

Rundschreiben 07/2013

Thema: Die Bedenkenanzeige nach VOB/B / Baurecht

1. Einleitung

Viele Auftragnehmer haften, weil sie vergessen haben, bzw. nicht wussten, dass man in der „Gewährleistung“ ist, wenn man seinen Auftraggeber nicht darauf aufmerksam macht, dass die zur Verfügung gestellte Planung unrichtig, unvollständig, Vorleistungen anderer Handwerker mangelhaft bzw. das vorgeschriebene oder gestellte Baumaterial fehlerhaft sind. Viele Auftragnehmer glauben, dass sie nur für die eigene Leistung haften und mit Fehlern anderer nicht belastet werden können. Ein fataler Irrtum, der zu erheblichen finanziellen Belastungen führen kann. Die VOB/B hat hierfür ein eigenes Instrument entwickelt, die „Bedenkenanzeige“. Wann muss man Bedenken anmelden? Welchen Inhalt hat eine Bedenkenanzeige? Gibt es hier Formvorschriften oder einen Mindestinhalt? An wen ist eine Bedenkenanzeige zu richten? Diese und weitere Fragen werden nachfolgend näher behandelt.

2. Inhalt der Bedenkenanzeige

Die Bedeutung der Bedenkenanzeige wird von Auftragnehmern sträflich vernachlässigt. Es gibt zahlreiche Fälle, in denen der Auftragnehmer allein deshalb haftet, weil er auf eine Bedenkenanzeige verzichtet oder diese unzureichend formuliert hat. Der Auftragnehmer schuldet den Erfolg. Selbst wenn dieser Erfolg nicht erreicht werden kann, weil beispielsweise der Auftraggeber eine fehlerhafte Leistungsbeschreibung geliefert hat, Anordnungen des Auftraggebers unzureichend waren oder vorgeschriebene Baustoffe mangelhaft sind bzw. Vorleistungen anderer Auftragnehmer, auf die der Auftragnehmer aufbaut, gerät er dennoch in die Haftung.

Übersicht: Ausschluss wegen Verantwortlichkeit des Auftraggebers

	VOB-Vertrag
Rechtsgrundlage	§ 13 Abs. 3 VOB/B
Fallgruppen	<ul style="list-style-type: none">- Mangel beruht auf fehlerhafter Leistungsbeschreibung des Auftraggebers- Mangel geht auf fehlerhafte Anordnung des Auftraggebers zurück- Mangel beruht auf vom Auftraggeber gelieferten oder vorgeschriebenen Baustoffen- Mangel geht (ausschließlich) auf mangelhafte Vorleistung zurück
Grenze	Ausschluss entfällt ganz oder teilweise, wenn Auftragnehmer seine Prüf- und Hinweispflicht verletzt hat.

Im Gegensatz zum BGB enthält die VOB/B in § 13 Abs. 3 VOB/B eine detaillierte Regelung bereit. Ist der Mangel zurückzuführen auf:

- die Leistungsbeschreibung, (sofern sie vom Auftraggeber bzw. dessen Architekten stammt)
oder
- Anordnungen des Auftraggebers
oder
- vom Auftraggeber gelieferte oder vorgeschriebene Stoffe oder Bauteile
oder
- die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmer
und

der Auftragnehmer unverzüglich *und* schriftlich seine Bedenken gegen diese Umstände angemeldet hat; § 4 Abs. 3 VOB/B.

Ist eine solche Bedenkenanzeige unterblieben, so ist der Auftragnehmer weiterhin zur Haftung nach § 13 Abs. 5 - 7 VOB/B verpflichtet, da er seine Prüfungs- und Hinweispflicht verletzt hat.

Der erkannte Fehler ohne Hinweis:

Hat der Auftragnehmer den Fehler einer Auftraggeberanordnung oder einer Vorunternehmerleistung erkannt oder hätte er ihn erkennen müssen, so ist er zu einem Bedenkenhinweis nach § 4 Abs. 3 VOB/B verpflichtet.

Unterlässt er diesen Hinweis, so haftet er für den entstandenen Schaden nicht nur quotal sondern **in vollem Umfang**.

Der erkannte Fehler mit Hinweis:

Hat der Auftragnehmer den Fehler in den Auftraggeberangaben oder bei der Vorunternehmerleistung erkannt, so muss er den Auftraggeber nach § 4 Abs. 3 VOB/B auf den Fehler hinweisen.

Die Bedenkenhinweispflicht erfordert einen Hinweis:

- zur richtigen Zeit,
- mit dem richtigen Inhalt,
- in der richtigen Form und
- an den richtigen Adressaten

Im Einzelnen bedeutet dies:

Hinweis zur richtigen Zeit:

Die Mitteilung muss unverzüglich und in jedem Falle so rechtzeitig vor der Ausführung der Leistung erfolgen, dass der Auftraggeber noch disponieren kann. Dabei ist zu unterscheiden:

- Prüfung von Auftraggeberanordnungen:

Der Auftragnehmer muss alle Anordnungen des Auftraggebers (Leistungsbeschreibungen, Pläne, vorgeschriebene Baustoffe oder Verfahren) überprüfen. Die Sachkunde des Auftraggebers entbindet den Auftragnehmer nicht von seiner Prüfungspflicht.

