



Erster Teil:

## **Einleitung und Vorüberlegungen**



## A. Einleitung

Die Frage, ob und in welchem Umfang die Vertragsparteien Hinweispflichten und diesen vorgeschaltet auch Prüfungspflichten treffen sowie welche Konsequenzen sich daraus ergeben, ist immer wieder Gegenstand der wissenschaftlichen Diskussion.<sup>1</sup> Aufgrund der Vielzahl möglicher Fallgestaltungen und der daraus folgenden Schwierigkeit, konkrete und gleichzeitig allgemeingültige Voraussetzungen für Hinweispflichten zu definieren<sup>2</sup>, wird sich hier wohl auch keine endgültige Klärung herbeiführen lassen. Wenig beachtet wurde im Rahmen der Auseinandersetzung jedoch bislang, ob und inwieweit der Baustoffhändler gegenüber dem Unternehmer im Hinblick auf dessen Pflichten nach § 4 Abs. 3 VOB/B ebenfalls zu einem Hinweis verpflichtet ist.

## I. Problemstellung

Wird ein Unternehmer im Rahmen eines Bauvorhabens beauftragt, eine Werkleistung zu erbringen und werden – wie regelmäßig – die VOB/B in den Vertrag einbezogen, so treffen ihn nach § 4 Abs. 3 VOB/B bestimmte Hinweispflichten gegenüber dem Auftraggeber (beim Werkvertrag ohne Einbeziehung der VOB/B sind diese nicht gesetzlich normiert, werden aber aus der Erfolgsschuld des Unternehmers<sup>3</sup> oder aus § 242 BGB<sup>4</sup> hergeleitet). Er muss Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung, gegen die Qualität der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich mitteilen. Erfolgt eine solche Mitteilung, entfällt eine Haftung des Unternehmers für einen Mangel seines Werks, wenn dieser Mangel auf die genannten Umstände zurückzuführen ist (§ 13 Abs. 3 VOB/B). Hat der Unternehmer die vom Auftraggeber geforderten, aber für den Zweck ungeeigneten Baustoffe von einem Baustoffhändler bezogen, stellt sich die Frage, ob dieser den Unternehmer ebenfalls hätte darauf hinweisen müssen, dass die bestellten Baustoffe für die beabsichtigte Verwendung ungeeignet sind. Da im Verhältnis zwischen Unternehmer und Baustoffhändler regelmäßig Kaufrecht angewendet wird, sind die Regelungen der §§ 4 Abs. 3, 13 Abs. 3 VOB/B hier nicht vereinbart. Auch deren entsprechende Anwendung aus § 242 BGB scheidet auf den ersten Blick aus, weil ein Kaufvertrag

---

<sup>1</sup> Vgl. nur zuletzt Winter, Aufklärungspflichten beim Aufhebungsvertrag; Rong, Entwicklung der Aufklärungspflichten; Schmidt-Dohlich, Aufklärungspflichten von Banken; Rehm, Aufklärungspflichten im Vertragsrecht.

<sup>2</sup> So hält Medicus, Reformvorschläge, S. 539, eine vollständige Erfassung von Aufklärungspflichten denn auch für ausgeschlossen.

<sup>3</sup> Kleine-Möller/Merl, Handbuch Baurecht, § 15, Rn. 132.

<sup>4</sup> OLG Karlsruhe, BauR 2003, 1593 (1594); Staudinger- Peters/Jacoby, § 633, Rn. 63.



vorliegt. Insofern kann es zu einer Regresslücke kommen, wenn der Unternehmer zwar seinem Auftraggeber gegenüber aufgrund der unterbliebenen Mitteilung haftet, er jedoch bei seinem Lieferanten keinen Regress nehmen kann, weil diesen keine Hinweispflicht trifft.

