch für die Textform nach [§ 126b BGB 8](#), zu deren Einhaltung es einer lesbaren und zumindest über einen für ihren Zweck angemessenen Zeitraum speicherbaren Erklärung bedarf, in der die Person des Erklärenden lediglich genannt ist. Eine Unterschrift ist für die Textform damit nicht erforderlich. Deren typische Erscheinungsform ist damit gerade die einfache, nicht unterschriebene E-Mail.
- Wenn dann aber auch für die gewillkürte Schriftform komplett auf das Erfordernis einer Unterschrift verzichtet würde, wäre kein nennenswerter Unterschied zur (vereinbarten) Textform ersichtlich, obwohl diese zu Vereinfachungszwecken auch nach der Gesetzesbegründung eine Herabstufung der strengeren Schriftform mit sich bringen und damit hiervon abzugrenzen sein sollte.⁹ Zudem bringen die Parteien mit der Vereinbarung der Schriftform gerade zum Ausdruck, dass etwas anderes als die gesetzlich ebenfalls vorgesehene Textform gewollt ist.
- Dieselben systematischen Bedenken ergeben sich für das Verhältnis zur elektronischen Form nach [§ 126a BGB](#). Diese kann nach [§ 126 Abs. 3 BGB](#) die gesetzliche Schriftform ersetzen, wobei an die Stelle der eigenhändigen Unterschrift die Angabe des Namens und eine qualifizierte elektronische Signatur des Erklärenden nach dem Signaturgesetz tritt. Für die gewillkürte elektronische Form soll nach [§ 127 Abs. 3 BGB](#) dann sogar eine einfache elektronische Signatur genügen – wie sie häufig am Ende einer normalen E-Mail zu finden ist. Wenn aber bereits für die gewillkürte Schriftform auf die Notwendigkeit einer Unterschrift verzichtet und damit auch die einfache E-Mail den Anforderungen des [§ 127 Abs. 2 BGB](#) genügen würde, hätte auf die eigens eingeführte Regelung in Abs. 3 verzichtet werden können.

Ferner gilt im Hinblick auf die Argumentation der h.M. zu beachten, dass bei einer E-Mail

- anders als ehemals beim Telegramm die Übermittlung der Unterschrift auch keineswegs von vornherein ausgeschlossen ist. Vielmehr ist durchaus möglich, eine digitalisierte Unterschrift in eine E-Mail einzusetzen oder ein im Original eigenhändig unterschriebenes Dokument einzuscannen, das dann – vergleichbar einem Faxschreiben – quasi als elektronisch erstellte Kopie per E-Mail im Wege telekommunikativer Übermittlung versendet wird.

All dies spricht dafür, entgegen der h.M. und dem BAG das Unterschriftserfordernis für die gewillkürte Schriftform nicht gänzlich aufzugeben, sondern allein im Hinblick auf die von [§ 127 Abs. 2 BGB](#) angesprochene Übermittlung der nach [§ 126 Abs. 1 BGB](#) unterschriebenen Erklärung Erleichterungen zuzulassen.¹⁰ Für den Bedenkenhinweis ist danach zu differenzieren, ob dieser als E-Mail oder vielmehr nur in Form eines unterschriebenen und eingescannten Dokuments per E-Mail übermittelt wird. So hat auch das OLG Frankfurt mit Beschluss vom 30.04.2012 zumindest im Ergebnis zutreffend entschieden, dass eine einfache nicht unterschriebene E-Mail nicht dem ebenfalls gewillkürten Schriftformerfordernis nach [§ 13 Abs. 5 VOB/B](#) entspricht – mit der Folge, dass die entsprechende Mängelrüge zu keiner Verlängerung der Gewährleistungsfrist geführt hat und dahingehende Ansprüche des Auftraggebers damit verjährt waren.¹¹

II. Folgen fehlender Schriftform

Teilt man diese Rechtsauffassung schließt sich sodann bei einem in Form einer einfachen E-Mail wie aber auch unabhängig hiervon bei einem nur mündlich ergangenen Hinweis die Frage an, welche Folgen sich bei Verletzung der vereinbarten Schriftform ergeben.

Nach [§ 13 Abs. 3 VOB/B](#) tritt die Haftungsbefreiung des Auftragnehmers zunächst nur dann ein, wenn er die ihm nach [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) obliegende – mithin schriftliche – Mitteilung gemacht hat.

1. Ausgangspunkt der Rechtsprechung

So sieht auch die bisherige Rechtsprechung des BGH die Schriftform tatsächlich als Wirksamkeitserfordernis für einen tauglichen Bedenkenhinweis nach [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) an. Der BGH führt in seiner letzten hierzu ergangenen Entscheidung vom 10.04.1975 aus, dass der Auftragnehmer bei Nichtbeachtung der Schriftform den Vertrag verletze und die hieraus resultierenden Folgen in Form einer grundsätzlichen Mängelhaftung zu tragen habe.¹²

Allerdings soll ein z.B. nur mündlich erteilter Hinweis nicht völlig unbeachtlich sein; vielmehr könne in der Nichtbeachtung eines zuverlässigen mündlichen Hinweises ein mitwirkendes Verschulden des Auftraggebers liegen, das entsprechend [§ 254 BGB](#) auch bei den verschuldensunabhängigen Mängelrechten zu berücksichtigen sei.¹³

Dem scheint die seither ergangene Rechtsprechung der Oberlandesgerichte bis heute zu entsprechen.¹⁴ Auch wenn hier mitunter Formulierungen zu finden sind, nach denen ein nur mündlicher Hinweis für ausreichend erachtet wird oder den Anforderungen des [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) genügen soll, wird in den Gründen dann doch regelmäßig auf die vorgenannte Entscheidung des BGH aus den siebziger Jahren abgestellt.¹⁵

2. Mangelhaftung (nur) wegen Formfehlers

Der vom BGH gewählte „Umweg“ über das Mitverschulden des Auftraggebers bei einem zunächst der Form nach untauglichen Bedenkenhinweis hinterlässt allerdings ein gewisses Störgefühl, da der Auftragnehmer dann nur wegen eines reinen Formverstößes zumindest quotal für einen Mangel haften müsste, der zwar seiner Werkleistung anhaftet, aber maßgeblich durch Einflüsse aus der Sphäre des Auftraggebers herrührt. Dies erscheint umso weniger gerechtfertigt, als der BGH trotz entsprechender Sach-Information durch den Auftragnehmer bei Verstoß gegen die Schriftform ausdrücklich nur „im Einzelfall“ von einer vollen Haftungsquote des Auftraggebers ausgehen will.¹⁶

Begründet wird dies von der Rechtsprechung damit, dass [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) die Hinweispflicht zum Schutz des Auftraggebers nochmals verstärken und mit der Schriftform den Bedenken des Auftragnehmers besonderes Gewicht und zusätzlicher Nachdruck verliehen werden soll.¹⁷ Ob der Schriftform aber tatsächlich eine dahingehende Funktion zukommt, erscheint zumindest zweifelhaft.

3. Kein Wirksamkeitserfordernis, sondern nur Beweisfunktion

So stellt die Warnung des Erklärungsempfängers jedenfalls keine typische Funktion der Schriftform dar;¹⁸ vielmehr dient die Schriftform regelmäßig dem Schutz des Erklärenden, der durch die Verschriftlichung der Erklärung und seine Unterschrift vor Übereilung und unbedachten Handlungen und damit letztlich vor sich selbst geschützt werden soll.¹⁹ Für die Warnung des Auftraggebers erscheint ohnehin auch weniger die Form, als vielmehr der Inhalt des Bedenkenhinweises von entscheidender Bedeutung, aus dem das drohende Mangelrisiko verständlich, deutlich und hinreichend klar hervorgehen muss. Dem entspricht im Übrigen auch die Situation bei der Behinderungsanzeige nach [§ 6 Abs. 1 Satz 1 VOB/B](#). Auch diese dient dem Schutz des Auftraggebers,²⁰ der durch die Mitteilung des Auftragnehmers in die Lage versetzt werden soll, über etwaige Gegenmaßnahmen zu entscheiden oder sich auf eine verspätete Fertigstellung einzurichten. Für eine dahingehende Warnung besteht nach [§ 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B](#) aber keine Veranlassung, wenn die Behinderung inkl. ihrer Folgen dem Auftraggeber offenkundig bekannt ist – und er damit über den anzuzeigenden Umstand und dessen Folgen erkennbar ausreichend informiert ist. Von daher spricht die h.M. der Schriftform bei Behinderungsanzeigen trotz vergleichbarem Warnzweck keine Wirksamkeitssondern nur eine bloße Beweisfunktion zu.²¹ Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb dies bei [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) anders gesehen werden sollte.²²

III. Schriftform und AGB-Kontrolle

Fraglich erscheint in diesem Zusammenhang auch, inwieweit die in [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) vorgesehene Schriftform bei Verwendung durch den Auftraggeber einer isolierten Inhaltskontrolle nach [§§ 307 ff BGB](#) standhält. Dies ist selbst dann problematisch, wenn in Übereinstimmung mit den vorstehenden Überlegungen von einer reinen Beweisfunktion der Schriftform ausgegangen wird; denn ohne entsprechende Klarstellung bleibt es nach [§ 305c Abs. 2 BGB](#) bei der für den Verwendungsgegner ungünstigen Auslegung, wonach dann ggf. weiterhin von einer notwendigen Wirksamkeitsvoraussetzung auszugehen wäre.

