

Neueste Entwicklungen im Bau- und Architektenrecht*

1 Grundlegendes

Der Abschluss von Bauverträgen ist für Auftraggeber und Auftragnehmer regelmäßig mit einem Wagnis verbunden. Rechtliche Risiken nehmen dabei einen hohen Stellenwert ein. Um langfristig wirtschaftlich arbeiten zu können, müssen die Parteien diese Risiken rechtzeitig erkennen – häufig schon im Vorfeld eines Vertragsschlusses. Wie die Gerichte einen Rechtsstreit entscheiden – in letzter Instanz oft erst nach Jahren –, kann vorab nicht sicher prognostiziert werden. Problembewusstsein für rechtliche Fragen ist die erste Voraussetzung dafür, die eigene Rechtsposition zu sichern bzw. zu stärken.

Nachfolgende aktuelle Fälle aus dem Bauvertrags- und Architektenrecht sollen zur Schärfung dieses Problembewusstseins beitragen. Unter Abschn. 2 und 3 wird die immer wieder im Rahmen von Nachtragsszenarien umstrittene Frage nach dem vertraglich geschuldeten Leistungsinhalt anhand der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erörtert. Das Mängelrecht („Gewährleistung“) ist Gegenstand der Abschn. 4 bis 6. Einen Schwerpunkt bildet dabei die Rechtsprechung zum sog. funktionalen Mangelbegriff. In Abschn. 7 werden die Ansprüche des Auftragnehmers bei Bauablaufstörungen wegen nicht rechtzeitig erbrachter Vorleistungen anderer Unternehmer beleuchtet. Das Bauvertragsrecht wird abgerundet durch Erläuterungen zur Abnahme, insbesondere zu Abnahmefiktionen nach BGB und VOB/B (Abschn. 8 und 9).

Das Haftungsrecht der Architekten und Ingenieure wird in Abschn. 10. behandelt. Hervorzuheben ist hierbei die Haftung des Architekten für aus dem Baugrund resultierende Risiken. Den Abschluss bilden Ausführungen zu Korruption im Baubereich und ihren Rechtsfolgen (Abschnitt 11) sowie zur neuen Rechtsprechung des BGH zu sog. Ohne-Rechnung-Abreden (Abschn. 12)¹⁾.

2 Funktionale Leistungsbeschreibung und Nachträge

2.1 Rechtlicher Hintergrund

Auslöser von Streitigkeiten am Bau ist häufig die Frage, ob eine Leistung des Auftraggebers von der vereinbarten Vergütung abgegolten oder zusätzlich zu vergüten ist. Gegen Nachträge versuchen sich Auftraggeber durch Pauschalpreisvereinbarungen auf Grundlage funktionaler Leistungsbeschreibungen zu schützen. Angestrebt wird ein funk-

tionsfähiges Werk zu einem von vornherein festgelegten Preis und mithin finanzielle Planungssicherheit zu erhalten.

Spätestens seit der „Kammerschleusen-Entscheidung“ des Bundesgerichtshofs vom 27.06.1996 (BauR 1997 = IBR 1996, 487) ist anerkannt, dass die funktionale Leistungsbeschreibung eine zulässige Form der Vertragsgestaltung ist – auch im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen. Der Vertragsinhalt ist hinreichend bestimmbar, wenn in der Ausschreibung neben konkret formulierten Mindestanforderungen festgelegt wird, dass weitere Leistungen der vom Auftragnehmer zu erbringenden Planung zu entsprechen haben. Der Auftragnehmer übernimmt hiermit ein originär dem Auftraggeber zuzuordnendes Planungs- und Kalkulationsrisiko.

Hiergegen bestehen aus rechtlicher Sicht keine Bedenken. **Aufgrund der Vertragsfreiheit bleibt es den Parteien unbenommen, auch unkalkulierbare Risiken zu übernehmen bzw. zu übertragen.** Für die Wirksamkeit einer funktional beschriebenen Leistungsverpflichtung kommt es nicht darauf an, dass der Auftragnehmer den Umfang der übernommenen Verpflichtung genau kennt oder zuverlässig ermitteln kann („Karrengefängnis-Entscheidung“ des BGH vom 23.01.1997, BauR 1997, 464 = IBR 1997, 181). Die Wirksamkeit eines Vertragsschlusses hängt also nicht davon ab, dass übernommene Verpflichtungen kalkulierbar sind – „hasardieren“ ist in diesem Bereich erlaubt.

Dem fachkundigen Auftragnehmer ist in der Regel auch der Einwand verwehrt, er habe die mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung verbundene Risikoverlagerung nicht erkennen können oder nicht erkennen müssen (BGH BauR 1997 = IBR 1996, 487; AG Karlsruhe, Urt. v. 07.12.2007 [nicht rechtskräftig] IBR 2008, 1108). Lücken in der Leistungsbeschreibung oder gar nur funktional beschriebene Leistungen dürfen also im Rahmen der Angebotskalkulation nicht dazu verführen, auf Nachträge zu hoffen. Stattdessen sind Zweifelsfragen vor Abgabe eines verbindlichen Angebots durch den Auftragnehmer anzusprechen und aufzuklären.

* Teile des Beitrages sind bereits erschienen in: Schneider/Sahner/Rast, Mauerwerksbau aktuell – Praxishandbuch 2009, Bauwerk Verlag, Berlin. Abdruck mit freundlicher Genehmigung des Verlages.

2.2 Grenze der Risikoübernahme durch den AN

Die Grenzen der vertraglichen Risikoübernahme durch den Auftragnehmer im Rahmen funktionaler Ausschreibungen zeigt die „Bistro-Entscheidung“ des BGH vom 13. 03. 2008 (BauR 2008, 1131 = IBR 2008, 311).

Sachverhalt:

Ein Generalunternehmer beauftragte einen Nachunternehmer zu einem Pauschalpreis mit einem Hallenneubau. Hierzu gehörte auch der „Bistro- und Bürobereich komplett, inklusive Hygieneausstattung“ sowie „Planung, Lieferung und Einbau einer mechanischen Lüftungsanlage je nach Erfordernis für Bistro und Bistroküche.“ Die vertragsgegenständliche Grundrissplanung wies ein Bistro, eine Bistroküche sowie ein Bistolager aus. Nach Vertragsschluss legte die Auftraggeberseite einen geänderten Grundriss und erstmals eine Küchenplanung vor. Hiernach sollte das Bistro größer als ursprünglich vorgesehen ausfallen und wesentliche Küchenfunktionen im Bistro selbst erfüllt werden (Toaster, Grill, Fritteuse etc.). Dies erforderte eine gemeinsame Lüftungsanlage für den gesamten Bereich von Bistro und Küche. Der Nachunternehmer verlangte hierfür den Abschluss einer Nachtragsvereinbarung, die der Generalunternehmer unter Hinweis auf die Funktionalausschreibung (Lüftungsanlage „je nach Erfordernis“) ablehnte. Der GU kündigt den Vertrag und verlangt vom NU die Kosten für den Einbau der Lüftungsanlage.

Entscheidung:

Während das Brandenburgische Oberlandesgericht (Urt. v. 07.09.2006 BauR 2007, 540 = IBR 2006, 610) dem GU noch recht gibt, hebt der BGH das Urteil auf. Er weist zunächst darauf hin, dass es für die Abgrenzung von vertraglich geschuldeten und zusätzlich zu vergütenden Leistungen auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung ankommt. Legt der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine Bauwerksplanung vor und fordert auf dieser Basis ein funktionales Angebot des Auftragnehmers für eine technische Anlage, wird nur diese Planung Gegenstand des Angebots des Auftragnehmers und bestimmt die für die Anlage zu erbringenden Leistungen. Ändert der Auftraggeber nach Vertragsschluss die Bauwerksplanung mit der Folge von Änderungen der technischen Anlage, handelt es sich um eine Änderung des Bauentwurfs im Sinne des § 1 Nr. 3 VOB/B. Folge ist ein geänderter Vergütungsanspruch des Auftragnehmers gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B.

Hinweis:

Eine Warnung vor allem an die Auftragnehmerseite enthält eine weitere wesentliche Aussage des BGH in der „Bistro-Entscheidung“: Den Parteien stehe es durchaus frei zu vereinbaren, dass der Auftragnehmer auch solche Mehrleistungen ohne Anspruch auf Mehrvergütung zu erbringen hat, die aufgrund von Planungsänderungen des Auftraggebers nach Vertragsschluss entstehen. Der Auftragnehmer übernehme hiermit allerdings völlig unbeherrschbare Risiken, weshalb eine solche Vereinbarung ungewöhnlich, aber grundsätzlich zulässig sei. Die übernommenen Risiken seien einem Verzicht auf Rechte vergleichbar. Daher seien strenge Anforderungen an die Annahme einer derartigen Vereinbarung zu stellen. **Sie könne nicht allein deshalb bejaht werden, weil der Auftragnehmer nach dem Vertrag eine Leistung „je nach Erfordernis“ oder „komplett“ zu erbringen habe.**

Hiermit werde lediglich der funktionale Charakter der Leistungsbeschreibung zum Ausdruck gebracht.

2.3 Praxishinweis

Festzuhalten ist, dass die Leistungsverpflichtung des Auftragnehmers zur vertraglich vereinbarten Vergütung auch bei funktional beschriebenen Leistungen dort ihre Grenze findet, wo der Auftraggeber nach Vertragsschluss Änderungen des Bauentwurfs anordnet (§§ 1 Nr. 3, 2 Nr. 5 VOB/B). Dies ist keineswegs – wie man meinen könnte – selbstverständlich, wie die vom BGH aufgehobene Entscheidung des Brandenburgischen Oberlandesgerichts in der Berufungsinstantz (BauR 2007, 540 = IBR 2006, 610) belegt.

Allerdings kann die Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien im Einzelfall auch ergeben, dass der Auftragnehmer zusätzlich die Risiken aus nachträglichen Planungsänderungen des Auftraggebers übernehmen wollte. Die Erstellung von Angeboten auf Grundlage von Funktionalausschreibungen bzw. die Erstellung von funktionalen Angeboten auf Basis von Planungsunterlagen erfordert vom Auftragnehmer also ein hohes Maß an Sorgfalt.

3 Pauschalpreisvereinbarungen schließen Nachträge nicht aus

3.1 Rechtlicher Hintergrund

Gegen Nachträge versuchen sich Auftraggeber insbesondere durch die Vereinbarung von Pauschalpreisen zu schützen. Angestrebt wird, ein funktionsfähiges Werk zu einem festgelegten Preis zu erhalten. Jedoch werden zusätzliche Vergütungsansprüche des Auftragnehmers durch Pauschalpreise nicht per se ausgeschlossen.

Auch wenn sich Leistungen als erforderlich für die Mangelfreiheit des Werkes erweisen, bedeutet dies nicht zwingend, dass sie von der Pauschale abgegolten sind. Hierbei ist es ohne Bedeutung, ob die Parteien Bezeichnungen wie „Festpreis“ oder „Globalpauschalvertrag“ verwenden. Maßgebend ist vielmehr der Umfang des konkret vereinbarten Bausolls. Erforderlich ist somit eine Auslegung der Leistungsbeschreibung. Ist die in Streit stehende Leistung nicht in ihr enthalten, ist sie zusätzlich zu vergüten. Keinen Unterschied macht es, ob die Abweichung wesentlich ist oder nicht (BGH BauR 2002, 1847 = IBR 2002, 655). Dies gilt für den Pauschalpreisvertrag ebenso wie für den Einheitspreisvertrag. Auch ist es keine Voraussetzung, dass die Leistungsänderung zu so einem erheblichen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung führt, dass ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht zumutbar ist (BGH BauR 2000, 1754 = IBR 2000, 480). Für den VOB/B-Vertrag ergibt sich dies aus § 2 Nr. 7 Abs. 2 VOB/B, der die Regelungen über die Vergütungsanpassung beim Einheitspreisvertrag – d. h. § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B – für den Pauschalpreisvertrag anwendbar erklärt.

3.2 Praxisbeispiel

Die Voraussetzungen, unter denen ein Auftragnehmer trotz Vereinbarung einer Pauschale zusätzliche Vergütung verlangen kann, verdeutlicht ein vom OLG Braunschweig entschiedener Fall.

Sachverhalt:

Die Parteien hatten einen Pauschalpreis für die Errichtung einer Fabrikationshalle vereinbart (IBR 2008, 264). Die Herstellung eines ausreichenden Rauchwärmeabzugs („RWA-Anlage“) war in der Leistungsbeschreibung nicht enthalten. Dieser war jedoch aus Brandschutzgründen erforderlich. Die Halle wurde errichtet, durfte aber vor Beseitigung der Brandschutzmängel nicht in Betrieb genommen werden. AG und AN stritten sich, wer die Kosten für die nachträgliche Herstellung von Oberlichtern mit RWA-Klappen zu übernehmen hatte.

Entscheidung:

Das Gericht entschied, dass der Auftraggeber den überwiegenden Teil der Mangelbeseitigungskosten selbst zu tragen hatte. Der vereinbarte Pauschalpreis habe sich nicht auf den Rauchwärmeabzug bezogen. Dies ergebe sich daraus, dass die ursprüngliche Leistungsbeschreibung zunächst ein entsprechendes Brandschutzkonzept enthalten habe, die Parteien dann aber bei den Vertragsverhandlungen einvernehmlich die Oberlichter aus der Leistungsbeschreibung herausgenommen hätten, um Kosten einzusparen. Auch bei geforderter „komplett schlüsselfertiger Gesamtleistung“ habe sich der Pauschalpreis daher lediglich auf ein Objekt ohne RWA-Anlage erstreckt.

Gleichwohl sei der AN zur Herstellung einer funktionsfähigen, den Brandschutzanforderungen genügenden Halle verpflichtet. Er schulde einen Werkerfolg – unabhängig davon, ob die Leistungsbeschreibung lückenhaft ist oder nicht. Wird eine objektiv notwendige Leistung nicht erbracht, ist das Werk mangelhaft im Sinne des § 633 BGB bzw. § 13 VOB/B. Dem AG stehen dann die Mängelrechte der §§ 634 BGB, 13 VOB/B zu. Dies bedeutet aber nicht, dass der AN die Mangelbeseitigung auf eigene Kosten vorzunehmen hat. Hätte der AN die Halle von vornherein mangelfrei errichtet, hätte er zusätzliche Vergütung für die Oberlichter verlangen können. Bei diesem Betrag handelt es sich um vom AG zu tragende Sowieso-Kosten – d. h. um Kosten, die der AG bei mangelfreier Objekterrichtung „sowieso“ hätte tragen müssen (ungeachtet der Pauschalpreisabrede).

