

Dr. Hans-Hein Thomas  
Rainer Girmes  
Dr. Gero Hattstein  
Fachanwalt Handels- u. Gesellschaftsrecht  
Barbara Potthoff  
Dr. Anke Busch  
Fachanwältin Familienrecht

Dr. Gerd Sonnenschein  
Klaus-Peter Peil  
Fachanwalt Bau- u. Architektenrecht  
Dr. Johannes Koch  
Fachanwalt Bau- u. Architektenrecht  
Fachanwalt Verwaltungsrecht  
Guido Hattstein

Dr. Ulrich Hattstein  
Fachanwalt Arbeitsrecht  
Heidulf Schulze  
Fachanwalt Familienrecht  
Ansgar Hütten  
Fachanwalt Arbeitsrecht  
Andreas von Brechan

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

21.12.2007

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

Durchwahl: (02151) 8586-0  
Direktfax: (02151) 8586-113

## **Informationen zum Baurecht**

Sehr geehrte Damen und Herren,

zum Ende des Jahres 2007 übermitteln wir Ihnen weitere aktuelle Informationen zum Bau- und Architektenrecht und verbinden dieses Schreiben mit den besten Wünschen für die kommenden Feiertage und das Jahr 2008.

### **I. Baurecht**

#### **1. Vorgaben für den Bauablauf bei Verzug des Auftragnehmers**

In einem bemerkenswerten Grundsatzurteil hat das OLG Hamm in einem Streit zwischen einem Bauträger, der mit der Fertigstellung einer Eigentumswohnung in Verzug war, und einem Erwerber, der dem Bauträger eine fünfwöchige Nachfrist gesetzt hatte, mehrere für den Bauablauf praktisch wichtige Fragen beantwortet.

Das OLG hat klar gestellt, dass eine Fristsetzung zur Fertigstellung der geschuldeten Leistung dem Schuldner, der sich bereits in Verzug befindet, nur noch eine letzte Gelegenheit gewähren soll, seine weitgehend fertig gestellte und im wesentlichen abgeschlossene Leistung nunmehr endlich voll zu erbringen und damit den Vertrag zu erfüllen.

Das Gericht geht davon aus, dass ein Bauvorhaben noch nicht weitgehend fertig gestellt und im wesentlichen abgeschlossen ist, wenn bis zum vereinbarten Fertigstellungszeitpunkt noch nicht einmal 2/3 der Bauleistung erbracht sind. Wenn der Unternehmer in diesem Ausmaß in Verzug gekommen ist, hält das Gericht eine Fristsetzung für entbehrlich. Die Frist hat nämlich nicht den Zweck, den Unternehmer erst in die Lage zu versetzen, jetzt erst die Bewirkung der Leistung in die Wege zu leiten. Ist die Frist entbehrlich, kann der Auftraggeber sofort Schadensersatz verlangen.

Das Gericht hat sich auch zu der Frage geäußert, wann eine Nachfrist angemessen ist. Angemessen ist eine Frist, in der die Fertigstellung der geschuldeten Leistung unter größten Anstrengungen des Unternehmers erfolgen kann. Das kann eine erhebliche Erhöhung der Zahl der Arbeitskräfte und der täglichen Arbeitsstunden bis hin zu Doppelschichten und Samstagsarbeit erfordern.

Zur Koordinierung der größten Anstrengungen, zu der das Gericht den Unternehmer verpflichtet, ist ein detaillierte Bauzeitenplan des Unternehmers erforderlich, den dieser unverzüglich und effizient umsetzen muss. Wenn der Unternehmer diesen Bauzeitenplan erstellt und dabei feststellen muss, dass die ihm gesetzte Frist zu kurz ist, muss er den Auftraggeber unverzüglich über die angemessene Dauer der Frist informieren und dazu den nachvollziehbaren Bauzeitenplan vorlegen. Versäumt er das, kann er sich später jedenfalls gegenüber einem nicht fachkundigen Bauherrn nicht darauf berufen, dass die Frist zu kurz gewesen ist.

Der Auftraggeber muss seinerseits, spätestens binnen zwei bis drei Wochen, erklären, ob er mit der aus dem Bauzeitenplan ersichtlichen Frist einverstanden ist. Die vom Unternehmer geforderte Vorlage eines nachvollziehbaren Bauzeitenplans und die vom Auftraggeber geforderte Pflicht, dazu Stellung zu nehmen, folgt aus der Kooperations- und Kommunikationspflicht, die Auftraggeber und Auftragnehmer in jedem Bauvertrag beachten müssen.