Nach [§ 309 Nr. 13 BGB](#) sind Klauseln generell unwirksam, die dem Vertragspartner des Verwenders eine über die Schriftform hinausgehende Form auferlegen. Dem wird im Umkehrschluss allgemein entnommen, dass die Vorgabe allein der Schriftform AGB-rechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden ist;²³ hierbei soll es sich nach allgemeiner Auffassung sogar um eine grundsätzliche Wertentscheidung des Gesetzgebers handeln, der besonderes Gewicht zukommt.²⁴

Ob dieser Umkehrschluss aber auch für [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) greift, ist angesichts der besonderen Sachlage mit der Verknüpfung von Mangelhaftung und formgerechter Enthaltungserklärung allerdings dennoch zu bezweifeln. Denn andernfalls würde es [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) dem Auftraggeber ermöglichen, trotz grundsätzlich ausreichender inhaltlicher Information über das Mangelrisiko den Auftragnehmer nur wegen Nichtbeachtung der Schriftform weiterhin zumindest quotal in der verschuldensunabhängigen Haftung für Mängel zu halten, die zudem sogar auf seine eigenen Vorgaben oder die von ihm gestellten Stoffe zurückgehen. Dies stellt sich bei wertender Betrachtung als unbillig und als unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers dar, zumal auch im BGB-Vertrag selbst keine bestimmte Form für den Bedenkenhinweis vorgesehen ist und dieser vielmehr auch mündlich oder in Textform in beachtlicher Art und Weise ergehen kann. So halten mittlerweile auch namhafte Stimmen in der Literatur die Schriftform als Wirksamkeitsvoraussetzung für einen beachtlichen Bedenkenhinweis mit Treu und Glauben nicht vereinbar²⁵ – womit dann die Formvorgabe in [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) bei Verwendung der Klausel durch den Auftraggeber und isolierter Inhaltskontrolle nach [§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) als unwirksam zu erachten ist.²⁶

B. Der Inhalt von Bedenkenhinweisen

Nach dem Sinn und Zweck der Prüf- und Hinweispflicht des Auftragnehmers ist demnach vor allem der Inhalt von Bedenkenhinweisen von entscheidender Bedeutung.

I. Notwendige Bestandteile und Darstellung

Für die bezweckte Warnung des Auftraggebers ist erforderlich, dass diesem das mögliche Mangelrisiko deutlich und eindrücklich vor Augen geführt wird und er somit die ernsthafte Notwendigkeit einer Überprüfung seiner Vorgaben, der von ihm gelieferten Stoffe oder der Vorarbeiten anderer Unternehmer erkennen kann. Nach der grundlegenden Formulierung des BGH muss die Belehrung durch den Auftragnehmer hierzu so eindeutig sein, dass dem Auftraggeber die Tragweite einer Nichtbefolgung klar wird.²⁷

Die Darstellung des Mangelrisikos allein reicht für einen tauglichen Bedenkenhinweis aber nicht aus. Für eine verantwortungsvolle Entscheidung über das weitere Vorgehen muss der Auftraggeber zudem auch in die Lage versetzt werden, die angezeigten Bedenken zu bewerten und auf ihre Berechtigung hin überprüfen zu können.²⁸ Hierzu sind auch die Umstände, die dem Auftragnehmer Anlass zu den mitgeteilten Bedenken geben, im Einzelnen darzulegen und zu erläutern.

Die Ausgestaltung der Hinweiserklärung hängt dabei naturgemäß vom jeweiligen Einzelfall ab. Hieran sind angesichts der Bedeutung der Erklärung für beide Seiten grundsätzlich aber hohe inhaltliche Anforderungen zu stellen, denen die in der Praxis erteilten Hinweise häufig nicht gerecht werden. So reicht der bloß allgemeine Hinweis auf eine von den anerkannten Regeln der Technik abweichende oder nicht der üblichen Baupraxis

entsprechende Ausführung nicht aus. Vielmehr müssen sowohl der Anlass für die Bedenken wie auch die befürchteten Mangelfolgen konkret und hinreichend deutlich aufgezeigt werden. Dem genügt der Auftragnehmer z.B. ersichtlich nicht, wenn er ohne weitere Erläuterung „gewisse Bedenken technischer Art“ äußert,²⁹ die unzureichend geplante Isolierung als „nicht in Ordnung“ bezeichnet³⁰ oder nur allgemein angibt, dass bei Umsetzung der auftraggeberseitigen Anordnung ggf. „die Statik nicht mehr stimmen könnte“ und „doch sicherheitshalber noch ein Statiker beauftragt werden sollte“,³¹ als damit die möglichen Schadensfolgen nicht bzw. nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen.³² Zudem kann sich der Bedenkenhinweis für die begehrte Enthftung auch nicht nur auf Teilaspekte beschränken, sondern hat dem Auftraggeber vielmehr ein vollständiges und umfassendes Bild zu vermitteln.³³

Da die Prüfungs- und Hinweispflicht ihre Grundlage gerade in dem Fachwissen des Auftragnehmers hat, hat der entsprechende Hinweis auch in fachkundiger Art und Weise zu erfolgen; nur so wohnt ihm zugleich auch die notwendige Ernsthaftigkeit inne. Zugleich muss der Bedenkenhinweis aber auch so formuliert sein, dass er für den Auftragnehmer verständlich und nachvollziehbar ist – da andernfalls die angestrebte Warnung des Auftraggebers ebenfalls nicht erreicht wird.

II. Folgen fehlender und unzureichender Bedenkenhinweise

Genügt der vom Auftragnehmer gegebene Hinweis den formalen und inhaltlichen Anforderungen, hat er für den gleichwohl entsprechend den missachteten Bedenken eintretenden Mangel seiner Werkleistung nicht einzustehen.

1. Ausnahmsweise keine Haftung trotz fehlendem Hinweis

Verstößt der Auftragnehmer aber gegen seine Prüf- und Hinweispflichten und erteilt überhaupt keinen Hinweis, kommt eine derartige Enthftung zunächst nicht in Betracht. Es bleibt dann bei der vollen Mängelhaftung nach [§ 13 VOB/B](#). Nichts anderes gilt für den BGB-Vertrag. Dabei wird die Haftung aber nicht durch die Verletzung der Prüf- und Hinweispflicht begründet; diese führt vielmehr nur dazu, dass sich der Unternehmer gegenüber der seinem Werk unmittelbar selbst anhaftenden Mängel nicht damit enthaften kann, dass die eigentliche Ursache für den Mangel seines Werkes aus dem Vorgewerk eines Dritten, der Planung des Auftraggebers oder den von diesem gestellten Baustoffen herrührt.³⁴

Eine dahingehende Haftung kommt überhaupt aber nur dann in Betracht, wenn die Unzulänglichkeiten der auftraggeberseitigen Vorgaben, Materialien oder in seinem Auftrag durchgeführten Vorarbeiten für den Auftragnehmer bei der von ihm zu erwartenden Sachkunde im Rahmen einer zumutbaren Prüfung erkennbar waren.³⁵ Ist dies der Fall und hat der Auftragnehmer dennoch keinen Bedenkenhinweis erteilt, haftet er aber auch dann nicht für den Mangel, wenn der Auftraggeber dem ohnehin keine Bedeutung zugemessen hätte und auch bei einem entsprechenden Hinweis nicht von seinen Vorgaben abgewichen wäre.³⁶ In diesem Fall ist der Verstoß gegen die Prüfungs- und Hinweispflicht ohne Folgen geblieben und wäre der Mangel auch bei rechtmäßigem

Alternativverhaltens des Auftragnehmers entstanden. Er kann ihm damit letztlich auf Wertungsebene nicht zugerechnet werden. Dahingehender Nachweis obliegt allerdings dem Auftragnehmer und wird in der Regel nur schwer zu führen sein.³⁷

Der fehlende Bedenkenhinweis des Auftragnehmers z.B. in Bezug auf die vom Auftraggeber gestellte Planung schließt es allerdings nicht aus, dem Auftraggeber einen entsprechenden Mitverschuldensanteil nach [§ 254 BGB](#) anzulasten.³⁸ Das wird bei Fehlern der vom Auftraggeber gestellten Planung vielmehr sogar regelmäßig der Fall sein, wobei sich der Auftraggeber insoweit auch die Fehler seines Architekten nach [§ 278 BGB](#) zurechnen lassen muss. Der Einwand des Mitverschuldens ist dem Auftragnehmer aber verwehrt, wenn er die Fehler der Planung erkannt und den Mangel damit sehenden Auges ohne vorausgehenden Hinweis an den Auftraggeber herbeigeführt hat.³⁹ In diesem Fall überwiegt sein Fehlverhalten und stellt die allein maßgebliche Ursache für den Mangel dar.

2. Unzureichender Hinweis

In der Praxis stellt sich häufig weiter die Frage nach der Haftung des Auftragnehmers, der zwar einen Bedenkenhinweis erteilt, diesen aber formal oder inhaltlich unzureichend ausgestaltet hat.

