

Dr. Hans-Hein Thomas  
Rainer Girmes  
Klaus-Peter Peil  
Fachanwalt Bau- u. Architektenrecht  
Dr. Johannes Koch  
Fachanwalt Bau- u. Architektenrecht  
Fachanwalt Verwaltungsrecht  
Guido Hattstein

Dr. Gerd Sonnenschein  
Dr. Gero Hattstein  
Fachanwalt Handels- u. Gesellschaftsrecht  
Barbara Potthoff  
Fachanwältin gewerblicher Rechtsschutz  
Andreas von Brechan  
Fachanwalt Miet- u.  
Wohnungseigentumsrecht

Dr. Ulrich Hattstein  
Fachanwalt Arbeitsrecht  
Ansgar Hütten  
Fachanwalt Arbeitsrecht  
Dr. Anke Busch  
Fachanwältin Familienrecht  
Mediatorin DAA  
Heidulf Schulze  
Fachanwalt Familienrecht

RAe Thomas & Partner – Postfach 10 22 20 – 47722 Krefeld

17.04.2008 P/A

**Bitte bei Antwort angeben:  
Information zum Baurecht  
Proz.-Nr.: 12026/92**

Bearbeiter: RA Peil  
Durchwahl: (02151) 8586-0  
Direktfax: (02151) 8586-113

## Informationen zum Baurecht

Sehr geehrte Damen und Herren,

im ersten Quartal dieses Jahres sind wieder zahlreiche Urteile des Bundesgerichtshofs sowie verschiedener Oberlandesgerichte zu interessanten Rechtsfragen aus dem Bau-, Architekten- und Vergabebereich veröffentlicht worden.

Bevor wir allerdings hierüber berichten, möchten wir Sie mit dem in Anlage beigefügten Flyer "Schwerpunkt Bau- und Architektenrecht Immobilienrecht" über einen der vielschichtigen Tätigkeitsbereiche unserer Anwaltspartnerschaft informieren.

Unsere Spezialisten auf diesem Gebiet sind die Rechtsanwälte Dr. Johannes Koch -Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Fachanwalt für Verwaltungsrecht- und Klaus-Peter Peil -Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht-, die Ihnen bereits seit Jahren als qualifizierte Berater und Verfasser der "Informationen zum Baurecht" bekannt sind.

Neben den Fachanwaltschaften für Bau- und Architektenrecht sowie für Verwaltungsrecht sind bei uns weitere Fachanwaltschaften für Arbeitsrecht, für Familienrecht, für Handels- und Gesellschaftsrecht, für Miet- und WEG-Recht sowie für gewerblichen Rechtsschutz vertreten.

Durch diese Spezialisierung und Qualifikation unserer Anwälte sind wir bestens aufgestellt für eine kompetente Vertretung des Mittelstandes auf allen maßgeblichen Rechtsgebieten.

Weitere interessante Informationen finden Sie auf unserer Website

**[www.thomaslaw.de](http://www.thomaslaw.de)**

Nun zurück zu den neuesten Entscheidungen:

## **I. Baurecht**

### **1. Ab wann können Zinsen von einem privaten Auftraggeber beansprucht werden?**

Gemäß § 286 Abs. 3 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) gerät ein Auftraggeber in Zahlungsverzug, wenn er die Rechnung nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang bezahlt, ohne dass es hierzu einer weiteren Mahnung bedarf.

Dies gilt allerdings nur bei einer juristischen Person als Auftraggeber oder bei einer natürlichen Person, die den Auftrag im Rahmen gewerblicher oder selbständiger beruflicher Tätigkeit erteilt hat.

Bei einem privaten Auftraggeber = Verbraucher fordert das Gesetz neben dem Ablauf der 30-Tage-Frist einen Hinweis auf den 30 Tage nach Rechnungszugang eintretenden Verzug.

Der Bundesgerichtshof hat nunmehr klargestellt, dass ein solcher Hinweis eine entsprechende Belehrung des Verbrauchers erfordere und daher die bloße Angabe eines Zahlungsziels hierzu nicht ausreiche.

Dem Verbraucher müssen die Folgen nicht rechtzeitiger Zahlung ausdrücklich vor Augen geführt werden.

Es empfiehlt sich daher auf entsprechende Rechnungen folgende Zusatz zu setzen:

Wir weisen Sie darauf hin, dass Sie mit dieser Rechnung 30 Tage nach Erhalt in Zahlungsverzug geraten und ab diesem Zeitpunkt Verzugszinsen beansprucht werden können.