Handelt es sich um eine sehr spezielle Bauaufgabe und ist der ausführende Betrieb auf derartige Arbeiten spezialisiert, so geht seine Prüfungspflicht weiter, als wenn es sich um einfache, wenig schwierige Bauaufgaben handelt und beim Auftragnehmer nur durchschnittliche Kenntnisse vorausgesetzt werden können.

Als Faustregel kann man sich merken:

MERKE:

Je spezieller die Erfahrung des fraglichen Auftragnehmers ist, desto größere Anforderungen werden an seine Prüfungspflicht gestellt.

- Überprüfung von Vorunternehmerleistungen:

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, die Vorunternehmerleistung, auf der er seine Leistung aufbauen will, sorgfältig zu überprüfen. Der Umfang der Überprüfungspflicht orientiert sich an objektiven Kriterien.

Nach diesen objektiven Kriterien ist zu beurteilen, welche Kenntnisse der Auftragnehmer auch von der Leistung seines Vorunternehmers haben muss, damit er mit seiner Leistung aufbauen kann.

MERKE:

Der nachfolgende Auftragnehmer muss Kenntnisse haben, die ihm eine zutreffende Beurteilung der Vorunternehmerleistung ermöglichen.

Hinweis mit richtigem Inhalt:

Die Bedenken nach § 4 Abs. 3 VOB/B sind durch den Auftragnehmer zu begründen. Für den Auftraggeber muss in nachvollziehbarer Weise dargestellt werden, aus welchen Gründen seine Anordnungen, Pläne und/oder die vorgeschriebenen Materialien oder Vorunternehmerleistungen bedenklich sind.

Hinweis in der richtigen Form:

Die Erklärung nach § 4 Abs. 3 VOB/B „soll“ schriftlich erfolgen. Die Schriftform ist somit nicht zwingend. Im BGB-Vertrag reicht grundsätzlich ein mündlicher Hinweis, weil die Schriftlichkeit nur in § 4 Abs. 3 VOB/B für den VOB-Vertrag erwähnt ist. Aber selbst beim VOB-Vertrag kann ausnahmsweise ein mündlicher Hinweis reichen, wenn der Auftragnehmer die Bedenken eindeutig, d.h. inhaltlich klar und vollständig geäußert hat.

Dem Auftragnehmer ist aber aus Gründen der Beweislast eine schriftliche Bedenkenanmeldung dringendst zu empfehlen. Derartige Bedenkenanmeldungen sollten auch beweisbar erfolgen.

Hinweis an den richtigen Adressaten:

Bedenken sollten direkt an den Auftraggeber erfolgen. Die Bedenken können zwar gegenüber dem Architekten (gegenüber dem Bauleiter genügt nicht) geltend gemacht werden. „Verschließt“ sich der Architekt jedoch den Bedenken, so muss der Auftragnehmer die Bedenken unmittelbar gegenüber dem Auftraggeber geltend machen¹.

Es empfiehlt sich deshalb für Auftragnehmer, derartige Bedenkenhinweise direkt an den Auftraggeber zu richten, gegebenenfalls entsprechende Durchschriften an den Architekten zu fertigen.

¹ BGH IBR 1997, 277

TIPP:

Im Zweifel sollten Bedenken gegen Vorgewerke, gegen Anordnungen des Auftraggebers oder die Eignung der vorgeschriebenen Baustoffe immer schriftlich angemeldet werden, ohne darauf zu vertrauen, dass im Einzelfall keine Prüfungs- und Hinweispflicht besteht.

Die Bedenken sollten sowohl gegenüber dem Auftraggeber als auch gegenüber dessen Architekten erklärt werden; denn der Hinweis allein gegenüber dem Architekten reicht im Zweifel nicht, insbesondere dann nicht, wenn der Architekt sich den Bedenken des Auftragnehmers verschließt oder wenn der Fehler vom Architekten zu vertreten ist.

Ist der Bedenkenhinweis – gegebenenfalls gegenüber dem Auftraggeber – korrekt und ordnungsgemäß erfolgt, so ist der Auftragnehmer von seiner Haftung frei, wenn der Auftraggeber dennoch auf der ursprünglich vorgesehenen Ausführung besteht.

Dies gilt zumindest dann, wenn der Schadenseintritt nur möglich, aber nicht sicher ist. In diesem Fall ist der Auftragnehmer zur Ausführung verpflichtet.

Dies gilt nicht, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit einem Schaden zu rechnen ist oder wenn die auftraggeberseitig vorgeschriebene Ausführung gegen behördliche Genehmigungen oder Anordnungen verstößt. In diesem Falle kann der Auftragnehmer außerordentlich kündigen.