Folgendes Beispiel zur Veranschaulichung: Ein Unternehmer wird vom Bauherrn beauftragt, auf der einen Seite eines Gebäudes neue Fensterrahmen einzubauen. Auf den anderen Seiten befinden sich bereits Fensterrahmen, die den Farbton RAL 9006 aufweisen. Der Bauherr teilt dem Unternehmer mit, dass die neuen Fensterrahmen ebenfalls in dem Farbton RAL 9006 gefertigt werden sollen. Er geht dabei – genau wie der Unternehmer – davon aus, dass sie dann auch exakt den gleichen Farbton besitzen werden wie die Bestandsfensterrahmen. Dem liegt jedoch die unzutreffende Annahme zugrunde, dass der Farbton RAL 9006 ein klar definierter Farbton ist. In Wirklichkeit handelt es sich dabei um einen Grauton, der unterschiedlich hell oder dunkel ausfallen kann, sodass er keinesfalls immer gleich aussieht. Der Unternehmer bestellt sodann die Fensterrahmen in der Farbe RAL 9006 bei einem Händler und baut sie in das Gebäude seines Auftraggebers ein. Nach dem Einbau stellt sich heraus, dass die neuen Fensterrahmen farblich von den Bestandsfensterrahmen abweichen. Da eine genaue Bestimmung des Farbtons durch die Vorgabe RAL 9006 nicht möglich war, hätte der Unternehmer den Bauherrn darauf hinweisen müssen, dass die beabsichtigte Art der Ausführung ungeeignet ist. Er haftet also dem Bauherrn, kann aber möglicherweise bei seinem Lieferanten keinen Regress nehmen, weil im Verhältnis zu diesem kein Werkvertrag vorliegt und die gelieferten Fensterrahmen für sich genommen mangelfrei sind.

## **II. Zielstellung und Gang der Untersuchung**

Die vorliegende Untersuchung soll einen Beitrag dazu liefern, den Umfang der Hinweis- und gegebenenfalls auch vorheriger Prüfungspflichten des Baustoffhändlers gegenüber dem Unternehmer und damit an der Schnittstelle zwischen Kaufvertrags- und Werkvertragsrecht näher zu bestimmen. Zudem soll erörtert werden, ob diese Pflichten von denen des Unternehmers gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B bzw. § 242 BGB in Inhalt und Umfang abweichen, ob eine Abweichung gegebenenfalls eine Regresslücke zur Folge hat und welche Möglichkeiten dann für den Unternehmer bestehen, einen Gleichklang von Prüfungs- und Hinweispflichten herzustellen.

Zu diesem Zweck ist zunächst zu klären, wieweit die Prüfungs- und Hinweispflichten des Unternehmers nach § 4 Abs. 3 VOB/B bzw. § 242 BGB reichen und welche Rechtsfolgen bei



einem unterbliebenen Hinweis eintreten. Hier ist insbesondere zu untersuchen, ob es sich bei der Prüfungs- und Hinweispflicht nicht in Wirklichkeit nur um eine Obliegenheit handelt, wenn ein Verstoß keine eigenständigen Schadensersatzansprüche, sondern lediglich den Nichteintritt einer dem Unternehmer günstigen Rechtsfolge (Befreiung von der Gewährleistung) zur Folge hat.<sup>5</sup> In diesem Fall würde der Unternehmer nicht wegen einer Verletzung seiner Prüfungs- und Hinweispflicht haften, sondern wegen eines Mangels seines Werks. Es bestünde dann gar kein Bedürfnis für besondere Prüfungs- und Hinweispflichten des Baustoffhändlers.

In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob zwischen Baustoffhändler und Unternehmer tatsächlich Kaufrecht zur Anwendung gelangt oder ob nicht vielmehr aufgrund des Kaufgegenstandes (Baustoffe) Werkvertragsrecht angewendet werden sollte. Dies hätte die Konsequenz, dass der Umfang etwaiger Prüf- und Hinweispflichten des Baustoffhändlers sich dann an den Wertungen des Werkvertrages zu orientieren hätte.

Sollte hingegen Kaufrecht zur Anwendung gelangen, ist zu klären, in welchem Umfang und auf welcher gesetzlichen Grundlage Prüf- und Hinweispflichten grundsätzlich erst einmal für jeden Verkäufer bestehen. Im Anschluss wäre dann zu erörtern, ob und in welchem Umfang im Hinblick auf die Pflichten des Unternehmers nach § 4 Abs. 3 VOB/B bzw. § 242 BGB besondere Prüfungs- und Hinweispflichten des Baustoffhändlers bestehen. Zu diesem Zweck sollen Fallgruppen gebildet werden, in welchen Konstellationen bei bestehender Hinweispflicht des Unternehmers auch eine Hinweispflicht des Baustoffhändlers bejaht werden muss.

Sodann sind die so ermittelten Pflichten des Baustoffhändlers mit denjenigen des Unternehmers nach § 4 Abs. 3 VOB/B bzw. § 242 BGB zu vergleichen. Sollte es hier zu einer Abweichung kommen, ist zu untersuchen, wie sich diese Abweichung praktisch auswirkt, also ob sie zu einer Regresslücke bei Inanspruchnahme des Baustoffhändlers führt.