Wie bereits oben dargelegt, geht die ältere Rechtsprechung bei Verstößen gegen die in [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) vorgesehene Schriftform davon aus, dass der Befreiungstatbestand nicht erfüllt ist, ggf. aber ein Mitverschulden des Auftraggebers „im Einzelfall“ bis hin zur vollen Quote vorliegt. Dabei erscheint die Annahme der grundsätzlichen Forthaftung des Auftragnehmers ungeachtet der diskutierten Frage nach der Schriftform als Wirksamkeitsvoraussetzung auch nach dem vorbeschriebenen Gedanken des rechtmäßigen Alternativverhaltens zweifelhaft; denn es dürfte regelmäßig nicht davon auszugehen sein, dass sich ein mündlich vollumfassend informierter Auftraggeber bei einem schriftlich erteilten Hinweis anders verhalten hätte.⁴⁰

Die Frage nach der Mangelhaftung des Auftragnehmers bei einem (auch) inhaltlich unzureichenden Bedenkenhinweis wird demgegenüber in der Rechtsprechung – soweit ersichtlich – erstaunlicherweise kaum diskutiert; wenn überhaupt waren die ergangenen Hinweise in den zu beurteilenden Fällen schon aus anderen Gründen nicht zu berücksichtigen, da sie z.B. vom falschen Erklärenden oder nicht gegenüber dem Auftraggeber abgegeben wurden. Dabei dürfte im Ergebnis allerdings kein Zweifel daran bestehen, dass der vom Auftragnehmer erteilte Hinweis unbeachtlich ist, wenn er das bestehende Mängelrisiko inhaltlich nicht in der erforderlichen Deutlichkeit beschreibt. Der mit der Bedenkenhinweispflicht verfolgte Sinn und Zweck der Warnung des Auftraggebers ist dann nicht erfüllt. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Mängelrisiken nicht ausreichend konkret, unverständlich oder ohne die entsprechende Fachkunde und Ernsthaftigkeit vorgebracht werden. In diesen Fällen kommt dann grundsätzlich auch keine Haftungsbefreiung in Betracht, da der maßgebliche Enthaltungstatbestand nicht gegeben ist. Vielmehr bleibt allein der Unternehmer für den Mangel verantwortlich. Allerdings wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob der vom Auftragnehmer nur unzureichend vorgebrachte Hinweis für den Auftraggeber nicht hätte Anlass sein müssen, den jeweiligen Punkt von sich aus aufzugreifen und z.B. zumindest durch

nochmalige Rückfragen weiter aufzuklären – als ihn dann entsprechend der Lösung der Rechtsprechung zur fehlenden Schriftform ein Mitverschulden nach [§ 254 BGB](#) treffen würde. Hierbei ist allerdings grundsätzlich Zurückhaltung geboten, weil die Enthftung über [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) für sich genommen bereits eine eng auszulegende Ausnahme von der grundsätzlich bestehenden Mangelhaftung des Auftragnehmers darstellt, an die hohe Anforderungen zu stellen sind.⁴¹ Ein dahingehendes Mitverschulden des Auftraggebers wird von daher nur sehr selten anzunehmen sein – zumal auch der Auftragnehmer kraft seiner besonderen Fachkunde für den vereinbarten Erfolg einzustehen hat, während den Auftraggeber zunächst keine dahingehenden Pflichten treffen.

III. Der sachkundige Bauherr

Hieran ändert sich zunächst auch nichts, wenn der Bauherr seinerseits über eine entsprechende Sachkunde verfügt oder durch Dritte wie z.B. den Architekten fachkundig beraten ist. So lässt die beim Auftraggeber ggf. vorhandene Sachkunde insbesondere auch nicht die Prüf- und Hinweispflicht des Auftragnehmers entfallen.⁴² Dies hat der BGH bereits Ende der siebziger Jahre entschieden⁴³ und z.B. auch im Jahre 2001 nochmals explizit bestätigt⁴⁴. Für eine anderslautende Annahme besteht schon in Anbetracht der Tatsache keine Veranlassung, dass selbst bei fehlerhafter Planung des Auftraggebers, von ihm gelieferter ungeeigneter Materialien oder einem untauglichen Vorgewerk zunächst einmal das Werk des Auftragnehmers selbst mangelhaft ist. Daran ändert auch eine etwaige Sachkunde des Auftraggebers nichts. Zudem soll der Auftraggeber durch den Hinweis des Auftragnehmers in Ausnutzung dessen Fachwissens vor Schäden bewahrt werden, deren Eintritt er – möglicherweise auch trotz einschlägigen Wissens – selbst gerade nicht erkannt hat.

1. Keine Einschränkung der Hinweispflicht

Dementsprechend hat der Auftragnehmer bestehende Bedenken grundsätzlich immer auch dem sach- und fachkundigen Besteller gegenüber anzuzeigen.

Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn der Auftraggeber angesichts des bei ihm vorhandenen Fachwissens ganz offensichtlich bewusst und für den Auftragnehmer unmissverständlich erkennbar entsprechende Risiken z.B. aus einem nicht erprobten Baustoff oder einer innovativen, neuartigen Bauweise eingehen wollte. Hier wird aber zumeist ohnehin schon kein Mangel mehr vorliegen, als vertraglich dann keine uneingeschränkte Funktionstauglichkeit sondern der jeweilige Baustoff oder die Bauweise als vorrangig maßgebliche Beschaffenheit vereinbart sein werden. Von einer derartigen Konstellation wird allerdings wiederum nur in seltenen Ausnahmefällen auszugehen sein. Solange hierzu nicht eine ausdrückliche und nachweisbare Abrede besteht, ist der Auftragnehmer gut beraten, vorsorglich gleichwohl immer einen entsprechenden Hinweis zu erteilen. Andernfalls läuft er sogar Gefahr, z.B. bei bewusster Umsetzung der bedenkenbehafteten Planung sogar noch den Mitverschuldenseinwand nach [§ 254 BGB](#) zu verlieren.

Einschränkungen bei der Pflicht zur Anzeige von Bedenken können sich bei einem sachkundigen Bauherrn allenfalls im Hinblick auf die Darstellungstiefe ergeben, soweit für den Auftraggeber angesichts vorhandener Kenntnisse unterstellt werden darf, dass er z.B. Hinweise auf eine unzureichende Abdichtung auch dann versteht und richtig einordnet, wenn diese nicht bis ins letzte Detail erläutert werden. Aber auch hierbei kann es sich um keine Empfehlung an den Auftragnehmer, sondern allenfalls um einen Versuch handeln, eine an für sich unzureichende Bedenkenanmeldung nachträglich zu heilen.

2. Ggf. eingeschränkte Prüfpflicht

Etwas anders stellt sich die Situation aber hinsichtlich der Prüfpflicht des Auftragnehmers dar. Diese ist bekanntlich auch in der VOB/B nicht explizit geregelt, wird aber auch hier wie im BGB-Vertrag als notwendige Voraussetzung für die Bedenkenanzeige wie selbstverständlich vorausgesetzt.⁴⁵ Dabei stehen die Reichweite der Prüfpflicht und der hierfür zu betreibende Aufwand von vornherein stärker unter dem Einfluss von Zumutbarkeitsüberlegungen.⁴⁶ Insoweit gilt es auch das berechnete Vertrauen in die Sachkunde eines entsprechend bewanderten Auftraggebers zu berücksichtigen, solange dieser tatsächlich über ein gesteigertes Spezialwissen und nicht nur über allgemeines Fachwissen verfügt. In diesem Fall besteht für den Auftragnehmer keine Veranlassung und ist es ihm auch nicht zuzumuten, z.B. die gesamte Fachplanung der hinzugezogenen Sonderfachleute⁴⁷ oder die von einem Hersteller von Betonfertigteilen als Auftraggeber selbst gelieferten Betonfertigteile⁴⁸ seinerseits nochmals vollumfänglich zu kontrollieren. Vielmehr darf er sich dann auf das überlegene Wissen des Auftraggebers oder seiner Berater verlassen, solange keine Anhaltspunkte für eine dortige Fehleinschätzung vorliegen.⁴⁹ Die Reichweite der Prüfungspflicht und deren Einschränkungen lassen sich von daher nicht allgemeinverbindlich festlegen, sondern sind vielmehr im jeweiligen Einzelfall zu bewerten.⁵⁰ Dabei wird es im Ergebnis darauf ankommen, inwieweit der gleichwohl eingetretene Mangel trotz des Fachwissens des Auftraggebers weiterhin noch dem Auftragnehmer zugerechnet werden kann oder ob das überlegene Fachwissen des Auftraggebers nicht dazu führt, keinen Mangel des Auftragnehmers mehr annehmen zu können. Eine Überprüfung auf offenkundige Defizite kann dem Auftragnehmer aber regelmäßig immer abverlangt werden.⁵¹

C. Der Adressat von Bedenkenanzeigen

Ein in der Praxis zu beachtendes Problem ist weiter, dass der Bedenkenhinweis auch an den richtigen Empfänger adressiert werden muss. Dies ist nach [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) zunächst der Auftraggeber selbst. Lässt sich dieser – wie regelmäßig – vor Ort durch einen Bauleiter vertreten, kann der Bedenkenhinweis auch diesem gegenüber wirksam erteilt werden. Dabei wird der Bauleiter regelmäßig auch ohne ausdrückliche Bevollmächtigung als Empfangsvertreter nach [§ 164 Abs. 3 BGB](#) anzusehen sein.⁵²

Etwas anderes soll aber dann gelten, wenn sich die Bedenken gerade auf einen Fehler des bauleitenden Architekten beziehen, der z.B. auch die zu Grunde liegende Planung erstellt hat. Der Auftragnehmer kann sich dann nicht darauf verlassen, dass dieser die Bedenken tatsächlich auch an den Auftraggeber weiterleitet und sich

dadurch selbst bei seinem Auftraggeber in Misskredit bringt; von daher soll die Bedenkenanzeige an den örtlichen Bauleiter in diesem Fall ausnahmsweise nicht genügen.⁵³

Nach Auffassung des BGH soll der Hinweis an den örtlichen Bauleiter auch dann nicht ausreichen, wenn die Bedenken sich nicht auf dessen Leistung beziehen, dieser sich dem berechtigten Hinweis aber gleichwohl verschließt und hierauf nicht in gebotener Weise reagiert.⁵⁴

Dies ist dogmatisch eigentlich nicht zu rechtfertigen; denn mit Zugang beim Empfangsvertreter gilt der Hinweis nach [§ 164 Abs. 3](#) , [Abs. 1 BGB](#) auch als unmittelbar dem Auftraggeber zugegangen. Für die Vollmacht des örtlichen Bauleiters kann es auch keine Rolle spielen, wie sich dieser nach Eingang des Bedenkenhinweises verhält; das Weiterleitungsrisiko trifft den Erklärenden allenfalls beim Einsatz eines Boten, nicht aber beim Vertreter! Für diesen ist allein maßgeblich, ob er bei Zugang der Erklärung entsprechend bevollmächtigt war oder nicht – was auch vom BGH grundsätzlich bejaht wird. Die Vollmacht kann dann aber nicht rückwirkend entfallen, wenn der Bauleiter sich anschließend nicht entsprechend den Vorstellungen des Auftragnehmers verhält und den Bedenken keine Bedeutung zumisst – zumal häufig auch unklar ist, ob die Bedenken tatsächlich greifen.

