**Verarbeitung oder Einbau der von Bauherren/Auftraggebern/Endkunden beigestellten Materialien sowie die Haftungssituation des SHK- Mitgliedsbetriebes**

Inhalt: Seite

A) Bei Vertragsabschluss wissen Auftraggeber (AG) und Auftragnehmer (AN),

dass Materialien vom Auftraggeber beigestellt werden 2

1. Schriftliche Festlegung des Vertragsinhaltes - wichtig - 2
2. Pflicht des Auftragnehmers zur Prüfung der vom Auftraggeber beigestellten/

(an-)gelieferten Materialien 3

1. Prüfungsmaßstab: Allgemein anerkannte Regeln der Technik 4
2. Anmeldung von Bedenken des Auftragnehmers bei beigestellten Materialien 5
3. Reaktion des Auftraggebers nach Mitteilung von Bedenken 6

6. Haftungsfreistellung mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen 7

B) Einseitige Vertragsänderung durch den Auftraggeber mit nachträglicher

Beistellung von Materialien 9

**Problem:**

In letzter Zeit kommt es vermehrt dazu, dass Bauherren/Auftraggeber/Besteller (nachstehend „Auftraggeber" oder „AG" genannt) ihre SHK- Materialien, Geräte oder Anlagen (nachstehend nur „Materialien" genannt) in Internetshops, bei eBay oder in Baumärkten selbst kaufen und diese Materialien durch SHK- Mitgliedsbetriebe im Rahmen von Werkverträgen einbauen lassen.

Die Mitgliedsbetriebe (nachstehend „Auftragnehmer" oder „AN" genannt) haben hier zu unterscheiden, welche von zwei Alternativen gegeben ist.

1. Zum einen kann die Situation vorliegen, dass bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Werkvertrages AG und AN wissen, dass der AG bestimmte oder alle Materialien der Auftragsausführung beistellt und der AN diese nur verarbeiten oder einbauen soll.
2. Zum anderen kann die Situation vorliegen, dass nach Abschluss des Werkvertrages, der die Lieferung der Materialien durch den AN vorsieht, der AG den Vertrag einseitig ändert, indem er selbst Materialien kauft und sie dem AN übergibt, also der Auftragsausführung beistellt.

In beiden Alternativen stellen sich den SHK- Mitgliedsbetrieben gleich gelagerte oder ähnliche Fragen, die nachstehend behandelt werden. Ein Unterschied ergibt sich in der Abrechnung.

**A) Bei Vertragsabschluss wissen Auftraggeber (AG) und Auftragnehmer (AN), dass Materialien vom Auftraggeber beigestellt werden.**

Bei Abschluss eines solchen Werkvertrages wissen AG und AN, dass

- der AG als Hauptpflicht u. a. die Beistellung von tauglichen Materialien (§ 642 BGB)

und

- der AN als Hauptpflicht die rechtzeitige mangelfreie Herstellung des Werkes (§ 631 BGB) schuldet.

Bei einem solchen Vertrag hat der Auftraggeber das Ziel, durch den Selbstkauf des Materials eine größtmögliche Preisersparnis zu erzielen. Durch Beauftragung des Einbaus will der Auftraggeber eine funktionsgerechte Ver- oder Anwendung des Materials mit größtmöglicher Sicherheit für seine Rechtsgüter (z. B. Eigentum, Gesundheit) erreichen.

Der AN weiß, dass er zwar im Grunde nur einen „Lohnauftrag" ausführen, er aber bezüglich des Materials dennoch in eine gewisse Verantwortung genommen wird. Um kostendeckend zu arbeiten, sollte der AN, da ihm der Deckungsbeitrag aus dem „Materialverkauf fehlt, den Stundenverrechnungssatz zur Ausführung des „Lohnauftrags" höher ansetzen bzw. kostendeckend kalkulieren.

Der AN muss folgendes beachten:

**1. Schriftliche Festlegung des Vertragsinhaltes (ganz wichtig!)**

Im schriftlichen Werkvertrag sollten u. a. folgende Punkte festgehalten werden:

a) Der AN muss den Inhalt seiner Leistungspflicht eindeutig und erschöpfend beschreiben. Seine Leistungspflicht ist nur „der Einbau / die Verarbeitung der vom AG beigestellten bzw. bereit gestellten Materialien".