Der AN wurde allerdings zur Tragung der Kosten verurteilt, die nicht angefallen wären, wenn er das Werk von Anfang an mangelfrei hergestellt hätte. Konkret handelte es sich um die Kosten der zur Mangelbeseitigung erforderlichen Demontage der bereits errichteten Dachfläche. Diese sind nicht als vom AG zu tragende Sowieso-Kosten einzustufen.

Hinweis:

Das zitierte Urteil verdeutlicht, dass lückenhafte Leistungsbeschreibungen – auch bei Pauschalpreisvereinbarungen – grundsätzlich zu Lasten des Auftraggebers gehen. Gleichwohl ist der AN verpflichtet, mangelfrei zu leisten – wenn auch nur gegen zusätzliche Vergütung. Ist ein Mangel zu beseitigen, kann der AN zwar Sowieso-Kosten geltend machen, er bleibt aber auf Kosten „sitzen“, die dadurch entstehen, dass er nicht rechtzeitig auf notwendig werdende Leistungen hingewiesen hat.

Bei der Auslegung der Leistungsbeschreibung hat das OLG Braunschweig die Besonderheiten des Einzelfalls berücksichtigt. Verpflichtet sich ein Auftragnehmer zur „schlüsselfertigen“ Herstellung eines Bauwerks, kann er

sich auf Lücken des Leistungsverzeichnisses grundsätzlich nicht berufen. Im entschiedenen Fall wurde hiervon eine Ausnahme gemacht, da die umstrittene RWA-Anlage von den Parteien ausdrücklich aus dem Leistungsumfang herausgenommen wurde.

In der Regel bedeutet jedoch die Verwendung des Begriffes „schlüsselfertig“, dass alle Leistungen von der vereinbarten Vergütung umfasst sind, die für die Erreichung des Vertragszweckes nach den anerkannten Regeln der Technik erforderlich und vorhersehbar sind. Der Auftraggeber muss mit der Möblierung des Gebäudes und dem Bezug beginnen können, ohne zuvor noch weitere Baumaßnahmen zu unternehmen (OLG Düsseldorf BauR 1996, 396 = IBR 1995, 503). Auch wenn ein bestehendes Leistungsverzeichnis nicht alle hierfür notwendigen Leistungen aufweist (z. B. Malerarbeiten, Erschließungsarbeiten), ist der AN zu ihrer Erbringung verpflichtet – ohne Anspruch auf zusätzliche Vergütung.

4 Funktionaler Mangelbegriff contra vereinbarte Beschaffenheit

4.1 Der Mangelbegriff seit der Schuldrechtsmodernisierung

Seit der zum 01.01.2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsmodernisierung richtet sich die Frage, ob ein Werk mangelhaft ist, primär nach der von den Parteien vereinbarten Beschaffenheit (sog. subjektiver Fehlerbegriff). Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist ein Werk frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat (§ 633 Abs. 1 S. 1 BGB; vgl. auch § 13 Nr. 1 S. 2 VOB/B Ausgabe 2006). Nur wenn eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht feststellbar ist, spielen weitere Kriterien eine Rolle, insbesondere die Eignung des Werks zur vertraglich vorausgesetzten oder üblichen Verwendung.

Dieser vom Gesetzgeber gewollte Vorrang der vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung einerseits und die Erfolgshaftung des Werkunternehmers andererseits bilden ein Spannungsfeld. Dies betrifft vor allem die Fälle, bei denen eine Ausführungsart vereinbart wird, **mit der eine Funktionstauglichkeit des Werks nicht erreichbar ist.**

4.2 Korrekturen des subjektiven Fehlerbegriffs durch die Rechtsprechung

a) Der „Schwimmbad-Fall“ des Kammergerichts (Urt. v. 22.08.2006)

Ein anschauliches Beispiel für dieses Spannungsverhältnis bietet eine Entscheidung des Kammergerichts vom 22. 08. 2006 (nachfolgend: BGH, Beschl. v. 11.10.2007 – Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen, IBR 2008, 260).

Sachverhalt:

Ein Auftragnehmer wird beauftragt, für die Sanitärinstallation in einem Schwimmbad Rohrleitungen zu verlegen. Die Parteien vereinbarten ausdrücklich die Verwendung sintergestrahlter Rohre. Indes weisen diese Rohre aufgrund ihrer rauen Beschaffenheit und der dadurch erweiterten Angriffsfläche eine erhöhte Korrosionsanfälligkeit auf. Noch innerhalb der Gewährleistungsfrist zeigen sich Korrosionsschäden, deren Beseitigung der Auftragnehmer verweigert. Der Auftraggeber nimmt daraufhin die Gewährleistungsbürgein auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten in Anspruch.

Entscheidung:

Das Kammergericht gibt dem Auftraggeber recht und verurteilt die Bürgin. Zur Begründung führt das Gericht aus, dass der Auftragnehmer (nach altem Schuldrecht) verpflichtet war, das Werk so herzustellen, dass es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Hierfür ist zunächst der durch Auslegung zu ermittelnde Vertragsinhalt maßgeblich. Ist eine bestimmte Beschaffenheit vereinbart, ist das Werk unabhängig vom Stand der anerkannten Regeln der Technik mangelhaft, wenn diese nicht erreicht wird. Ist die Auslegung des Vertrages unergiebig, kommt es darauf an, ob das Werk Fehler aufweist, die die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch aufheben oder mindern.

Der Auftraggeber könne erwarten, dass das Werk die „Qualitäts- und Komfortstandards“ vergleichbarer zeitgleich fertig gestellter und abgenommener Werke erfüllt, mithin den anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme entspricht. Der Auftragnehmer schuldet im Rahmen der getroffenen Vereinbarungen ein funktionstaugliches Werk. An der Erfolgshaftung ändert sich auch dann nichts, wenn die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben, mit der die geschuldete Tauglichkeit des Werks nicht zu erreichen ist. Das Kammergericht beruft sich hierbei auf die Rechtsprechung des BGH (BauR 2000, 411), nach der auch ein preisgünstiges Dach einer Produktions- und Lagerhalle regendicht sein muss.

Eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung zur Korrosionsbeständigkeit der zu verlegenden Rohre haben die Parteien nicht getroffen. Aus dem Gegenstand des Vertrages folgt jedoch eine stillschweigende Vereinbarung. Geschuldet war die Herstellung von raumlufttechnischen Anlagen in einem medizinischen Bewegungsbad. Die Korrosionsbeständigkeit der zu verlegenden Rohre hatte mithin den dort herrschenden Bedingungen zu genügen, auch ohne dass dies ausdrücklich von den Parteien thematisiert wurde. Nur bei Erreichen des entsprechenden Standards war das Werk funktionstauglich und zweckentsprechend.

Übertragen auf den „Schwimmbad-Fall“ des Kammergerichts bedeutet dies: Die installierten Rohrleitungen genügten der stillschweigend vereinbarten Korrosionsbeständigkeit nicht – sie sind daher mangelhaft. Die Korrosionsbeständigkeit der zu verlegenden Rohre hatte auch ohne ausdrückliche Vereinbarung den in einem Schwimmbad herrschenden Bedingungen zu genügen. **Dem steht wegen der werkvertraglichen Erfolgshaftung auch die konkrete Vereinbarung einer untauglichen Ausführungsart nicht entgegen.**

Hinweis:

Der Auftragnehmer hätte nur dann der Mängelhaftung entgehen können, wenn er Bedenken gegen die Verwendung dieser Rohre angemeldet hätte (vgl. § 4 Nr. 3 VOB/B) – und auch dann nicht unbegrenzt. § 4 Nr. 3 VOB/B ist eng auszulegen. Hier verhielt es sich jedoch – im Gegenteil – so, dass das sintergestrahlte Material von einem Subunternehmer des Auftragnehmers vorgeschlagen wurde. Schon aus diesem Grunde ist der Entscheidung des Kammergerichts zuzustimmen.

b) Der „Blockheizkraftwerk-Fall des BGH (Urt. v. 08.11.2007)

Eine jüngere Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum funktionalen Mangelbegriff verdeutlicht dessen erhebliche Brisanz für den Auftragnehmer (BGH, Urt. v. 08.11.2007, BauR 2008, 344 = IBR 2008, 77). Was war geschehen?

Sachverhalt:

Ein Installateur hatte es übernommen, in einem nicht an das öffentliche Stromnetz angeschlossenen Forsthaus eine Heizungsanlage einzubauen (Warmwasserbereiter, Speicher, Rohrleitungen, Heizkörper etc.). Diese hatte er an ein durch einen Dritten errichtetes Blockheizkraftwerk (BHKW) anzuschließen. Aufgrund des geringen Stromverbrauchs im Forsthaus produzierte das BHKW zuwenig Abwärme, um eine ausreichende Beheizung des Hauses zu ermöglichen.

Entscheidung:

Obwohl die vom Installateur eingebauten Teile der Heizungsanlage für sich genommen ordnungsgemäß waren, sieht der BGH im Werk des Installateurs einen Mangel. Sein Werk sei auch dann mangelhaft, wenn es die vereinbarte Funktion nur deshalb nicht erfüllt, weil Leistungen anderer Unternehmer (hier: BHKW), von denen die Funktionsfähigkeit des Werkes abhängt, unzureichend sind. **Der einzelne Auftragnehmer hat also zur Gewährleistung der Funktionstauglichkeit nicht nur seine eigene Vertragsleistung, sondern auch benachbarte Gewerke in den Blick zu nehmen.** Er könne in diesen Fällen der Mangelhaftung nur durch Erfüllung seiner Prüfungs- und Hinweispflicht entgehen. Im „BHKW-Fall“ hätte der Installateur vor Angebotsabgabe ggf. einen Fachingenieur für technische Gebäudeausrüstung zu Rate ziehen können, um die Leistungsfähigkeit der Gesamtanlage einschließlich BHKW (unter Berücksichtigung der hierzu erforderlichen Stromabnahmemenge) zu ermitteln und den Bauherrn entsprechend aufzuklären.

Hinweis:

Auftragnehmer werden anhand dieser Entscheidung davon auszugehen haben, dass sie unter dem Aspekt der stillschweigend mitvereinbarten Funktionstauglichkeit auch für ihr Gewerk betreffende Planungsfehler haften – jedenfalls wenn der Auftraggeber nicht durch einen Architekten bzw. Fachingenieur vertreten ist. Im „BHKW-Fall“ hatte der Bauherr ersichtlich keinen Fachingenieur eingeschaltet. Ansonsten hätte Anlass bestanden, ein Mitverschulden des Bauherrn wegen eines ihm über § 278 BGB zuzurechnenden Planungsverschuldens zu prüfen. **Wenn der Bauunternehmer in Anbetracht einer nicht vorhandenen Planung ein Angebot abgibt, wird von ihm gefordert, dass er die für seine Leistung erforderlichen planerischen Überlegungen selbst anstellt.** Er haftet dann auch entsprechend – bspw. wenn das Heizungssystem nicht die nötige Wärme erzeugt, also nicht „funktioniert“. Dies ist sachgerecht vor dem Hintergrund der seit einigen Jahren zu beobachtenden Tendenz der zunehmenden Übernahme von Planungsleistungen durch Ausführungsbetriebe: **Wer Planungsleistungen übernimmt, trägt auch die daraus resultierende Planungsverantwortung.** Abzuwarten bleibt, ob und ggf. wo die Rechtsprechung hier Grenzen ziehen wird sowie unter welchen Voraussetzungen eine Mitverantwortung des Auftraggebers in Betracht kommt.

4.3 Prüfungs- und Hinweispflichten des Unternehmers auch bei einer vom Bauherrn eingeholten Fachplanung

Dass auch im Falle des Vorliegens einer vom Bauherrn eingeholten Fachplanung die Prüfungs- und Hinweispflichten durch den Unternehmer nicht vernachlässigt werden dürfen, zeigt eine Entscheidung des Landgerichts Rottweil (Urt. v. 10.01.2008, IBR 2008, 148).

Sachverhalt:

Ein Fachunternehmen für Heizungs-, Lüftungs- und Klimatechnik wurde mit dem Einbau einer Lüftungsanlage im Schwimmbad einer Reha-Klinik beauftragt. Die Ausführung erfolgte nach den Plänen eines vom Bauherrn beauftragten Fachplaners. Nach Fertigstellung war in den Umkleieräumen des Schwimmbades eine sehr hohe Luftfeuchtigkeit festzustellen, die zu einer schlechten Raumluftqualität im gesamten Schwimmbad führte. Das Lüftungskonzept der Fachplaner sah für die Umkleieräume keine separate Lüftungsanlage vor, was sich als Ursache des Mangels erwies. Der Bauherr verlangte vom Lüftungsbauer einen Vorschuss für die Mängelbeseitigungskosten. Der Unternehmer verweist auf die ihm vom Bauherrn übergebene Fachplanung und die damit verbundenen Vorgaben.

Entscheidung:

Nach Auffassung des LG Rottweil ist der Lüftungsbauer für den Mangel mitverantwortlich. Er muss einen Vorschuss in Höhe von 25 % der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten an den Bauherrn zahlen. Das überwiegende Verschulden trifft den Fachplaner. Der Bauherr muss sich dessen Verschulden im Verhältnis zum Bauunternehmer als Mitverschulden zurechnen lassen. Die restlichen 75 % der Mängelbeseitigungskosten müssen die mitverklagten Planer an den Bauherrn zahlen.

Zur Begründung führt das Gericht aus, dass der Bauunternehmer die Planungen und sonstigen Ausführungsunterlagen grundsätzlich als Fachmann zu prüfen und Bedenken mitzuteilen habe. Er müsse im Rahmen seiner fachlichen Möglichkeiten (objektivierte Betrachtungsweise) fragen, ob die Planung zur Verwirklichung des geschuldeten Leistungserfolgs geeignet ist. Das Gericht – sachverständig beraten – meint, ein in der Lüftungstechnik fachlich kompetentes Unternehmen hätte erkennen müssen, dass für die Umkleiden eine eigene Zuluftzuführung erforderlich gewesen wäre. Der Lüftungsbauer hätte den Bauherrn daher auf den Fehler des Fachplaners hinweisen müssen.