Nicht erkannte Fehler, unterlassener Hinweis:

Hat der Auftragnehmer einen Fehler nicht erkannt und den Bedenkenhinweis nach § 4 Abs. 3 VOB/B unterlassen, so haftet er grundsätzlich für die gesamte mangelhafte Leistung.

MERKE:

Es ergibt sich somit für den Umfang der Prüfungspflicht folgende Abstufung:

1. Die Prüfungspflicht hinsichtlich der vom Auftraggeber beigestellten oder bindend vorgeschriebener Stoffe und Bauteile ist grundsätzlich am stärksten, weil der Auftragnehmer auf diesem Gebiet am ehesten die Sachkunde besitzt bzw. besitzen muss; immerhin hat im Regelfall er die entsprechenden Stoffe beizustellen².
2. Der Umfang der Prüfungspflicht hinsichtlich der Vorleistungen anderer Unternehmer ist geringer, da diese das eigentliche Fachgebiet des Auftragnehmers nur dort berühren, wo seine Leistung später unmittelbar darauf aufbaut. Anhaltspunkte für die Prüfungspflicht hinsichtlich der Vorleistung anderer Gewerke finden sich häufig in Abschnitt 3 der jeweiligen DIN³.
3. Der Umfang der Prüfpflicht ist am geringsten hinsichtlich der vorgesehenen Art der Ausführung, weil diese grundsätzlich dem Planungsbereich angehört, in dem der Auftraggeber regelmäßig einen eigenen Fachmann, nämlich den Architekten oder Sonderfachmann beschäftigt. Bedenken gegen die der Ausführung zugrundelegenden Planung muss der Auftragnehmer also nur bei offenkundigen Fehlern geltend machen⁴.

² BGH BauR 2000, 262; Brandenburgisches OLG BauR 2002, 1709; OLG Hamm BauR 2003, 101;

³ Allerdings ist kein Auftragnehmer verpflichtet, die Nachfolgeunternehmer anzuhalten, die anerkannten Regeln der Technik einzuhalten, vgl. OLG Düsseldorf IBR 1993, 457

⁴ OLG Celle BauR 2002, 812; OLG Bamberg BauR 2002, 1708; OLG Hamm BauR 2003, 1052

3. Muster einer Bedenkenanzeige

Nachfolgend ein Beispiel für die Abfassung einer Bedenkenmitteilung. Auch hier gilt wie bei vielen Schreiben im Bauverkehr, man muss auch nachweisen können, dass das Schreiben zugegangen ist. Daher sollte nicht nur auf die Abfassung einer Behinderungsanzeige Wert gelegt werden, sondern auch auf einen beweisbaren Zugang. Die beste Behinderungsanzeige ist nutzlos, wenn deren Zugang nicht bewiesen werden kann.

MUSTER: Bedenkenhinweis des Auftragnehmers	
Anschrift Auftraggeber	Ort, Datum
<p>Bauvorhaben : _____ Bauvertrag vom : _____ hier: Bedenken wegen der vorgesehenen Art der Ausführung gem. § 4 Abs. 3 VOB/B</p> <p>Sehr geehrte Damen und Herren, sehr geehrte/r _____,</p> <p>gem. § 4 Abs. VOB/B haben wir Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung, gegen die Güte der von Auftraggeberseite gelieferten Stoffe oder Bauteile oder die Leistungen anderer Unternehmer unverzüglich mitzuteilen. Eine Überprüfung am Bauvorhaben ergab, dass folgende Bedenken auf unserer Seite bestehen:</p> <p>_____</p> <p>_____</p> <p>Wir vertreten die Auffassung, dass die genannten Punkte evtl. zu später auftretenden Mängeln führen könnten, weil</p> <p>_____</p> <p>Wir bitten Sie daher, die von uns dargestellten Punkte zu prüfen und uns möglichst kurzfristig Mitteilung darüber zukommen zu lassen, ob unseren Bedenken Rechnung getragen wird oder aber die Werkleistung wie vertraglich vereinbart ausgeführt werden soll.</p> <p>Wir bitten um Stellungnahme bis spätestens _____ .</p> <p>Wir weisen indessen lediglich vorsorglich darauf hin, dass, sollten unsere Bedenken berechtigt sein und aus diesem Grund zu einem späteren Zeitpunkt Mängel oder Schäden auftreten, wir gem. § 13 Abs. 3 VOB/B insoweit von der Gewährleistung frei sind.</p> <p>Mit freundlichen Grüßen </p>	

4. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen belegen, dass die Bedenkenanzeige ein wichtiges Mittel ist, um eine Haftung zu vermeiden. Lieber eine Bedenkenanzeige zu viel, als eine zu wenig. Auf deren Dokumentation, insbesondere Zugang, ist zu achten.