Achtung: Der Werkvertrag schuldet einen Erfolg. Das Einbauen / die Verarbeitung muss zur Funktionsfähigkeit des Materials / Gerätes / der Anlage führen.

b) Die Materialien, die der AG beistellt, sind genau nach Artikel, Kennzeichnung, Menge, u. s. w. zu bezeichnen. Diese Identifikation ist wichtig und dient u. a. der Abgrenzung der Verantwortungsbereiche in Gewährleistungsfällen.

c) Ferner ist das Leistungssoll des AN festzulegen (vgl. § 633 BGB):

Grundsätzlich ist die Leistung frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Die vereinbarte Beschaffenheit (1. Möglichkeit) ist schon aus Beweisgründen schriftlich festzulegen. Ist mit dem AG keine Beschaffenheit (ausdrücklich) vereinbart worden (z. B. keine Vereinbarung, dass das Werk als Luxusausführung oberhalb technischer Qualitätsstandards liegen soll), so ist die Leistung entsprechend der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung zu erbringen (2. Möglichkeit) unter Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik. Ersatzweise genügt auch die Eignung des Werkes zur gewöhnlichen Verwendung in einer üblichen Beschaffenheit (3. Möglichkeit.)

Vorsicht ist geboten, wenn der AG eine ausdrückliche Vereinbarung zur Beschaffenheit mit dem Inhalt treffen will, technische (Installations- oder Produkt-)Normen nicht einzuhalten oder die Vorgaben zu unterschreiten. Dies wird erfahrungsgemäß oft bei Reparatur- oder Austauscharbeiten in Altbauten verlangt, in denen aus Kostengründen nur die dringendsten Arbeiten ausgeführt werden sollen. Weitere Hinweise zur Prüfungspflicht des AN siehe unten.

1. Es sollte der (zwar nicht notwendige aber zur Aufklärung des AG nützliche) Hinweis erfolgen, dass die werkvertraglichen Gewährleistungsrechte des AG nur die Leistungspflicht, also die Einbauleistung oder die Verarbeitung der vom AG beigestellten Materialien erfassen und nicht die Materialien selbst. Für die beigestellten mangelhaften Materialien hat der AG kaufvertragliche Mängelrechte gegenüber dem Verkäufer und soweit der AG „Verbraucher" ist, darüber hinaus auch die Rechte gemäß §§ 474 ff BGB aus dem Verbrauchsgüterkauf gegen den Verkäufer (siehe unten A) Nr. 6 d) (1)).
2. Angaben zur Vergütung der Leistung / Preisgestaltung

Der AN kann einen Pauschalpreis einschließlich Mehrwertsteuer vereinbaren. Eine andere Möglichkeit ist die Vereinbarung einer Vergütung nach Zeitaufwand, (Stundenlohnabrechnung), bei der folgende Positionen anzugeben sind:

* Angabe des Stundenverrechnungssatzes des Betriebes (Lohn- und Nebenkosten),
* Angabe der voraussichtlichen Dauer der Arbeiten nach…..Stunden oder….Tage

(Sollten bei Einbau/Verarbeitung unvorhergesehene Behinderungen auftreten, die den Bauablauf verzögern, wird der AG unverzüglich benachrichtigt.)

* Angabe des Stundenverrechnungssatzes von Arbeitsmitteln (besondere Arbeitsmaschinen),
* Angabe zu den Kosten des zur Installation notwendigen Hilfsmaterials/den Sachkosten („Verbrauchtes Hilfsmaterial wird gesondert in Rechnung gestellt."),
* Angabe der Anfahrtspauschale/der Anfahrtskosten,
* eine besondere Vereinbarung ist für die Mehrwertsteuer zu treffen:

„Die angegebenen Preise sind Nettopreise. Hinzu kommt die Mehrwertsteuer von 19%."