Hinweis:

Diese rechtskräftig gewordene Entscheidung belegt einmal mehr, dass die Rechtsprechung von den ausführenden Unternehmen zunehmend auch planerische Verantwortungsübernahme fordert. „Vorgaben“ seitens der Architekten und Fachingenieure dürfen keinesfalls einfach hingenommen werden. Sie sind kritisch zu hinterfragen, auch wenn dies – typischerweise in der Frühphase der Bauabwicklung – reichlich Konfliktpotential bietet.

Die Grenzen der Prüfungs- und Anzeigepflicht dürften nur einzelfallabhängig zu beurteilen sein. So räumt das LG Rottweil unter Hinweis auf Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl. 2008, Rn. 1522, ein, es gehöre nicht zum Pflichtenkreis des Unternehmers, die Erkenntnisse des Architekten

auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, es sei denn, ein Fehler „springt ins Auge“. Ob allerdings hier der Fehler des Lüftungskonzepts dem Unternehmer tatsächlich hätte „ins Auge springen“ müssen, darf bezweifelt werden. Bauunternehmer sollten also damit rechnen, auch für nicht offenkundige Planungsfehler in die Mitverantwortung genommen zu werden.

4.4 Nachvertragliche Planungsänderungen und Mängelhaftung

Auch nachvertragliche Planungsänderungen können erhebliche Mängelhaftungsrisiken für den Bauunternehmer begründen. Dies veranschaulicht ein vom Kammergericht entschiedener Fall (Urt. v. 02.06.2006, nachfolgend: BGH, Beschl. v. 24.05.2007 [Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen] BauR 2008, 357 = IBR 2007, 1295).

Sachverhalt:

Ein Generalunternehmer wurde beauftragt, ein Wohngebäude zu errichten. Die VOB/B war Vertragsbestandteil. Der Auftraggeber stellte die Architektenplanung und die Baugenehmigung zur Verfügung. Nach Aufnahme der Bauarbeiten ereignete sich ein Wassereintrich in der Baugrube. Der Grundwasserstand war höher als erwartet. Der vom Auftraggeber beauftragte Architekt fertigte darauf neue Ausführungspläne, die eine Höhergründung des Baukörpers vorsahen und damit von der Baugenehmigung abwichen. Aus der Höhergründung resultierte eine Abstandsflächenproblematik, die einer Nachtragsbaugenehmigung entgegenstand. Die Bauaufsichtsbehörde legte daher den Bau still.

Der Auftraggeber verklagte darauf den GU auf Feststellung, dass dieser den durch die Stilllegung verursachten Schaden ersetzen müsse. Der GU hielt dem entgegen, die Höhergründung habe auf einer für ihn verbindlichen Anordnung des Architekten als Vertreter des Auftraggebers beruht (§ 1 Nr. 3 VOB/B).

Entscheidung:

Damit hat der Unternehmer vor dem Kammergericht keinen Erfolg. Es liege weder eine einseitige Änderungsanordnung, noch eine einvernehmliche Vertragsänderung vor. Hierfür fehle es bereits an einer dafür erforderlichen Vollmacht des Architekten. Das Gericht wertete die Vorgehensweise von Architekt und Bauunternehmer als bewusstes Abzielen auf die Errichtung eines Schwarzbaus. Eine alternative konstruktive Ausbildung der Keller hätte Mehrkosten verursacht und die nötige Umplanung den Baubeginn erheblich verzögert. Die Verursachungsbeiträge von Architekt und Bauunternehmer gewichtete das Gericht hier gleich, so dass jeder die Hälfte des dem Bauherrn durch die Baustilllegung entstandenen Schadens zu tragen hatte.

Hinweis:

Auch eine Bedenkenmitteilung hätte den Unternehmer in diesem Fall nicht entlasten können, da ein solcher nur in Bezug auf die vertragsgemäße Planung zur Haftungsbefreiung führen kann. Hier wurde der Unternehmer jedoch aufgefordert, eine nicht vertragsgemäße, mangelhafte Planung umzusetzen. Geholfen hätte daher wohl nur eine Weigerung, nach den geänderten Plänen zu bauen, verbunden mit einer Behinderungsanzeige nach § 6 Nr. 1 VOB/B.

5 Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung – Nur in Ausnahmefällen

5.1 Rechtlicher Hintergrund

Ist das Werk mangelhaft, steht dem Auftraggeber in erster Linie ein Recht auf Nacherfüllung zu. Der Auftragnehmer kann nach seiner Wahl den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen (§ 635 Abs. 1 BGB). Vom Grundsatz her hat er die zum Zwecke der Nacherfüllung **erforderlichen Aufwendungen**, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, selbst zu tragen (§ 635 Abs. 2 BGB).

Die vom AN zu tragenden Aufwendungen können beträchtlich sein. Bei einer Preiskalkulation mit geringen Gewinnmargen kann die – verschuldensunabhängige – Nacherfüllungspflicht mit schwer tragbaren wirtschaftlichen Folgen verbunden sein. Für den AN ist daher das Leistungsverweigerungsrecht des § 635 Abs. 3 BGB bzw. § 13 Nr. 6 VOB/B von Bedeutung. Gemäß dieser Vorschrift kann der AN die Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. In einem solchen Fall kann der AG die Vergütung mindern (§ 638 BGB, § 13 Nr. 6 VOB/B). Die Folgen der Minderung sind für den AN häufig weniger einschneidend als die der Nacherfüllung – beispielsweise dann, wenn Mängelbeseitigung nur durch umfangreichen (Teil-)Abriss und Neuherstellung zu erreichen ist. Auch kann die Nacherfüllungspflicht zu zeitlichen Schwierigkeiten bei der Erfüllung eines Folgeauftrags führen.

Hat der AN den Mangel verschuldet, kann der AG anstelle seines Minderungsrechts einen Schadensersatzanspruch geltend machen. Dieser kann sich auf Ersatz des mangelbedingten Minderwerts oder des entgangenen Gewinns richten. Auch in diesem Fall steht der AN im Ergebnis häufig besser, als wenn er für die Nacherfüllungskosten aufkommen muss.

Ist die Verweigerung der Mängelbeseitigung mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 635 Abs. 3 BGB bzw. § 13 Nr. 6 VOB/B unberechtigt, ist zu beachten, dass der AG nach Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung zum Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung übergehen kann (§§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB). Ist die Verweigerung als ernsthaft und endgültig anzusehen, entfällt überdies das Erfordernis der Fristsetzung (§ 281 Abs. 2 BGB). Im Wege des Schadensersatzes kann der AG den Betrag verlangen, den er an einen mit der Mängelbeseitigung beauftragten Drittunternehmer zu zahlen hätte. In diesem Fall steht der AN noch schlechter als wenn er selbst die Nacherfüllung durchgeführt hätte, da bei Mängelbeseitigung durch Drittunternehmer in der Regel deutlich höhere Kosten anfallen.

5.2 Voraussetzungen unverhältnismäßiger Nacherfüllungskosten

Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Einwand unverhältnismäßiger Nacherfüllungskosten an **strenge Anforderungen** geknüpft. Im Urteil vom 10.04.2008 (IBR 2008, 316) führt der BGH aus, dass Unverhältnismäßigkeit „in aller Regel nur dann anzunehmen ist, wenn einem **objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht**. Hat der Besteller objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages, kann ihm der

Unternehmer regelmäßig die Nachbesserung wegen hoher Kosten der Mängelbeseitigung nicht verweigern. Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Bestehen auf ordnungsgemäßer Vertragserfüllung im Verhältnis zu dem dafür erforderlichen Aufwand unter Abwägung aller Umstände einen **Verstoß gegen Treu und Glauben** darstellt. Von Bedeutung bei der gebotenen Abwägung ist auch, ob und in welchem Ausmaß der Unternehmer den Mangel verschuldet hat“.

In dem vom BGH entschiedenen Fall ging es um WC-Trennwände, die laut Vertrag aus beidseitig doppelt beplankten imprägnierten Gipskartonplatten herzustellen waren. Im Widerspruch hierzu hatte der AN die Trennwände mit einer imprägnierten und einer unimprägnierten Gipskartonplatte je Wandseite beplankt. Ein Sachverständiger stellte fest, dass die abweichende Ausführungsweise mit den anerkannten Regeln der Technik vereinbar sei und es zu Beeinträchtigungen der Gebrauchstauglichkeit nur in einem außergewöhnlichen (Wasser-)Schadensfall kommen könne. In entsprechenden Fällen würden aber selbst doppelt beplankte Platten Schaden nehmen. Diese hätten lediglich den Vorteil, dass der Aufwand für ihre Reparatur geringer wäre. Die Kosten für eine Mängelbeseitigung wurden mit 61.850,00 € zzgl. Umsatzsteuer veranschlagt.

Die Vorinstanz – das OLG München – hatte noch eine Pflicht zur Mängelbeseitigung verneint. Angesichts der geringen Auswirkungen des Mangels sei der Einwand unverhältnismäßiger Kosten gerechtfertigt. Der BGH hob das Urteil auf. Er betonte, dass der Auftraggeber durch die Wahl der vertraglich geschuldeten Leistung sein **Interesse an einer höherwertigen Ausführung** zum Ausdruck gebracht hat. Deshalb dürfe das Interesse des Auftraggebers an der gewählten teureren Art der Ausführung nicht deshalb als gering bewertet werden, weil die tatsächlich erbrachte Leistung den anerkannten Regeln der Technik entspreche.

Dagegen wurde Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung bejaht, als statt in „brillantschwarz“ bestellter Dachziegel solche in „tiefschwarz“ geliefert und verlegt wurden (OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.03.2008, IBR 2009, 83). Hierbei handelte es sich um einen Sachmangel, obwohl die Farbunterschiede kaum erkennbar waren und die Ziegel keine Funktionsunterschiede aufwiesen. Die Nacherfüllung wurde jedoch als unverhältnismäßig angesehen, da der hierfür anfallende Kostenaufwand mehr als das Vierfache der Preisdifferenz zwischen den Ziegeln betragen hätte und die Verlegung mangelfreier Ziegel nicht mit einer Gebrauchswertsteigerung verbunden gewesen wäre.

Bei Prüfung der Unverhältnismäßigkeit berücksichtigten der BGH (IBR 2008, 316) und das OLG Karlsruhe (IBR 2009, 83) zudem den **Verschuldensgrad** des Auftragnehmers. Bei der Abwägung gereiche dem AN nicht nur ein bewusst vertragswidriges Handeln im Zeitpunkt der Ausführung zum Nachteil. Auch ein nicht auf Vorsatz beruhendes grobes Verschulden, nämlich ein grob fahrlässiges Verhalten, könne bei Abwägung der wechselseitigen Interessen den Einwand unverhältnismäßiger Kosten ausschließen. Im Fall bewusster Abweichungen von vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarungen wird der Verschuldensgrad des AN regelmäßig hoch sein. Konnte ein vom Auftraggeber beauftragter Architekt den Mangel bei Ausführung erkennen, ist der Verschuldensgrad des Auftragnehmers dennoch nicht geringer anzusetzen. Dagegen

wurde im „Dachziegelfall“ das Verschulden des Lieferanten als gering angesehen, da dieser nicht davon ausgehen konnte, dass der Bauherr besonderen Wert auf die konkrete Farbausführung gelegt hätte.

5.3 Praxishinweis

Die zitierten Entscheidungen verdeutlichen, dass der AN nur ausnahmsweise mit Erfolg einwenden kann, wegen unverhältnismäßiger Kosten sei er von der Pflicht zur Mängelbeseitigung befreit. Auftragnehmer, die das Werk nicht in der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit herstellen, gehen daher ein hohes Risiko ein. Dies gilt selbst dann, wenn der Mindeststandard der anerkannten Regeln der Technik eingehalten wird und die Funktionalität des Werkes – aus Sicht des AN – ebenso gut bei abweichender Ausführung gewährleistet ist. In diesen Fällen wird gleichwohl ein Mangel angenommen, der regelmäßig eine kostenträchtige Nacherfüllungspflicht auslöst.

6 Auftraggeber verlangt zu Unrecht Mängelbeseitigung – Wer trägt die Kosten?

6.1 Rechtlicher Hintergrund

Mängel seiner Werkleistung muss der Auftragnehmer auf eigene Kosten beseitigen (§ 635 Abs. 2 BGB bzw. § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B; Ausnahme: „Sowieso-Kosten“). Stellt sich bei der Untersuchung der Mangelursache oder bei Reparaturarbeiten heraus, dass der Auftragnehmer zu Unrecht zur Mängelbeseitigung herangezogen wurde, erhebt sich die Frage, wer die ihm entstandenen Kosten zu tragen hat.

6.2 Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers

Nach einer neueren Entscheidung des BGH stellt „ein unberechtigtes Mängelbeseitigungsverlangen des Käufers nach § 439 Abs. 1 BGB eine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhaftige Vertragsverletzung dar, wenn der Käufer erkannt hat oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel der Kaufsache nicht vorliegt, sondern die Ursache für das Symptom, hinter dem er einen Mangel vermutet, in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt“ (amtlicher Leitsatz des BGH BauR 2008, 671 = IBR 2008, 144). Diese für einen Kaufvertrag ergangene Entscheidung kann für Werkverträge ebenso Geltung beanspruchen. Unter den im zitierten Leitsatz genannten Voraussetzungen kann der Auftragnehmer seine Aufwendungen als Schadensersatz geltend machen. Die Durchsetzung dieses Anspruchs wird jedoch häufig nicht gelingen. Hierzu müsste der AN dem AG eine Pflichtverletzung nachweisen. Eine unberechtigte Mängelrüge ist aber nicht stets mit einer Pflichtverletzung gleichzusetzen. Dies ist nur der Fall, wenn nicht der Auftraggeber vor Inanspruchnahme des Auftragnehmers im Rahmen seiner Möglichkeiten sorgfältig geprüft hat, ob die in Betracht kommenden Ursachen für das Symptom, hinter dem er einen Mangel vermutet, in seiner eigenen Sphäre liegen (BGH a. a. O.).