Soll früher als vor Ablauf von 30 Tagen nach Rechnungszugang Verzug begründet und damit die Verzinsung einer ausstehenden Rechnungsforderung erreicht werden, bietet sich statt einer Belehrung des Verbrauchers auf der Rechnung dessen Mahnung (§ 286 Abs. 1 Satz 1 BGB) an.

## **2. Rechtsfolgen einer mit dem Vorbehalt "ohne Anerkennung einer Rechtspflicht" vorgenommenen Nachbesserung**

Gemäß § 212 Abs. 1 Ziffer 1 BGB beginnt eine gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Verjährungsfrist erneut zu laufen, wenn der Auftragnehmer die seitens des Auftraggebers geltend gemachten Ansprüche anerkennt.

Diese Wirkungen treten nicht nur bei einem ausdrücklichen Anerkenntnis ein, sondern auch dann, wenn sich aus dem Verhalten des Auftragnehmers klar und unzweideutig ergibt, dass ihm das Bestehen einer entsprechenden Verpflichtung bekannt ist.

Häufig reagieren Auftragnehmer auf Mängelrügen in der Weise, dass sie zwar die erforderlichen Nachbesserungsmaßnahmen durchführen, dies jedoch mit dem Vorbehalt verbinden "ohne Anerkennung einer Rechtspflicht".

In einem durch das Oberlandesgericht Nürnberg entschiedenen Bauprozess hatte der Auftraggeber kurz vor Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist Mängel gegenüber dem Auftragnehmer gerügt und der Auftragnehmer daraufhin Nachbesserungsarbeiten mit dem Hinweis, dass diese "ohne Anerkennung einer Rechtspflicht" erfolgten, ausgeführt. Nach Ablauf der gesetzlichen

Verjährungsfrist hatte sich dann die Erfolglosigkeit der Nachbesserung herausgestellt.

In seiner Entscheidung hat das OLG Nürnberg festgestellt, dass aufgrund des erklärten Vorbehalts in den ausgeführten Nachbesserungsarbeiten kein Anerkenntnis liege, sodass zwischenzeitlich Verjährung eingetreten sei und der Nachbesserungsanspruch aufgrund der seitens des Auftragnehmers im Prozess erhobenen Einrede der Verjährung nicht mehr durchgesetzt werden könne.

### **3. Vergütungsanspruch für Überprüfung der Mangelursache/durchgeführte Mängelbeseitigung bei unberechtigter Mängelrüge?**

Stellt sich bei streitigen Mängeln im Zuge der Ursachenüberprüfung oder der Mängelbeseitigungsarbeiten heraus, dass die Mangelursache nicht aus dem Verantwortungsbereich des Unternehmers herrührt, kommt es häufig zum Streit zwischen den Vertragsparteien darüber, ob dem Unternehmer für die Ausführung der Untersuchungs-/Mängelbeseitigungsarbeiten eine Vergütung zusteht.

Mit diesem Thema hatten wir uns bereits in früheren Informationsbriefen mehrfach befasst, u. a. am 14.03.2003 unter Ziffer 1. "Vergütung für Mängelbeseitigung" sowie am 20.10.2005 unter Ziffer III. 3. "Vergütungspflicht für durch Nachtrag beauftragte Mängelbeseitigungsarbeiten?".

Gleich drei aktuelle Urteile beschäftigen sich mit dieser Rechtsfrage.

a) Der Bundesgerichtshof hat im Rahmen einer kaufvertraglichen Auseinandersetzung festgestellt, dass der Käufer, der ein unberechtigtes Mängelbeseitigungsverlangen an den Verkäufer gerichtet hatte, zum Ersatz der dem Verkäufer entstandenen Überprüfungs- und Fehlerbeseitigungskosten verpflichtet sei.

Diese auf die kaufvertragliche Vorschrift des § 439 Abs. 1 BGB gestützte Schadensersatzverpflichtung setzt wie jeder Schadensersatzanspruch allerdings ein schuldhaftes Verhalten voraus.

Der BGH hat aus diesem Grunde ausgeführt, dass eine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhaftige Vertragsverletzung nur dann vorliege, wenn der Käufer entweder erkannt oder fahrlässig nicht erkannt habe, dass die Ursache für das von ihm gerügte Erscheinungsbild (= Fehlersymptom) in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt.

Das sich aus dem bestehenden Schuldverhältnis ergebende Gebot der wechselseitigen Rücksichtnahme erfordere, dass der Käufer vor Inanspruchnahme des Verkäufers im Rahmen seiner Möglichkeiten sorgfältig prüfe, ob die Ursachen für das von ihm gerügte Erscheinungsbild in seiner eigenen Sphäre liegt.