Es wird auf die Ausführungen zu „Stundenverrechnungssätze" und „Wegekosten" im Formular „Preisverzeichnis für wesentliche Leistungen" verwiesen (Formular Nr. 1.2 der Formularmustermappe).

**2. Pflicht des Auftragnehmers zur Prüfung der vom Auftraggeber beigestellten/ (an-)gelieferten Materialien**

Der Inhalt der vertraglich übernommenen Verpflichtung steckt den Rahmen für den Umfang der Aufklärungs-, Prüfungs- und Beratungspflichten des AN ab.

Allgemein gilt im Werkvertrag: Der AN hat den AG über alle Umstände aufzuklären, die der AG nicht kennt, deren Kenntnis aber für den Entschluss des AG bedeutsam ist. Ein baugewerblicher AG hat mehr, ein privater AG hat weniger Kenntnisse.

Bei technischen Anlagen hat der AN den unerfahrenen AG über eine für dessen Bedürfnisse zweckmäßige Gestaltung aufzuklären. Bei einem Reparaturauftrag hat der AN über die gegebenen Möglichkeiten zu informieren. Ist ein erteilter Auftrag wirtschaftlich unsinnig, hat er (AN) darauf hinzuweisen.

Der AN darf nur Materialien und Techniken mit der für die Herstellung des Werks erforderlichen Eignung einsetzen. Bei Vorgaben hinsichtlich Materials und Techniken hat er auf ihm erkennbare Bedenken gegen deren Anwendung hinzuweisen. Sind Anweisungen des AG nicht sachgemäß oder beeinträchtigen Gestaltungswünsche des AG die Tauglichkeit des Werks, hat der AN darauf hinzuweisen.

Vorarbeiten anderer Unternehmer hat der AN, soweit zumutbar, auf ihre Brauchbarkeit für seine Zwecke zu überprüfen und den AG auf erkennbare fehlerhafte Ausführung hinzuweisen.

Soweit die Verletzung dieser Pflichten zu Mängeln führt, hat der AG einen Mängelbeseitigungsanspruch, bei schuldhaftem Handeln des AN möglicherweise auch einen Schadensersatzanspruch.

Sobald der AN von den vom AG beizustellenden Materialien Kenntnis nehmen kann, also entweder schon bei den Vertragsverhandlungen oder spätestens bei Übergabe der Materialien vom AG an den AN, hat der AN die Pflicht, die Materialien auf ihre Eignung (Tauglichkeit) zur Erreichung der werkvertraglichen Erfolges zu prüfen und bei Zweifeln den AG zu unterrichten, soweit nichts anderes vereinbart ist.

(Im Rahmen der Kalkulation des Stundenverrechnungssatzes sollte der Zeitaufwand für die Prüfung berücksichtigt/eingerechnet werden - aber keine eigene Abrechnungsposition bilden, siehe oben A) Nr. 1 e).)

Die Prüfung hält sich im gewerbeüblichen Rahmen sowie auch im Rahmen der anerkannten Regeln der Technik. Das bloße Vorhandensein von Prüf- und Gütezeichen macht die Prüfung durch den AN nicht entbehrlich, kann aber schwächer sein. Verlangt der AG die Verwendung neuartiger Materialien, besteht eine besondere Prüfpflicht für den AN, insbesondere dann, wenn der AN begründete Zweifel an der Eignung des Materials hat.

Materialien sind nicht in Ordnung, wenn sie unter Berücksichtigung des vertraglichen Leistungsweckes und -Zieles den vorauszusetzenden allgemeinen Güteanforderungen nicht entsprechen. Maßgeblich sind hierbei insbesondere die anerkannten Regeln der Technik. Der Umfang der Prüfpflicht wird durch die DIN-Norm (z. B. eine ATV des Teil C) nicht abschließend, sondern nur beispielhaft umschrieben.

**3. Prüfungsmaßstab: Allgemein anerkannte Regeln der Technik**

Es sind die anerkannten Regeln der Technik (kurz: a. R. d. T.), die gesetzlichen und die behördlichen Bestimmungen zu beachten:

Technische (Bau-)Regeln sind dann allgemein anerkannt, wenn sie

* in der technischen Wissenschaft als theoretisch richtig erkannt sind und feststehen,
* sowie im Kreise der maßgeblichen, vorgebildeten Techniker durchweg bekannt
* und aufgrund praktischer Erfahrung als technisch geeignet, angemessen und

notwendig anerkannt sind.