## **2. Mündliche Änderung der Baubeschreibung im Bauträgervertrag?**

Nach einem notariellen Bauträgervertrag schuldete der Bauträger eine Perimeterdämmung im Bereich der Kelleraußenwände und einen Vollwärmeschutz mit Putzstrukturoberfläche an den Außenwänden des Erd- und Obergeschosses. Die geschuldete Perimeterdämmung im Bereich der Kelleraußenwände hat der Bauträger nicht erbracht. Insoweit berief er sich auf eine mündliche Änderungsvereinbarung des Bauträgervertrages. Eine solche Änderungsvereinbarung hat der BGH in einem jetzt veröffentlichten Urteil nicht akzeptiert, weil Grundstückskaufvertrag und Bauvertrag dem Formerfordernis der notariellen Beurkundung unterliegen. Deshalb bedürfen auch alle Änderungen des Vertrages der notariellen Beurkundung.

Davon sind Ausnahmen nur dann möglich, wenn

- die Parteien im beurkundeten Vertrag vorgesehen haben, dass Änderungsvereinbarungen nicht beurkundet werden müssen,
- die Vereinbarung nur einen Nebenpunkt betrifft, der den Kernbereich des Vertrages nicht berührt,
- durch eine nachträgliche Vereinbarung nur unvorhergesehen aufgetretene Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung beseitigt werden sollen und die beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Grundstückskaufvertrag nicht wesentlich verändert werden,

- die Partei, die sich auf die fehlende Beurkundung der Änderungsvereinbarung beruft, durch die Änderungsvereinbarung nur unwesentlich in ihren Interessen berührt wird.

Weil alle diese Voraussetzungen und weitere grundbuchrechtliche Ausnahmenvorschriften nicht erfüllt waren, verurteilte das Gericht den Unternehmer zur Mängelbeseitigung.

In diesem Zusammenhang wies das Gericht darauf hin, dass der Unternehmer die Beseitigung eines Mangels zwar verweigern kann, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Hat der Auftraggeber aber ein objektiv berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung, kann der Unternehmer die Nachbesserung nicht wegen hoher Kosten der Mängelbeseitigung verweigern. Diese Voraussetzung war hier erfüllt. Der Unternehmer hatte die vertraglich geschuldete Perimeterdämmung nicht angebracht und damit eine nach den Regeln der Technik notwendige und wesentliche Abdichtungsmaßnahme unterlassen. An der Erbringung dieser vertraglich geschuldeten Leistung hat der Auftraggeber ein objektiv berechtigtes Interesse.

### **3. Wann setzt eine Mängelrüge den Unternehmer wirksam in Verzug?**

In einem bis zum BGH gelangten Fall hatte der Unternehmer die Ansicht vertreten, er sei durch eine zu unpräzise formulierte Aufforderung zur Mängelbeseitigung nicht in Verzug gesetzt worden. Der Auftraggeber hatte als Mängelrüge lediglich vorgebracht „Wasser tritt von unten ein“.

Das reicht nach ständiger Rechtsprechung aus. Der Auftraggeber muss nämlich nur die für ihn erkennbaren Mangelercheinungen (Symptome) vorbringen. Ein sorgfältiger Unternehmer, den die Sachmängelhaftung trifft, hätte bei dieser Rüge prüfen müssen und feststellen können, was später ein Sachverständiger ermittelt hat, nämlich dass die Sockelabdichtung nicht den einschlägigen

Abdichtungsregeln entspricht und dass der Feuchteschutz im Bereich der Bodenplatte ebenfalls nicht den konstruktiven Anforderungen entspricht. Der Auftraggeber war in diesem Zusammenhang nicht verpflichtet, die Gründe für den Wasserschaden im einzelnen anzugeben oder gar zu ermitteln. Der Unternehmer musste insoweit reagieren.

#### **4. Arglistig verschwiegener Mangel setzt Kenntnis vom Mangel voraus**

Arglistig verschwiegene Mängel verjährten nach altem Recht erst in 30 Jahren, nach neuem Recht (seit dem 01.2002) erst nach drei Jahren. Nach neuem Recht beginnt diese dreijährige Frist aber erst, wenn der Auftraggeber Kenntnis vom Mangel und vom Verantwortlichen erhalten hat. Unabhängig von der Kenntnis läuft die Verjährungsfrist aber spätestens nach zehn Jahren ab.

Im Jahre 1997 hatte ein Dachdecker Dachziegel unzureichend mechanisch befestigt. Unter den besonderen meteorologischen Bedingungen auf der Insel Sylt hätten die Dachziegel nicht geschraubt werden dürfen. Sie hätten geklammert werden müssen.

