

Schuldrecht - Besonderer Teil III §§ 631-704

9. Auflage 2023
ISBN 978-3-406-76676-3
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Annahme eines entsprechenden Garantiewillens **Zurückhaltung geboten**.⁴²⁴ Insofern kann an den aus dem früheren Recht bekannten Tatbestand der Eigenschaftszusicherung nicht ohne Weiteres angeknüpft werden,⁴²⁵ da eine Eigenschaftszusicherung im Werkvertragsrecht anders als im Kaufrecht auch ohne besonderen Einstandswillen angenommen wurde (→ § 633 Rn. 13). Denkbar ist auch, dass die unselbstständige Garantie nicht auf den Ausschluss des Verschuldenserfordernisses gerichtet ist, sondern dass sie eine **Beweislastumkehr** hinsichtlich des Vorliegens eines Mangels oder hinsichtlich des Zeitpunkts seines Entstehens zum Gegenstand hat oder eine Verlängerung der Verjährungsfrist bezweckt.⁴²⁶ Auf die unselbstständige Garantie, die im Ergebnis nur zu einer **Modifizierung des dispositiven Gesetzesrechts** führt, sind die Verjährungsvorschriften des § 634a anzuwenden.⁴²⁷

bb) Selbstständige Garantie. Eine selbstständige Garantie liegt vor, wenn der Unternehmer die Gewähr für einen über die vertragsmäßige Leistung hinaus gehenden Erfolg übernimmt.⁴²⁸ Die selbstständige Garantie beinhaltet damit nicht lediglich eine Modifizierung der werkvertraglichen Rechte aus § 634 zu Gunsten des Bestellers; vielmehr begründet sie selbstständige Garantieansprüche aus einem neben dem Werkvertrag bestehenden **Vertragsverhältnis sui generis**, so dass die Mängelhaftungsregeln der §§ 634 ff. auf den selbstständigen Garantievertrag nicht anwendbar sind. Der Werkunternehmer übernimmt bei der selbstständigen Garantie regelmäßig die Gewähr für das Vorliegen bestimmter Beschaffenheitsmerkmale des Werkes innerhalb einer Garantiefrist, wie zB die Funktionsfähigkeit des Werkes, seinen gefahrlosen Gebrauch oder auch die Ertragsfähigkeit des Werkes. Auf die Ursächlichkeit des Mangels für etwaige eintretende Schäden kommt es insoweit nicht an. Daraus können für den Unternehmer im Einzelfall kaum übersehbare Haftungsfolgen resultieren, weshalb von einer selbstständigen Garantie nur bei einem eindeutigen Erklärungstatbestand des Unternehmers auszugehen ist.⁴²⁹ Hinsichtlich der Rechte aus einer selbstständigen Garantie gelten wegen der rechtlichen Selbstständigkeit des Garantieversprechens die allgemeinen Verjährungsregeln und nicht § 634a.⁴³⁰

VI. Besonderheiten des Bauvertrages

1. VOB/B-Bauvertrag. a) Allgemeines. Haben die Vertragsparteien für den Bauvertrag die Regelungen der VOB/B vereinbart, so ergeben sich die Voraussetzungen der Mangelhaftigkeit des Bauwerkes nicht aus § 633 Abs. 2, sondern aus § 13 Abs. 1 VOB/B (→ § 633 Rn. 39). Die Vorschrift des § 13 VOB/B enthält darüber hinaus in Abs. 5–7 eine spezielle Ausgestaltung der in § 634 geregelten **Mängelansprüche**, die zwar in vielen Punkten mit der gesetzlichen Regelungen übereinstimmt, aber zum Teil auch davon abweicht.

Systematisch trennt die VOB/B klar zwischen den Ansprüchen auf Erfüllung des Vertrages und den Mängelansprüchen. Die unter der Überschrift „Mängelansprüche“ in § 13 VOB/B getroffene Regelung bezieht sich nur auf die Zeit nach der Abnahme.⁴³¹ Vor der Abnahme schuldet der Auftragnehmer Erfüllung des Vertrages.⁴³² Zeigen sich im Stadium der Ausführung vor der Abnahme Mängel, steht dem Besteller allein der Mängelbeseitigungsanspruch nach § 4 Abs. 7 S. 1 VOB/B zu; dabei handelt es sich um einen reinen Erfüllungsanspruch.⁴³³ Diese klare Trennung ist dem BGB-Werkvertragsrecht nicht zu eigen: Der vergleichbar auf Mängelbeseitigung gerichtete Nacherfüllungsanspruch gemäß § 634 Nr. 1, § 635 (→ Rn. 14; → § 635 Rn. 2 ff.) ist zwar als modifizierter Erfüllungsanspruch ausgestaltet, hat seinen Hauptanwendungsbereich aber gleichwohl im Zeitraum nach der Herstellung (zum Streitstand → Rn. 3), während er im Erfüllungsstadium nur ausnahmsweise geltend gemacht werden kann (→ Rn. 5). Die klare **Trennung der Erfüllungs- und Mängelansprüche** zwingt beim VOB/B-Bauvertrag dazu, der Abnahme besondere Aufmerksamkeit zu

⁴²⁴ BeckOK BGB/Voit Rn. 14; Staudinger/Peters, 2019, § 633 Rn. 170.

⁴²⁵ BeckOK BGB/Voit Rn. 14; BeckOGK/Kober, 1.4.2022, Rn. 342; aA Voppel BauR 2002, 843 (848); Staudinger/Peters, § 633, 2019, Rn. 169; unklar Grüneberg/Retzlaff Rn. 24; Grüneberg/Retzlaff § 639 Rn. 5.

⁴²⁶ BeckOGK/Kober, 1.4.2022, Rn. 337.

⁴²⁷ Stadler CR 2006, 77 (84); BeckOGK/Kober, 1.4.2022, Rn. 338.

⁴²⁸ Schuhmann ZGS 2006, 290 (291 f.); Esser/Weyers SchuldR BT I § 7 III 2 (S. 87); BeckOK BGB/Voit Rn. 15; Staudinger/Peters, 2019, § 633 Rn. 172.

⁴²⁹ Vgl. OLG Koblenz NJW 1986, 2511; weniger streng Schuhmann ZGS 2006, 290 (293).

⁴³⁰ BeckOK BGB/Voit Rn. 15; Staudinger/Peters, 2019, § 633 Rn. 172.

⁴³¹ BGH NJW-RR 2004, 305 (306); Kapellmann/Messerschmidt/Langen VOB/B § 13 Rn. 5.

⁴³² Dazu auch Kaiser, Das Mängelhaftungsrecht in Baupraxis und Bauprozeß, 7. Aufl. 1992, Rn. 149; Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 12 Rn. 1 ff.