Dies bedeutet, dass Normen nach Erlass eine gewisse Einführungszeit benötigen (mit Ausnahme von Sicherheitsnormen wie UVV, die mit Inkrafttreten gelten), um allgemein anerkannt zu werden. Nach einer gewissen Laufzeit geben sie einen überholten, technisch veralteten Standard wider und sind dann nicht mehr eine a. R. d. T.

Als anerkannten Regeln der Technik gelten z. B.:

- in erster Linie die DIN-Normen (solange sie den aktuellen technischen

Standard enthalten),

* die Einheitlichen Technischen Baubestimmungen (ETB) des NABau, die von den obersten Baubehörden als Richtlinien oder Hinweise für die Baugenehmigungsbehörden eingeführt werden (Bauordnungsrecht),
* die Bestimmungen und Normen des DVGW, einschließlich (TVR-Gas),
* VDI- und VDE-Vorschriften,
* Bauproduktengesetz (BauPG)
* europarechtliche (EG-)Bauregelungen, also harmonisierte EN-Normen (= als DIN-EN-Normen umgesetzt), anerkannte Normen (§ 2 Abs. 3 BauPG), und, soweit Bauprodukte von den Normen abweichen, europäische technische Zulassungen (§ 6 i. V. m. § 2 Abs. 4 und 5 BauPG)
* Unfallverhütungsvorschriften, soweit sie Vorschriften zur Bauausführung enthalten
* bestimmte öffentlich-rechtliche Regelwerke wie die TA Luft

Gesetzliche und behördliche Bestimmungen sind vom AN dann zu beachten, wenn die eigene Leistung des AN - und damit auch die Verwendung der beigestellten Materialien - betroffen ist oder berührt wird. Der AN muss sich Kenntnis von den Bestimmungen (z. B. Bauordnungsrecht, Gesundheitsrecht, Wasserordnungsrecht, Gewerberecht, Schallschutzbestimmungen, Energieeinsparverordnung, GefahrstoffV u. s. w.) und (Einzel-) Genehmigungen (Baugenehmigungen mit Auflagen, Nutzungsgenehmigungen) verschaffen, soweit darin Pflichten enthalten sind, die auf das Vertragsverhältnis wirken können.

**4. Anmeldung von Bedenken des Auftragnehmers bei beigestellten Materialien**

(Anmeldung von Bedenken ist Voraussetzung für eine Haftungsbefreiung)

Die Anmeldung von Bedenken ist eine vertragliche Hauptpflicht des AN. In einem BGB-Vertrag (§§ 631 ff BGB) sollen die Bedenken (schon aus Beweiszecken), bei einem VOB/B-Vertrag müssen die Bedenken gemäß VOB/B § 4 Abs. 3 VOB/B schriftlich mitgeteilt werden. Die Bedenken sind unverzüglich, spätestens vor Beginn der Ausführungsarbeiten mitzuteilen.

Bedenken sind anzuerkennende Besorgnisse des fachkundigen und zuverlässigen Auftragnehmers dahingehend, dass die beigestellten Materialien eine vertragsgerechte richtige Bauausführung nicht sicherstellen lassen. Eine Gewissheit ist nicht erforderlich. Für den AN genügt eine aus seinem fachmännischen Wissen und Können kommende Vermutung.

Inhalt und Form der Mitteilung:

Die schriftliche Mitteilung muss inhaltlich richtig, erschöpfend und verständlich sein (Angabe von Tatsachen, aus denen sich die Bedenken ableiten), sodass der AG sie ordnungsgemäß prüfen kann. Die Mitteilung muss auch eindeutig sein mit dem Hinweis, dass bei Einbau dieser Materialien die Funktion und/oder die Sicherheit (der Anlage) nicht gewährleistet werden kann. (Der AN kann Lösungsvorschläge machen, muss es aber nicht.)