Die Prüfungspflicht des Auftraggebers geht jedoch nicht so weit, dass er selbst die Verantwortung des in Anspruch genommenen Auftragnehmers vorab feststellen muss. Die Prüfungspflicht erstreckt sich in erster Linie auf

den Ausschluss von Ursachen im eigenen Einflussbereich des Auftraggebers. Lediglich im Rahmen seiner Möglichkeiten hat der AG sorgfältig überprüfen, ob die beanstandete Erscheinung auf eine Ursache zurückzuführen ist, die nicht seinem eigenen Verantwortungsbereich zuzuordnen ist. Bleibt dabei ungewiss, ob tatsächlich ein dem Auftragnehmer zur Last fallender Mangel vorliegt, darf der Auftraggeber ihn gleichwohl zur Mängelbeseitigung auffordern. Auch wenn sich dann später sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt, hat er keine Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung zu befürchten. Dem Auftraggeber kann nicht abverlangt werden, sein Rügerecht so vorsichtig auszuüben, dass seine Mängelrechte dadurch entwertet würden (BGH a. a. O.).

6.2 Vergütungsanspruch des Auftragnehmers

Im Ergebnis hat der BGH dem Auftragnehmer einen Weg gewiesen, auf dem er nur ausnahmsweise mit Erfolg einen Ersatzanspruch durchsetzen können. Den ihm obliegenden Beweis einer Pflichtverletzung des Auftraggebers wird er häufig nicht erbringen können. Die Frage ist daher, ob dem Auftragnehmer Ansprüche außerhalb des Schadensersatzrechts zustehen können. Ein Anspruch des Auftragnehmers auf Vergütung für die ihm aufgrund einer unberechtigten Mängelrüge entstandenen Aufwendungen kommt in Betracht, sofern die Parteien vor Aufnahme der Arbeiten einen entgeltlichen Vertrag über das Tätigwerden des AN geschlossen haben (OLG Düsseldorf BauR 2007, 1902 = IBR 2007, 479). Voraussetzung eines Vertragschlusses ist, dass der AN vor Beginn seiner Tätigkeit unmissverständlich darauf hinweist und seine Tätigkeit davon abhängig macht, dass bei festgestellter Mangelfreiheit seines Gewerkes seine Kosten zu erstatten sind (LG Kassel IBR 2008, 209). Lässt der AG in Kenntnis dieses Hinweises widerspruchslos die Arbeiten durchführen, wird man einen konkludenten Vertragsschluss anzunehmen haben.

Probleme entstehen, wenn der AG die vom AN angekündigte Vergütungsfolge zurückweist und er gleichwohl an der Mängelbeseitigungsaufforderung festhält.

- Nimmt der AN nunmehr die Arbeiten auf, ist kein Raum für die Annahme eines konkludenten Vertragsschlusses.
- Verweigert der AN die Ausführung, ist fraglich, ob er nach Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung auf Schadensersatz statt der Leistung in Anspruch genommen werden kann (vorausgesetzt, der gerügte Mangel liegt tatsächlich im Verantwortungsbereich des AN). Schadensersatzansprüche hat der AN deshalb zu befürchten, weil BGB und VOB/B kein Leistungsverweigerungsrecht des Inhalts kennen, dass sich der AN nur bei Abschluss einer für den Fall der Mangelfreiheit geschlossenen Vergütungsvereinbarung zur Nacherfüllung bereit erklären muss. Ob man ein solches Recht aus dem für beide Parteien geltenden Kooperationsgebot herleiten kann, ist zweifelhaft. Will der AN das Risiko, Schadensersatz leisten zu müssen, nicht eingehen, wird ihm nichts anderes übrig bleiben, als das Werk auf die gerügten Mängel hin zu untersuchen – und hierfür auch im Fall fehlender eigener Verantwortlichkeit die Kosten zu tragen.

7 Verzögerung wegen verspäteter Vorunternehmerleistung – Welche Ansprüche hat der AN?

7.1 Ausgangssituation bei Bauablaufstörungen

Wird ein Auftragnehmer mit einer Leistung nicht termingerecht fertig, kann dies die Leistungserbringung anderer, zeitlich nachfolgender Auftragnehmer aufhalten bzw. behindern. Können diese ihre Arbeit nicht zum vereinbarten Termin aufnehmen, entstehen ihnen meist zusätzliche Kosten, z. B. für Löhne und Vorhaltung von Baugeräten. Auch machen sie sich ggf. selbst schadensersatzpflichtig oder verirken eine Vertragsstrafe, wenn sie als Folge der Verzögerung einen Folgeauftrag nicht rechtzeitig erfüllen. Es stellt sich in diesen Fällen die Frage, ob wegen der entstandenen Kosten Ansprüche gegen den Auftraggeber bestehen.

7.2 Anspruch des Auftragnehmers aus § 642 BGB

Über eine entsprechende Kostentragungspflicht hatte das Kammergericht (KG) in Berlin zu entscheiden (IBR 2008, 377). Ein Auftragnehmer klagte Kosten aus einer Bauzeitverschiebung ein, die durch verspätete Vorarbeiten eines anderen Auftragnehmers („Vorunternehmers“) verursacht wurde. Im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH war das KG der Auffassung, dass Ansprüche allein unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs (§ 642 BGB) denkbar seien. Eine zu einem Schadensersatzanspruch führende Pflichtverletzung des Auftraggebers sei dagegen nicht ersichtlich.

Die Unterscheidung, auf welcher Rechtsgrundlage Verzögerungskosten zu ersetzen sind, ist von weitreichender Bedeutung. Besteht ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280, 281 BGB, können grundsätzlich alle Kosten, die infolge der Verzögerung entstehen, ersetzt verlangt werden. Beim VOB/B-Vertrag gilt dies gemäß § 6 Nr. 6 S. 1 VOB/B mit der Einschränkung, dass der entgangene Gewinn nur bei grobem Verschulden verlangt werden kann. Verglichen hiermit hat der **Entschädigungsanspruch** wegen Annahmeverzugs (§ 642 BGB) einen geringeren Umfang. Entgangener Gewinn und Wagnis werden von ihm nicht erfasst (BGH BauR 2000, 722 = IBR 2000, 216). Auch können finanzielle Schäden des AN wegen eines entgangenen oder verzögert ausgeführten Folgeauftrags allein im Wege des Schadensersatzes, also nicht über § 642 BGB geltend gemacht werden.

Im entschiedenen Fall lehnte das Kammergericht einen **Schadensersatzanspruch** ab. Es fehle an einer schuldhaften Pflichtverletzung des Auftraggebers. Das Gericht berief sich auf die Rechtsprechung des BGH (BauR 2000, 722 = IBR 2000, 216). Hiernach stellt die durch den Vorunternehmer verursachte Verzögerung keine dem Auftraggeber gemäß § 278 BGB zuzurechnende Pflichtverletzung dar. Anderes gilt nur ausnahmsweise, wenn der Auftraggeber eine vertragliche Einstandspflicht für die mangelfreie Erfüllung der Vorleistung übernimmt.

An einen bloß konkludent, d. h. durch schlüssiges Verhalten, erklärten Bindungswillen des Auftraggebers sind hohe Anforderungen zu stellen. Nicht begründbar ist eine Verpflichtung des Bestellers, das Bauwerk zu den vereinbarten Fristen als für die Nachunternehmerleistung geeignet zur Verfügung zu stellen, mit der schlichten Vereinbarung von Vertragsfristen oder Bauzeitenplänen (BGH

BauR 2000, 722 = IBR 2000, 216). Ausnahmsweise hat das OLG Celle dies im sog. „Behelfsbrücken-Fall“ angenommen, da bereits bei Vertragsschluss offensichtlich war, dass der Auftragnehmer auf die strikte Einhaltung fest vereinbarter Ausführungszeiten für eine von einem Vorunternehmer zu stellende Behelfsbrücke angewiesen war, um keine Nachteile zu erleiden (BauR 1994, 629).

Ein Entschädigungsanspruch wegen **Annahmeverzugs** des Auftraggebers (§§ 642, 304 BGB) setzt im Gegensatz zu Schadensersatzansprüchen nicht die schuldhafte Verletzung einer Pflicht voraus. Erforderlich ist die Unterlassung einer für die Herstellung des Werkes erforderlichen Mitwirkungshandlung des Auftraggebers – die jedoch nicht als Haupt- oder Nebenpflicht ausgestaltet sein muss. Ermöglicht der Auftraggeber seinem Auftragnehmer nicht die Aufnahme der Bauarbeiten auf dem Grundstück, unterlässt er eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung i. S. d. § 642 BGB. Es entspricht ständiger Rechtsprechung seit der Entscheidung des BGH vom 21.10.1999 (BauR 2000, 722 = IBR 2000, 216), dass diese Obliegenheit verletzt wird, wenn wegen mangelbedingter Verzögerungen der Vorunternehmerleistungen der Folgeunternehmer nicht zu den vereinbarten Vertragsfristen mit der Bauausführung beginnen kann. Voraussetzung des **verschuldensunabhängigen** § 642 BGB ist es nicht, dass der Auftraggeber Verzögerungen der Vorarbeiten zu vertreten hat.

7.3 Voraussetzungen des Annahmeverzugs

Das Unterlassen der Mitwirkungshandlung muss zur Folge haben, dass der Auftraggeber in Verzug der Annahme der Auftragnehmerleistung gerät (§ 642 Abs. 1 BGB). Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs ergeben sich aus §§ 293 ff. BGB: Die Leistung muss dem Auftraggeber so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden (§ 294 BGB). Im Fall nicht fertig gestellter Vorarbeiten genügt ein wörtliches Angebot anstelle eines tatsächlichen Angebots (vgl. § 295 BGB: Ist zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich, reicht ein wörtliches Angebot aus).

Nicht zu versäumen ist bei VOB/B-Verträgen die unverzügliche schriftliche **Behinderungsanzeige** seitens des Auftragnehmers, wie § 6 Nr. 6 S. 2 VOB/B in der Fassung 2006 jetzt auch ausdrücklich klarstellt. Anderes gilt nur, wenn dem Auftraggeber offenkundig bekannt ist, dass der Auftragnehmer seine Leistung wegen nicht fertig gestellter Vorarbeiten nicht erbringen kann.

Bei alledem hat der Auftragnehmer zu beachten, dass die von ihm **angebotene Leistung vertragsgerecht** sein muss, um den Auftraggeber in Annahmeverzug zu versetzen. Anzubieten ist die Leistung so, wie sie vereinbart und geschuldet ist. An diesem Erfordernis scheiterte die Klage des AN in dem zitierten Fall vor dem Kammergericht. Nach dem Vertrag war der Auftragnehmer zur Mikrotunnelbohrung mit Maschinen verpflichtet, die eine bestimmte Technologie (automatische Grenzlagenschaltung) aufzuweisen hatten. Der AN wollte Maschinen ohne eine derartige Schaltung einsetzen. Das KG hat dies nicht als das Angebot einer vertragsgerechten Leistung gelten lassen – unabhängig davon, ob die Maschinen dem neuesten Stand der Technik entsprachen. Nach Ansicht des Gerichts kam es auch nicht darauf an, ob die vom Auftragnehmer gewählte Ausführungsart technisch oder wirtschaftlich gleichwertig oder

gar höherwertiger war. Ebenso wenig sei entscheidend, ob man mit dem einen wie auch mit dem anderen Gerät ein identisches Ergebnis erzielen könnte. Durch das Vorhalten vertragswidriger Maschinen sei der AN außerstande gewesen, die Leistung, so wie sie geschuldet war, zu erbringen (§ 297 BGB). Als Folge wurde Annahmeverzug des Auftraggebers abgelehnt.

7.4 Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs

Will der AN zusätzlich eine Grundlage für einen **Schadensersatzanspruch** schaffen, muss er bereits auf die Vertragsgestaltung Einfluss nehmen. Es bedarf einer verbindlichen Zusicherung des Auftraggebers, dass am vorgesehenen Termin die Arbeiten auch tatsächlich aufgenommen werden können. Lässt sich der AG hierauf nicht ein, sollte der AN bei Vertragsschluss in beweisbarer Form auf die konkreten Schäden hinweisen, die ihm bei Verzögerungen voraussichtlich entstehen. Benennt der AG sodann in Kenntnis konkret drohender Schäden einen Termin für den Ausführungsbeginn, kann dies unter Umständen als konkludente Pflichtübernahme durch den AG gewertet werden. Eine vom AG zu vertretende Verzögerung des vereinbarten Baubeginns kann dann einen Schadensersatzanspruch des AN begründen. In diesem Fall hat der AG die Verzögerung auch zu vertreten, wenn sich wegen Verschuldens eines von ihm beauftragten Vorunternehmers der Ausführungstermin nicht einhalten lässt (§ 278 BGB). Verweigert allerdings der AG ausdrücklich eine entsprechende Pflichtübernahme, bleibt es bei § 642 BGB als alleiniger Anspruchsgrundlage im Falle verzögerter Vorunternehmerleistungen.

8 Formen der rechtsgeschäftliche Abnahme – Risiken mehrdeutiger Erklärungen

8.1 Bedeutung der Abnahme

Sobald der Auftragnehmer das versprochene Werk fertig gestellt hat, hat er ein Interesse daran, die Abnahme herbeizuführen. Der Grund hierfür liegt in den mit der Abnahme verbundenen Rechtswirkungen:

- Bei Abnahme wird der Werklohnanspruch fällig (§ 641 Abs. 1 BGB).
- Die Gewährleistungsfristen beginnen zu laufen (§ 634a Abs. 2 BGB).
- Die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der Verschlechterung des Werkes geht auf den AG über (§ 644 BGB, § 7 VOB/B).
- Die Beweislast für Mängel geht auf den AG über (§ 363 BGB).
- Es endet die Pflicht des AN, die von ihm ausgeführten Leistungen und die ihm für die Ausführung übergebenen Gegenstände vor Beschädigung und Diebstahl zu schützen (§ 4 Nr. 5 VOB/B).
- Hat der AG bei Abnahme Mängel des Werkes positiv erkannt, verliert er seine Mängelrechte (mit Ausnahme von Schadensersatzansprüchen), es sei denn, er hat sich seine Rechte bei der Abnahme vorbehalten (§ 640 Abs. 2 BGB).
- Eine Vertragsstrafe kann der AG nur verlangen, wenn er sich diese bei der Abnahme vorbehalten hat (§ 341 Abs. 3 BGB). Ohne Vorbehalt verliert der AG seinen Anspruch, selbst wenn er sich seiner Existenz, d.h. der Verwirkung der Vertragsstrafe, nicht bewusst ist.