⁴³³ BGHZ 55, 354 (356 f.) = NJW 1971, 838; BGHZ 51, 275 (277) = NJW 1969, 653; Kapellmann/Messerschmidt/Merkens VOB/B § 4 Rn. 166; Leinemann/Leinemann VOB/B § 4 Rn. 127.

widmen. Im Gegensatz zum BGB-(Bau-)Werkvertrag kommt eine Anwendbarkeit der Mängelrechte vor Herstellung (bzw. Abnahme) nicht in Betracht.⁴³⁴

105 Wenn auch der **Erfüllungsanspruch** nach § 4 Abs. 7 S. 1 VOB/B mit dem nach der Abnahme gegebenen Mängelbeseitigungsanspruch nach § 13 Abs. 5 Abs. 1 eine gewisse Parallelität aufweist, so unterscheiden sich die beiden Ansprüche nicht nur hinsichtlich ihrer rechtlichen Qualifikation, sondern auch hinsichtlich ihrer rechtlichen Ausgestaltung. § 4 Abs. 7 VOB/B geht davon aus, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine mangelfreie und vertragsgerechte Leistung schuldet und in Folge dessen gehalten ist, die Leistung, die schon während der Ausführung als mangelhaft und vertragswidrig erkannt wird, auf seine Kosten durch eine mangelfreie zu ersetzen. Dies bedeutet dem Grundsatz nach, dass der Unternehmer zur vertragsgerechten Herstellung verpflichtet ist. Wie er diesen Erfolg herbeiführt, hat allein der Unternehmer zu entscheiden, soweit Einzelheiten der Vertragserfüllung nicht gesondert vereinbart sind.⁴³⁵ Hat der Auftragnehmer die Mangelhaftigkeit oder Vertragswidrigkeit zu vertreten, dann bleibt es nicht nur bei diesem Mängelbeseitigungsanspruch, der Auftraggeber erlangt vielmehr darüber hinaus schon im Erfüllungsstadium (zur Abgrenzung zu § 13 Abs. 7 VOB/B → Rn. 114 ff.) einen **Anspruch auf Schadensersatz**, durch den die Nachteile abgegolten werden sollen, die dem Auftraggeber durch den Mangel oder die Vertragswidrigkeit entstehen (Mangelfolgeschäden; § 4 Abs. 7 S. 2 VOB/B).⁴³⁶ Dieser Schadensersatzanspruch ist der Höhe nach unbeschränkt. Beseitigt der Auftragnehmer den Mangel nicht, obwohl er hierzu unter Fristsetzung und Kündigungsandrohung aufgefordert worden ist, steht dem Auftraggeber das Recht zu, dem Auftragnehmer den Auftrag zu entziehen (§ 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B).⁴³⁷ Nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses kann der Auftraggeber sowohl mit der Mängelbeseitigung als auch mit der Ausführung des nicht vollendeten Teils der Werkleistung einen Dritten betrauen.⁴³⁸ Entsprechendes gilt, wenn der Unternehmer die Fertigstellung endgültig verweigert.⁴³⁹ Die für die Mängelbeseitigung entstehenden Aufwendungen sind vom Auftragnehmer zu tragen, außerdem bleibt er ggf. zum Schadensersatz verpflichtet.⁴⁴⁰ Einer Entziehung des Auftrags bedarf es nicht, wenn Mangelfolgeschäden in Frage stehen.⁴⁴¹ Mit der **Abnahme** wandelt sich der ursprüngliche Mängelbeseitigungs- (Erfüllungs-)anspruch in einen Mängelanspruch nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B.⁴⁴²

106 **b) Mängelbeseitigung (§ 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 1 VOB/B).** Der Mängelbeseitigungsanspruch nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 1 VOB/B stimmt seinem Wesen, seinem Inhalte und seinem Umfang nach mit dem Anspruch auf Mängelbeseitigung nach § 635 Abs. 1 überein.⁴⁴³ Der abweichende Aufbau und die unterschiedliche Formulierung der VOB/B-Regelung im Vergleich zur BGB-Bestimmung begründen keine inhaltliche Verschiedenheit.⁴⁴⁴ Bei § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 1 VOB/B ist für das **Mängelbeseitigungsverlangen** allerdings die Schriftform vorgeschrieben. Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine mündliche Mängelbeseitigungsaufforderung keine Rechtswirksamkeit hätte. Für die Rechtswirksamkeit des Mängelbeseitigungsverlangens ist die Schriftform nicht konstitutive Voraussetzung.⁴⁴⁵ Dem in § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 1 VOB/B niedergelegten Schriftformerfordernis kommt nur für die Frage Beweisfunktion zu, ob sich die Verjährung nach dieser Regelung beurteilt.⁴⁴⁶

⁴³⁴ OLG Saarbrücken NJW-RR 2017, 473 Rn. 21.

⁴³⁵ BGH NJW 2013, 1528 Rn. 15.

⁴³⁶ BGHZ 192, 190 Rn. 9 = NJW 2012, 1137; OLG Köln BeckRS 2016, 114556 Rn. 11 – verspätete Herstellung des Werkes infolge unterbliebener Mängelbeseitigung.

⁴³⁷ Dazu näher Kapellmann/Messerschmidt/*Merckens* VOB/B § 4 Rn. 184 ff.; Leinemann/*Leinemann* VOB/B § 4 Rn. 147 ff.

⁴³⁸ Vgl. BGH NJW-RR 1998, 235.

⁴³⁹ BGH NJW 2009, 354 Rn. 16; 2000, 2997 (2998); Grüneberg/*Retzlaff* § 633 Rn. 16; aA Klein BauR 2000, 1863 (1864 f.).

⁴⁴⁰ Vgl. hierzu BGHZ 192, 190 Rn. 9 = NJW 2012, 1137; BGHZ 50, 160 (164 ff.) = NJW 1968, 1524; BGH Schäfer/Finnern Z 2414, 92; BauR 1972, 172; Kapellmann/Messerschmidt/*Merckens* VOB/B § 4 Rn. 198; Leinemann/*Leinemann* VOB/B § 4 Rn. 136.

⁴⁴¹ OLG Celle BeckRS 2021, 41749 Rn. 12.

⁴⁴² Ebenso BGH NJW 1982, 1524; *Dähne* BauR 1972, 136 ff.; *Kaiser*, Das Mängelhaftungsrecht in Baupraxis und Bauprozeß, 7. Aufl. 1992, Rn. 24; *Werner/Pastor* BauProz Rn. 2086.

⁴⁴³ BGHZ 96, 111 (117 ff., 121) = NJW 1986, 711; OLG Koblenz NJW-RR 2003, 1671 zum Mängelbeseitigungsaufwand; Kapellmann/Messerschmidt/*Langen* VOB/B § 13 Rn. 252; zu einzelnen Unterschieden im Detail Kapellmann/Messerschmidt/*Langen* VOB/B § 13 Rn. 368 ff.