Der BGH konnte nicht feststellen, dass der Dachdecker diesen Mangel seiner Leistung arglistig verschwiegen hätte. Arglist liegt nämlich nur vor, wenn der Unternehmer den Mangel als solchen überhaupt wahrgenommen hat, seine Bedeutung als erheblich für den Bestand oder die Benutzung seiner Leistung erkannt hat, ihn aber dem Besteller pflichtwidrig nicht mitgeteilt hat. Arglist setzt sich also aus zwei Elementen zusammen: Wissen und Wollen.

Auch wenn der Dachdecker wusste, dass er die Dachziegel nicht geklammert, sondern geschraubt hat, folgte daraus nicht, dass er wenigstens in Kauf genommen hat, dadurch erhebliche Risiken zu begründen. Das Verschrauben von Dachziegeln ist nicht generell unzulässig. Dem Dachdecker konnte nicht nachgewiesen werden, dass unter den besonderen meteorologischen Bedingungen auf der Insel Sylt das Verschrauben von Dachziegeln unzulässig ist. Der BGH meint, dass dieses Wissen schon für einen ortsansässigen Dachdecker nicht

ohne weiteres unterstellt werden kann. Auch einen Organisationsfehler, der ebenfalls eine 30jährige Verjährung begründet hätte, hielt der BGH nicht für gegeben. Der Mangel war nicht augenfällig. Ohne weitere Anhaltspunkte war deshalb nicht davon auszugehen, dass die unzureichende Befestigung bei gehöriger Organisation entdeckt worden wäre.

Die lange Verjährung stellt eine Ausnahme von der gesetzlichen geregelten Verjährungsfrist für Werkverträge dar. Diese Ausnahme hielt der BGH im vorliegenden Fall nicht für gegeben.

## **II. Architektenrecht**

### **1. Bindungswirkung einer früheren Schlussrechnung, Prüffähigkeit und Schlüssigkeit der Schlussrechnung**

Das für unseren Bereich zuständige OLG Düsseldorf hatte über folgenden Fall zu entscheiden:

Der Architekt hatte im Jahre 2005 eine erste Schlussrechnung gestellt. Diese beruhte aber auf einer unwirksamen Vereinbarung über ein Pauschalhonorar, dass die Mindestsätze der HOAI unterschritt. Als Streit entstand, legte der Architekt eine neue höhere Honorarrechnung vor, die sich an den Mindestsätzen der HOAI orientierte.

Ein solches Vorgehen ist dann unzulässig, wenn sich der Auftraggeber auf die Wirksamkeit der ursprünglichen Honorarvereinbarung in schutzwürdiger Weise so eingerichtet hat, dass ihm die Zahlung des Differenzbetrags zwischen dem vereinbarten Honorar und den Mindestsätzen nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann. Das ist z. B. der Fall, wenn der Auftraggeber im Vertrauen auf das geringe Pauschalhonorar seine Dispositionen getroffen hat und bei Zahlung der Mindestsätze von einer Verwirklichung des Bauvorhabens Abstand genommen hätte. Diese Voraussetzungen lagen im hier entschiedenen Fall nicht vor. Der Architekt war nicht an seine ursprüngliche

Schlussrechnung gebunden, weil von Anfang an Streit über die Zahlungsverpflichtung bestand und der Auftraggeber der Schlussrechnung unmittelbar widersprochen hatte. Damit hatte der Auftraggeber zu erkennen gegeben, dass er sich nicht in schutzwürdiger Weise auf diese Rechnung eingerichtet hatte.

Die neue Rechnung, die sich an den Mindestsätzen orientierte, ließ allerdings nicht die Faktoren erkennen, die der Auftraggeber bei einer korrekten Abrechnung benötigt. Die Rechnung war sowohl nicht prüfbar als auch inhaltlich falsch. Eine nicht prüfbare Rechnung begründet schon keine fällige Honorarforderung. Der Einwand der fehlenden Prüfbarkeit kann allerdings nur zwei Monate lang geltend gemacht werden. Diese Frist hatte der Auftraggeber verstreichen lassen, so dass er das Argument der fehlenden Prüfbarkeit verloren hatte.