8.2 Förmliche und nicht förmliche Abnahme

Angesicht der zentralen Bedeutung der Abnahme steht zwischen den Parteien häufig in Streit, ob und wann eine Abnahme stattgefunden hat. In der Praxis ist die Frage nicht immer mit eindeutiger Sicherheit zu beantworten. Grund hierfür ist, dass eine Abnahme nicht an Förmlichkeiten gebunden ist. Bei einem VOB/B-Vertrag ist zwar in § 12 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B bestimmt, dass eine förmliche, schriftlich zu bestätigende Abnahme stattzufinden hat, **wenn eine Vertragspartei es verlangt**. Formlos erklärte Abnahmen werden durch diese Regelung aber nicht gehindert. Dies bedeutet, dass eine wirksame Abnahmeerklärung des Auftraggebers auch dann vorliegen kann, wenn eine der Parteien auf förmlicher Abnahme bestanden hat, es hierzu in der Folge aber nicht mehr kommt (OLG Jena IBR 2005, 527).

Die Abnahme muss nicht notwendig ausdrücklich erklärt werden. Eine **konkludente**, d. h. durch schlüssiges Verhalten erklärte Abnahme, führt die oben genannten Abnahmewirkungen in gleicher Weise herbei. Will der AG ein Werk gerade nicht als vertragsgemäß entgegennehmen, sollte er Verhaltensweisen vermeiden, die sich als Abnahmeerklärung deuten lassen. Nicht entscheidend ist, ob der AG die Abnahme tatsächlich erklären will, sondern ob es sich nach außen so darstellt, dass er das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß akzeptiert (§§ 133, 175 BGB).

8.3 Beispiele aus der Praxis

a) Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls „unter Vorbehalt“

In einem vom OLG Hamm entschiedenen Fall war streitig, ob der AG die Abnahme dadurch erklärte, dass er ein Abnahmeprotokoll unterzeichnete, dieses jedoch mit dem Zusatz „unter Vorbehalt“ versah (Urt. v. 14.03.2008 IBR 2008, 321 – nicht rechtskräftig). In dem Protokoll waren verschiedene Mängel handschriftlich aufgeführt.

Das Gericht hat die Unterzeichnung des Protokolls als rechtsgeschäftliche Werkabnahme eingestuft. Abgelehnt hat es die Auslegungsvariante, dass der Auftraggeber lediglich vorbehaltlich der Beseitigung der aufgeführten Mängel zur Abnahme bereit sei. Auch hat es der Unterschrift nicht die Bedeutung beigemessen, dass der AG nur die Fertigstellung der Arbeiten bestätigen wollte. Vielmehr hat das Gericht in dem Dokument einen Mangelvorbehalt im Sinne des § 640 Abs. 2 BGB gesehen. Ein solcher setzt eine erklärte Abnahme gerade voraus.

Das Landgericht als Vorinstanz hatte dies noch anders gesehen und eine Abnahme abgelehnt. Hieraus wird ersichtlich, dass mehrdeutiges Verhalten einer Vertragspartei stets mit Unsicherheiten verbunden ist. Durch Verweigerung der Unterschrift oder durch ausdrückliche, schriftliche Klarstellung der Abnahmeverweigerung hätte in vorliegendem Fall der Auftraggeber Zweifel am wirklich Gewollten ausräumen können.

b) Inaussichtstellen der Abnahme

Vom Wortlaut her eindeutig ist an sich ein mit „Abnahmeprotokoll“ überschriebenes Formular, das den Vermerk aufweist: „Der Bauherr erteilt die Abnahme des oben aufgeführten Gewerkes, wenn folgende Mängel bis zum ...1993

beseitigt sind.“ Alle Gerichtsinstanzen werten diese Erklärung des Auftraggebers als bloßes Inaussichtstellen einer Abnahme (OLG Saarbrücken BauR 2005, 1371 = IBR 2005, 419 / BGH – Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen). Dennoch vermochte selbst dieser Wortlaut Streit über das Vorliegen einer Abnahme und den damit verbundenen Verjährungsfragen zu provozieren. Durch den unmissverständlichen Zusatz „Diese Erklärung gilt nicht als Abnahme“ hätte dies der Auftraggeber vermeiden können.

c) Einzug und Nutzung eines Gebäudes

Grundsätzlich stellen Einzug und Nutzung des Gebäudes einen typischen Sachverhalt dar, auf den eine konkludente Abnahme gestützt werden kann. Hat jedoch der Auftraggeber vor dem Einzug oder der Nutzung die Abnahme zu Recht aufgrund von Mängeln verweigert hat, die zum Zeitpunkt des Einzugs oder der Nutzung nicht beseitigt worden sind, soll nicht auf eine Abnahme geschlossen werden können – auch nach längerer Nutzung des Gebäudes (BGH BauR 2004, 670 = IBR 2004, 128 und BauR 1998, 1258 = IBR 1999, 405; KG 2007, 476). Gleichwohl besteht der sicherste Weg für den Auftraggeber darin, bei Einzug klarzustellen, dass er weiterhin die Abnahme verweigere.

9 Wann kann sich der Auftragnehmer auf eine Abnahmefiktion berufen?

9.1 Abnahmefiktionen nach BGB und VOB/B

Kennzeichen einer Abnahmefiktion ist es, dass der AG gerade keinen Abnahmewillen durch ausdrückliche oder schlüssige/konkludente Erklärung äußert. Vielmehr knüpfen das Gesetz bzw. die VOB/B die Abnahmefiktion einzig und allein an die Erfüllung bestimmter objektiver Tatbestände:

- Nach § 640 Abs. 1 S. 3 BGB steht es einer Abnahme gleich, wenn der Auftraggeber das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Auftragnehmer gesetzten Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.
- Nach § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B gilt die Leistung als abgenommen mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung – wenn keine Abnahme verlangt wird.
- § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B knüpft daran an, dass der Auftraggeber die Leistung oder einen Teil der Leistung in Benutzung genommen hat. In diesem Fall gilt, wenn nichts anderes vereinbart ist, die Abnahme nach Ablauf von 6 Werktagen nach Beginn der Benutzung als erfolgt – wenn keine Abnahme verlangt wird.

In keinem der Fälle muss der AG zum Ausdruck bringen, dass er das Werk als im Wesentlichen vertragsgerecht billigt. Erklärt er jedoch innerhalb der einschlägigen Fristen, dass er die Abnahme verweigere, kann er hierdurch eine Abnahmefiktion verhindern. Dies gilt unabhängig davon, ob die Abnahmeverweigerung berechtigt oder unberechtigt ist (Oppler, in: Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 16. Aufl. 2007, § 12 Nr. 3 Rn. 10). Erklärt der AG, er lehne die Abnahme ab, kann eine gegenläufige Fiktion nicht mehr in Betracht kommen (Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 03.06.2008, § 640 Rn. 86).

Abnahmefiktionen sind für den Auftraggeber gefährlich, da ihm eine rechtsgeschäftlich relevante Erklärung – die Abnahme – unterstellt („fingiert“) wird, die möglicher-

weise nicht mit seinem Willen übereinstimmt. Insbesondere der Zugang einer schriftlichen Fertigstellungsbescheinigung muss als Beginn einer Frist wahrgenommen werden, deren Ablauf zum Eintritt der Abnahmewirkungen führt.

Will ein Auftragnehmer eine Abnahmefiktion nach § 12 Nr. 5 Abs. 1 oder Abs. 2 VOB/B herbeiführen, hat er darauf zu achten, dass er sich diesen Weg nicht selbst „verbaut“. In der Praxis geschieht dies immer wieder dadurch, dass der AN den AG zunächst ausdrücklich zur Abnahme auffordert. Dies hat zur Folge, dass eine Abnahme nicht mehr über § 12 Nr. 5 VOB/B fingiert werden kann. **Die Bestimmung greift nur ein, wenn keine Abnahme verlangt wurde.** Ihr Wortlaut ist insoweit eindeutig („Wird keine Abnahme verlangt ...“). Nicht durch ein vorheriges Abnahmeverlangen ausgeschlossen wird allerdings ein Vorgehen nach § 640 Abs. 1 S. 3 BGB (Fristsetzung zur Abnahme).

9.2 Abnahmefiktionen und Vorbehalte des Auftraggebers

Fingierte Abnahmen führen die oben genannten Abnahmewirkungen in gleicher Weise herbei wie rechtsgeschäftliche Abnahmen. Für die Fiktion des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB ist insoweit jedoch eine Ausnahme zu machen: Hat der AG positive Kenntnis von Mängeln bei Ablauf der gemäß § 640 Abs. 1 S. 3 BGB erklärten Frist, führt dies nicht zum Verlust seiner Mangelrechte. Die den Verlust von Mangelrechten regelnde Vorschrift des § 640 Abs. 2 BGB gilt allein für den Bereich der rechtsgeschäftlichen Abnahme – sie kann nicht auf die Abnahmefiktion des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB entsprechend angewendet werden.

Ob bei unterlassener Vorbehaltserklärung noch eine Vertragsstrafe verlangt werden kann, wurde im Rahmen des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB noch nicht entschieden (für einen Ausschluss des Anspruchs Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 03.06.2008, § 640 Rn. 73).

Für die Abnahmefiktionen nach VOB/B bestimmt § 12 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B, dass der AG Vorbehalte wegen bekannter Mängel oder wegen Vertragsstrafen innerhalb der jeweiligen Fristen des § 12 Nr. 5 Abs. 1 und 2 VOB/B geltend machen muss. Nach Ablauf der jeweiligen Fristen erklärte Vorbehalte sind unwirksam, ebenso „verfrühte“, d. h. vor Fristbeginn erklärte Vorbehalte (BGH NJW 1961, 115).

9.3 Hinweise zur vertraglichen Gestaltung

Bei Vereinbarung der VOB/B ist in Betracht zu ziehen, § 12 Nr. 5 VOB/B vertraglich auszuschließen, wobei die VOB/B dann nicht mehr als Ganzes vereinbart ist. Die Vorschrift des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB kann in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dagegen nicht wirksam abbedungen werden (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

Wurde § 12 Nr. 5 VOB/B in den Vertrag einbezogen, stellt sich die Frage seiner **AGB-rechtlichen Wirksamkeit**. Die Regelungen der VOB/B stellen grundsätzlich Allgemeine Geschäftsbedingungen dar, deren Wirksamkeit sich nach Maßgabe der §§ 305 ff. BGB beurteilt. Haben jedoch beide Vertragsparteien unabhängig von einander die Einbeziehung der VOB/B verlangt, so liegen keine AGB im konkreten Fall vor. Dies ist damit zu begründen, dass die VOB/B bei beidseitigem Einbeziehungsverlangen nicht mehr als

einseitig gestellt i. S. des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB gilt – dies aber ist Voraussetzung einer Allgemeinen Geschäftsbedingung. In einem solchen Fall ist § 12 Nr. 5 VOB/B ohne weiteres als wirksam zu erachten.

Ist § 12 Nr. 5 VOB/B als AGB einzustufen, gilt Folgendes: In Vertragsklauseln vorgesehene Abnahmefiktionen, sind an sich gemäß § 308 Nr. 5 BGB unwirksam – auch im Rechtsverkehr zwischen Unternehmern. Nach herkömmlichem Verständnis galt dies indes nicht für „reine“ VOB/B-Verträge, d.h. für Verträge, in die Teil B der VOB ohne jede – auch nur geringfügige – Änderung einbezogen wird (§ 308 Nr. 5 BGB a. E.).

In diesem Zusammenhang ist die Entscheidung des BGH vom 24.07.2008 (Az. VII ZR 55/07, BauR 2008, 1603) zu beachten: Wird die VOB/B gegenüber **einem Verbraucher** verwendet, unterliegen ihre einzelnen Klauseln selbst dann der Inhaltskontrolle, wenn die VOB/B „als Ganzes“ vereinbart ist. Die gleiche Rechtsfolge sieht das zum 01.01.2009 in Kraft getretene Forderungssicherungsgesetz vor. Die Privilegierung der VOB/B bei Einbeziehung als Ganzes in § 308 Nr. 5 a. E. BGB sowie in § 309 Nr. 8 b) ff) a. E. BGB ist entfallen. Stattdessen wird durch eine Ergänzung in § 310 Abs. 1 BGB klargestellt, dass eine **Privilegierung der VOB/B bei Einbeziehung „als Ganzes“ nur noch bei Verwendung gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen** in Betracht kommt – also gerade nicht mehr bei Verwendung gegenüber Verbrauchern. Eine formularmäßige Einbeziehung der Abnahmefiktionen des § 12 Nr. 5 VOB/B durch Auftragnehmer gegenüber Verbrauchern dürfte damit nicht mehr wirksam möglich sein.

Zu beachten ist ferner, dass ein Vertragspartner, der selbst die Einbeziehung einer ihn benachteiligenden Klausel verlangt hat, sich nicht auf ihre Unwirksamkeit berufen kann. Wurde daher die Einbeziehung der VOB/B von Auftraggeberseite verlangt, wird der AG nicht mit dem Einwand gehört, dass die Abnahmefiktionen der VOB/B eine ihn unangemessen benachteiligende Regelung darstellen.

10 Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht der Architekten und Ingenieure

10.1 Gründungs- und Abdichtungsfehler

Haftungsfälle betreffen häufig Planungsfehler im Zusammenhang mit der Gründung und der Abdichtung der erdberührten Bauteile gegen drückendes und nicht drückendes Wasser – ein Indiz dafür, dass aus dem Untergrund resultierende Risiken von Planern nicht immer hinreichend wahrgenommen werden.

a) Keine formularmäßige Freizeichnung von Planungsrisiken

Gemäß Entscheidung des BGH vom 06.12.2007 (IBR 2008, 164) ist die Leistung eines allein mit der Genehmigungsplanung und Statik beauftragten Architekten jedenfalls dann mangelhaft, wenn er erkennen musste, dass keine Planungsleistungen vorliegen, auf denen er aufbauen könnte. Von dieser Haftung kann sich der Architekt nicht durch einen formularmäßigen Hinweis freizeichnen, die Baugrundannahme sei vor Baubeginn vom ausführenden Unternehmer und von der Bauleitung zu überprüfen.