⁴⁴⁴ Vgl. Beschlüsse des DVA zur Änderung der VOB/B, abgedruckt in *v. Wietersheim/Korbion*, VOB 2002, 2003, 140, 145 f. (zu 9).

⁴⁴⁵ BGHZ 58, 332 (334) = NJW 1972, 1280; BGHZ 53, 122 = NJW 1970, 561; BGH NJW-RR 2006, 597 Rn. 20; Kapellmann/Messerschmidt/*Langen* VOB/B § 13 Rn. 261.

⁴⁴⁶ BGH NJW-RR 2007, 597 Rn. 20.

c) Selbstvornahme (§ 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B). Das Selbstvornahmerecht des Bestellers und der sich hieraus ergebende **Aufwendungsersatzanspruch** ist für den VOB/B-Bauvertrag in § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B geregelt. Dieser Anspruch stimmt mit dem gesetzlichen weitgehend überein (vgl. insoweit die Kommentierung zu § 637). Vor der Abnahme besteht das Selbstvornahmerecht nur, wenn zuvor das Vertragsverhältnis nach § 4 Abs. 7 VOB/B und § 8 Abs. 3 VOB/B gekündigt worden ist.⁴⁴⁷ Aus § 13 Abs. 5 Nr. 2 iVm Abs. 1 S. 1 VOB/B, wonach der Auftraggeber gegen den Auftragnehmer einen Kostenerstattungsanspruch hat, folgt, dass der Auftraggeber im Hinblick auf die für die Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen auch Vorschuss verlangen kann.⁴⁴⁸ Der Vorschussanspruch auf voraussichtliche Mängelbeseitigungskosten besteht im Übrigen auch noch nach Entziehung des Auftrags.⁴⁴⁹

d) Minderung (§ 13 Abs. 6 VOB/B). Ein Recht zur **Minderung** der Vergütung gemäß § 638 besteht für den Auftraggeber nach § 13 Abs. 6 VOB/B, wenn die Beseitigung des Mangels für den Auftraggeber unzumutbar ist; darüber hinaus für den Fall, dass die Mängelbeseitigung unmöglich ist bzw. einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordert und deshalb vom Unternehmer verweigert wird (→ § 638 Rn. 20 ff.).

e) Schadensersatzanspruch (§ 13 Abs. 7 VOB/B). **aa) Überblick.** Ist der Bauvertrag auf der Grundlage der VOB/B geschlossen worden, tritt an die Stelle der gesetzlichen Regelung des Schadensersatzanspruches die Regelung des § 13 Abs. 7 VOB/B. Die Vorschrift des § 13 Abs. 7 VOB/B ist im Gefolge des SchuldRModG an die modifizierten Voraussetzungen der Schadensersatzhaftung nach § 634 Nr. 4 iVm § 633 angeglichen worden. Im Gegensatz zur Regelung des BGB-Werkvertragsrechts, das für den Inhalt des Schadensersatzanspruchs nicht zwischen den „eigentlichen“ Mangelschäden und den sog. „Mangelfolgeschäden“ unterscheidet (→ Rn. 37), trennt § 13 Abs. 7 dem Wortlaut nach zwischen dem „**Schaden an der baulichen Anlage**“ (§ 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1)⁴⁵⁰ und dem „**darüber hinausgehenden Schaden**“ (§ 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2).

Soweit § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B auf Mängel an der „baulichen Anlage“, also an der Gesamtanlage, abhebt, geht diese Regelung weiter als das BGB-Werkvertragsrecht, wonach es für die Schadensersatzverpflichtung des Unternehmers auf den Mangel der konkret versprochenen Werkleistung ankommt. Allerdings besteht nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 eine Haftung für Schäden an der baulichen Anlage nur, soweit diese auf einem „**wesentlichen**“ Mangel der Werkleistung beruhen. Diese Einschränkung, die auch für „darüber hinausgehende“ Schäden gilt, kennt das BGB-Werkvertragsrecht nicht. Für „darüber hinausgehende“ Schäden ist die Haftung nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 lit. a bis c VOB/B im Übrigen noch zusätzlich eingeschränkt (→ Rn. 113). Die Vorschrift des § 13 Abs. 7 VOB/B zeichnet sich angesichts der „verschachtelten“ Regelungstechnik nicht durch an sich wünschenswerte Transparenz aus.

Die **Zuordnung einzelner Schadenspositionen** zu den Schäden an der „baulichen Anlage“ bzw. zu den „darüber hinausgehenden“ Schäden wurde vor Inkrafttreten des SchuldRModG traditionell unter Übernahme der Entscheidungspraxis zum BGB-Werkvertragsrecht früherer Prägung vorgenommen. Demnach wurden Mangelschäden und „enge“ Mangelfolgeschäden als Schäden „an der baulichen Anlage“ und „entfernte“ Mangelfolgeschäden im Grundsatz als „darüber hinausgehende“ Schäden angesehen.⁴⁵¹ In zuletzt genannter Hinsicht war allerdings die Ausnahme zu machen, dass bestimmte Schäden, nämlich die, die durch den Mangel eines Einzelwerkes am Gesamtwerk verursacht werden, in jedem Fall auch als Schäden an der „baulichen Anlage“ anzusehen waren.⁴⁵² An dieser Sichtweise hat sich durch die Novellierung der VOB/B anlässlich des SchuldRModG nichts geändert, da der VOB/B im Gegensatz zum BGB-Werkvertragsrecht ein „**gespaltenes**“, nach wie vor an der früheren Entscheidungspraxis zu § 635 aF orientiertes **Schadensersatzrecht** zu Grunde liegt. Insoweit bleiben die zu § 635 aF entwickelten Grundsätze für die **Abgrenzung von Mangelschäden und Mangelfolgeschäden** sowie der „nahen“ von den „entfernten“ Mangelfolgeschäden mit gewissen Einschränkungen für die Anwendung von § 13 Abs. 7 VOB/B weiterhin bedeutsam. Die von der Rspr. entwickelte Kasuistik ist freilich unübersichtlich und der Sache nach kaum überzeugend.⁴⁵³

⁴⁴⁷ BGH BauR 1986, 573; OLG Koblenz NJW-RR 2002, 807 (808); *Weller* NZBau 2018, 398 (404).

⁴⁴⁸ BGHZ 183, 366 Rn. 12 = NJW 2010, 1192.

⁴⁴⁹ BGH NJW-RR 1989, 849.

⁴⁵⁰ Zum Begriff der baulichen Anlage näher Kapellmann/Messerschmidt/*Langen* VOB/B § 13 Rn. 436 f.

⁴⁵¹ Dazu Kapellmann/Messerschmidt/*Langen* VOB/B § 13 Rn. 437 mwN; abl. *Kaiser* ZfBR 1990, 213; *Kaiser* Mängelhaftung Rn. 107, 111 ff.

⁴⁵² Vgl. dazu BGHZ 61, 203 (205) = NJW 1973, 1752; BGHZ 58, 332 (340) = NJW 1972, 1280.