Kommt die Untersuchung hier zu dem Ergebnis, dass ein mögliches Weniger an Pflichten zu einer Regresslücke führt, ist schließlich zu prüfen, ob aufgrund einer daraus resultierenden besonderen Schutzbedürftigkeit des Unternehmers die Regelung in § 4 Abs. 3 VOB/B bei Kaufverträgen über Baustoffe generell gemäß § 242 BGB entsprechende Anwendung finden muss.

---

<sup>5</sup> So Locher, Privates Baurecht, Rn. 191.



Für den Fall, dass eine solche entsprechende Anwendung zu verneinen ist, soll schließlich erörtert werden, welche Möglichkeiten für den Unternehmer bestehen, einen Gleichklang der Prüfungs- und Hinweispflichten herzustellen. Dabei ist insbesondere darauf einzugehen, ob für den Unternehmer die Möglichkeit besteht mit dem Baustoffhändler die Geltung der VOB/B zu vereinbaren, ob durch eine vertragliche Abrede bestimmt werden kann, dass es sich bei dem zwischen Unternehmer und Baustoffhändler geschlossenen Vertrag um einen Werkvertrag gemäß §§ 631 ff. BGB handelt und schließlich ob durch eine sonstige vertragliche Bestimmung kongruente Pflichten festgelegt werden können.

## **B. Terminologie**

In der Rechtsprechung und Literatur insbesondere zum Kaufrecht finden sich für die hier bereits eingangs verwendeten Begriffe „Prüfungs- und Hinweispflichten“ oft auch andere Bezeichnungen. So wird etwa statt von „Prüfungspflichten“ häufig von „Untersuchungspflichten“ gesprochen<sup>6</sup> und statt von „Hinweispflichten“ oft von „Aufklärungspflichten“<sup>7</sup>. Eine inhaltliche Abgrenzung ist mit diesen unterschiedlichen Begriffen jedoch meist nicht verbunden, sie werden für gewöhnlich synonym verwendet.<sup>8</sup> Da es vorliegend auch um einen Vergleich des Pflichtenprogramms des Verkäufers mit demjenigen des Unternehmers geht und sich im Werkvertragsrecht für die Pflichten des Unternehmers nach § 4 Abs. 3 VOB/B bzw. § 242 BGB die Bezeichnungen „Prüfungspflicht“<sup>9</sup> und „Hinweispflicht“<sup>10</sup> eingebürgert haben, sollen diese Bezeichnungen im Rahmen dieser Arbeit nicht nur im Werkvertrags-, sondern auch im Bereich des Kaufrechts verwendet werden.

Soweit es um die beteiligten Personen geht, sollen die aus dem BGB stammenden Begriffe „Unternehmer“ und „Besteller“ (z.B. § 631 Abs. 1 BGB) einheitlich auch beim VOB-Vertrag, anstelle der dort verwendeten Bezeichnungen „Auftragnehmer“ und „Auftraggeber“ (z.B. § 4 Abs. 3 VOB/B), verwendet werden.

---

<sup>6</sup> BGH, ZIP 1994, 1863 (1867); Staudinger- Beckmann, § 433, Rn. 147; MünchKommBGB-Westermann, § 433, Rn. 67.

<sup>7</sup> BGH, NJW 2010, 858; MünchKommBGB- Westermann, § 433, Rn. 60; Staudinger-Beckmann, § 433, Rn. 137.

<sup>8</sup> Breidenbach, Informationspflichten, S. 4.

<sup>9</sup> Siehe für die Verwendung dieses Begriffs nur BGH, BauR 1975, 420; Kapellmann/Messerschmidt- Merkens, § 4 VOB/B, Rn. 65; Ingenstau/Korbion- Oppler, § 4 Abs. 3 VOB/B, Rn. 76; MünchKommBGB- Busche, § 631, Rn. 79.

<sup>10</sup> Siehe für die Verwendung dieses Begriffs nur BGH, NJW 2011, 3780 (3781); Locher, Privates Baurecht, Rn. 191; Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen- Bschorr, § 4 VOB/B, Rn. 123.





Zweiter Teil:

**Prüfungs- und Hinweispflichten des Unternehmers  
gegenüber dem Besteller gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B  
bzw. § 242 BGB**



Um sich der aufgezeigten Problematik zu nähern, ist also zunächst zu beleuchten, ob und in welchem Umfang den Unternehmer gegenüber dem Besteller Prüfungs- und Hinweispflichten nach § 4 Abs. 3 VOB/B bzw. § 242 BGB treffen und welche Rechtsfolgen mit einer Verletzung einhergehen können. Dabei sind diese Pflichten des Unternehmers für die vorliegende Untersuchung nur insofern relevant, als sie sich auf Baustoffe beziehen, die ihm von einem Baustoffhändler geliefert wurden, denn nur in diesem Falle kommt überhaupt ein Regress gegen den Baustoffhändler in Betracht. Eine Haftung des Unternehmers wegen der Verletzung darüber hinausgehender Prüfungs- und Hinweispflichten soll daher außer Betracht bleiben.