Sachverhalt:

Zugrunde lag ein Neubauvorhaben eines Mehrfamilienwohnhauses auf einem in Rheinnähe gelegenen Grundstück. Der Architekt erbringt Leistungen der Genehmigungs- und Tragwerksplanung. Die von ihm verfasste Erläuterung zur statischen Berechnung enthält den Hinweis, dass ein Bodengutachten nicht vorliege und dass die vorausgesetzte Baugrundannahme vom ausführenden Unternehmer und der Bauleitung vor Baubeginn allein verantwortlich zu überprüfen sei. Das Bauwerk wird darauf ohne Schutz gegen drückendes Wasser errichtet ist. Kurze Zeit später dringt bei einem Rheinhochwasser Grundwasser in den Keller ein. Eine nachträgliche Abdichtung wird erforderlich, weshalb der Bauherr vom Architekten Schadensersatz fordert. Der Architekt meint, da er nur mit der Erstellung der Bauantragsunterlagen und der Statik beauftragt gewesen sei, habe er sich mit dem Hinweis auf die spätere Überprüfung seiner Baugrundannahmen begnügen dürfen.

Entscheidung:

Hiermit dringt der Architekt nicht durch. Er haftet dem Bauherrn auf Schadensersatz wegen Mängeln seiner Architektenleistung. Der Architekt kannte die Lage des Grundstücks in der Nähe des Rheins. Er hatte vom Bauherrn nur Skizzen erhalten, denen zu entnehmen war, dass bisher keine Planungsleistungen vorlagen, auf denen er hätte aufbauen können. Unter diesen Umständen war der Architekt werkvertraglich aus der maßgeblichen Sicht des Bauherrn nicht nur dazu verpflichtet, eine Vorlage für die erforderlichen Genehmigungen zu erstellen. Der Architekt, der auch mit der statischen Berechnung beauftragt war, die er ohne Kenntnis der Bodenverhältnisse nicht erledigen konnte, übernahm die Verpflichtung, eine mangelfreie funktionstaugliche Planung zu erstellen, die auch den hier erforderlichen Schutz gegen drückendes Grundwasser beinhalten musste.

b) Alleinige Verantwortung des Architekten bei Unterfangungsarbeiten ohne vorherige Baugrunduntersuchung

Dass die Überprüfung der Eignung des Baugrunds zu den zentralen und wesentlichen Vertragspflichten des planenden Architekten gehört, verdeutlicht ein vom OLG Karlsruhe entschiedener Fall (Urt. v. 12.09.2007 [nicht rechtskräftig] IBR 2008, 461).

Sachverhalt:

Der Architekt war mit der Bauplanung und Bauleitung bei der Errichtung einer Tiefgarage beauftragt. Im Rahmen der Ausführung wurde das Fundament der Giebelwand einer auf dem Nachbargrundstück stehenden Scheune unterfangen – ohne vorherige Untersuchung des Baugrunds. Nach Abschluss der Unterfangungsarbeiten zeigte die Giebelwand Risse und stürzte schließlich ein. Architekt, Statiker und Bauunternehmer wurden als Gesamtschuldner zum Schadensersatz verurteilt. Nachdem der Haftpflichtversicherer des Architekten den gesamten Schadensbetrag an den Geschädigten gezahlt hat, verlangt er im Regresswege eine Quote von 1/3 vom Bauunternehmer.

Entscheidung:

Die Klage bleibt ohne Erfolg. Zwar sind Gesamtschuldner im Innenverhältnis grundsätzlich zu gleichen Anteilen ver-

pflichtet. Eine abweichende Verteilung kann sich jedoch aus § 254 BGB ergeben. Hiernach ist zu berücksichtigen, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder von dem anderen Gesamtschuldner verursacht worden ist – wobei auch das jeweilige Verschulden in die Wertung einzubeziehen ist. Hiernach kann der eine Gesamtschuldner gegenüber dem anderen von jeder Haftung frei werden.

Einen derartigen Fall nimmt das OLG Karlsruhe hier an. Der Architekt trage die Hauptverantwortung für den Einsturz der Giebelwand. Es gehöre zu den wesentlichen und zentralen Vertragspflichten des mit der Planung beauftragten Architekten, die Eignung des Baugrunds für das Bauvorhaben zu prüfen bzw. prüfen zu lassen. Diese Pflicht habe der Architekt missachtet, als er die Giebelwand unterfangen ließ, ohne zuvor den Baugrund im Gründungsbereich untersuchen zu lassen. Demgegenüber trete die Verantwortung des Bauunternehmers für den entstandenen Schaden zurück. Weder die Untersuchung des Baugrunds noch die Durchführung der gebotenen statischen Berechnungen fielen in dessen Pflichtenbereich. Der Architekt bzw. sein Haftpflichtversicherer müssten für den Schaden daher auch im Innenverhältnis der Gesamtschuldner allein aufkommen.

c) Haftung des Architekten bei unzureichendem Baugrundgutachten

Aber selbst wenn der Architekt ein Baugrundgutachten einholen lässt, ist sein Haftungsrisiko wegen dennoch eintretender Gründungsmängel nicht etwa gebannt, wie ein vom OLG Koblenz entschiedener Fall zeigt (Urt. v. 28.01.2008, IBR 2008, 399).

Sachverhalt:

Im Rahmen der Planung eines Baustoffwerks für Betonsteine holt der Architekt im Auftrag des Bauherrn ein Bodengutachten ein. Jedoch versäumt er es, den Bodengutachter auf die geplante Gründungstiefe und die notwendigen Fundamente für schwere Betonsteinfertigungsmaschinen hinzuweisen. Der Baugrund wird darauf nur bis zu einer Tiefe von 5 m untersucht. Auf Grundlage des Bodengutachtens plant der Architekt die Gründung. Nach Fertigstellung und Aufnahme der Produktion entstehen Setzungsschäden an den Fundamenten. Es stellt sich heraus, dass die vom Bodengutachter zur Errechnung der Fundamentstärke vorgenommenen Baugrundaufschlüsse nicht tief genug waren. Außerdem wurden die vom Betrieb der Steinfertigungsmaschinen ausgehenden dynamischen Lasten nicht berücksichtigt. Umfangreiche Sanierungsmaßnahmen zur Ertüchtigung der Sohle wurden erforderlich. Die entstandenen Kosten macht der Bauherr als Schadensersatz gegenüber dem Architekten geltend.

Dieser wendet ein, ihn treffe für die unzureichende Baugrunduntersuchung keine Verantwortung. Der Bodengutachter habe gewusst, dass die Erstellung eines Betonsteinfertigungswerkes geplant gewesen sei. Auch habe er die Gründungstiefe gekannt und allein zu entscheiden gehabt, bis zu welcher Tiefe Erkundungsbohrungen auszubringen seien. Hätte der Bodengutachter weitere Informationen benötigt, hätte er diese jederzeit erfragen können.

Entscheidung:

Hiermit findet der Architekt vor Gericht kein Gehör. Es könne nicht angehen, dass sich Architekt und Sonderfach-

mann (Bodengutachter) gegenseitig die Verantwortung zuschieben. Der Bauherr könne erwarten, dass beide in der erforderlichen Weise zusammenwirken, weshalb sie gegenüber dem Bauherrn Gesamtschuldner sind. Es kommt daher darauf an, ob der Architekt nach dem bei ihm vorauszusetzenden Kenntnisstand Fehler begangen hat, die für den eingetretenen Schaden ursächlich bzw. mitursächlich waren. Ist dies zu bejahen, haftet er dem Bauherrn als Gesamtschuldner in vollem Umfang.

Ein solcher schuldhaft verursachter Fehler des Architekten wurde hier vom OLG Koblenz bejaht. Aus dem Schreiben des Architekten an den Bodengutachter und dem beigelegten Übersichtsplan habe sich kein Hinweis auf die geplante Gründungstiefe und die notwendige Fundamenterrichtung für schwere Maschinen ergeben. Mit tiefen Baugruben oder dynamisch belasteten Fundamenten habe der Bodengutachter nach diesen Unterlagen nicht rechnen müssen. Der Architekt hätte, so das sachverständig beratene Gericht, selbst wissen müssen, dass nach DIN 1054 zu einer sorgfältigen Planung die Baugrunderkundung bis zu einer Tiefe von 6 m unter der tiefsten Gründungsebene erforderlich ist, was hier eine notwendige Bohrtiefe von 11,70 m (statt durchgeführter 5 m) bedeutete. Wegen dieser fehlerhaften Vorgaben haftet der Architekt dem Bauherrn als Gesamtschuldner in vollem Umfang für den entstandenen Schaden.

Hinweis:

Über das Verschulden des Bodengutachters und die Gewichtung der jeweiligen Verursachungsbeiträge war hier nicht zu entscheiden. Anzunehmen ist, dass der Haftpflichtversicherer des Architekten Regress beim Bodengutachter nehmen wird.

10.2 Haftung für Brandschutzmängel

Auch im Zusammenhang mit Brandschutzfragen lauern kostspielige Haftungsrisiken, wie eine nicht rechtskräftige Entscheidung des OLG Frankfurt aufzeigt (Urt. v. 11.03.2008, IBR 2008, 279):

Sachverhalt:

Architekten wurden mit der Entwurfsplanung sowie Teilen der Ausführungsplanung für den Neubau eines Brandschutzzentrums beauftragt. Die Ausführungsplanung der Architekten sah für die Treppengeländer eine „Holzwerkstoffplatte mit Eiche furniert“ vor. Das Bauunternehmen führte die Treppengeländer aus Holzspanplatten aus. Dies wurde von der Bauaufsicht wegen Verstoßes gegen Brandschutzbestimmungen beanstandet, worauf die Geländer ausgetauscht werden mussten. Der auf Schadensersatz in Anspruch genommene Architekt vertritt die Auffassung, er habe nur gestalterische Leitdetails geschuldet und das von ihm vorgegebene Material habe es auch in einer Ausführung gegeben, die den Erfordernissen des Brandschutzes Rechnung getragen hätte. Es sei Sache des Bauunternehmens gewesen, eine zulässige Ausführung zu wählen.

Entscheidung:

Das OLG Frankfurt, sachverständig beraten, hat dagegen einen Mangel der Ausführungsplanung der Architekten angenommen. Die mehrdeutige Vorgabe „Holzwerkstoff-

platte mit Eiche furniert“ lässt sich dahin auslegen, dass ein brennbarer und damit für die konkrete Verwendung unzulässiger Baustoff vorgegeben wird. Ein dem Architekten in diesem Zusammenhang zuzurechnender Planungsfehler sei nicht erst dann gegeben, wenn die Planung zwingend die Verwendung brennbarer Werkstoffe vorsehe. Der Architekt müsse bei der Auswahl der Baustoffe den sichersten Weg gehen. Seine Planung sei deshalb bereits dann mangelhaft, wenn sie nur die nicht fern liegende Gefahr unzulässiger Ausführung berge. Wenn ein Baustoff angegeben wird, der mehrere Ausführungen zulässt, von denen nicht alle zulässig sind, erfordert die Verpflichtung zur Wahl des sichersten Wegs einen eindeutigen Hinweis auf die zulässige Ausführung.

Hinweis:

Den Architekten entlastet es in diesem Fall auch nicht, dass das Bauunternehmen verpflichtet war, die Ausführungsplanung zu überprüfen. Beide haften dem Bauherrn gegenüber als Gesamtschuldner, so dass dieser wählen kann, wen er in Anspruch nimmt. Wird der Architekt vom Bauherrn wegen des entstandenen Schadens in Anspruch genommen, kann er bzw. nach Regulierung sein Haftpflichtversicherer versuchen, bei dem Bauunternehmen Regress zu nehmen. Dieser so genannte Gesamtschuldnerausgleichsanspruch ist allerdings nicht werthaltig, wenn das Bauunternehmen zwischenzeitlich insolvent ist.

10.3 Ausnahmsweise keine Haftung des Architekten bei Grundlagenermittlung durch den Auftraggeber

Im Einzelfall kann die Haftung des Planers auch entfallen, wenn der sachkundige Auftraggeber unzutreffende technische Vorgaben macht. Einen derartigen Fall hatte das OLG Frankfurt zu entscheiden (Urt. v. 14.07.2006, nachfolgend BGH, Beschl. v. 12.07.2007 [Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen], BauR 2008, 553 = IBR 2008, 342).

Sachverhalt:

Der Bauherr eines Multiplex-Kinos beauftragte eine Ingenieurgesellschaft mit der Planung einer Absorptionskälteanlage. Die Grundlagenermittlung (vgl. Leistungsphase 1 des § 73 Abs. 1 HOAI) war nicht Vertragsgegenstand. Mit der benachbarten Brauerei wurde vereinbart, den dort erzeugten Dampf als Energiequelle für die Kühlung des Kinos zu nutzen. Hierzu schloss der Bauherr mit der Brauerei einen Wärmelieferungsvertrag über die Abnahme von Fernwärme in Form von Dampf.

Die Kälteanlage wurde funktionstauglich errichtet. Jedoch rügte der Kinobetreiber in der Folgezeit, dass der Kinobetrieb wegen des hohen Energieverbrauchs unwirtschaftlich betrieben werde und defizitär sei. Ein Privatgutachter kam zu dem Ergebnis, dass die Kältemaschine völlig unwirtschaftlich betrieben werde, weil zu hohe Kosten für den Bezug des Dampfes entstünden. Er empfahl deshalb einen Austausch des Aggregats. Nach erfolgtem Umbau verlangte der Bauherr die entstandenen Kosten als Schadensersatz von der Ingenieurgesellschaft. Dieser wird vorgeworfen, nicht das wirtschaftlichste Kältesystem geplant zu haben, was einen Mangel der Planung darstelle. Zumindest hätte die Ingenieurgesellschaft die Pflicht gehabt, den Bauherrn auf die Unwirtschaftlichkeit der vorgesehenen Anlage hinzuweisen.

Entscheidung:

Dies sieht das OLG Frankfurt – wie erstinstanzlich auch bereits das Landgericht Darmstadt – anders. Die Planung der Ingenieurgesellschaft sei nicht mangelhaft. Die Frage, welche von mehreren technisch möglichen Kälteerzeugungsanlagen ihrem System nach für das Bauvorhaben am besten geeignet war, wäre im Rahmen der Grundlagenermittlung zu klären gewesen. Diese gehörte aber nicht zu den vertraglich übernommenen Leistungen der Ingenieure. Im Gegenteil: Die Besonderheit bestand hier darin, dass der Bauherr standardmäßig seine Multiplex-Kinos mit Absorptionskälteanlagen ausstatten ließ. Auch die – im Ergebnis kostspielige – Idee, den von der benachbarten Brauerei bezogenen Dampf als Energiequelle zu nutzen, stammte nicht von den Ingenieuren, sondern wurde diesen verbindlich vorgegeben. Diese hatte also dieses Konzept nur noch planerisch umzusetzen.