⁴⁵³ Vgl. dazu *Medicus* BürgerlR, 18. Aufl. 1999, Rn. 353 ff.; → 3. Aufl. 1997, § 635 Rn. 24 ff. (*Soergel*).

- 112 Die Schadensersatzansprüche gemäß § 13 Abs. 7 Nr. 1 und 2 VOB/B treten **nicht an die Stelle** sonstiger Mängelansprüche, sondern treten neben sie. Die Mängelansprüche des § 13 VOB/B schließen sich gegenseitig nicht aus, sie bestehen vielmehr nebeneinander.⁴⁵⁴ Dies bedeutet, dass der Schadensersatzanspruch des § 13 Abs. 7 VOB/B neben den Ansprüchen auf Mangelbeseitigung, Ersatzvornahme und Minderung gegeben ist und zwar immer dann, wenn trotz durchgeführter Mangelbeseitigung, Ersatzvornahme oder Minderung noch ein Schaden dem Auftraggeber verbleibt.
- 113 Im Unterschied zur gesetzlichen Regelung stellt § 13 Abs. 7 VOB/B, wie bereits im Überblick dargestellt, zusätzliche Tatbestandsvoraussetzungen auf (→ Rn. 109f.). Ein Schadensersatzanspruch ist neben den eigentlichen Mängelansprüchen nicht schon dann gegeben, wenn der Schaden auf einem Umstand beruht, der vom Unternehmer zu vertreten ist, sondern erst dann, wenn der Mangel so **wesentlich** ist, dass er die **Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt**.⁴⁵⁵ Der Ersatzanspruch wegen „darüber hinausgehender“ Schäden (§ 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 VOB/B) ist noch von weiteren Voraussetzungen abhängig. Diese bestehen im Einzelnen darin, dass der Mangel entweder auf einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik beruht (lit. a) oder in dem Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit liegt (lit. b). Ferner besteht eine Haftung, wenn der Schaden iSv lit. c versicherbar ist.
- 114 **bb) Abgrenzung zum Schadensersatzanspruch nach § 4 Abs. 7 S. 2 VOB/B.** Der den Mängelrechten zugeordnete Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 VOB/B setzt die Abnahme des Werkes voraus und kann nicht schon **vor der Abnahme** oder gar schon vor der Ablieferung des Werkes geltend gemacht werden (zum BGB-Bauvertrag → Rn. 3ff.). Ist die Leistung des Unternehmers noch nicht abgenommen, richtet sich die Schadensersatzverpflichtung des Unternehmers bei einem von diesem zu vertretenden Mangel nach § 4 Abs. 7 S. 2 VOB/B (→ Rn. 105).⁴⁵⁶ Nach dieser Bestimmung sind Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, vom Auftragnehmer auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen. Hat der Auftragnehmer einen Mangel zu vertreten, so hat er auch den hieraus entstehenden Schaden zu erstatten.⁴⁵⁷ Dieser Ersatzanspruch ist seinem Umfang nach im Grundsatz nicht beschränkt;⁴⁵⁸ er gibt dem Auftraggeber jedoch nicht die Möglichkeit, die mangelhafte Leistung des Unternehmers zurückzuweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung des gesamten Vertrages zu verlangen.⁴⁵⁹ Doch kann es extreme Ausnahmefälle geben, bei denen die Behebung des Mangels nicht anders als durch Beseitigung der gesamten baulichen Anlage möglich ist.⁴⁶⁰ Wird durch die Mangelhaftigkeit der Leistung die bauliche Anlage verspätet fertiggestellt, richtet sich der Schadensersatzanspruch nach § 4 Abs. 7 S. 2 VOB/B und unterliegt nicht der Beschränkung des § 6 Abs. 6 VOB/B.⁴⁶¹
- 115 Der Schadensersatzanspruch nach § 4 Abs. 7 S. 2 VOB/B ist sowohl dann gegeben, wenn der Auftragnehmer zwar dem Mangelbeseitigungsverlangen des Auftraggebers nachgekommen ist, aber noch ein Schaden verbleibt, als auch dann, wenn der Auftraggeber von seinem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht hat. Nach § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B hat der Auftraggeber nämlich die Möglichkeit, dem Auftragnehmer zur Mangelbeseitigung eine angemessene **Frist mit Kündigungsandrohung** zu setzen und nach fruchtlosem Ablauf der Frist das Vertragsverhältnis gemäß § 8 Abs. 3 VOB/B zu kündigen und alsdann sowohl die Mangelbehebung als auch die weitere Fortführung der Arbeiten bis zur Vollendung des Werkes einem Drittunternehmer auf Kosten des Auftragnehmers zu übertragen; ein dennoch verbleibender Schaden ist vom Unternehmer dem Auftraggeber zu erstatten (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 VOB/B).⁴⁶²
- 116 Der Schadensersatzanspruch nach § 4 Abs. 7 S. 2 VOB/B stellt eine § 634 Nr. 4 verdrängende **vertragliche Sonderregelung** der Schadensersatzansprüche dar, die auf Mängeln beruhen, die vor der Abnahme erkannt worden sind.⁴⁶³ Dieser Anspruch ist neben dem auf Erfüllung gerichteten

⁴⁵⁴ Ingenstau/Korbion/*Wirth* VOB/B § 13 Abs. 7 Rn. 24.

⁴⁵⁵ Vgl. hierzu BGHZ 55, 198 (199f.) = NJW 1971, 615; OLG Hamm NJW-RR 2003, 965; Ingenstau/Korbion/*Wirth* VOB/B § 13 Abs. 7 Rn. 80 ff.; Kapellmann/Messerschmidt/*Langen* VOB/B § 13 Rn. 425 f.

⁴⁵⁶ BGHZ 50, 160 (163) = NJW 1968, 1524 (1525); OLG Karlsruhe NJW-RR 2004, 745 (746); Ingenstau/Korbion/*Oppler* VOB/B § 4 Abs. 7 Rn. 5 ff.

⁴⁵⁷ BGHZ 55, 354 (356f.) = NJW 1971, 838; *Dähne* BauR 1972, 136; *Dähne* BauR 1973, 268 (272); Ingenstau/Korbion/*Oppler* VOB/B § 4 Abs. 7 Rn. 26.

⁴⁵⁸ BGHZ 50, 160 (164) = NJW 1968, 1524; BGH DB 1961, 1256; Ingenstau/Korbion/*Oppler* VOB/B § 4 Abs. 7 Rn. 29; Kapellmann/Messerschmidt/*Merkens* VOB/B § 4 Rn. 180.

⁴⁵⁹ BGHZ 50, 160 (164) = NJW 1968, 1524; Ingenstau/Korbion/*Oppler* VOB/B § 4 Abs. 7 Rn. 29.

⁴⁶⁰ BGHZ 50, 160 (165) = NJW 1968, 1524; Ingenstau/Korbion/*Oppler* VOB/B § 4 Abs. 7 Rn. 31.