Ungeachtet dessen ist dem Auftragnehmer in Anbetracht der bestehenden Rechtsprechung zu empfehlen, den Bedenkenhinweis immer (auch) an den Auftraggeber selbst zu adressieren oder diesen zumindest immer dann unmittelbar anzuschreiben, wenn dessen Bauleitung den angezeigten Bedenken keine Rechnung trägt.

D. Reaktion des Auftraggebers und weiteres Verhalten des Auftragnehmers

Hat der Auftragnehmer einen formal und inhaltlich tauglichen Bedenkenhinweis erteilt, stellt sich für die Bauvertragsparteien häufig die Frage nach dem weiteren Vorgehen. Dies gilt sowohl mit Blick auf die Reaktion des Auftraggebers als auch das weitere Verhalten des Auftragnehmers bis hin zu der auch in der Rechtsprechung noch weitestgehend ungeklärten Situation, wenn der Auftraggeber auf den berechtigten Hinweis des Auftragnehmers überhaupt nicht reagiert. Dem soll im Folgenden nachgegangen werden, wobei es durchaus lohnenswert erscheint, hierzu die einzelnen Phasen des Bedenkenhinweises chronologisch durchzuspielen.

I. Situation 1: Der Auftragnehmer stellt Bedenken fest und erteilt einen Hinweis

Dies gilt bereits für die Grundkonstellation, dass dem Auftragnehmer Bedenken gegen die weitere Bauausführung kommen und er seinen Auftraggeber hierüber pflichtgemäß informiert. Es ist dann zunächst einmal zu klären, welche Auswirkungen sich hieraus für die Leistungspflicht des Auftragnehmers ergeben.

1. Abgrenzung zur Unmöglichkeit

Wenn mit den vom Auftraggeber gestellten Materialien oder auf Grundlage des angetroffenen Vorgewerks kein dem vertraglichen Zweck entsprechendes, funktionstaugliches und damit erfüllungstaugliches Werk hergestellt werden kann, könnte die Leistungspflicht des Auftragnehmers nach [§ 275 Abs. 1 BGB](#) wegen Unmöglichkeit entfallen sein.⁵⁵ Allerdings ging die Rechtsprechung in derartigen Fällen jedenfalls zu Zeiten von [§§ 306 , 307 BGB](#) a.F. nicht von Unmöglichkeit, sondern von einem Vorrang der vertraglichen Mangel- und Gewährleistungsrechte als den insoweit spezielleren Regelungen aus, mit denen die Interessen des Auftraggebers ausreichend und angemessen geschützt werden.⁵⁶ Hieran dürfte sich auch nichts geändert haben, nur weil [§ 311 BGB](#) nunmehr eine abweichende Rechtsfolge beinhaltet und statt der Nichtigkeit des Vertrages bei anfänglicher Unmöglichkeit jetzt einen auf Erfüllung gerichteten Schadensersatzanspruch des Gläubigers vorsieht; die Beurteilung einer Leistung als unmöglich ist vielmehr eine Tatsachenfrage und von der damit einhergehenden Rechtsfolge zunächst unabhängig. So geht auch die Kommentarliteratur nach wie vor davon aus, dass ein künftiger Mangel nicht zur Unmöglichkeit der Leistung, sondern zur Anwendung des Mangelrechts führt – jedenfalls solange das Werk in seinen wesentlichen Grundzügen noch den vereinbarten Anforderungen entspricht.⁵⁷

So erscheint es in den vorgenannten Konstellationen ohnehin fraglich, von endgültiger Unmöglichkeit auszugehen. Der Auftraggeber kann etwa neue, taugliche Materialien liefern oder den Mangel im Vorgewerk beseitigen lassen. Es entspricht auch gerade dem Sinn und Zweck der Bedenkenhinweispflicht, dem Auftraggeber eine dahingehende Überprüfung und Korrektur seiner Vorgaben zu ermöglichen und z.B. festgestellte Planungsfehler zu beseitigen – um dadurch trotz anfänglicher Defizite doch noch zu einem funktionierenden und mangelfreien Bauvorhaben zu gelangen. Wenn die Leistungspflicht des Auftragnehmers in derartigen Fällen aber schon nach [§ 275 Abs. 1 BGB](#) auch nur teilweise erloschen wäre, bestünde für die Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers keine Veranlassung mehr – da dessen Leistungs- und Erfüllungspflicht dann ohnehin schon entfallen wäre.

2. Wartepflicht des Auftragnehmers

Wenn aber keine Unmöglichkeit gegeben ist, stellt sich die Frage, ob der Auftragnehmer nach dem von ihm erteilten Hinweis seine Arbeiten einfach ohne weiteres fortsetzen kann. Der Wortlaut des [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) scheint dies nahe zu legen, zumal der Auftragnehmer mit dem erteilten Hinweis auch die Voraussetzungen für seine Haftungsbefreiung geschaffen hätte; [§ 13 Abs. 3 VOB/B](#) sieht hierfür zunächst ebenfalls keine weiteren Anforderungen vor.

Dennoch wäre dies mit Sinn und Zweck der Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers nicht zu vereinbaren; so ist der Auftragnehmer doch gerade zur Prüfung und Mitteilung etwaiger Bedenken verpflichtet, um den Auftraggeber kraft seiner besonderen Fachkunde vor Schaden zu bewahren. Es müsste dann höchst widersinnig anmuten, wenn der Auftragnehmer einerseits zwar Hinweise zur Schadensvermeidung erteilen müsste,

diesen Schaden andererseits dann aber im nächsten Schritt durch unmittelbare Fortsetzung seiner Arbeiten herbeiführen oder perpetuieren dürfte. Von daher ist es nach dem Sinn und Zweck der Bedenkenhinweispflicht vielmehr zwingend, dem Auftraggeber eine angemessene Zeitspanne einzuräumen, innerhalb derer er die mitgeteilten Bedenken prüfen und bewerten sowie über die weitere Vorgehensweise entscheiden kann. Bis dahin ist der Auftragnehmer verpflichtet, von einer Verfestigung des Schadens abzusehen und hat dahingehende Arbeiten ggf. einzustellen.⁵⁸

Die Zeitdauer der Wartepflicht hängt dabei immer von den Umständen des Einzelfalls ab; für deren Bemessung ist neben dem Aufwand zur Überprüfung der Bedenken auch immer die Reichweite des drohenden Schadens maßgeblich, als dieser mitunter eine etwas längere Bedenkzeit erforderlich macht. Hieraus ergibt sich auch kein unbilliger Nachteil des Auftragnehmers, der während dieser Zeitspanne eine angemessene Entschädigung gem. [§ 642 BGB](#) oder ggf. auch Schadensersatz nach [§ 6 Abs. 6 VOB/B](#) verlangen kann.

II. Situation 2: Der Auftraggeber hilft den Bedenken ab

Nichts anderes gilt, wenn der Auftraggeber nach Prüfung der vom Auftragnehmer mitgeteilten Bedenken ankündigt, diesen abhelfen und z.B. den Mangel im Vorgewerk beseitigen oder neue Baustoffe liefern lassen zu wollen. In diesem Fall bleibt die vertraglich vereinbarte Funktionstauglichkeit weiterhin geschuldet und der Auftragnehmer kann seine dahingehenden Leistungen nach dem Willen des Auftraggebers erst dann erbringen, wenn die hierfür erforderlichen Voraussetzungen geschaffen und die Defizite im Vorgewerk oder den auftraggeberseits gestellten Materialien beseitigt sind. Bis dahin ist der Auftragnehmer in seiner Leistung behindert und kann neben einer Verlängerung der vereinbarten Ausführungsfristen regelmäßig wiederum eine angemessene Entschädigung nach [§ 642 BGB](#) oder Schadensersatz nach [§ 6 Abs. 6 VOB/B](#) verlangen. Zieht sich die Wartezeit unzumutbar lange hin, kann der Auftragnehmer den Vertrag überdies nach [§ 9 Abs. 1 VOB/B](#) oder [§ 643 BGB](#) kündigen. Beziehen sich die vom Auftragnehmer angezeigten Bedenken auf die vom Auftraggeber gestellte Planung und ordnet dieser zu deren Abhilfe zusätzliche oder geänderte Maßnahmen an, bleibt es ebenfalls bei der vereinbarten Funktionstauglichkeit und der Auftragnehmer hat die geänderten Vorgaben zunächst wiederum auf ihre Tauglichkeit hin zu überprüfen. Wenn sich insoweit keine Bedenken ergeben, hat der Auftragnehmer die entsprechenden Anordnungen zur Herbeiführung eines funktionstauglichen Werkes umzusetzen, kann hierfür aber ggf. eine zusätzliche Vergütung verlangen; dies gilt nicht nur für den VOB/B-, sondern letztlich auch für den BGB-Vertrag. Denn auch wenn hier grundsätzlich keine einseitigen Anordnungsrechte bestehen, hat der Unternehmer dahingehende Anordnungen nach Treu und Glauben gleichwohl umzusetzen. So dienen diese nur der Herbeiführung des vertraglich vereinbarten Erfolges einer funktionstauglichen Leistung und waren damit ohnehin schon im Vertrag angelegt; dementsprechend geht auch die Rechtsprechung davon aus, dass der Unternehmer bei einem unvollständigen Leistungsverzeichnis dennoch ein funktionstaugliches Werk schuldet und die hierfür notwendigen zusätzlichen Aufwendungen als Sowieso-Kosten vergütet erhält.⁵⁹ Damit handelt es sich streng genommen nicht um zusätzliche sondern vielmehr um quasi „verhaltene Leistungen“, die nur einen zusätzlichen Vergütungsanspruch auslösen.