## **A. Rechtliche Einordnung des Vertrages**

Um den Umfang der genannten Pflichten zu bestimmen, ist zunächst zu klären, um welche Art von Vertrag es sich bei der zwischen Besteller und Unternehmer getroffenen Abrede handelt. Im vorliegenden Fall wird der Unternehmer gegen Entgelt damit beauftragt, ein Bauwerk zu errichten, zu ändern, umzubauen oder Arbeiten an demselben auszuführen. Zwischen den Parteien besteht daher ein sogenannter „Bauvertrag“.<sup>11</sup> Dieser bislang gesetzlich nicht geregelte Vertragstyp ist rechtlich als Werkvertrag einzustufen, so dass grundsätzlich die Vorschriften der §§ 631 ff. BGB zur Anwendung gelangen.<sup>12</sup> Gleichwohl kann es sein, dass die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbaren und sich die rechtliche Behandlung des Vertrages dann im Wesentlichen nach deren Regelungen richtet (dazu im Folgenden). Im Hinblick auf die hier interessierenden Prüfungs- und Hinweispflichten ist daher zwischen dem BGB-Bauvertrag und dem VOB-Vertrag zu unterscheiden.

## **B. VOB-Vertrag**

Bevor auf die genannten Pflichten des Unternehmers eingegangen wird, sind ein paar generelle Ausführungen zur VOB geboten.

### **I. Allgemeines**

Die Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) wurde erstmals bereits im Jahre 1926 mit dem Ziel erstellt, ein Regelwerk zu schaffen, welches den Besonderheiten der Bau-

---

<sup>11</sup> Zur Definition des Bauvertrages vgl. Sieburg, Gewährleistung, Rn. 4, der diese Arbeiten jedenfalls auch unter den Begriff fassen will.

<sup>12</sup> Kaiser, Mängelhaftungsrecht, Rn. 1a.



praxis besser Rechnung tragen konnte als das Werkvertragsrecht des BGB.<sup>13</sup> Ausgearbeitet wurde die VOB durch den Reichsverdingungsausschuss, dem Vertreter der Architekten und Ingenieure, der öffentlichen Auftraggeber, der Gewerkschaften und der Bauwirtschaft angehörten.<sup>14</sup> Das Regelwerk wurde also nicht etwa von Unternehmerseite geschaffen, um einseitig deren Interessen zur Geltung zu bringen, sondern war aufgrund der verschiedenen im Ausschuss vertretenen Interessen von Anfang an darauf ausgelegt, sowohl die Belange der Auftragnehmer als auch die der Auftraggeber zu berücksichtigen.<sup>15</sup> Die VOB/B wurde in der Folge mehrfach überarbeitet, zuletzt im Jahre 2012.

Sie gliedert sich in die Teile A, B und C. Teil A enthält Bestimmungen über die Vergabe von Bauleistungen, betrifft also das Verfahren bis zum Vertragsschluss, Teil B enthält Vorschriften für die Ausführung von Bauleistungen nach Vertragsschluss und Teil C beinhaltet technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen. Letztere bestimmen die Normalausführung für die verschiedenen Arten von Bauarbeiten, geben also letztlich den Stand der anerkannten Regeln der Baukunst wieder.<sup>16</sup>

Bei allen drei Teilen handelt es sich weder um ein Gesetz noch um eine Rechtsverordnung, und ihre Geltung ist auch nicht durch Gewohnheitsrecht anerkannt.<sup>17</sup> Positiv bezeichnet ist die VOB eine „fertig bereit liegende Rechtsordnung“<sup>18</sup>, deren Anwendung grundsätzlich zwischen den Parteien des Bauvertrages vereinbart werden muss.<sup>19</sup> Öffentliche Auftraggeber sind allerdings zur Einhaltung der VOB Teil A regelmäßig verpflichtet.<sup>20</sup>

Soweit sich die VOB/B in ihrem Regelungsbereich mit dem BGB überschneidet, gilt Folgendes: In dem Umfang, in dem die VOB/B zwischen den Parteien vereinbart ist, verdrängen deren Bestimmungen die dispositiven Vorschriften des BGB.<sup>21</sup> Nur wenn die VOB/B keine Sonderregelung bereithält, dienen die Vorschriften des BGB subsidiär als Ergänzung und Vervollständigung.<sup>22</sup>

---

<sup>13</sup> Locher, Privates Baurecht, Rn. 137.