⁴⁶¹ BGH DB 1961, 1256 zu § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B aF; Ingenstau/Korbion/*Oppler* VOB/B § 4 Abs. 7 Rn. 34.

⁴⁶² BGHZ 50, 160 (163f.) = NJW 1968, 1524; Ingenstau/Korbion/*Oppler* VOB/B § 4 Abs. 7 Rn. 41 ff.

⁴⁶³ Zum früheren Recht BGH MDR 1972, 410; *Dähne* BauR 1973, 268 (274); *Heyers* BauR 1974, 24; *Kaiser*, Das Mängelhaftungsrecht in Baupraxis und Bauprozess, 7. Aufl. 1992, Rn. 28; *Herding/Schmalz*,

Leistungsanspruch gegeben (→ Rn. 105),⁴⁶⁴ unterliegt aber der Verjährung nach § 13 Abs. 4 VOB/B (→ § 634a Rn. 70).

cc) Umfang des Schadensersatzanspruches nach § 13 Abs. 7 VOB/B. (1) Schäden an der baulichen Anlage (§ 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B). Der Ersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B erfasst alle Schäden an der baulichen Anlage, insoweit diese nicht schon durch Mängelbeseitigung gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B, durch Ersatzvornahme gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B oder durch Minderung gemäß § 13 Abs. 6 VOB/B ausgeglichen worden sind. Zu dem unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt zu ersetzenden Schaden gehören die **Mängelbeseitigungskosten** einschließlich der Kosten, die für die Mängelbehebung an der gesamten baulichen Anlage erforderlich sind.⁴⁶⁵ Zu ersetzen sind die Kosten, welche der Auftraggeber im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Auftraggeber aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung aufwenden konnte und musste, wobei es sich um eine **vertretbare Maßnahme** der Schadensbeseitigung handeln muss.⁴⁶⁶ Die Schadensberechnung folgt den Grundsätzen, die auch sonst im Werkvertragsrecht zur Anwendung kommen (→ Rn. 46 ff.).⁴⁶⁷ Nicht erstattungsfähig sind Kosten für sonstige, weitergehende Baumaßnahmen.⁴⁶⁸ Es besteht jedenfalls keine Vermutung, dass von einem Drittunternehmer durchgeführte Arbeiten ausschließlich der Mängelbeseitigung dienen.⁴⁶⁹ Der Anspruch ist auf Ersatz in Geld gerichtet. **Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigungskosten** steht dem Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B im Grundsatz nicht entgegen, doch sind die Rechtsgedanken des § 251 Abs. 2 zu beachten. Sollten Mängelbeseitigungskosten nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B geltend gemacht werden, ist es erforderlich, dass die Voraussetzungen des § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B, nämlich Fristsetzung und fruchtloser Ablauf der Frist, vorliegen.⁴⁷⁰

Zu den nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B zu ersetzenden Schäden gehört auch der nach teilweiser oder gänzlicher Beseitigung des Mangels noch verbleibende **bautechnische** oder **merkantile Minderwert**.⁴⁷¹ Ferner unterfällt der Vorschrift auch der **entgangene Gewinn**,⁴⁷² sei es in der Form des Mietausfalles⁴⁷³ oder in der Form von sonstigen Nachteilen, insbesondere Zinsverlusten.⁴⁷⁴ Darüber hinaus werden der Vorschrift zugeordnet die Kosten **gerichtlicher Verfahren**, wenn die in Frage stehende Rechtsverfolgung zur Durchsetzung der berechtigten Ansprüche des Geschädigten notwendig war oder Geschädigte die Rechtsverfolgung als notwendig ansehen durfte;⁴⁷⁵ ferner die Kosten eines **Privatgutachtens**,⁴⁷⁶ die Kosten der **Schadensminderung**⁴⁷⁷ sowie die **Aufwendungen für Mieträume**.⁴⁷⁸

(2) Darüber hinausgehende Schäden (§ 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 VOB/B). Für den Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 VOB/B bleiben nur noch die „entfernteren Mängelfolgeschäden“ im Sinne der zum früheren BGB-Werkvertragsrecht geprägten Terminologie. Dabei handelt es sich um **Schäden**, die **außerhalb der baulichen Anlage** an sonstigen Vermögensgütern des Auftraggebers entstehen, so an dem sonstigen Eigentum des Auftraggebers, sowie um reine

Vertragsgestaltung und Haftung im Bauwesen, 2. Aufl. 1967, Abschn. 43, 11; Hereth/Ludwig/Naschold, Kommentar zur VOB Teil B, Ez B 4235 ff.

⁴⁶⁴ So auch Dähne BauR 1973, 268 (271).

⁴⁶⁵ BGHZ 59, 365 (366 ff.) = NJW 1973, 138; OLG München NJW-RR 2003, 1602; Ingenstau/Korbion/Wirth VOB/B § 13 Abs. 7 Rn. 116 f.

⁴⁶⁶ BGH BeckRS 2015, 12555 Rn. 68 = MDR 2015, 999.

⁴⁶⁷ BGHZ 218, 1 Rn. 37, 43, 52 = NJW 2018, 1463.

⁴⁶⁸ BGH BeckRS 2015, 12555 Rn. 84 = MDR 2015, 999.

⁴⁶⁹ BGH BeckRS 2015, 12555 Rn. 84 = MDR 2015, 999.

⁴⁷⁰ BGHZ 96, 221 (223) = NJW 1986, 922; BGH BauR 1981, 395 (398); Kapellmann/Messerschmidt/Langen VOB/B § 13 Rn. 433.

⁴⁷¹ BGHZ 58, 198 (199 f.) = NJW 1971, 615; Leinemann/Schliemann VOB/B § 13 Rn. 479 f.; aA Kaiser, Das Mängelhaftungsrecht in Baupraxis und Bauprozeß, 7. Aufl. 1992, Rn. 119.

⁴⁷² BGH NJW-RR 1992, 788; Ingenstau/Korbion/Wirth VOB/B § 13 Abs. 7 Rn. 122; Kapellmann/Messerschmidt/Langen VOB/B § 13 Rn. 461; Leinemann/Schliemann VOB/B § 13 Rn. 483.

⁴⁷³ Vgl. BGHZ 46, 238 (240) = NJW 1967, 340; BGH NJW-RR 1992, 788; Ingenstau/Korbion/Wirth VOB/B § 13 Abs. 7 Rn. 112; undeutlich Werner/Pastor BauProz Rn. 2219.

⁴⁷⁴ Ingenstau/Korbion/Wirth VOB/B § 13 Abs. 7 Rn. 112.

⁴⁷⁵ OLG Hamm NJW-RR 2004, 1386 (1389).