III. Situation 3: Der Auftragnehmer teilt die Bedenken und stellt den Auftragnehmer frei

Eine weitere mögliche Reaktion des Auftraggebers auf den Bedenkenhinweis des Auftragnehmers besteht darin, dass er die Bedenken zwar teilt, diesen aber (aktuell) nicht abhelfen möchte – weil z.B. die termingerechte Fertigstellung für ihn größere Bedeutung hat oder er die Funktionseinbuße für nicht maßgeblich erachtet. In diesem Fall weist er also den Auftragnehmer an, trotz der bestehenden Bedenken die Arbeiten mit den gestellten Materialien, auf Grundlage des mangelhaften Vorgewerks oder ohne Änderung der Planung ohne zusätzliche Maßnahmen fortzusetzen.

Diese Konstellation wirft zunächst keine allzu großen Probleme auf; denn mit seiner dahingehenden Anweisung bei gleichzeitiger Bestätigung der vom Auftragnehmer angezeigten Bedenken bringt der Auftraggeber zum Ausdruck, dass er abweichend von den vertraglichen Festlegungen keine unbedingte Funktionstauglichkeit der Werkleistung mehr erwartet. Es kommt damit letztlich zu einer rechtsgeschäftlichen Änderung des Vertrages dergestalt, dass das Risiko fehlender Funktionstauglichkeit bei ansonsten fachgerechter Leistungserbringung auf den Auftraggeber übergeht und der Auftragnehmer lediglich noch eine im Übrigen fachkundige Abarbeitung der ihm gemachten Vorgaben schuldet. Seine Leistung ist auch dann vertragsgerecht und erfüllungstauglich, wenn sie infolge der unzureichenden Planung, fehlerhaften Materialien oder dem untauglichen Vorgewerk nicht zu dem ursprünglich vorgesehenen (Funktions-)Erfolg führen wird.

Dabei ist auch außerhalb der Fälle des [§ 1 Abs. 3 VOB/B](#) kein Grund ersichtlich, warum sich der Auftragnehmer dem sollte verweigern dürfen. So hat der Auftragnehmer weder nach dem Gesetz noch nach der VOB/B einen Anspruch darauf, ein mangelfreies und funktionstaugliches Bauwerk zu errichten. Im Gegenteil kann er nach [§ 649 BGB](#) oder [§ 8 Abs. 1 VOB/B](#) jederzeit frei gekündigt werden. Der Auftraggeber kann dann auch von sich aus die vertraglich geschuldete Funktionserwartung einseitig reduzieren – und damit auf die Ausführung und den Abruf zusätzlicher bzw. „verhaltener“ Leistungspflichten verzichten.⁶⁰

Ausnahmen bestehen insoweit lediglich, als die Bedenken des Auftragnehmers eine Gefahr für Leib und Leben Dritter oder den Verstoß gegen behördliche oder gesetzgeberische Bestimmungen befürchten lassen. In diesen Fällen kann es dem Auftragnehmer nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden, die Leistungen dennoch auszuführen und für dann entsprechend vorsätzlich herbeigeführte Verfehlungen eintreten zu müssen; ihm steht dann vielmehr ein Leistungsverweigerungsrecht entsprechend dem Gedanken von [§ 4 Abs. 1 Nr. 4 VOB/B](#) nach [§ 242 BGB](#) zu.

IV. Situation 4: Der Auftraggeber weist berechtigte Bedenken als unbegründet zurück

In der Praxis deutlich häufiger ist allerdings die Konstellation anzutreffen, dass der Auftraggeber die vom Auftragnehmer mitgeteilten Bedenken als unbegründet ablehnt – weil er das Vorgewerk oder die von ihm gelieferten Baustoffe entgegen der Einschätzung des Auftragnehmers für ausreichend tauglich erachtet oder seiner Planung vertraut. Auch hier wird der Auftraggeber den Auftragnehmer dann auffordern, die Arbeiten unverändert fortzusetzen – nunmehr allerdings ohne seine Funktionserwartung an das fertiggestellte Werk aufzugeben zu haben. In diesen Fällen wird vielmehr regelmäßig zum Ausdruck gebracht, dass die vertraglich vereinbarte Funktionalität nach Auffassung des Auftraggebers sehr wohl auch auf Grundlage des Vorgewerks, der bestehenden Planung oder mit den auftraggeberseitig gestellten Materialien herbeigeführt werden kann.

1. Keine Vertragsänderung

Auch hier wird mitunter von einer rechtsgeschäftlichen Änderung der vertraglich vereinbarten Beschaffenheiten ausgegangen.⁶¹

- Dies erscheint allerdings zweifelhaft, da der Auftraggeber bei seiner Anweisung zur unveränderten Fortsetzung der Arbeiten ja anders als in der vorbeschriebenen Situation 3 gerade keinen rechtsgeschäftlichen Willen zur Aufgabe der Funktionserwartung erkennen lässt. Dass der Auftragnehmer für deren Nicht-Erfüllung nach [§ 13 Abs. 3 VOB/B](#) nicht mehr einzustehen hat, ist vielmehr bloßer Reflex zumal bereits des erteilten Hinweises – geht aber gerade nicht auf die vom Auftraggeber erteilte Anordnung zurück, die vielmehr weiterhin auf eine funktionstaugliche Leistung abstellt.⁶²
- Insoweit könnte allenfalls überlegt werden, ob der entgegenstehende Wille des Auftraggebers nicht unbeachtlich geworden ist. Dies wird mitunter auch bei den sogenannten Realofferten angenommen, wenn z.B. der Benutzer eines erkennbar vergütungspflichtigen Parkplatzes bei Durchfahrt der Schranke zum Ausdruck bringt, das Entgelt gleichwohl nicht entrichten zu wollen; hier wird trotz des erkennbar entgegenstehenden Willens regelmäßig das Zustandekommen eines vergütungspflichtigen Nutzungsvertrages bejaht. Entscheidendes Argument hierfür ist aber vor allem, dass sich der Erklärende bewusst über den Erklärungsgehalt hinwegsetzt, den der Rechtsverkehr seinem Handeln üblicherweise zuerkennt.⁶³ Im Fall der Ablehnung des vom Auftragnehmer erteilten Bedenkenhinweises kann demgegenüber aber nicht generell ein derart bewusst widersprüchliches Verhalten unterstellt werden; vielmehr wird der Auftraggeber häufig tatsächlich davon ausgehen, dass auf Grundlage seiner Vorgaben nach wie vor ein funktionstaugliches Werk errichtet werden kann.
- Gegen die Annahme einer rechtsgeschäftlichen Änderung in diesem Fall spricht ferner auch die Ausgestaltung von [§ 13 Abs. 3 VOB/B](#). Hiernach leidet die Werkleistung des Auftragnehmers auch dann unter einem Mangel, wenn dieser nach [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) auf seine diesbezüglichen Bedenken hingewiesen hatte – für den der Auftragnehmer dann nur nicht mehr einzustehen hat. Wenn aber eine rechtsgeschäftliche Änderung des Vertrages mit Aufgabe der Funktionserwartung stattgefunden hätte, wäre letztlich schon kein Mangel mehr gegeben; vielmehr würde auch die nicht funktionstaugliche Leistung

dem (geänderten) Vertrag entsprechen, so dass es dann auch keiner Haftungsfreistellung mehr bedürfte und [§ 13 Abs. 3 VOB/B](#) für den Großteil seiner bisherigen Anwendungsfälle gar nicht heranzuziehen wäre.

2. Umsetzung durch den Auftragnehmer

Tatsächlich soll [§ 13 Abs. 3 VOB/B](#) den Auftragnehmer aber gerade in diesen Fällen von der Mängelverantwortung entbinden, wenn er einen entsprechenden Hinweis erteilt hat und der Auftraggeber dennoch weiterhin an seinen Vorgaben festhält – die der Auftragnehmer nach herrschender Meinung auch grundsätzlich umzusetzen hat.⁶⁴ Beidem dahingehenden Verlangen handelt es sich mangels Änderungswillens des Auftraggebers dann auch nicht um eine Anordnung nach [§ 1 Abs. 3 VOB/B](#); es wird vielmehr die Erfüllung der vermeintlich so vereinbarten Leistung nach [§ 631 BGB](#) verlangt. Dem hat der Auftragnehmer auch zu entsprechen – zumal er nach [§ 4 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/B](#) auch durchaus ihm sinnlos erscheinende Anordnungen zu befolgen hat.

Soweit ersichtlich wird auch nirgendwo die Auffassung vertreten, dass die Leistungspflicht des Auftragnehmers nach [§ 275 Abs. 1 BGB](#) entfällt, wenn der Auftraggeber die mitgeteilten Bedenken zurückweist und an der Ausführung auf dem angetroffenen Vorgewerk oder entsprechend der bisherigen Planung festhält. Dabei kann der nach wie vor geschuldete Funktionserfolg bei der vom Auftraggeber verbindlich vorgegebenen Art und Weise der Ausführung oder auf Grundlage der bisherigen Vorarbeiten nicht herbeigeführt werden; dies führt aber auch weiterhin nicht zur Anwendung des Unmöglichkeit- als vielmehr des Mangelrechts.⁶⁵ So kann der Auftraggeber seine Entscheidung auch jederzeit wieder ändern und den Bedenken dann später doch noch Rechnung tragen, um ein funktionstaugliches Werk zu erhalten – wobei er dann den hierfür anfallenden Mehraufwand entsprechend zu vergüten hat.