<sup>14</sup> Staudinger-Peters/Jacoby, Vor §§ 631 ff., Rn. 89.

<sup>15</sup> MünchKommBGB- Busche, § 631, Rn. 127.

<sup>16</sup> Nicklisch/Weik- Nicklisch/Weik, Einl., Rn. 28; Locher, Privates Baurecht, Rn. 140.

<sup>17</sup> Locher, Privates Baurecht, Rn. 139.

<sup>18</sup> BGH, NJW 1991, 976 (977).

<sup>19</sup> Locher, Privates Baurecht, Rn. 139.

<sup>20</sup> Werner/Pastor, Bauprozess, Rn. 1235 ff.

<sup>21</sup> Nicklisch/Weik- Nicklisch/Weik, Einl, Rn. 41 f.

<sup>22</sup> Vygen, Bauvertragsrecht, Rn. 118.



## II. Prüfungs- und Hinweispflichten gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B

Nach dieser Vorschrift muss der Unternehmer dem Besteller Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung, gegen die Güte der vom Besteller gelieferten Materialien oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer schriftlich mitteilen. Da ausdrücklich nur von der Mitteilung von Bedenken die Rede ist, stellt sich zunächst einmal die Frage, ob es darauf ankommt, welche Bedenken der Auftragnehmer tatsächlich hatte oder aber darauf, welche er aufgrund einer Prüfung hätte haben müssen.

### 1. Erforderlichkeit einer vorherigen Prüfung

Die heute wohl allgemeine Ansicht in Rechtsprechung und Literatur bejaht eine solche Prüfungspflicht des Unternehmers, weil sie zwangsläufige Voraussetzung für die in § 4 Abs. 3 VOB/B genannte Anzeigepflicht sei.<sup>23</sup> Demgegenüber wurde früher vereinzelt vertreten, dem insoweit eindeutigen Wortlaut der Vorschrift lasse sich lediglich eine Hinweispflicht entnehmen, und es sei unzulässig, dort eine Prüfungspflicht hineinzulesen, da es sich bei der VOB/B um Allgemeine Geschäftsbedingungen handle, deren Klauseln eindeutig und klar formuliert sein müssten.<sup>24</sup>

Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Wie *Ingenstau/Korbion* überzeugend zu bedenken geben, sind auch AGB durchaus einer Auslegung zugänglich. Eine solche Auslegung der Bestimmung nach ihrem Zweck muss vorliegend zu dem Ergebnis kommen, dass eine Prüfungspflicht besteht, da der Unternehmer seiner Hinweispflicht ansonsten überhaupt nicht sinnvoll nachkommen kann. Ohne vorherige Prüfung kann der Unternehmer nämlich eine Fehlerhaftigkeit der Vorgaben praktisch kaum erkennen.<sup>25</sup> Im Übrigen wäre ohne Anerkennung einer vorherigen Prüfungspflicht der unsorgfältige Unternehmer, dem keine Bedenken kommen, gegenüber dem gewissenhaften besser gestellt, weil Ersterer mangels Bedenken zu einem Hinweis nicht verpflichtet wäre.<sup>26</sup>

Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass der in § 4 Abs. 3 VOB/B geregelten Hinweispflicht eine entsprechende Pflicht zur Prüfung durch den Unternehmer vorausgeht.

<sup>23</sup> BGH, BauR 1970, 57 (58); BauR 1975, 420 (421); BauR 2011, 517 (518); OLG Karlsruhe, BauR 1988, 598; OLG Düsseldorf, BauR 2013, 1283 (1286 f.); Locher, Privates Baurecht, Rn. 191; Kleine-Möller/Merl, Handbuch Baurecht, § 15, Rn. 131; Ingenstau/Korbion-Oppler, § 4 Abs. 3 VOB/B, Rn. 6; Kapellmann/Messerschmidt-Merkens, § 4 VOB/B, Rn. 65.

<sup>24</sup> Siegburg, FS Korbion 1986, 411 (425); ders., Gewährleistung, Rn. 464.

<sup>25</sup> Ingenstau/Korbion, 12. Aufl., § 4 VOB/B, Rn. 193.

<sup>26</sup> Kaiser, Mängelhaftungsrecht, Rn. 49.