⁴⁷⁶ BGHZ 54, 352 (357 f.) = NJW 1971, 99; OLG München NZBau 2007, 781; OLG Stuttgart NJW-RR 2007, 1617 (1618); Leinemann/Schliemann VOB/B § 13 Rn. 484.

⁴⁷⁷ BGHZ 46, 238 (239) = NJW 1967, 340 – Abstützungsmaßnahmen; Leinemann/Schliemann VOB/B § 13 Rn. 484.

⁴⁷⁸ BGHZ 46, 238 (240) = NJW 1967, 340.

Vermögensschäden.⁴⁷⁹ Mangelbedingte Schäden aus der Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit des Auftraggebers bzw. anderer in den Schutzbereich des VOB-Vertrags einbezogener Personen sind seit Inkrafttreten der VOB/B 2002 auf der Grundlage von § 13 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B zu ersetzen.⁴⁸⁰ Zu den darüber hinausgehenden Schäden gehören etwa solche an der Einrichtung einer baulichen Anlage, Sachverständigenkosten zur Ermittlung von Mängeln und der Beseitigungsmaßnahmen,⁴⁸¹ Kosten eines Beweisverfahrens oder zusätzlicher Energieverbrauch.⁴⁸² Nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 VOB/B kann bei völlig unbrauchbarer Leistung des Unternehmers auch die Rücknahme der Leistung verlangt und jegliche Zahlung verweigert werden.⁴⁸³ „Darüber hinausgehende“ Schäden können auch Gegenstand eines konkurrierenden Anspruchs aus unerlaubter Handlung sein.⁴⁸⁴

- 120 f) Ausschluss der Mängelhaftung (§ 13 Abs. 3 VOB/B). aa Überblick.** Nach § 13 Abs. 3 VOB/B haftet der Auftragnehmer auch für solche Mängel, die auf die **Leistungsbeschreibung** oder auf **Anordnungen des Auftraggebers**, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder auf die Beschaffenheit der **Vorleistung eines anderen Unternehmers** zurückzuführen sind, es sei denn, der Unternehmer ist der ihm nach § 4 Abs. 3 VOB/B obliegenden Pflicht zur Mitteilung von Bedenken über die zu befürchtenden Mängel nachgekommen (zur Mitteilungspflicht nach § 4 Abs. 3 VOB/B → Rn. 131 ff.). Der Auftragnehmer verletzt seine eigenen Vertragspflichten und trägt insoweit ursächlich zu einem Mangel bei, wenn er die ihm erteilten Anordnungen blindlings befolgt⁴⁸⁵ und Vorleistungen eines anderen Unternehmers unbesehen seiner eigenen Werkleistung zugrunde legt. Die Prüfungs- und Mitteilungsverpflichtung des Unternehmers bezieht sich im Kern darauf, die eigene Leistung frei von Mängeln erstellen zu können. Darüber hinaus besteht keine Nebenpflicht des Auftragnehmers, auf irgendwelche Bedenken gegen Leistungen anderer Unternehmer hinzuweisen, soweit diese mit der von ihm übernommenen Leistungsverpflichtung in keinerlei Zusammenhang stehen.⁴⁸⁶
- 121** Mit der Regelung des § 13 Abs. 3 VOB/B wird der Gedanke verwirklicht, dass der Bauunternehmer nur für solche Mängel einzustehen hat, die Ausdruck einer eigenen Pflichtverletzung sind. Wenn die in § 13 Abs. 3 VOB/B enthaltene Regelung auch der Haftung für die Zeit nach der Abnahme der Unternehmerleistung zugeordnet ist, so ist der **Anwendungsbereich** dieser Bestimmung doch nicht darauf beschränkt; er erstreckt sich vielmehr auch auf die Mängelansprüche, die schon vor der Abnahme gegeben und in § 4 Abs. 7 VOB/B iVm § 8 Abs. 3 VOB/B geregelt sind.
- 122** Die Regelung des § 13 Abs. 3 VOB/B versteht sich vor dem Hintergrund, dass beim Bauvertrag besonders zweifelhaft sein kann, ob Mängel der Werkleistung dem Bauunternehmer zugerechnet werden können. Die Ursache dafür ist einerseits, dass der Bauherr durch die für ihn tätigen Architekten, Ingenieure und Sonderfachleute auf den Vorgang der Bauwerkserrichtung gezielten und nachhaltigen Einfluss nimmt; andererseits hat der Bauunternehmer häufig auf den Leistungen anderer aufzubauen. Es ist daher nur folgerichtig, wenn die speziell auf die Belange des Bausektors abgestimmte VOB/B bei der Regelung der Mängelansprüche das **Problem der Mangelursache** in Anweisungen des Bestellers oder in der Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers in § 13 Abs. 3 VOB/B, § 4 Abs. 3 VOB/B ausdrücklich behandelt. Der Auftraggeber hat zu beweisen, dass den Auftragnehmer im konkreten Fall eine Prüfungs- und Mitteilungsverpflichtung getroffen hat.⁴⁸⁷ Der Auftragnehmer hat seinerseits den Beweis dafür zu führen, dass er seiner Verpflichtung nachgekommen ist.⁴⁸⁸
- 123 bb) Mangelursache beim Auftraggeber.** Die Mangelursache liegt im Verantwortungsbereich des Auftraggebers, wenn dieser den Mangel dadurch herbeigeführt hat, dass er dem Bauunternehmer eine technisch **fehlerhafte oder unvollständige Leistungsbeschreibung** überlassen, ihm **sachwidrige Anordnungen** erteilt oder ihm mangelhafte oder untaugliche **Stoffe oder Bauteile**

⁴⁷⁹ Kapellmann/Messerschmidt/Langen VOB/B § 13 Rn. 481.

⁴⁸⁰ Dazu Kapellmann/Messerschmidt/Langen VOB/B § 13 Rn. 416 ff.

⁴⁸¹ OLG Hamm NZBau 2015, 103 Rn. 21.

⁴⁸² Vgl. auch Ingenstau/Korbion/Wirth VOB/B § 13 Abs. 7 Rn. 141 ff.; Leinemann/Schliemann VOB/B § 13 Rn. 511 ff.

⁴⁸³ BGH Schäfer/Finnern Z 2414, 127.

⁴⁸⁴ BGHZ 61, 203 (203 ff.) = NJW 1973, 1752; Kapellmann/Messerschmidt/Langen VOB/B § 13 Rn. 504 ff.

⁴⁸⁵ BGH NJW 1960, 1813.

⁴⁸⁶ BGH NJW 1974, 747; OLG Köln Schäfer/Finnern § 4 Nr. 3 VOB/B (1973) Nr. 6; aA offenbar OLG Hamm BauR 1990, 731.

⁴⁸⁷ BGH BauR 1974, 202 (203) = NJW 1974, 747.

