

Ausgewählter Text aus den wöchentlich jeden Montag erscheinenden Wussov-
Informationsbriefen: 46. Jg. Nr. 28 vom 13.7.98 Seite 110/111

Baumängel – Haftung des Auftragnehmers bei mangelhafter Vorleistung, Mitverschulden des Auftraggebers wegen unterlassener Überwachung? (§§ 4 Nr. 3, 13 VOB B, § 254 BGB)

Wird eine Bauleistung mangelhaft erbracht, ist der Auftragnehmer nach § 13 VOB B gewährleistetungspflichtig. Das gilt auch dann, wenn die Mangelhaftigkeit darauf zurückzuführen ist, daß Vorarbeiten eines anderen Unternehmers, auf denen die Bauleistung des Nachfolgeunternehmers aufbaut, fehlerhaft erbracht wurde. Denn der Auftragnehmer ist verpflichtet, eine solche Vorleistung daraufhin zu überprüfen, ob sie einwandfrei ist. (Vgl. *Ingenstau/Korbion* VOB, 13. Aufl., Randziff. 234 ff. zu § 4 VOB B). Unterläßt er eine solche Prüfung, bleibt es bei seiner Gewährleistungspflicht (vgl. BGH BauR 74, 202 = NJW 74, 747 = MDR 74, 574). Die Haftung des Zweitunternehmers entfällt in einem solchen Fall nur dann, wenn er den Auftraggeber gemäß § 4 Nr. 3 VOB B schriftlich auf Bedenken wegen der mangelhaften Vorleistung des Erstunternehmers hingewiesen hat.

Allerdings kann sich der Auftragnehmer auch bei unterlassenem schriftlichen Hinweis nach § 4 Nr. 3 VOB B bei grundsätzlich bestehender Haftung auf ein Mitverschulden des Auftraggebers (§ 254 BGB) dann berufen, wenn dieser durch eigene Fehler zur Mangelhaftigkeit der Vorleistungen und damit zur Mangelhaftigkeit der Leistung des Zweitunternehmers beigetragen hat. (Vgl. *Ingenstau/Korbion*, VOB, 13. Aufl., Randziff. 270 ff. zu § 4 VOB B). Anerkannt ist jedoch, daß ein Mitverschulden des Auftraggebers nicht daraus hergeleitet werden kann, dieser oder der von ihm beauftragte Architekt hätten den Auftragnehmer bei der Erbringung seiner eigenen Leistung nicht hinreichend überwacht (vgl. *Ingenstau/Korbion*, Randziff. 111 zu § 4 VOB B). Hauptfall eines dem Auftraggeber, der insoweit für seinen Architekten einzustehen hat, zur Last zu legenden Mitverschuldens ist ein Planungsfehler, der zur mangelhaften Leistung des Auftragnehmers beigetragen hat.

Streitig ist, ob dann, wenn eine fehlerhafte Vorleistung Ursache der Mangelhaftigkeit des Zweitunternehmers ist, dieser ein Mitverschulden des Auftraggebers damit begründen kann, er habe die Vorleistung des Erstunternehmers nicht hinreichend auf Mangelfreiheit bzw. Eignung als Grundlage für die Nachfolgeleistung überprüft. Das OLG Frankfurt/M. vertritt in einem Urteil vom 12.2.98 (12 O 215/96) die Auffassung, daß eine solche Unterlassung des Auftraggebers sehr wohl ein Mitverschulden begründe, das hier sogar mit 50% veranschlagt wird. Dies deshalb, weil der Auftraggeber hier im Sinne des § 254 BGB sich nicht hinreichend um die Wahrnehmung seiner eigenen Interessen gekümmert habe.

Ich halte die Entscheidung nicht für richtig. Es wird hier in Wahrheit dem Auftragnehmer, soweit es um negative Auswirkungen der Leistung des Erstunternehmers auf die Bauleistung des Nachfolgeunternehmers geht dem Nachfolgeunternehmer letztlich doch wiederum die Möglichkeit eröffnet, sich zu seiner Entlastung auf mangelnde Beaufsichtigung durch den Auftraggeber zu berufen. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb dies untersagt sein soll, soweit es um die unmittelbare Mangelhaftigkeit der Leistung des Zweitunternehmers geht, nicht aber, soweit es darum geht, daß diese Mangelhaftigkeit durch fehlende Leistung eines Vorunternehmers verursacht ist, die vom Auftraggeber nicht bemerkt wurde. In einem solchen Fall werden zwar der Unternehmer der Vorleistung und der Nachfolgeunternehmer im Verhältnis zum Auftraggeber grundsätzlich nicht als Gesamtschuldner angesehen, weil sie vertragliche Pflichten unterschiedlichen Inhaltes zu erfüllen haben. Der Auftraggeber kann aber ausnahmsweise wahlweise den Vorunternehmer oder den Auftragnehmer wegen der ganzen verfehlten Leistung in Anspruch nehmen, falls sich die von ihnen geschuldeten Leistungsbereiche im Rahmen der vorzunehmenden Nachbesserung in technischer Hinsicht nicht voneinander trennen lassen, beide Unternehmer also eine Zweckgemein-

schaft bilden (vgl. *Ingenstau/Korbion*, VOB, 13. Aufl., Randziff. 244 zu § 4 VOB B; BGH *Bauhoff* 75, 130; OLG Hamm *Bauhoff* 95, 852). Der zuerst Inanspruchgenommene, der den Auftraggeber befriedigt hat, ist dann jedoch berechtigt, von dem Auftraggeber zu verlangen, daß er ihm den Anspruch gegen den anderen Unternehmer in sinngemäßer Anwendung des § 255 BGB abtritt. Auch können ihm gegen diesen Ausgleichsansprüche aus Geschäftsführung in Auftrag (§ 683 BGB) oder aus ungerechtfertigter Bereicherung zustehen. Bei dem hierauf gestützten Ausgleich wird im Allgemeinen der vorleistende Unternehmer, der die eigentliche Ursache für die verfehlte Bauausführung gesetzt hat, im Verhältnis zum Nachfolgeunternehmer, der nur seine Prüfungs- und Mitteilungspflicht verletzt hat, im Innenverhältnis den vollen Schaden zu tragen haben.

Folgt man der Entscheidung des OLG Frankfurt/M. wird im Gegensatz dazu der eigentlich verantwortliche Erstunternehmer durch Verlagerung eines Teils des Schadens auf den Auftraggeber entlastet, letztlich mit der unzulässigen Begründung, dieser habe den Erstunternehmer nicht hinreichend überwacht. Daß im zur Entscheidung stehenden Fall der Erstunternehmer wegen zwischenzeitlichen Konkurses nicht mehr belangbar war, ist für die Beurteilung der Haftungsfrage unerheblich.