Der Ausschluss der Einwendungen gegen die Prüffähigkeit führt aber keineswegs dazu, dass die Rechnung sachlich richtig oder berechtigt ist. Die Frage der Prüfbarkeit ist nicht zwingend identisch mit der Frage, ob die Honorarforderung schlüssig dargelegt worden ist. Letzteres hat das Gericht verneint. Die Rechnung enthielt nicht die notwendigen Angaben zu den anrechenbaren Kosten, zum Umfang der Leistung und deren Bewertung, zur Honorarzone sowie zu dem nach dem anwendbaren Honorarsatz berechneten Tafelwert. Die Abrechnung war deshalb sowohl nicht prüfbar als auch inhaltlich falsch und un schlüssig. Die neue höhere Abrechnung konnte deshalb keine Honorarforderung des Architekten begründen.

Trotzdem erhielt der Architekt das Honorar, das er mit der ersten Abrechnung berechnet hatte. Auf diese Abrechnung hatte er sich nämlich hilfsweise für den Fall gestützt, dass sich aus der zweiten Abrechnung kein Anspruch ergibt. Wie oben ausgeführt, beruhte die erste Abrechnung auf einer unwirksamen Vereinbarung eines die Mindestsätze unterschreitenden Pauschalhonorars. Eine solche Abrechnung ist aber nur dann unwirksam, wenn sich eine Partei auf die Unwirksamkeit der Pauschalhonorarabrede beruft. Soweit der Architekt seinen Honoraranspruch hilfsweise auf die erste

Abrechnung gestützt hat, hat er sich auf die Unwirksamkeit der Pauschalhonorarabrede nicht berufen. Auch sein Auftraggeber hatte das nicht getan, so dass sich das Gericht nicht gehindert sah, dem Architekten das Honorar zuzusprechen, dass sich aus der ersten Abrechnung ergab.

## **2. Setzt ein Schadensersatzanspruch gegen den Architekten eine Mängelrüge voraus?**

In einem Urteil vom 11.10.2007 hat der BGH klar gestellt, dass einem Architekten keine Gelegenheit zur Nachbesserung seines eigenen Werkes - hier der Planungsleistung - gegeben werden muss, wenn sich der Mangel seiner Leistung bereits im Bauwerk verkörpert hat. Eine Nachbesserung der durch den Architekten erbrachten Leistungen ist dann in der Regel nicht mehr möglich. Deshalb hat der Architekt grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass ihm Gelegenheit gegeben wird, den Mangel des Bauwerks zu beseitigen. Die Rüge von Mängeln des Bauwerks ist deshalb grundsätzlich keine Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs gegen den Architekten.

## **3. Organisationsverschulden mit längerer Verjährung beim Einzelarchitekten**

Das OLG Düsseldorf hat am 20.07.2007 einen Architekten zum Schadensersatz verurteilt, der Anfang der 90er Jahre ein Wohn- und Gewerbehäuser in einem grundwassergefährdeten Gebiet ohne Abdichtung gegen drückendes Wasser geplant hat. Der Architekt holte weder ein Bodengutachten ein, noch erkundigte er sich über die Grundwasserstände, weil auch in der näheren Umgebung kein Haus mit weißer Wanne errichtet worden war und die Baugrube trocken war. Etwa sieben Jahre später traten Feuchtigkeitsschäden auf. Gegen die Schadensersatzforderung des Bauherrn wandte der Architekt Verjährung ein.

Das akzeptierte das Gericht nicht und nahm Organisationsverschulden an. Schadensersatzansprüche, die auf Organisationsverschulden beruhen,

verjährten nach alter Rechtslage in 30 Jahren, seit dem 01.01.2002 in drei Jahren ab Kenntnis der maßgeblichen Umstände, maximal zehn Jahre ab Entstehung des Anspruchs. Der Architekt hat sich bewusst unwissend gehalten, sich mit dem Blick in die Baugrube mit einer Momentaufnahme begnügt, kein Baugrundgutachten beauftragt und die Grundwasserstände nicht eingeholt, obwohl ihm als ortsansässigen Architekten bekannt war, dass sich das Bauvorhaben in einem grundwassergefährdeten Gebiet befindet.

Das OLG Düsseldorf steht damit auf dem Standpunkt, dass auch dem Einzelarchitekt Organisationsverschulden vorgeworfen werden kann, obwohl die Grundsätze des Organisationsverschuldens in erster Linie bei arbeitsteiliger Herstellung des Werks anzuwenden sind, also z. B. bei einem größeren Architektur- und Ingenieurbüro. In diesem Fall dürfte aber auch Arglist vorliegen, weil der Architekt ins Blaue hinein geplant hat und die fehlende Abdichtung trotz möglicher Kenntnis der Grundwassergefährdung billigend in Kauf genommen hat.

Mit freundlichen Grüßen

Rechtsanwälte