⁴⁸⁸ BGH NJW 1974, 188; Schäfer/Finnern Z 8.3, 1; OLG Düsseldorf BauR 2001, 638 (639).

vorgeschrieben oder geliefert hat.⁴⁸⁹ Je spezieller die Anordnung ist, desto weiter reicht die Freistellung des Auftragnehmers von seiner Gewährleistungspflicht.⁴⁹⁰ Von vorgeschriebenen Stoffen oder Bauteilen kann allerdings nicht schon dann gesprochen werden, wenn der Auftraggeber für die Bauausführung bestimmte Materialien verlangt und die Stoffwahl nicht einfach dem Unternehmer überlässt. Solange die Bestimmung im Rahmen einer allgemeinen Kennzeichnung bleibt, wie bei einer einvernehmlichen Aufnahme von Baustoffen in ein Leistungsverzeichnis,⁴⁹¹ werden Stoffe oder Bauteile nicht vorgeschrieben.⁴⁹² Dies ist erst dann anzunehmen, wenn Einzelheiten der Stoffzusammensetzung bestimmt, Bezugsquellen angewiesen oder bestimmte Fabrikate unbedingt vorgeschrieben werden,⁴⁹³ so dass dem Unternehmer keine andere Wahl bleibt.

Für den Bereich des Bauvertrages ist es bezeichnend, dass die vom Auftraggeber ausgehenden Maßnahmen, insbesondere die dem Unternehmer erteilten Anweisungen, in aller Regel nicht vom Auftraggeber selbst stammen, sondern von den für ihn tätig werdenden Architekten, Ingenieuren oder sonstigen **Sonderfachleuten** veranlasst werden. Für deren Fehlleistungen als Erfüllungsgehilfen hat der Auftraggeber gemäß § 278 einzustehen (→ Rn. 138). 124

cc) Mangelursache beim Vorunternehmer. Die Mangelursache liegt auch dann nicht beim Auftragnehmer, wenn der Mangel auf die **Untauglichkeit der Vorleistung** eines anderen Unternehmers zurückzuführen ist.⁴⁹⁴ Unter Vorleistungen sind insoweit alle Leistungen zu verstehen, die Auswirkungen auf die Leistung des Auftragnehmers haben, weil sie diese nachteilig beeinflussen können.⁴⁹⁵ Den Vorleistungen eines anderen Unternehmers sind nach Sinn und Zweck auch solche des Auftraggebers gleichzustellen, da der Auftraggeber das Risiko eigener Vorleistungen erst recht trägt.⁴⁹⁶ 125

dd) Prüfungsverpflichtung. Soweit eine Mitteilungsverpflichtung nach § 4 Abs. 3 VOB/B besteht, wonach der Auftragnehmer den Auftraggeber auf Mangelursachen hinzuweisen hat, die nicht aus seiner Sphäre stammen, ist dem notwendigerweise eine Prüfungsverpflichtung des Auftragnehmers vorgelagert. Der Umfang der Prüfungspflicht bemisst sich nach der Sach- und Fachkunde des Auftragnehmers.⁴⁹⁷ Eine (eingeschränkte) Prüfungsverpflichtung des Unternehmers kann auf dem Bausektor dann bestehen, wenn ein fachkundiger Bauherr selbst oder durch seinen Architekten prägenden Einfluss auf die Herstellung des Werkes nimmt, zB in Form von planerischen **Vorgaben und Anordnungen** hinsichtlich der **Baumethode** und der **Baustoffe**. Die von einem fachkundigen Bauherrn bzw. dessen Architekten oder anderen Sonderfachleuten ausgehenden Maßnahmen hat der Bauunternehmer jedenfalls insoweit zu überprüfen, als sie sich auf sein Fach beziehen,⁴⁹⁸ allerdings nur, soweit es sich um offenkundige Fehler handelt. Die Prüfungs- und Mitteilungspflicht entfällt ganz ausnahmsweise nur dann vollständig, wenn der Auftragnehmer sich darauf verlassen kann, dass der fachkundige oder fachkundig beratene Auftraggeber ein bestimmtes Risiko erkannt und bewusst in Kauf genommen hat.⁴⁹⁹ 126

Darüber hinaus hat der Unternehmer, der bei der Errichtung eines Bauwerks mit anderen Unternehmern zusammenwirkt und auf deren Bauleistung aufbaut, die **Vorleistungen** zu prüfen (§ 13 Abs. 3 VOB/B, § 4 Abs. 3 VOB/B). Von dem Unternehmer ist insoweit zu erwarten, dass er nicht nur über die in seinem Fach erforderlichen Materialien und Ausführungsmethoden Bescheid 127

⁴⁸⁹ Vgl. auch Ingenstau/Korbion/Wirth VOB/B § 13 Abs. 3 Rn. 20 ff.; Kapellmann/Messerschmidt/Langen VOB/B § 13 Rn. 92 ff.; Leinemann/Schliemann VOB/B § 13 Rn. 54 ff.

⁴⁹⁰ BGHZ 132, 189 (193) = NJW 1996, 2372; OLG München NZBau 2007, 781 (782).

⁴⁹¹ Dazu *Merl/Hummel* in Kleine-Möller/Merl/Glöckner PrivBauR-HdB § 15 Rn. 123.

⁴⁹² BGH NZBau 2005, 456 (457).

⁴⁹³ BGHZ 91, 206 (213 f.) = NJW 1984, 2457; BGH NJW 1973, 754 (755); NZBau 2006, 456 (457); Ingenstau/Korbion/Wirth VOB/B § 13 Abs. 3 Rn. 47; Kapellmann/Messerschmidt/Langen VOB/B § 13 Rn. 104 ff.; Leinemann/Schliemann VOB/B § 13 Rn. 64.

⁴⁹⁴ Dazu Ingenstau/Korbion/Wirth VOB/B § 13 Abs. 3 Rn. 57 ff.; Kapellmann/Messerschmidt/Langen VOB/B § 13 Rn. 107 f.; Leinemann/Schliemann VOB/B § 13 Rn. 69 f.; vgl. auch BGH NZBau 2001, 495; OLG Düsseldorf NZBau 2000, 331 (332); NJW-RR 1999, 1543 (1544); 1993, 405 (405 f.); OLG Hamm NZBau 2001, 502 (503); OLG München NJW-RR 1987, 854 (854 f.).

⁴⁹⁵ BGH NJW 1974, 747; Kapellmann/Messerschmidt/Langen VOB/B § 13 Rn. 107.

⁴⁹⁶ OLG München NJW-RR 1987, 854; Kapellmann/Messerschmidt/Langen VOB/B § 13 Rn. 107.

⁴⁹⁷ OLG München NZBau 2007, 781 (782); 2011, 683 (685).

⁴⁹⁸ Vgl. dazu BGH BauR 2001, 622; OLG Bamberg NJW-RR 2006, 891 (892); OLG Celle BauR 2002, 812; OLG Düsseldorf BauR 2000, 1337 (1339); OLG Köln NJW-RR 2016, 141 Rn. 17 f.; Kapellmann/Messerschmidt/Merkens VOB/B § 4 Rn. 72 ff.; vgl. auch Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 22 ff.