Eine Ausnahme ergibt sich entsprechend dem Gedanken von [§ 4 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/B](#) auch im BGB-Vertrag aber auch hier wieder, wenn die unveränderte Fortsetzung der Arbeiten zu Gefahren für die Rechtsgüter Dritter oder zu Verstößen gegen gesetzliche oder behördliche Bestimmungen führen würde. In diesen Fällen darf der Unternehmer seine Leistungen nach [§ 242 BGB](#) einstellen⁶⁶ und kann den Vertrag ggf. kündigen;⁶⁷ mitunter kann er sogar zur Leistungseinstellung verpflichtet sein.⁶⁸ Ein Leistungsverweigerungsrecht wird dem Auftragnehmer trotz der nach [§ 13 Abs. 3 VOB/B](#) eingetretenen Haftungsbefreiung in der Literatur z.T. auch dann eingeräumt, wenn bei Fortsetzung der Arbeiten mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Schaden von erheblichem Ausmaß zu erwarten steht.⁶⁹ Dies kann angesichts der nach [§ 13 Abs. 3 VOB/B](#) bereits eingetretenen Haftungsbefreiung aber nur ausnahmsweise in Betracht kommen, wenn dem Auftragnehmer im Einzelfall eine dahingehende Auseinandersetzung gleichwohl nicht zuzumuten ist.⁷⁰

V. Situation 5: Der Auftraggeber reagiert nicht

Weitestgehend ungeklärt stellt sich die Situation dann allerdings dar, wenn der Auftraggeber auf den (berechtigten) Bedenkenhinweis des Auftragnehmers überhaupt nicht reagiert. Dies kommt in der Praxis gar nicht so selten vor, wenn z.B. seitens des Auftraggebers die Verantwortung für eine entsprechende Entscheidung gescheut wird. Für den Auftragnehmer stellt sich dann regelmäßig die Frage, wie er sich weiter verhalten soll.

1. Wiederum keine Vertragsänderung

Dabei kann mit Blick auf den Vertragsinhalt zunächst einmal konstatiert werden, dass sich dieser nicht geändert hat. Dem Schweigen des Auftraggebers kommt grundsätzlich kein rechtsgeschäftlicher Erklärungsgehalt zu; es ist auch nicht ersichtlich, weshalb für die unterbliebene Reaktion auf den Bedenkenhinweis des Auftragnehmers ausnahmsweise etwas anderes gelten sollte. Der Auftragnehmer schuldet demnach also weiterhin ein Werk, das den vertraglichen Funktionserwartungen entspricht.

2. Nach Ende der Wartepflicht kein Leistungshindernis für den Auftragnehmer

Wenn dieser Erfolg auf Grundlage der Leistungen des Vorunternehmers oder mit den vom Auftraggeber gestellten Stoffen nicht herbeigeführt werden kann, führt dies aber auch hier nicht zur Unmöglichkeit nach [§ 275 Abs. 1 BGB](#). Vielmehr kann der Auftragnehmer auch weiterhin seine Bauleistung erbringen; diese leidet später nur unter einem Mangel. Dieser spätere Mangel führt aber nicht dazu, dass der Auftragnehmer in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht gehindert wäre, seine Bauarbeiten fortzusetzen – solange hierdurch nicht wiederum eine Gefahr für Dritte begründet oder gegen rechtliche und behördliche Bestimmungen verstoßen wird. Denn außerhalb dieser Sonderfälle dient der Bedenkenhinweis des Auftragnehmers insbesondere dazu, dem Auftraggeber die Möglichkeit zu geben, den Mangel und möglichen Schaden in seinem eigenen Interesse zu vermeiden. Ob und wann der Auftraggeber hiervon tatsächlich Gebrauch macht, unterliegt aber allein seiner eigenen Disposition. So hat für ihn möglicherweise die frühere Fertigstellung höhere Priorität als die uneingeschränkte Funktionstauglichkeit, die dann erst später im Wege von Nachbesserungsmaßnahmen oder ggf. gar nicht mehr herbeigeführt werden soll.

Damit ist der Auftragnehmer aber im Umkehrschluss auch nicht gehalten, seine Leistungen bis zu einer Reaktion des Auftraggebers weiter zurückzuhalten. Mit dem erteilten Bedenkenhinweis ist der Auftraggeber ausreichend gewarnt; nach Ablauf einer angemessenen Reaktionszeit hat der Auftragnehmer seinen Mitwirkungspflichten zur Schadensvermeidung genüge getan. Er kann dann nach Ablauf der Wartezeit auch ohne Reaktion des Auftraggebers die Arbeiten wieder aufnehmen und diese unverändert auf Grundlage der vorhandenen Vorunternehmer-Leistung, der unzureichenden Planung oder mit den untauglichen Materialien des Auftraggebers (mangelhaft) zu Ende führen.

3. Aber: Ankündigung der Arbeitsfortsetzung erforderlich

Die Dauer einer angemessenen Wartezeit wird mitunter aber unterschiedlich bewertet werden. Von daher erscheint es auch angesichts der Bedeutung für das Gelingen des Bauvorhabens jedenfalls bei schwerwiegenden Mängeln allerdings angemessen, wenn der Auftragnehmer die Wiederaufnahme der Arbeiten dem Auftraggeber vorab nochmals ankündigt – und ihm damit nochmals vor Augen führt, dass sich der befürchtete Mangel nunmehr ggf. verfestigen wird, wenn der Auftraggeber keine abweichende Entscheidung trifft.⁷¹

Diese nochmalige Anzeige ist allerdings weder im Gesetz noch in der VOB/B vorgesehen; nach [§§ 4 Abs. 3](#) und [13 Abs. 3 VOB/B](#) genügt für die Enthaltung des Auftragnehmers vielmehr bereits die bloße Anzeige der Bedenken. Wie die Wartezeit selbst ist aber auch die Anzeige von deren Ende letztlich Ausfluss des hinter der Prüfungs- und Hinweispflicht stehenden Gedankens, dass der Auftragnehmer den Auftraggeber kraft seiner Sachkunde an und für sich vor Schaden bewahren und den prognostizierten Mangel damit gerade nicht verfestigen soll. Damit lässt es sich nicht vereinbaren, wenn der Auftragnehmer nach Anzeige seiner Bedenken und nach zeitweiser Zurückstellung seiner dahingehenden Arbeiten diese dann einfach wieder aufnimmt und (mangelbehaftet) fortsetzt, ohne den Auftraggeber im Vorfeld über diesen Umstand informiert zu haben.

So sieht auch [§ 6 Abs. 3 VOB/B](#) grundsätzlich vor, dass der Auftragnehmer nach Wegfall einer Behinderung den Auftraggeber hiervon zu benachrichtigen hat. Dabei dürften keine Bedenken bestehen, die Wartepflicht als auftraggeberseitig verursachte Behinderung des Auftragnehmers zu werten. Ebenso kann überlegt werden, zur Begründung einer Pflicht zur nochmaligen Anzeige auf den [§ 254 Abs. 2 BGB](#) zurückzugreifen. Denn mit dem Bedenkenhinweis wird der Auftraggeber zunächst nur darauf aufmerksam gemacht, dass die unveränderte Ausführung auf Grundlage der bisherigen Planung oder mit den gestellten Baustoffen einen Mangel zur Folge haben könnte; dieser wird aber erst mit Fortsetzung der Arbeiten realisiert und (weiter) perpetuiert – worüber der Auftraggeber dann ebenfalls gesondert zu informieren ist, wenn der Auftraggeber einer Mithaftung entgehen möchte.

4. Schadenseintritt als typische Folge der Obliegenheitsverletzung des Auftraggebers

Das bisherige Ergebnis mit dem Recht des Auftragnehmers, die Arbeiten auch ohne dahingehende Aufforderung des Auftraggebers nach Ablauf der Wartepflicht fortsetzen zu dürfen, überzeugt auch im Hinblick auf die rechtliche Einordnung der (ausbleibenden) Reaktion des Auftraggebers: Denn auch wenn es sich für den Auftragnehmer bei der Prüfung und Anzeige von Bedenken um eine Pflicht handelt, stellt die Reaktion hierauf für den Auftraggeber nach überwiegender Auffassung eine reine Obliegenheit dar.⁷² Tatsächlich besteht auch keine Veranlassung, von einer Pflicht des Auftraggebers auszugehen. So ist die Rückmeldung des Auftraggebers für den Auftragnehmer letztlich nicht von entscheidender Bedeutung; er wird vielmehr schon unabhängig hiervon allein durch den jeweils erteilten Hinweis und Ablauf der Wartepflicht von seiner Mangelhaftung frei. Mit der Prüfung der Bedenkenanzeige und einer daraufhin ggf. erfolgenden Anordnung dient sich der Auftraggeber letztlich nur selbst, indem er von der

ihm insoweit eingeräumten Möglichkeit Gebrauch macht und den vom Auftragnehmer prognostizierten Schaden von sich selbst abwendet.

Handelt es sich bei der Reaktion des Auftraggebers also um eine Obliegenheit und verletzt der Auftraggeber diese, ist es nur konsequent, wenn dann auch derjenige Schaden eintritt, dessen Vermeidung dem Auftraggeber ermöglicht wurde und wozu er lediglich keine Maßnahmen ergriffen hat. Hierbei handelt es sich geradezu um die typische Folge einer Obliegenheitsverletzung – die nicht in einem dauerhaften Leistungsverweigerungsrecht des Auftraggebers und einer damit ausbleibenden Fertigstellung liegt.