Voraussetzung für eine entsprechende Schadensersatzverpflichtung ist jedoch stets eine schuldhaftige Vertragsverletzung, die damit zwangsläufig immer dann nicht vorliegt, wenn sich nach sorgfältiger Prüfung für den Käufer eben nicht oder zumindest nicht eindeutig ergeben hat, dass die Fehlerursache in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt.

Da das Rücksichtnahmegebot für sämtliche Schuldverhältnisse gilt, ist das BGH-Urteil nicht nur für kaufvertragliche Auseinandersetzungen, sondern bei entsprechender Konstellation auch im Werkvertragsrecht von Bedeutung.

- b) In einem weiteren Urteil zu diesem Thema hat das Oberlandesgericht Brandenburg ausgeführt, dass die Aufforderung des Bauherren zur Mängelbeseitigung grundsätzlich nicht als eigenständiger, über die ursprüngliche Leistungsverpflichtung des Unternehmers hinausgehender Auftrag gesehen werden könne, sodass selbst dann, wenn sich im Rahmen der Mängelbeseitigung herausstellt, dass der Unternehmer für den Mangel überhaupt nicht verantwortlich ist, von diesem keine Vergütung der ausgeführten Mängelbeseitigungsarbeiten beansprucht werden könne.

Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn die Parteien wegen des bestehenden Streits über die Frage der Verantwortlichkeit eines Mangels zuvor ausdrücklich vereinbart hatten, dass dem Unternehmer die

ausgeführten Arbeiten vergütet werden, falls sich dabei dessen fehlende Verantwortlichkeit herausstellen sollte.

- c) Das Landgericht Kassel hat gestützt auf die höchstrichterliche Rechtsprechung darauf hingewiesen, dass es statt einer ausdrücklichen Vereinbarung allerdings ausreichen dürfte, wenn der Unternehmer vor seinem Tätigwerden ausdrücklich erklärt, er werde Kostenerstattung für seine Arbeiten verlangen, falls sich herausstellen sollte, dass die Mangelursache nicht aus seinem Verantwortungsbereich herrührt, und der Auftraggeber anschließend weiterhin Mängelbeseitigung verlangt.

## **II. Architektenrecht**

### **1. Nachbesserungsrecht des Architekten bei Planungsfehler?**

In einem von dem Bundesgerichtshof Ende letzten Jahres entschiedenen Fall hatte der Auftraggeber Schadensersatzansprüche gegenüber einem Architekten wegen Baumängeln, die auf fehlerhafter Planung sowie auf unzureichender Bauüberwachung zurückzuführen waren, geltend gemacht, ohne dem Architekten zuvor Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben zu haben.

Die Vorinstanzen hatten die Schadensersatzansprüche des Auftraggebers zurückgewiesen.

Der BGH hat demgegenüber klargestellt, dass der Architekt kein Recht auf Nachbesserung besitze, wenn sich ein Mangel, der auf einem Planungsfehler oder auf eine unzureichenden Bauüberwachung beruhe, bereits im Bauwerk verkörpert habe. In diesem Fall könne der Bauherr ohne vorherige Mängelbeseitigungsaufforderung oder gar Fristsetzung sofort Schadensersatz verlangen.

Der Architekt habe nämlich lediglich das Recht, die Mängel seiner Architektenleistung, also etwa Planungsfehler nachzubessern, nicht jedoch die hierdurch im Gewerk der Bauunternehmer entstandenen Mängel.

Eine Nachbesserung von Planungsfehlern komme daher zwangsläufig nur in Betracht, wenn die fehlerhafte Planung noch nicht umgesetzt und ein dadurch bedingter Mangel noch nicht im Bauwerk verkörpert sei.

In diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, dass viele Architektenverträge, insbesondere der Einheitsarchitektenvertrag eine Regelung enthalten, durch die dem Architekten ein Nachbesserungsrecht für Baumängel eingeräumt wird.

In diesem Fall ist der Bauherr selbstverständlich verpflichtet, dem Architekten die Möglichkeit zu geben, die Beseitigung des im Bauwerk verkörperten Mangels auf eigene Kosten zu veranlassen.

Andernfalls verliert der Bauherr, der den Baumangel anderweitig beseitigen lässt, seinen Anspruch gegen den Architekten auf Erstattung der Mängelbeseitigungskosten.

Architekten, die mit Schadensersatzansprüchen als eigenständige Forderung eines Bauherrn oder im Wege der Aufrechnung gegen einen Resthonoraranspruch konfrontiert werden, sollten daher immer prüfen, ob der geschlossene Architektenvertrag die Vereinbarung eines eigenen Nachbesserungsrechts für Baumängel enthält und der Bauherr dem Architekten die Möglichkeit zur Nachbesserung gegeben hat.