⁴⁹⁹ OLG Köln NJW-RR 2007, 821 (822); OLG Stuttgart NJW-RR 2007, 1617 (1618); *Werner/Pastor* BauProz Rn. 2014; vgl. auch OLG München NZBau 2007, 781 (782).

weiß, sondern auch über Kenntnisse verfügt, um die Geeignetheit und Brauchbarkeit der Vorleistung zu beurteilen (→ Rn. 120 ff.). Die Überprüfungsverpflichtung von Materialien beschränkt sich freilich auf einfache Prüfungsmethoden. Unter Umständen kann jedoch für den Unternehmer die Verpflichtung bestehen, den Auftraggeber auf bessere, feinere und zuverlässigere Prüfungsmöglichkeiten hinzuweisen. Ist der Hinweis des Unternehmers auf die mangelhafte Vorunternehmerleistung unberechtigt, so gibt dies dem Besteller kein Kündigungsrecht.⁵⁰⁰

- 128 Von der Prüfungsverpflichtung im Hinblick auf Vorleistungen zu unterscheiden ist der umgekehrte Fall, dass die vom Auftragnehmer erbrachte Leistung die Mangelhaftigkeit einer **Nachfolgeleistung** verursacht.⁵⁰¹ Dieser Sachverhalt wird von § 13 Abs. 3 VOB/B, § 4 Abs. 3 VOB/B nicht erfasst: Keinem Zweifel unterliegt, dass ein Unternehmer, der ein Werk mangelhaft herstellt, für hieraus entstehende Mängel der nachfolgenden Leistung eines anderen Unternehmers im Regelfalle verantwortlich und unter den Voraussetzungen des § 634 Nr. 4 oder § 13 Abs. 7 VOB/B schadensersatzpflichtig ist. Fraglich ist allerdings, wie es sich verhält, wenn das vom Unternehmer erstellte Werk mangelfrei ist, die hierauf aufbauende Werkleistung eines anderen nachfolgenden Unternehmers aber deswegen Mängel aufweist, weil diese durch die Eigenschaften der Vorleistung bewirkt worden sind. Insoweit gilt zunächst der Grundsatz, dass die in § 13 Abs. 3 VOB/B, § 4 Abs. 3 VOB/B zum Ausdruck kommende Prüfungsverpflichtung des Unternehmers allein auf das ausgerichtet ist, was dem Unternehmer, sei es durch Maßnahmen des Auftraggebers, sei es durch Vorleistungen anderer Unternehmer, vorgegeben wird, nicht aber auf nachfolgende Leistungen Dritter.
- 129 Hieraus folgt, dass der Unternehmer im Grundsatz nicht verpflichtet ist, sich mit dem Auftraggeber oder mit nachfolgenden Unternehmern in Verbindung zu setzen, um zu ergründen, wie diese nachfolgende Leistungen auszuführen gedenken und ob diese Ausführung mit der von ihm erbrachten Leistung technisch harmoniert.⁵⁰² Nur im Ausnahmefall ist der Unternehmer gehalten, seine **Leistung mit der des nachfolgenden Unternehmers abzustimmen**. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch der Werkleistung gerade darin besteht, dass der nachfolgende Unternehmer eine geeignete Grundlage für seine Leistung erhält. Außerdem kann der Unternehmer gehalten sein, dem Auftraggeber bzw. dem nachfolgenden Unternehmer Hinweise zu geben und diesen über die Vorleistung aufzuklären, wenn diese nicht geeignet ist, um darauf eine weitere Leistung „aufzubauen“, oder offenkundig ist, dass der nachfolgende Unternehmer nicht fehlerfrei arbeiten wird.⁵⁰³
- 130 Verletzt der Bauunternehmer seine Prüfungsverpflichtung, weil er die zu erwartende Prüfung nicht vorgenommen und sich daher Bedenken gegen die Bauausführung verschlossen hat, ist er für Mängel der Leistung verantwortlich und den Mängelansprüchen des Auftraggebers ausgesetzt, auch wenn die Mangelursache in den Anordnungen des Auftraggebers oder in der Untauglichkeit der Vorleistung eines anderen Unternehmers zu suchen ist. Der **Auftraggeber** muss sich aber dann, wenn die Ursache des Mangels aus seinem Verantwortungsbereich herrührt, ein **mitwirkendes Verschulden** gemäß § 254 entgegenhalten lassen; für seinen Architekten, seinen Statiker oder seine sonstigen Sonderfachleute hat er gemäß § 278 einzustehen (→ § 650p Rn. 38). Bei reinem Aufsichtsversagen scheidet jedoch die Anwendbarkeit des § 254 aus (→ § 631 Rn. 110). Das Wissen der eingeschalteten Sonderfachleute kann dem Auftraggeber im Einzelfall nach dem Rechtsgedanken des § 166 zuzurechnen sein.⁵⁰⁴
- 131 **ee) Mitteilungsverpflichtung nach § 4 Abs. 3 VOB/B.** Die **Haftungsfreistellung** des Auftragnehmers tritt nach § 13 Abs. 3 VOB/B nur ein, wenn dieser seiner Mitteilungsverpflichtung nach § 4 Abs. 3 VOB/B nachgekommen ist. Dies hat der Auftragnehmer zu beweisen. Hat der Unternehmer gegen die vorgesehene Art der Ausführung, gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder die Leistungen anderer Unternehmer Bedenken, hat er diese dem Auftraggeber unverzüglich – möglichst schon vor Beginn der Ausführung – mitzuteilen. Die dem Bauunternehmer in dieser Weise auferlegte Verpflichtung, die mit dazu beitragen soll, dass das geschuldete Werk frei von Mängeln entsteht, findet ihre Rechtfertigung darin, dass es dem Unternehmer nicht erlaubt sein kann, bei bestehenden Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung oder gegen die Leistung von Vorunternehmern sich über die Bedenken hinwegzusetzen und seine eigene Leistung zu erbringen, ungeachtet des Umstandes, dass Mängel zu befürchten sein werden. **Unterlässt der Unternehmer die Mitteilung** erkannter Mängel gleichwohl, ist er allein

⁵⁰⁰ OLG Düsseldorf BeckRS 2018, 2312 Rn. 158 = NZBau 2018, 607; BauR 1992, 381.

⁵⁰¹ Hierzu BGH NJW 1983, 875 (876); WM 1970, 354 (355); Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 49.

⁵⁰² BGH NJW 1983, 875 (876); BauR 1975, 341 (342); WM 1970, 354 (355).

⁵⁰³ BGH NJW 1983, 875 (876); BauR 1975, 341 (342); OLG Köln NJW-RR 1995, 19; 1994, 1045 (1045 f.); Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 49.

⁵⁰⁴ OLG Köln NJW-RR 2007, 821 (822).