5. Fortsetzungspflicht des Auftragnehmers

Es stellt sich dann allerdings die Frage, ob der Auftragnehmer nach Ende der Wartepflicht seine Leistungen nicht nur weiterführen darf, sondern mit Ausnahme der vorbeschriebenen Sonderfälle bei Gefahren für Dritte oder Verstößen gegen behördliche oder gesetzliche Bestimmungen möglicherweise sogar weiterführen muss.

Hierfür spricht zunächst, dass bei Annahme einer Reaktionsobliegenheit des Auftraggebers die [§§ 273](#) und [320 BGB](#) dem Auftragnehmer keine Rechte einräumen, die vertraglich geschuldete Bauleistung zu verweigern.

Der Auftragnehmer kann die Arbeiten tatsächlich auch weiter ausführen – wenn auch nur mangelhaft. Wie bereits ausgeführt steht die Mangelhaftigkeit des späteren Werkes der Leistungsausführung aber weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht entgegen.⁷³ Da der Auftragnehmer zudem weder Anspruch auf die Errichtung eines mangelfreien Bauwerks hat noch für den späteren Mangel haftbar gemacht werden kann, stellt die Rückäußerung des Auftraggebers für ihn regelmäßig auch keine erforderliche Mitwirkungshandlung i.S. von [§§ 642](#), [643 BGB](#) dar. Es ist für den Auftraggeber und seine Möglichkeit zur Leistungsausführung letztlich gleichgültig, ob der Auftraggeber auf den Bedenkenhinweis reagiert oder nicht. Mit Ablauf der Wartepflicht liegt damit auch keine Behinderung des Auftragnehmers mehr vor. Es besteht in der Sache auch keine Veranlassung, dem Auftragnehmer einen Ausgleich für die vergebliche Vorhaltung seiner Kapazitäten nach [§ 642 BGB](#) oder ein Kündigungsrecht nach [§ 9 Abs. 1 VOB/B](#) oder [§ 643 BGB](#) einzuräumen, als er in seiner dahingehenden Disposition durch den Auftraggeber mit Ende der Wartepflicht gar nicht mehr eingeschränkt wird. Im Gegenteil ist der Auftraggeber dann vielmehr tatsächlich auch verpflichtet, die nach [§ 631 BGB](#) vertraglich geschuldeten Leistungen wieder aufzunehmen und zu Ende zu führen.⁷⁴

- 1 Der Vortrag von Herrn Prof. Schröder zu der dogmatischen Grundlage und der Wirkungsweise von Prüf- und Hinweispflichten des Unternehmers ist vorausgehend in diesem Heft veröffentlicht.
- 2 [BGH, Urteil v. 02.10.1997 – VII ZR 44/97](#) –, [BauR 1997, 1027](#) .
- 3 Palandt/Ellenberger, BGB (73. Aufl. 2014), § 127 Rdnr. 2; MünchKomm.-Einsele, BGB (6. Aufl. 2012), § 127 Rdnr. 10; Bamberger/Roth/Wendland, BGB (3. Aufl. 2012), § 127 Rdnr. 127; Erman/Arnold, BGB (14. Aufl. 2014), § 127 Rdnr. 7.
- 4 BAG, Urteil v. 16.12.2009 – 5 AZR 888/09 –, ZTR 2010, 253 [[BAG 16.12.2009 - 5 AZR 888/08](#)] .
- 5 BT-Drucks. 14/4987, S. 20 f.
- 6 [BGH, Urteil v. 22.04.1996 – II ZR 65/95](#) –, NJW-RR 1996, 866.
- 7 [BGH, Urteil v. 22.04.1996 – II ZR 65/95](#) –, NJW-RR 1996, 866.
- 8 [§ 126b BGB](#) wurde durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.09.2013 mit Wirkung zum 13.06.2014 nochmals neu gefasst.
- 9 BT-Drucks. 14/4987, S. 12.
- 10 So auch Staudinger/Hertel, BGB (14. Aufl. 2012), § 127 Rdnr. 27 ff. und Rdnr. 35.
- 11 [OLG Frankfurt, Beschluss v. 30.04.2012 – 4 U 269/11](#) –, [BauR 2012, 1287](#) ; mit ablehnender Anmk. Weyer, IBR 2012, 386 [[OLG Frankfurt am Main 30.04.2012 - 4 U 269/11](#)] ; zur alten Rechtslage bereits [KG Berlin, Urteil v. 05.03.2001 – 8 U 6894/99](#) –, Grundeigentum 2001, 849. Zur neuen Rechtslage bereits [LG Köln, Urteil v. 07.01.2010 – 8 O 120/09](#) –, BeckRS 2010, 00846.
- 12 [BGH, Urteil v. 10.04.1975 – VII ZR 183/74](#) –, [BauR 1975, 278](#) ; so auch schon im Urteil v. 23.06.1960 – VII ZR 71/59 –, NJW 1960, 1813; [Urteil v. 24.09.1962 – VII ZR 52/61](#) –, ZfBR 1998, 295.
- 13 [BGH, Urteil v. 10.04.1975 – VII ZR 183/74](#) –, [BauR 1975, 278](#) ; Urteil v. 23.06.1960 – VII ZR 71/59 –, NJW 1960, 1813; [Urteil v. 24.09.1962 – VII ZR 52/61](#) –, ZfBR 1998, 295.
- 14 Vgl. z.B. [OLG Koblenz, Urteil v. 10.04.2003 – 5 U 1687/01](#) –, [BauR 2003, 1728](#) .
- 15 OLG Düsseldorf, Urteil v. 30.08.1995 – 22 U 11/95 –, [BauR 1996, 260](#) ; Urteil v. 16.06.1998 – 21 U 194/97 –, [BauR 1999, 498](#) ; [Urteil v. 13.03.2003 – 5 U 71/01](#) –, [BauR 2004, 99](#) .
- 16 [BGH, Urteil v. 10.04.1975 – VII ZR 183/74](#) –, [BauR 1975, 278](#) ; [Urteil v. 10.11.1977 – VII ZR 252/75](#) –, [BauR 1978, 139](#) ; vgl. auch [BGH, Urteil v. 25.10.2007 – VII ZR 27/06](#) –, [BauR 2008, 396](#) , wonach ein mündlicher Hinweis jedenfalls „nicht ohne weiteres“ zu einer vollständigen Freistellung des Auftragnehmers führt.
- 17 [BGH, Urteil v. 23.06.1960 – VII ZR 71/59](#) –, NJW 1960, 1813; [Urteil v. 24.09.1962 – VII ZR 52/61](#) –, ZfBR 1998, 295.
- 18 Vgl. hierzu die Darstellung in BT-Drucks. 14/4987, S. 16.
- 19 Z.B. [§§ 568](#) , [623](#) , [761](#) oder [780 BGB](#) .
- 20 [BGH, Urteil v. 21.10.1999 – VII ZR 185/98](#) –, [BauR 2000, 722](#) .
- 21 Messerschmidt/Voit/Voit, Privates Baurecht (2. Aufl. 2012), § 6 VOB/B Rdnr. 1; Ingenstau/Korbion/Döring, VOB (18. Aufl. 2013), § 6 Abs. 1 VOB/B, Rdnr. 5; a.A. Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, VOB (4. Aufl. 2013), § 6 VOB/B Rdnr. 7.
- 22 So auch Beck'scher VOB-Kommentar-Ganten (2013), Teil B § 4 Abs. 3 Rdnr. 56; Krause-Allenstein, in: Kniffka, Bauvertragsrecht (2012), § 634 Rdnr. 51; a.A. Kapellmann/Messerschmidt/Weyer, VOB (4. Aufl. 2013), § 13 VOB/B Rdnr. 94.
- 23 Palandt/Grüneberg, BGB (73. Aufl. 2014), § 309 Rdnr. 111.
- 24 [BGH, Urteil v. 18.01.1989 – VIII ZR 142/88](#) –, NJW-RR 1989, 625.
- 25 Krause-Allenstein, in: Kniffka, Bauvertragsrecht (2012), § 634 Rdnr. 51; Beck'scher VOB-Kommentar-Ganten (2013), Teil B § 4 Abs. 3 Rdnr. 56.
- 26 Tempel, NZBau 2002, 465, 473 hält die Regelung für intransparent, da sie nicht erkennen lässt, dass auch bei nicht schriftlichem Hinweis eine Haftungsbefreiung über das Mitverschulden des Auftraggebers in Betracht kommt.
- 27 [BGH, Urteil v. 10.04.1975 – VII ZR 183/74](#) –, [BauR 1975, 278](#) .
- 28 Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB (18. Aufl. 2013), § 4 Abs. 3 VOB/B Rdnr. 62.
- 29 [BGH, Urteil v. 07.02.1966 – VII ZR 12/64](#) –, ZfBR 1998, 295.
- 30 OLG Hamm, Urteil v. 30.03.1995 – 17 U 205/93 –, [BauR 1995, 852](#) .
- 31 OLG Düsseldorf, Urteil v. 30.08.1995 – 22 U 11/95 –, [BauR 1996, 260](#) .
- 32 Vgl. auch [BGH, Urteil v. 25.10.2007 – VII ZR 27/06](#) –, [BauR 2008, 396](#) .