## **2. Vergütungspflichtige Architektenleistung oder kostenfreie Akquisition?**

Häufig werden Architektenleistungen im Bereich der Leistungsphasen 1 bis 4 ohne Abschluss eines schriftlichen Architektenvertrags erbracht.

Kommt es anschließend nicht zur Realisierung des Bauvorhabens, entsteht meistens Streit darüber, ob und inwieweit die erbrachten Architektenleistungen zu vergüten sind.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte im Frühjahr 2007 einen Fall zu entscheiden, bei dem ein Architekt Leistungen bis hin zur Baueingabeplanung, die der Auftraggeber allerdings nicht eingereicht hat, erbracht hatte.

Bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 2006 hatte das OLG Düsseldorf klargestellt, dass die Erstellung einer Entwurfsplanung durchaus noch Akquisitionstätigkeit sein könne und die bloße Erbringung der entsprechenden Leistungen allein nicht für das Vorliegen eines entgeltlichen Architektenvertrags sprächen.

In dem aktuellen Urteil, dessen Richtigkeit der BGH durch die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde indirekt bestätigt hat, hat das OLG Düsseldorf ausgeführt, dass Planungsleistungen zwar üblicherweise nicht kostenfrei, sondern gegen Entgelt erbracht würden, Voraussetzung für einen Honoraranspruch jedoch immer der Abschluss eines entgeltlichen Werkvertrags sei.

Eine entsprechende Beauftragung, die selbstverständlich auch mündlich erfolgen könne, habe der Architekt im Falle des Bestreitens nachzuweisen.

Der vom OLG Düsseldorf geforderte Nachweis dürfte einem Architekten schwer gelingen, da entsprechende Dinge meist in einem Vier-Augen-Gespräch geklärt werden und er damit als Zeuge für die Richtigkeit seiner eigenen Behauptungen ausscheidet.

Es ist Architekten daher dringend zu empfehlen, möglichst frühzeitig einen schriftlichen Architektenvertrag abzuschließen, der sich notfalls auf die Erbringung der Planungsleistungen -Leistungsphasen 1 bis 4 des § 15 HOAI- beschränkt.

Eine Besonderheit gilt bei einem Auftraggeber, der im kaufmännischen Geschäftsverkehr tätig ist.

Kann ein schriftlichen Architektenvertrag nicht vorgelegt oder eine mündliche Beauftragung nicht nachgewiesen werden, würde es zum Nachweis einer entgeltlichen Beauftragung ausreichen, dass der Architekt eine mündliche Beauftragung dem Auftraggeber gegenüber schriftlich bestätigt und dieser dem Inhalt dieses Schreiben nicht unverzüglich widersprochen hat (= Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben).

In diesem Fall hätte der Architekt nur den Zugang des Bestätigungsschreibens zu beweisen. Zum Nachweis empfiehlt sich eine Versendung als Einschreiben mit Rückschein oder als Einwurfeinschreiben.

### **3. Organisationsverschulden bei Einzelarchitekten?**

Eine besondere Haftungsgefahr besteht für einen Architekten bei Vorliegen eines Organisationsverschuldens.

Dies kann nämlich dazu führen, dass der Architekt über die werkvertragliche Gewährleistungsfrist von 5 Jahren hinaus in Anspruch genommen werden kann.

Nach dem zum 01.01.2003 in Kraft getretenen neuen Schuldrecht hat das Vorliegen eines Organisationsverschuldens zwar nicht zur Folge, dass statt der 5jährigen eine 30jährige Verjährungsfrist, sondern lediglich eine 3jährige Verjährungsfrist gilt. Diese beginnt allerdings erst ab Kenntnis der maßgeblichen Umstände zu laufen und beträgt maximal 10 Jahre ab Entstehung des Anspruchs.

Wie der Begriff "Organisationsverschulden" bereits zum Ausdruck bringt, ist der Hauptansatzpunkt für die Annahme eines solchen Verschuldens ein Fehler in der Organisation einer Firma oder eines Architektenbüros, etwa dadurch, dass nicht für eine Beaufsichtigung besonders schadensanfälliger und mit hohen Mängelbeseitigungskosten verbundener Arbeiten gesorgt wird und dadurch gravierende Mängel nicht festgestellt werden.

Der 22. Zivilsenat des Oberlandesgericht Düsseldorf hat in einer aktuellen Entscheidung die Grundsätze über das Organisationsverschulden auch bei einem Einzelarchitekten angewandt.