Die Ingenieure haben auch keine Hinweispflicht verletzt. Eine solche Pflicht entfalle, wenn der Auftraggeber von den aufzuklärenden Umständen selbst positive Kenntnis besitzt und daher in der Lage ist, die Konsequenzen seiner Grundlagenentscheidung für die weitere Planung und Durchführung der Ingenieurleistungen selbst zu erkennen. Dies wurde hier bejaht, da der Bauherr selbst fachkundig war und überdies von fachkundigen Architekten beraten wurde – gerade auch hinsichtlich der Klimatechnik. Der Umstand, dass der Bauherr lange vor Beauftragung der Ingenieure die Art der Kälteerzeugung in einer Mieterbaubeschreibung festgelegt hatte, wurde hier als Indiz für eigene Sachkunde des Bauherrn gesehen.

Hinweis:

Architekten und Ingenieure sind gut beraten, diese Entscheidung des OLG Frankfurt als Ausnahmefall zu verstehen. Die Ingenieurhaftung entfiel hier nur, weil verbindliche technische Vorgaben des sachkundigen Auftraggebers zu einer zwar unwirtschaftlichen, aber funktionstauglichen Anlage führten. Die Entscheidung wäre wohl anders ausgefallen, wenn die Ingenieure auch mit der Grundlagenermittlung beauftragt worden wären. **Die verbreitete Praxis, das Honorar für die Grundlagenermittlung „einzusparen“, sollte daher auch aus Auftraggebersicht überdacht werden.**

10.4 Schadensersatz wegen Baukostenüberschreitung

Ein „Dauerbrenner“ im Haftungsrecht der Architekten und Ingenieure sind Schadensersatzforderungen von Bauherrn wegen Baukostenüberschreitung. Diese sind für den Architekten/Ingenieur besonders kritisch, da hierfür in der Regel kein Haftpflichtversicherungsschutz besteht. Im Ergebnis bleiben Klagen von Bauherrn aber häufig erfolglos, so in einem vom OLG Koblenz entschiedenen Fall (Urt. v. 14.06.2006, nachfolgend BGH, Beschl. v. 12.07.2007 [Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen], IBR 2008, 283).

Sachverhalt:

Die Architekten planten und überwachten Anfang der 1990er Jahre für ein Unternehmen den Um- und Erweiterungsbau deren Verwaltungsgebäudes. Nach Fertigstellung der Baumaßnahme zahlte der Bauherr einen großen Teil des Architektenhonorars nicht und verlangte Schadensersatz.

satz wegen der Erhöhung der Baukosten. Die Kostenschätzung der Architekten belief sich auf netto 1.780.000 DM. Die Kostenberechnung wies netto 2.228.000 DM voraussichtliche Kosten aus. Ein Kostenanschlag lautete über brutto 2.857.000 DM. Die tatsächlichen Baukosten belaufen sich gemäß einem erstinstanzlich eingeholten Gutachten auf 3.113.932,03 DM netto.

Entscheidung:

Mit seiner Schadensersatzforderung wegen Baukostenüberschreitung dringt der Bauherr nicht durch. Er wird stattdessen verurteilt, den Architekten das restliche Honorar zu zahlen.

Das Gericht stellt zunächst fest, dass die Parteien weder im Architektenvertrag noch danach eine Baukostenbegrenzung vereinbart hatten. Ein Schadensersatzanspruch des Bauherrn könne sich daher allenfalls aus einer Überschreitung des Toleranzrahmens der Kostenschätzung ergeben. Hierbei sei dem Architekten ein Toleranzrahmen von 30 bis 40 % einzuräumen. Dieser Rahmen war hier deutlich überschritten. Daraus folgt aber noch nicht, dass die vom Bauherrn geltend gemachte Schadensersatzforderung allein deshalb begründet wäre.

Die Steigerung der Baukosten resultierte in erster Linie aus einer Vergrößerung des ursprünglich geplanten Baukörpers, der nachträglichen Erhöhung des Ausstattungsstandards und Zusatzwünschen des Bauherrn. Beispielsweise genannt seien eine zunächst nicht vorgesehene repräsentative Glas-Aluminium-Fassade, Änderung des ursprünglich als Abstellraum geplanten Raums im Dachgeschoss in eine Teeküche, aufwendige Gestaltung und Einrichtung in schwarzem Granit und weißem Marmor für Küche und WC, Bodenbelag in Naturstein statt in Kunststoff, Fluchtbalkone in Edelstahl an Stelle der ursprünglich vorgesehenen Ausführung in verzinktem Stahl. Die Bauausführung war schließlich um etwa 250 m³ größer, als in der ersten Entwurfsplanung vorgesehen war.

Zwischen den Parteien fanden auch laufend Gespräche wegen der Kostenentwicklung statt. Dem Beklagten war bewusst, dass seine Änderungswünsche baukostensteigernd wirkten. Aufgrund der fortgeschriebenen Kostenermittlungen war der Bauherr von den **Architekten in ausreichender Weise darüber informiert worden, dass die ursprüngliche Kostenschätzung bei realistischer Betrachtung nicht einzuhalten war.**

Die Forderung des Bauherrn scheiterte bereits daran, dass ihm der Nachweis einer Pflichtverletzung im Sinne einer unrichtigen Kostenermittlung durch die Architekten nicht gelungen ist. Hierfür hätte der Bauherr im Einzelnen vortragen müssen, welchen Ausbaustandard die Parteien vereinbart hatten. Sodann hätte er darzulegen gehabt, dass unter Abzug der verteuerten Änderungs- und Sonderwünsche, von zusätzlichen Leistungen sowie von unvorhergesehenen Kosten die Kostenermittlung der Kläger unrealistisch war.

Die Kläger waren auch nicht verpflichtet, den Beklagten ausdrücklich auf die weiteren Kostensteigerungen hinzuweisen. **Zwar obliegt dem Architekten grundsätzlich eine solche Hinweispflicht bei Überschreitung des Kostenrahmens.** Dieser Grundsatz erfährt jedoch Einschränkungen, wenn sich die Verteuerung aus der Vergabe von Zusatzaufträgen ergibt und das für den Bauherrn ohne weite-

res einsehbar ist. Für den Bauherrn waren zwangsläufige Kostensteigerungen hier schon allein deshalb erkennbar, weil er Gewerke selbst vergeben hat, wie die Gestaltung der Außenfassade.

Darüber hinaus würde es auch an der Ursächlichkeit einer (unterstellten) Pflichtverletzung für den Schaden. Der Schaden, der dem Beklagten entstanden ist, berechnet sich aus der Differenz zwischen dem Verkehrswert des selbst genutzten Gebäudes und den tatsächlich entstandenen Baukosten. Den Gebäudewert hat ein gerichtlich beauftragter Sachverständiger hier im Vergleich zu den Baukosten um ca. 280.000 DM geringer errechnet, so dass ein Schaden grundsätzlich gegeben wäre. Der Bauherr hätte aber konkret darlegen müssen, wie er sich verhalten hätte, wenn er rechtzeitig über die spätere Baukostenüberschreitung informiert gewesen wäre. Hierzu hatte es der Darlegung eines hypothetischen Ablaufs bedurft, in welchem nicht getroffene Entscheidungen des Bauherrn zur Gestaltung des Bauvorhabens bei früherer Information über die voraussichtlichen Kosten darzustellen wären. Hierbei kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass sich bei rechtzeitiger Aufklärung der Bauherr sachgerecht verhalten hätte. Es hätte im Einzelnen darlegen müssen, dass er nicht oder jedenfalls billiger gebaut hätte, wenn ihm die zur Schätzzeit realistischen Kosten mitgeteilt worden wären.

Hinweis:

Anhand der Entscheidung des OLG Koblenz scheint die Unbegründetheit der Forderung des Bauherrn hier durchaus nahe liegend (erhebliche Vergrößerung des Baukörpers, zahlreiche nachträgliche Sonderwünsche des Bauherrn). Gleichwohl hat das erstinstanzlich mit der Sache befasste Landgericht Trier immerhin neun Jahre bis zu einer Entscheidung benötigt (Az: 11 O 480/96). Die erhebliche Resthonorarforderung der Architekten wurde diesen erst nach elfjähriger Verfahrensdauer rechtskräftig zuerkannt und die Schadensersatzklage des Bauherrn abgewiesen. Dieser Prozessverlauf mag, trotz seines für die Architekten günstigen Ausgangs, verdeutlichen, wie bedeutsam eine sorgfältige, kontinuierliche Kostenkontrolle und entsprechende Aufklärung des Bauherrn durch den Architekten ist.

Zur Vermeidung von Missverständnissen ist darauf hinzuweisen, dass die Zubilligung eines Toleranzrahmens bei der Kostenermittlung nicht bedeutet, dass dem Architekten Toleranzen für Fehler zugestanden werden, etwa vergessene Umsatzsteuer oder unrealistische Kubikmeterpreise (hierzu BGH BauR 1997, 335).

10.5 Mitverschulden des Bauherrn gegenüber dem bauüberwachenden Architekten bei Fehlern des planenden Architekten

Beauftragt der Bauherr verschiedene Architekten mit der Planung einerseits und der Bauüberwachung andererseits, so hat der Bauüberwacher die ihm zur Verfügung gestellten Pläne auf Richtigkeit zu prüfen. Unterlaufen ihm hierbei Fehler und entsteht daraus ein Schaden, so stellt sich die Frage, ob der Bauüberwacher in voller Höhe haftet. Mit dieser Konstellation hatte sich der BGH zu befassen (Urt. v. 27.11.2008 – VII ZR 206/06, IBR 2009, 92).

Sachverhalt:

Beim Bau eines Mehrfamilienhauses beauftragt der Bauherr einen Architekten mit der Planung und einen anderen Architekten mit der Bauüberwachung. Die Planung enthält schwerwiegende Fehler, die der Bauüberwacher übersieht. Hierdurch kommt es zu Baumängeln, deren Beseitigung Kosten in Millionenhöhe erfordert; diese verlangt der Bauherr vom bauüberwachenden Architekten ersetzt. Der planende Architekt ist insolvent.

Entscheidung:

Während das Kammergericht in der Berufungsinstanz den Bauüberwacher antragsgemäß zum Schadensersatz verurteilt, beurteilt der BGH die Rechtslage anders und verweist den Rechtsstreit zurück an das Kammergericht.

Der BGH weist darauf hin, dass den Bauherrn im Vertragsverhältnis zum Bauüberwacher eine Obliegenheit trifft, diesem mangelfreie Pläne zur Verfügung zu stellen. Nimmt der Bauherr den Bauüberwacher wegen eines Baumangels in Anspruch, der darauf beruht, dass die gelieferten Pläne mangelhaft sind und der Bauüberwacher dies pflichtwidrig nicht bemerkt hat, muss er sich gemäß §§ 254 Abs. 1, 278 BGB das mitwirkende Verschulden des Planers als seines Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen.

Hinweis:

Der BGH hat mit dieser Entscheidung einen Meinungsstreit in Rechtsprechung und Literatur entschieden. Die Entscheidung des BGH ändert aber nichts daran, dass der bauaufsichtsführende Architekt verpflichtet ist, ihm überlassene Pläne auf Fehler und Widersprüche zu überprüfen. Auf erkennbare Fehler muss er den Bauherrn also hinweisen. Unterlässt der Bauüberwacher dies, haftet er – der Anspruch des Bauherrn wird jedoch um einen Mitverschuldensanteil gekürzt. Insoweit steht dem Bauherrn ein Schadensersatzanspruch gegen den Planer zu. Dieser ist jedoch nicht werthaltig, wenn der Planer – wie in dem vom BGH entschiedenen Fall – insolvent ist.

11 „Sonderzahlungen“ an Architekten/Generalplaner/ Angestellte des Bauherrn – Ansprüche des Bauherrn

„Sonderzahlungen“ in der Bauwirtschaft sind nicht nur ein Fall für die Strafverfolgungsbehörden, sondern auch für die Zivilgerichte.

11.1 „Sonderzahlungen“ an Architekten/Generalplaner

Exemplarisch ist ein rechtskräftiges Urteil des OLG Stuttgart vom 16.06.2005 zu nennen (BauR 2007, 420 = IBR 2007, 8).

Sachverhalt:

Ein Bauunternehmen ließ dem von einem öffentlichen Auftraggeber beauftragten Generalplaner einen Betrag von 500.000 € „zukommen“. Im förmlichen Vergabeverfahren gab das Bauunternehmen das günstigste Gebot ab und erhielt den Zuschlag. Als der öffentliche Auftraggeber von der Zahlung erfuhr, machte er einen Schadensersatzanspruch in gleicher Höhe (500.000 €) gegen den Bauunternehmer geltend. Mit diesem Anspruch rechnete er gegen den Vergütungsanspruch des Bauunternehmers auf.

Entscheidung:

Unter Berufung auf die Rechtsprechung des BGH (BauR 1991, 478 = IBR 1991, 261) hielt das OLG Stuttgart den Schadensersatzanspruch gegen den Bauunternehmer für begründet. Der Bauunternehmer habe schuldhaft eine vorvertragliche Pflicht verletzt (§§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB). Bei Vertragsschluss hätte er dem Auftraggeber die „Sonderzahlung“ offen legen müssen. Auch Parteien, die entgegen gesetzte Interessen verfolgen, treffe die Pflicht, den anderen Teil über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck vereiteln können und daher für seinen Entschluss von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte. Durch „Sonderzahlungen“ an einen vom Auftraggeber eingesetzten Sachwalter (Generalplaner, Architekt oder Baubetreuer) bestehe erkennbar die Gefahr, dass dieser fortan seine Entscheidungen nicht mehr ausschließlich im Interesse des Auftraggebers vertrete. Von einem Auftragnehmer, der die Gefahr der Interessenkollision heraufbeschworen hat, darf der Auftraggeber Aufklärung erwarten.

Durch diese Pflichtverletzung sei dem Auftraggeber ein Vermögensschaden entstanden, dessen Höhe dem Betrag der „Sonderzahlung“ entspreche. Das Gericht unterstellt, dass es dem Auftraggeber bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen wäre, den Vertrag zu einem günstigeren Preis abzuschließen. Es sei davon auszugehen, dass der Auftraggeber bei Kenntnis der Absprache den Preis bei den Vertragsverhandlungen um 500.000 € „gedrückt“ hätte.