Die Mitteilung muss auch unverzüglich an den richtigen Adressaten, den Auftraggeber gesandt werden, bei wichtigen Bedenkenanmeldungen mit Einschreiben Rückschein. Der AN trägt die Beweislast.

**5. Reaktion des Auftraggebers nach Mitteilung von Bedenken**

Mögliche Reaktionen des AG:

a) Erfolgt keine Reaktion des AG, trägt er das Risiko für die Folgen.

Der AN soll zur eigenen Absicherung nach angemessener Zeit nochmals seine schriftliche Bedenkenanmeldung (Einschreiben mit Rückschein) wiederholen und darauf hinweisen, dass er jegliche Verantwortung für daraus entstehende Schäden ablehnt (Haftungsfreizeichnung).

1. Der AG teilt die Bedenken des AN und gibt eine andere Anweisung bzw. stellt andere Materialien zur Verfügung. Der AN muss erneut die (neuen) Materialien prüfen und soweit erforderlich, auch Bedenken gegen die neuen Materialien erheben. Hat AN keine Bedenken, ist wegen der neuen Materialien möglicherweise der Vertragsinhalt anzupassen.
2. Teilt der AG die Bedenken nicht, und besteht er auf Verwendung der bisherigen Materialien (seinen bisherigen Anordnungen), dann gibt der AG eine erneute (neue) Anordnung, die den AN grundsätzlich verpflichtet, die Leistung in der angeordneten Art und Weise auszuführen, also die Materialien einzubauen.

Der AN sollte aber auch hier eine nochmalige schriftliche Bedenkenanmeldung (Einschreiben mit Rückschein) an den AG senden und darauf hinweisen, dass er jegliche Verantwortung für daraus entstehende Schäden ablehnt. Der AN haftet dann nicht für daraus entstehende Schäden.

Achtung:

Der AN darf in diesem Fall c) die Materialien nicht verarbeiten/einbauen, wenn gesetzliche / behördliche Bestimmungen entgegenstehen (Leistungsverweigerungsrecht des AN), (siehe oben unter A) 3.).

Auch darf der AN die Materialien nicht verarbeiten/einbauen, wenn seine Prüfung das Ergebnis gebracht hat, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ein erheblicher Leistungsmangel oder ein nicht geringfügiger Schaden eintreten werde. Dies wäre ein Verstoß gegen Treu und Glauben.

1. Kostenfolge: Soweit der AG seine Entscheidung entweder nicht trifft oder verzögert reagiert, er also seiner Mitwirkungspflicht nicht nachkommt, kann der AN Mehraufwendungsersatz- oder Entschädigungsansprüche aus §§ 304, 642 BGB haben.

(Bei einem VOB/B-Vertrag muss die Behinderungsanzeige nach § 6 Abs. 1 VOB/B hinzukommen.).

**FOLGE: Haftungsbefreiung**

Hat der AN seine Bedenken wirksam angemeldet, so wird er in den vorgenannten Fällen a) und c) von seiner Haftung für daraus entstehende Schäden befreit. Bei einem VOB/B-Vertrag ergibt sich die Rechtsfolge aus § 13 Abs. 3 VOB/B. Für BGB-Werkverträge ergibt sich die Haftungsbefreiung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. § 242 BGB).

**6. Haftungsfreistellung mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen**

a) Der AN hat grundsätzlich die Aufklärungs-, Prüfungs- und Beratungspflichten bei den vom AG beigestellten Materialien, sofern nicht eine einverständliche Vereinbarung zwischen AN und AG getroffen wird, den AN von diesen Pflichten zu entbinden.

Für VOB/B-Vertrag: Sofern sich der aus der fehlerhaften Prüfung und Beratung ergebende Schaden als Mangel mit den sich daraus ergebenden Mängelrechten deckt, kann für den Bereich der Mängelhaftung in Abänderung der Regelung des § 13 Abs. 3 VOB/B eine vertragliche Sonderregelung zur Haftungsbefreiung geschlossen werden.

Problem: einverständliche Vereinbarung oder vertragliche Sonderreglung = individualvertraglich vereinbart?