- ³³ [OLG Düsseldorf, Urteil v. 10.11.2000 – 22 U 78/00](#) –, [BauR 2001, 638](#) .
- ³⁴ [BGH, Urteil v. 14.03.1996 – VII ZR 34/95](#) –, [BauR 1996, 702](#) ; [Urteil v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05](#) –, [BauR 2008, 344](#) .
- ³⁵ [BGH, Urteil v. 11.04.1957 – VII ZR 308/56](#) –, LM Nr. 3 zu § 633 BGB; [Urteil v. 04.06.1973 – VII ZR 112/71](#) –, [BGHZ 61, 42](#) ; Messerschmidt/Voit/Voit, Privates Baurecht (2. Aufl. 2012), § 13 VOB/B Rdnr. 5 m.w.N.
- ³⁶ [BGH, Urteil v. 10.07.1975 – VII ZR 243/73](#) –, [BauR 1975, 419](#) ; [Urteil v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05](#) –, [BauR 2008, 344](#) ; [Urteil v. 19.05.2011 – VII ZR 24/08](#) –, [BauR 2011, 1494](#) .
- ³⁷ Mit zu hohen Anforderungen allerdings OLG Naumburg, Urteil v. 08.05.2013 – 2 U 174/12 –, IBR 2014, 732, da dem Auftraggeber die Bedenken hier auch bereits von anderen Baubeteiligten mitgeteilt worden waren.
- ³⁸ [BGH, Urteil v. 11.10.1990 – VII ZR 228/89](#) –, [BauR 1991, 79](#) ; [Urteil v. 13.09.2001 – VII ZR 392/00](#) –, [BauR 2002, 86](#) .
- ³⁹ [BGH, Urteil v. 11.10.1990 – VII ZR 228/89](#) –, [BauR 1991, 79](#) ; OLG Hamm, Urteil v. 30.03.1995 – 17 U 205/93 –, [BauR 1995, 852](#) .
- ⁴⁰ So auch Messerschmidt/Voit/Voit, Privates Baurecht (2. Aufl. 2012), § 13 VOB/B Rdnr. 12.
- ⁴¹ [BGH, Urteil v. 14.03.1996 – VII ZR 34/95](#) –, [BGHZ 132, 189](#) ; [Urteil v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05](#) –, [BauR 2008, 344](#) .
- ⁴² Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, VOB (4. Aufl. 2013), § 4 VOB/B Rdnr. 73; Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB (18. Aufl. 2013), § 4 Abs. 3 VOB/B Rdnr. 18; Messerschmidt/Voit/Voit, Privates Baurecht (2. Aufl. 2012), § 4 VOB/B Rdnr. 15.
- ⁴³ [BGH, Urteil v. 30.06.1977 – VII ZR 325/74](#) –, [BauR 1977, 420](#) .
- ⁴⁴ [BGH, Urteil v. 18.01.2001 – VII ZR 457/98](#) –, [BauR 2001, 622](#) .
- ⁴⁵ Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB (18. Aufl. 2013), § 4 Abs. 3 VOB/B Rdnr. 6 m.w.N.
- ⁴⁶ [BGH, Urteil v. 23.10.1986 – VII ZR 48/85](#) –, [BauR 1987, 79](#) ; [Urteil v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05](#) –, [BauR 2008, 344](#) ; OLG Schleswig, Urteil v. 15.02.2001 – 5 U 69/00 –, [BauR 2001, 1599](#) .
- ⁴⁷ [OLG Düsseldorf, Urteil v. 13.03.2003 – 5 U 71/01](#) –, [BauR 2004, 99](#) .
- ⁴⁸ [OLG Hamm, Urteil v. 27.10.2006 – 12 U 47/06](#) –, [BauR 2009, 861](#) .
- ⁴⁹ OLG Hamm, Urteil v. 18.07.2002 – 21 U 82/01 –, [BauR 2003, 101](#) .
- ⁵⁰ Vgl. mit zahlreichen Beispielen Werner/Pastor, Der Bauprozess (15. Aufl. 2015), Rdnr. 2040 und Fußn. 509.
- ⁵¹ [OLG Celle, Urteil v. 16.03.2000 – 13 U 126/99](#) –, NZBau 2001, 98.
- ⁵² [BGH, Urteil v. 10.11.1977 – VII ZR 252/75](#) –, [BauR 1978, 139](#) ; Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB (18. Aufl. 2013), § 4 Abs. 3 VOB/B Rdnr. 72.
- ⁵³ [BGH, Urteil v. 18.01.1973 – VII ZR 88/70](#) –, NJW 1973, 518; [Urteil v. 10.11.1977 – VII ZR 252/75](#) –, [BauR 1978, 139](#) ; [Urteil v. 19.12.1996 – VII ZR 309/95](#) –, [BauR 1997, 301](#) .
- ⁵⁴ [BGH, Urteil v. 10.04.1975 – VII ZR 183/74](#) –, [BauR 1975, 278](#) ; [Urteil v. 29.09.1977 – VII ZR 13/75](#) –, [BauR 1978, 54](#) ; [10.11.1977 – VII ZR 252/75](#) –, [BauR 1978, 139](#) ; [Urteil v. 19.12.1996 – VII ZR 309/95](#) –, [BauR 1997, 301](#) .
- ⁵⁵ So geht auch der BGH in seinem „Glasfassaden“-Urteil vom 18.05.2014 (– VII ZR 203/11 –, [BauR 2014, 1291](#)) von Unmöglichkeit aus, wenn die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit absoluter Bruchsicherheit nicht erreicht werden kann. Hier waren aber ebenso wie im „Forsthaus“-Fall des BGH ([Urteil v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05](#) –, [BauR 2008, 344](#)) gerade keine Bedenkenhinweise ergangen. Vgl. hierzu auch Althaus, [BauR 2014, 1369](#) .
- ⁵⁶ [BGH, Urteil v. 10.10.1985 – VII ZR 303/84](#) –, [BauR 1986, 93](#) ; [Urteil v. 21.12.2000 – VII ZR 17/99](#) –, [BauR 2001, 785](#) .
- ⁵⁷ Erman/Schwenker, BGB (14. Aufl. 2014), § 631 Rdnr. 14; Bamberger/Roth/Voit, BGB (3. Aufl. 2012), § 634 Rdnr. 5.
- ⁵⁸ So auch Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB (18. Aufl. 2013), § 4 Abs. 3 VOB/B Rdnr. 80.
- ⁵⁹ [BGH, Urteil v. 16.07.1998 – VII ZR 350/96](#) –, [BauR 1999, 37](#) ; [Urteil v. 27.06.2006 – VII ZR 202/04](#) –, [BauR 2006, 2040](#) ; [Urteil v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05](#) –, [BauR 2008, 344](#) .
- ⁶⁰ Leupertz geht in [BauR 2010, 273, 277 f.](#) von einer Teilkündigung aus.
- ⁶¹ Leupertz, [BauR 2010, 273, 277 f.](#)
- ⁶² S. hierzu auch Merl, in: Kleine-Möller/Merl/Glückner, HdB des privaten Baurechts (5. Aufl. 2014), § 15 Rdnr. 117; so i.E. auch Althaus, in: Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag (2. Aufl. 2013), Teil 3 Rdnr. 138.
- ⁶³ [BGH, Urteil v. 14.07.1956 – V ZR 223/54](#) –, [BGHZ 21, 319](#) ; [Urteil v. 26.01.2005 – VIII ZR 66/04](#) –, NJW-RR 2005, 639.
- ⁶⁴ [OLG Karlsruhe, Urteil v. 20.07.2004 – 17 U 262/01](#) –, [BauR 2005, 729](#) ; [OLG Hamm, Urteil v. 24.05.2012 – 21 U 95/11](#) –, abzurufen über [www.juris.de](#); Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB (18. Aufl. 2013), § 4 Abs. 3 VOB/B Rdnr. 78; Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, VOB (4. Aufl. 2013), § 4 VOB/B Rdnr. 109.
- ⁶⁵ S. oben unter D.I.1.

⁶⁶ [OLG Karlsruhe, Urteil v. 20.07.2004 – 17 U 262/01](#) –, [BauR 2005, 729](#) ; [KG Berlin, Urteil v. 23.04.2010 – 6 U 30/09](#) –, [BauR 2010, 2129](#) ; Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB (18. Aufl. 2013), § 4 Abs. 3 VOB/B Rdnr. 79; Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, VOB (4. Aufl. 2013), § 4 VOB/B Rdnr. 109.

⁶⁷ OLG Düsseldorf, Urteil v. 07.10.1987 – 19 U 13/87 –, [BauR 1988, 478](#) .

⁶⁸ [BGH, Urteil v. 24.06.1963 – VII ZR 10/62](#) –, ZfBR 1998, 241.

⁶⁹ Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB (18. Aufl. 2013), § 4 Abs. 3 VOB/B Rdnr. 79; Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, VOB (4. Aufl. 2013), § 4 VOB/B Rdnr. 109.

⁷⁰ Skeptisch insoweit auch OLG Düsseldorf, Urteil v. 07.10.1987 – 19 U 13/87 –, [BauR 1988, 478](#) ; so geht auch der BGH in seiner Entscheidung des BGH vom 04.10.1984 (– [VII ZR 65/83](#) – , [BGHZ 92, 244](#)) offenbar von einem Sonderfall aus.

⁷¹ Eine solche Anzeige zumindest empfehlend auch Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB (18. Aufl. 2013), § 4 Abs. 3 VOB/B Rdnr. 75; nach Krause-Allenstein, in: Kniffka, Bauvertragsrecht (2012), § 634 Rdnr. 6 kann eine solche „geboten“ sein; i.d.S. auch Althaus, in: Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag (2. Aufl. 2013), Teil 3 Rdnr. 139.

⁷² OLG Düsseldorf, Urteil v. 07.10.1987 – 19 U 13/87 –, [BauR 1988, 478](#) ; Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB (18. Aufl. 2013), § 4 Abs. 3 VOB/B Rdnr. 80; Leupertz, [BauR 2010, 273, 279](#) ; a.A. Nicklisch/Weick/Nicklisch, VOB Teil B (3. Aufl. 2001), § 4 Rdnr. 69.

⁷³ Vgl. oben D.V.2.

⁷⁴ So i.E. auch Althaus, in: Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag (2. Aufl. 2013), Teil 3 Rdnr. 140.