Hinweis:

Anzumerken ist, dass das OLG Stuttgart – im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH – hier letztlich eine Wertung vornimmt. Es hebt hervor, dass es nicht darauf ankomme, ob sich der Unternehmer ohne „Sonderzahlung“ tatsächlich mit einem niedrigeren Preis einverstanden erklärt hätte. Die Kausalität des Schadens wird in kaum widerlegbarer Weise unterstellt.

11.2 „Sonderzahlungen“ an Mitarbeiter des Auftraggebers

Im Fall der Münchener Allianz Arena leistete der Auftragnehmer zur Erlangung eines Auftrags „Sonderzahlungen“ an einen Mitgeschäftsführer des Auftraggebers. Das OLG München (IBR 2007, 238) bejahte auch hier einen Schadensersatzanspruch des AG gegen den AN, dessen Höhe mit dem Betrag der geleisteten „Sonderzahlungen“ angesetzt wurde. Dabei ließ sich das Gericht von den gleichen Erwägungen leiten lassen wie im obigen Fall des OLG Stuttgart. Bejaht wurde eine gesamtschuldnerische Haftung des AN mit dem Mitgeschäftsführer, gegen den der AG ebenfalls einen entsprechenden Zahlungsanspruch habe.

11.3 Nichtigkeit des Bauvertrages wegen Sittenwidrigkeit?

Unter Umständen kann der AG eine „Sonderzahlungsabrede“ auch zum Anlass nehmen, sich von dem Vertrag mit dem AN wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) zu lösen.

Der aufgrund einer „Sonderzahlungsabrede“ abgeschlossene Werkvertrag ist nicht stets nichtig. Sittenwidrigkeit kommt nur in Betracht, wenn die Abrede zu einer für den Geschäftsherrn nachteiligen Vertragsgestaltung

geführt hat (BGH BauR 1999, 1047 = IBR 1999, 375). Der Nachteil kann damit begründet werden, dass der Auftragnehmer die vereinbarte „Sonderzahlung“ bei seiner Preiskalkulation berücksichtigt hat, der Auftraggeber also eine höhere Vergütung entrichten muss. Liegen Anhaltspunkte für einen Nachteil vor, so obliegt es dem Auftragnehmer, das Fehlen eines Nachteils zu beweisen. Es gelten die Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins (BGH a. a. O.).

Ist objektiv von einer nachteiligen Vertragsgestaltung auszugehen, führt dies nicht „automatisch“ zur Nichtigkeit des Vertrages. Sittenwidrigkeit kann solange nicht ohne weiteres angenommen werden kann, als der Auftraggeber den Vertrag auch in Kenntnis aller Umstände für sinnvoll und ausgewogen hält, also an ihm festhalten will (z. B. um nicht seine Gewährleistungsansprüche zu verlieren).

Im Ergebnis ist ein Auftraggeber, der von einer „Sonderzahlungsabrede“ erfährt, in einer vorteilhaften Rechtsposition. Umgekehrt erfährt der eine solche Abrede verschweigende Auftragnehmer schwere Nachteile. Regelmäßig kann der Auftraggeber wählen, ob er an dem Vertrag mit dem Auftragnehmer festhält. Alternativ kann er ihn auf Zahlung desjenigen Betrages in Anspruch nehmen, der der vereinbarten „Sonderzahlung“ entspricht. Auf der anderen Seite ist es dem Auftragnehmer gemäß § 817 S. 2 BGB verwehrt, eine „Sonderzahlung“ zurückzuverlangen. Dem steht entgegen, dass er durch die Zahlung gegen das gesetzliche Verbot des § 299 StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr) bzw. gegen die guten Sitten verstoßen hat.

12 Geänderte Rechtsprechung zur Gewährleistung bei Schwarzarbeit

12.1 Ausgangspunkt

Hintergrund sog. Ohne-Rechnung-Abreden ist die Absicht der Parteien, Steuern zu hinterziehen. Bisher war fraglich, unter welchen Voraussetzungen eine derartige Abrede zur Nichtigkeit eines abgeschlossenen Bau-, Architekten- oder Ingenieurvertrages führt. Verbunden war hiermit die Frage, ob der Unternehmer/Architekt/Ingenieur für Mängel seines Werkes haftet.

12.2 Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers?

Der BGH hat nun mit zwei Entscheidungen vom 24.04.2008 für Rechtssicherheit gesorgt (IBR 2008, 397 und 431). In Bezug auf das Bestehen von Gewährleistungsrechten hat er auftraggeberfreundlich entschieden: Ein Bauunternehmer, der seine Bauleistungen mangelhaft erbracht hat, handelt regelmäßig treuwidrig, wenn er sich zur Abwehr von Mängelansprüchen des Auftraggebers darauf beruft, die Gesetzeswidrigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede führe zur Gesamtnichtigkeit des Bauvertrages (so der amtliche Leitsatz des BGH IBR 2008, 431). Entsprechendes wurde für Ingenieure entschieden: Auch diesen ist es nach Treu und Glauben versagt, sich gegenüber Mängelrechten des Auftraggebers auf Vertragsnichtigkeit infolge der gesetzeswidrigen Ohne-Rechnung-Abrede zu berufen – sofern sich der Mangel der Ingenieurleistung bereits in dem Bauwerk verkörpert hat (BGH IBR 2008, 397). Für Architekten hat diese für Ingenieure getroffene Aussage ebenso Gültigkeit.

Nach der zitierten BGH-Rechtsprechung sind somit Auftragnehmer grundsätzlich gewährleistungspflichtig – selbst wenn die gesetzeswidrige Ohne-Rechnung-Abrede zur Gesamtnichtigkeit des abgeschlossenen Werkvertrages führt (§§ 134, 139 BGB). Bei nichtigen Verträgen sind Gewährleistungsansprüche zwar grundsätzlich ausgeschlossen. Von diesem Grundsatz sind jedoch Ausnahmen zu machen, sofern es Treu und Glauben erfordern. Nach Ansicht des BGH ist dies der Fall bei einer der Steuerhinterziehung dienenden Ohne-Rechnung-Abrede. Begründet wird dies damit, dass die nach § 812 BGB für nichtige Verträge an sich vorgesehene Rückgewähr der von den Parteien jeweils erbrachten Leistungen nicht interessengerecht ist. Die Rückabwicklung eines Bauvertrages ist mit Schwierigkeiten verbunden. Die „Rückgabe“ einer Bauleistung durch Rückbau/Abbruch vernichtet wirtschaftliche Werte. Typischerweise behält daher der Auftraggeber die Bauleistung. In dieser Situation hat der Auftraggeber ein Interesse an vertraglichen, auf die Beseitigung des Mangels gerichteten Gewährleistungsrechten. Dieses Interesse will der BGH grundsätzlich anerkennen. Nicht schutzwürdig sei der AN, da er sich in Kenntnis der Interessen des AG auf die Ohne-Rechnung-Abrede eingelassen habe. Nach Treu und Glauben dürfe er nicht die Ohne-Rechnung-Abrede – die regelmäßig auch seinem eigenen gesetzeswidrigen Vorteil dienen soll –, zum Anlass nehmen, für die Mangelhaftigkeit seiner Leistung nicht einstehen zu wollen.

12.3 Gesamtnichtigkeit des Vertrages?

Die Frage, ob der abgeschlossene Werkvertrag infolge der Ohne-Rechnung-Abrede nichtig ist oder nicht, bleibt von Bedeutung für den Erfüllungsanspruch des Auftraggebers – d. h. ob der AN verpflichtet ist, die vereinbarte Bauleistung überhaupt zu erbringen.

Maßgebend ist, ob die nichtige – da gesetzeswidrige – Abrede den gesamten Werkvertrag erfasst. Gemäß § 139 BGB ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Die Vorschrift enthält eine Auslegungsregel, nach der im Zweifel von Gesamtnichtigkeit auszugehen ist. Der BGH entschied, dass „Gesamtnichtigkeit nur dann nicht eintritt, wenn angenommen werden kann, dass ohne die Ohne-Rechnung-Abrede bei ordnungsgemäßer Rechnungslegung und Steuerabführung der Vertrag zu denselben Konditionen, insbesondere mit derselben Vergütungsregelung, abgeschlossen worden wäre“ (BGH IBR 2008, 431; so schon OLG Saarbrücken IBR 2000, 424). Hätten sich die Parteien nicht auf Schwarzarbeit geeinigt, spricht viel dafür, dass der AN die Umsatzsteuer (und weitere Zuschläge, z. B. für Sozialversicherungsbeiträge) in sein Angebot einkalkuliert hätte. Der AG hätte also eine höhere Vergütung entrichten müssen. Als Folge wird in der Regel Gesamtnichtigkeit anzunehmen sein.

Mit dem Urteil vom 24.04.2008 (BGH IBR 2008, 431) ist der BGH von seiner Entscheidung vom 21.12.2000 abgerückt (BauR 2001, 630 = IBR 2001, 120). Dort hatte er noch die Ansicht vertreten, dass nur dann von Gesamtnichtigkeit ausgegangen werden könne, wenn die Steuerhinterziehung Hauptzweck des Vertrages sei. Diese Fälle sind selten, da Hauptzweck zumeist die Erbringung einer Werkleistung ist. Nunmehr wendet der BGH zur Prüfung,

ob Gesamtnichtigkeit des Vertrages vorliegt, die Auslegungsregel des § 139 BGB an.

Den Parteien steht es frei, die Rechtsfolge des § 139 BGB vertraglich **abzubedingen**. In diesem Fall besteht keine gesetzliche Vermutung für die Gesamtnichtigkeit des Vertrages, wenn ein Vertragsteil nichtig ist. Die Parteien könnten, so der BGH, wirksam vereinbaren, dass der Werkvertrag unabhängig von der Ohne-Rechnung-Abrede wirksam sein soll (BGH IBR 2008, 431).

In schriftlichen Verträgen wird Entsprechendes üblicherweise in sog. **salvatorischen** Klauseln geregelt – die allgemein für nichtige Vertragsbestandteile gilt. Gebräuchlich ist bspw. folgende Formulierung: „Durch die Ungültigkeit einer oder mehrerer Bestimmungen dieses Vertrags wird die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt.“ Gleichwohl wird durch eine salvatorische Klausel nicht ausgeschlossen, dass im Einzelfall die Nichtigkeit einer Regelung wegen ihrer besonderen Bedeutung den

gesamten Vertrag erfasst. Bewirkt wird lediglich eine **Umkehr der Beweislast**. Ohne salvatorische Klausel hat die Partei, die sich auf die Wirksamkeit des übrigen Vertrages beruft, darzulegen und zu beweisen, dass der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre. Mit der Klausel wird die Vermutung des § 139 BGB in ihr Gegenteil verkehrt: Die Darlegungs- und Beweislast für Umstände, die die Nichtigkeit des ganzen Vertrages begründen, trägt nun derjenige, der sich auf die Gesamtnichtigkeit beruft (OLG Celle IBR 2005, 1234). Allerdings dürften mit salvatorischen Klauseln verbundene Ohne-Rechnung-Abreden in der Praxis eher die Ausnahme darstellen.

Autoren dieses Beitrages:

Prof. Dr. iur. Axel Wirth, Ass. iur. Hajo Willner, Ass. iur. Andreas Schmidt, Technische Universität Darmstadt, Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, Hochschulstraße 1, 64289 Darmstadt

Sie möchten das komplette Heft lesen?

Dann fordern Sie Ihre persönliche Ausgabe als Probeheft an. per Fax: +49 (0) 30 47031 240, Verlag Ernst & Sohn, Berlin.

Bitte senden Sie als kostenloses Probeheft **Mauerwerk Oktober 2009** zu.

Wir möchten die Zeitschrift **Mauerwerk** abonnieren.

13. Jahrgang 2009	Chefredakteur: Prof. Dr.-Ing. Wolfram Jäger		
6 Ausgaben / Jahr	Jahresabonnement	print	146,00 €
		print + online	160,60 €
3 Ausgaben	Kurzabonnement	print	49,50 € (einmalig)

Bitte liefern Sie ab Ausgabe **Oktober 2009** die Zeitschrift **Mauerwerk**

als Kurzabonnement, drei Ausgaben als Test. Sollten Sie innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt des dritten Heftes nichts von uns hören, bitten wir um Fortsetzung der Belieferung für ein weiteres Jahr.

als Jahresabonnement print, 6 Ausgaben / Jahr. Die Belieferung kann jederzeit mit einer Frist von drei Monaten zum Ablauf des Bezugszeitraumes schriftlich gestoppt werden. Sollten wir keinen Lieferstopp senden, bitten wir um Fortführung der Belieferung für ein weiteres Jahr.

als Jahresabonnement print + online, 6 Ausgaben / Jahr print inkl. online Zugriff für einen simultanen Nutzer über Wiley InterScience. Die Belieferung kann jederzeit mit einer Frist von drei Monaten zum Ablauf des Bezugszeitraumes schriftlich gestoppt werden. Sollten wir keinen Lieferstopp senden, bitten wir um Fortführung der Belieferung für ein weiteres Jahr. Der Bezugszeitraum der online Version entspricht dem Bezugszeitraum der print Version.

Bei Bestellung eines print + online-Abonnements werden die früheren Jahrgänge ab Jahrgang 2004 im Online Portal Wiley InterScience kostenlos freigeschaltet.



Art des Online-Zugangs

- PC-unabhängig
 IP-Adress-Check (an einem PC / eine PC-Gruppe gebunden)

Rechnungs- und Lieferanschrift

privat

geschäftlich

Firma			
Ansprechpartner		Telefon	
UST-ID Nr. / VAT-ID No.		Fax	
Straße//Nr.		E-Mail	
Land	-	PLZ	Ort

Vertrauensgarantie: Dieser Auftrag kann innerhalb zwei Wochen beim Verlag Ernst & Sohn, Wiley-VCH, Boschstr. 12, D-69469 Weinheim, schriftlich widerrufen werden. (Rechtzeitige Absendung genügt.)

x

Datum / Unterschrift

Alle Preise excl. MwSt. inkl. Versandkosten, Preise gültig bis 31. August 2010. Irrtum und Änderungen vorbehalten.

Stand: Oktober 2009.

Wilhelm Ernst & Sohn Verlag für Architektur und technische Wissenschaften GmbH & Co. KG
Rotherstr. 21, 10245 Berlin, Deutschland
Tel. +49 (0) 30 47031-200, Fax +49 (0) 30 4731-240, info@ernst-und-sohn.de
www.ernst-und-sohn.de