**Nachfolgende Klausel würde z. B. nicht als „individualvertraglich vereinbart" anerkannt werden, sondern als sog. „AGB" bewertet werden. Daher ist die Klausel unwirksam, also nicht gültig und daher nicht zu nehmen!**

*„Beide Vertragsparteien (AG und AN) haben darüber verhandelt und sind sich einig, dass der AN keinerlei Aufklärungs-, Prüfungs- und Beratungspflichten gegenüber dem AG für die vom AG beigestellten Materialien oder Geräte hat und deshalb sowohl für Schadensersatzansprüche als auch für Mängelansprüche, soweit diese auf mangelnder Aufklärung, Prüfung oder Beratung bezüglich der Materialien oder Geräte beruhen, nicht haftet."*

b) Klauseln, die eine AGB-Kontrolle überstehen würden (ohne Gewähr):

Eine AGB-Klausel zur Begrenzung der werkvertraglichen Mängelansprüche muss sich an § 309 Nr. 8 b) BGB messen lassen, der sehr genaue und einschränkende Vorgaben macht. Wichtig ist, wie aus den nachstehenden AGB-Klauseln (für BGB-Werkverträge) zu entnehmen ist, die genaue Inhaltsbeschreibung des Werkvertrages mit Auflistung aller vom AG beigestellten Materialien (siehe auch oben A) Nr. 1).

Die AGB-Klauseln können lauten:

*„1. Der Auftragnehmer muss im Rahmen seiner werkvertraglichen Mängelbeseitigungspflicht (Nacherfüllungspflicht) nur die zum Abnahmezeitpunkt vorhandenen/angelegten Mängel beseitigen, die ursächlich auf dem Inhalt des Werkvertrages (z. B. Reparatur-, Ausbesserungs-, Instandhaltungsauftrag) beruhen, nicht jedoch Mängel am Objekt des Auftraggebers einschließlich der von ihm beigestellten Materialien und Geräte, deren Ursachen nicht auf den Inhalt des Werkvertrages zurückzuführen sind.*

*Hinweis an den Auftraggeber: Der Auftraggeber wird darauf hingewiesen, das er für die von ihm gekauften und beigestellten mangelhaften Materialien und Geräte kauf­vertragliche Mängelansprüche gegen den Verkäufer hat. Soweit der Auftraggeber ein „Verbraucher" ist, stehen ihm darüber hinaus die kaufvertraglichen Rechte aus dem Verbrauchgüterkauf (§§ 474 ff BGB) gegen den Verkäufer zu.*

*2. Von der Mängelbeseitigungspflicht sind Schadensfälle ausgeschlossen, die nach Abnahme durch falsche Bedienung oder gewaltsame Einwirkung des Auftraggebers oder Dritter, durch unvermeidbare chemische oder elektrische Einflüsse, sowie durch normale/n Abnutzung/Verschleiß (z. B. von Dichtungen) entstanden sind."*

*„3. Die Mängelansprüche des Auftraggebers verjähren in einem Jahr ab Abnahme der Werkleistung durch den Auftraggeber. Die verkürzte Frist für Mängelansprüche von einem Jahr gilt nicht, soweit die Haftung gesetzlich vorgeschrieben ist, wie z. B. bei arglistigem Verschweigen eines Mangels, bei Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit durch vorsätzliche oder fahrlässige Pflichtverletzung des Auftragnehmers, seines gesetzlichen Vertreters oder seines Erfüllungsgehilfen sowie bei Haftung für sonstige Schäden durch vorsätzliche oder grob fahrlässige Pflichtverletzung des Auftragnehmers, seines gesetzlichen Vertreters oder seines Erfüllungsgehilfen."*

Die vorstehenden 3 Klauseln zur Begrenzung der werkvertraglichen Mängelansprüche dürfen bei einem VOB/B-Vertrag nicht vereinbart werden.