Der Architekt hatte in einem grundwassergefährdeten Gebiet ein Haus ohne die erforderliche Abdichtung gegen drückendes Wasser geplant.

Er hatte vorher jedoch weder ein Bodengutachten noch Erkundigungen über die Grundwasserstände eingeholt, sondern sich allein daran orientiert, dass kein Haus in der näheren Umgebung mit einer Abdichtung gegen drü-

ckendes Wasser errichtet worden war und sich nach Aushebung der Baugrube kein Grundwasser gezeigt hatte.

Die vom 22. Zivilsenat des OLG Düsseldorf zur Anwendung der Grundsätze über das Organisationsverschulden bei einem Einzelarchitekten vertretene Rechtsauffassung stellt allerdings eine Mindermeinung dar, die nicht von anderen Oberlandesgerichten, ja nicht einmal von allen Bausenaten des OLG Düsseldorf vertreten wird.

In der Vortragsveranstaltung der Deutschen Gesellschaft für Baurecht vom 16.04.2008 hat Herr Keldungs, Vorsitzender des 21. Zivilsenats des OLG Düsseldorf, der über die aktuelle Rechtsprechung der Oberlandesgerichte -April 2007 bis März 2008 -referiert hat, deutlich zu erkennen gegeben, dass sein Senat anderer Auffassung sei.

Es bleibt daher abzuwarten, wie der Bundesgerichtshof in einem ähnlich gelagerten Fall entscheiden wird; vermutlich: keine Anwendung der Grundsätze über das Organisationsverschulden bei einem Einzelarchitekten.

Solange ein BGH-Urteil allerdings nicht vorliegt, sollte aber die Rechtsauffassung des 22. Zivilsenats bei Bauvorhaben aus dessen Zuständigkeitsbereich -Krefeld sowie teilweise Mönchengladbach, Duisburg und Wuppertal- beachtet werden.

### **III. Vergaberecht**

#### **1. Ausschluss durch Beifügung eines Bauzeitenplans**

In der Vergangenheit haben wir mehrfach Entscheidungen vorgestellt, die sich mit dem zwingenden Ausschluss eines Bieters wegen Änderung der Verdingungsunterlagen gemäß § 21 Nr. Abs. 3 VOB/A beschäftigten.

In einem durch die Vergabekammer Münster entschiedenen Fall sollten die Arbeiten innerhalb eines bestimmten Zeitraums ab Erhalt der statischen Unterlagen ausgeführt werden. Ein Bieter hatte seinem Angebot einen Bau-

zeitenplan beigefügt, aus dem sich ein längerer Zeitraum für die Ausführung der Arbeiten ergab.

Dies hat die Vergabekammer Münster als Abänderung der Vorgaben der Leistungsbeschreibung gewertet und das Angebot dieses Bieters ausgeschlossen.

Die Entscheidung macht erneut deutlich, dass **jegliche** Abweichung von den Verdingungsunterlagen vermieden werden sollte, um einen Ausschluss zu vermeiden.

## **2. Ausschluss bei auf der Rückseite des Begleitschreibens abgedruckter AGB**

Nach einhelliger Meinung ist auch das Begleitschreiben, mit welchem ein Bieter sein Angebot einreicht, Bestandteil des Angebots.

Firmenbriefbögen enthalten gelegentlich auf der Rückseite abgedruckte Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) oder den Hinweis auf die eigene AGB.

Werden solche Briefbögen zur Fertigung eines Schreibens, mit welchem ein Angebot bei einer VOB/A-Ausschreibung eingereicht wird, benutzt, droht ein Ausschluss.

In einem vor wenigen Wochen veröffentlichten Beschluss hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts München, ein Angebot, welches mit einem entsprechenden Begleitschreiben eingereicht worden war, gemäß 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A ausgeschlossen.

Das OLG München hat in seiner Entscheidung darauf hingewiesen, dass es nicht auf den Inhalt der AGB ankomme, sondern allein auf die Tatsache einer Änderung oder Ergänzung der Verdingungsunterlagen.

Hier wird erneut die formalistische Betrachtungsweise der Rechtsprechung deutlich.

Es wird absolute Transparenz der abzugebenden Angebote verlangt.

Jedem Bieter ist aufgrund dieser Entscheidung daher zu raten, entweder keine Begleitschreiben zu verwenden, die ergänzende Hinweise oder auf der Rückseite abgedruckte Allgemeine Geschäftsbedingungen enthalten, oder auf Begleitschreiben gänzlich zu verzichten.

Mit freundlichen Grüßen

Rechtsanwälte