Die Aufklärungs-, Prüfungs- und Beratungspflichten sind leistungsbezogene Pflichten des AN und können neben den Nachbesserungsansprüchen auch Schadensersatzansprüche nach §§ 280, 281, BGB auslösen, die inhaltlich auch die gesamten Nachbesserungsleistungen umfassen können. Im Rahmen der Prüfung des § 280 BGB ist auch das Verschulden zu prüfen. Hier ist mit der Haftungsbegrenzung anzusetzen (Maßstab: § 309 Nr. 7 BGB). Eine solche AGB-Klausel zur Haftungsbegrenzung für BGB-Werkverträge kann lauten:

*„Der Auftragnehmer haftet für Schäden, die nicht am Gegenstand des Werkvertrages selbst entstanden sind, gleichgültig aus welchen Rechtsgründen, nur im Falle*

* *von vorsätzlicher oder grob fahrlässiger, nicht jedoch fahrlässiger Pflichtver­letzung durch ihn selbst (Auftragnehmer), seinen gesetzlichen Vertreter oder seinen Erfüllungsgehilfen, bei Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit auch im Falle von fahrlässiger Pflichtverletzung;*
* *des Vorliegens von Mängeln, die der Auftragnehmer arglistig verschwiegen hat;*
* *der Übernahme einer Garantie für die Beschaffenheit des Werkvertragsge­genstandes ,(auch im Sinne einer garantierten Abwesenheit eines Mangels);*
* *der Verletzung wesentlicher Vertragspflichten; im Falle einfacher Fahrlässig­keit ist der Schadensersatz des Auftraggebers, der kein „Verbraucher" ist, auf den vertragstypischen, vorhersehbaren Schaden begrenzt, soweit nicht we­gen Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit gehaftet wird;*
* *der Haftung nach den Bestimmungen des Produkthaftungsgesetzes bzw. nach § 823 BGB."*

Auch hier gilt wiederum, dass diese Klausel nicht bei einem VOB/B-Vertrag verwendet werden sollte. Die VOB/B hält für dieses Problem resp. diese Frage eine eigene Regelung bzw. Lösung parat.

**B) Einseitige Vertragsänderung durch den Auftraggeber mit nachträglicher**

**Beistellung von Materialien**

Es kann auch die Situation vorliegen, dass nach Abschluss des Werkvertrages, der die Lieferung der Materialien durch den AN vorsieht, der AG den Vertrag einseitig ändert, indem er selbst Materialien kauft und sie dem AN übergibt, also der Auftragsausführung beistellt.

Da auch hier der AN die Aufklärungs-, Prüfungs- und Beratungspflichten bezüglich der vom AG nun erst beigestellten Materialien auf ihre Eignung hat, stellen sich dem AN die gleichen Probleme, wie sie vorstehend unter A) beschrieben sind.

Der Unterschied besteht in der Abrechnung.

1. bei einen Werkvertrag §§ 631 ff BGB gilt:

Der AG hat gemäß § 649 BGB das Recht, den Vertrag bis zur Vollendung des Werkes zu kündigen. Will der AG von der vertraglichen Festlegung der Lieferung des Materials durch den AN Abstand nehmen und die Materialien selbst liefern/beistellen, so kann er eine Teilkündigung aussprechen.

Der AN behält dann gemäß § 649 Satz 2 BGB grundsätzlich seinen Vergütungsanspruch. Der AN ist berechtigt, die (ursprünglich) vereinbarte Vergütung minus eines Abzuges zu verlangen. Er muss sich nur dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Teil-Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart hat, wie z. B. die Kosten des eigenen Warenbezugs.

(Die weitere Alternative des anzurechnenden Abzugs in § 649 S. 2 BGB, nämlich Abzug desjenigen Wertes, den der AN durch anderweitige Verwendung seine Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, wird im Falle der Beistellung von Materialien nicht vorliegen, da der AN weiterhin die Installationsarbeiten erbringen muss.)

2. bei einem Werkvertrag mit VOB/B gilt:

Bei einem VOB/B-Vertrag kann der AG die Teilkündigung gemäß § 2 Abs. 4 VOB/B aussprechen, wenn er die im Vertrag ausbedungenen Leistungen des AN selbst ausführen will, also z. B. Baustoffe selbst liefern/beistellen will. Auch hier behält der AN den Vergütungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B.