

Informationen zum Baurecht

36. Jahrgang, Nr. 122

Informationen zum Baurecht

In eigener Sache

Unsere **Informationen zum Baurecht** erhalten Sie ab dieser Ausgabe in neuer Form. Wir hoffen, dass wir die Lesbarkeit damit verbessern können und wünschen Ihnen weiterhin eine abwechslungsreiche und interessante Lektüre. Sollten Sie zu einzelnen Beiträgen Rückfragen haben, stehen wir Ihnen gerne für ein Gespräch zur Verfügung.

Gleichzeitig informieren Sie über das **Seminar „Wege zur unstreitigen Bauabnahme“**. Dieses Seminar leitet Herr Rechtsanwalt Dr. Johannes Koch. Es findet am 16.03.2009 in der Technischen Akademie Wuppertal statt. Eine Übersicht über das Seminarprogramm fügen wir mit der höflichen Bitte um Beachtung bei.

I. Baurecht

1. Stillschweigende Annahme eines Nachtragsangebots

Ein Bauunternehmer hatte dem Auftraggeber ein schriftliches Nachtragsangebot unterbreitet. Der Auftraggeber hatte das Angebot nicht ausdrücklich angenommen. Er hatte den Bauunternehmer aber in Kenntnis des Nachtragsangebots mit der Ausführung der Nachtragsarbeiten beginnen lassen. Erst nach Abschluss der Arbeiten erhob er Einwände gegen die Kalkulation des Nachtragsangebots und zahlte nur einen Teil der Nachtragsvergütung.

Das akzeptierte das Kammergericht in Berlin nicht. Der Auftraggeber hatte das Nachtrags-

angebot durch schlüssiges Verhalten („konkulent“) angenommen. Er hat die Nachtragsleistungen widerspruchslos entgegengenommen. Die nachträglichen Einwände des Auftraggebers hat das Gericht für treuwidrig gehalten. Der Bauunternehmer hätte die Nachtragsleistungen verweigern können, wenn der Auftraggeber rechtzeitig widersprochen hätte und keine Einigung zustande gekommen wäre. Um dieses Druckmittel würde der Bauunternehmer „betrogen“, wenn der Auftraggeber mit seinen nachträglichen Einwänden Erfolg hätte.

2. Vorbehaltlose Bezahlung einer Rechnung

Der BGH hatte in einem soeben veröffentlichten Urteil darüber zu entscheiden, ob die vorbehaltlose Bezahlung einer Rechnung bedeutet, dass die beglichene Forderung anerkannt wird. In diesem Fall ging es zwar um einen Gebrauchtwagen. Auch im Baurecht stellen sich aber immer wieder entsprechende Fragen.

Der BGH entschied, dass auch die vorbehaltlose Bezahlung einer Rechnung nicht ohne weiteres ein Anerkenntnis bedeutet. Ein Anerkenntnis kann zwar dann vorliegen, wenn durch die Zahlung ein Streit oder zumindest eine Ungewissheit über den Bestand der Zahlungspflicht beigelegt werden soll. Die bloße Bezah-

lung einer Rechnung lässt aber nicht ohne weiteres den Schluss zu, dass der Schuldner zugleich den Bestand der erfüllten Forderung insgesamt oder in einzelnen Punkten außer Streit stellen will, auch wenn er die Rechnung vorbehaltlos begleicht. Der Schuldner kann den gezahlten Betrag also mit der Begründung zurückfordern, er habe in Unkenntnis der Rechtslage bezahlt.

3. Schlusszahlungseinrede nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B

Nimmt der Auftragnehmer die Schlusszahlung des Auftraggebers vorbehaltlos an, verliert er den Anspruch auf Nachforderungen, wenn der Auftraggeber auf die Ausschlusswirkung hingewiesen hat. Der Hinweis muss die Vorgaben von § 16 Nr. 3 Abs. 5 VOB/B genau beachten („Ein Vorbehalt ist innerhalb von 24 Werktagen nach Zugang der Mitteilung ... über die Schlusszahlung zu erklären. Er wird hinfällig, wenn nicht innerhalb von weiteren 24 Werktagen – beginnend am Tag nach Ablauf der in Satz 1 genannten 24 Werktagen – eine prüfbare Rechnung über die vorbehaltenen Forderungen eingereicht oder, wenn das nicht möglich ist, der Vorbehalt eingehend begründet wird.“). Angesichts der extrem strengen Konsequenzen – Verlust von Nachforderungen – muss der Hinweis in jeder Hinsicht vollständig und richtig sein. Das ist schon dann nicht der Fall, wenn

4. Beweislast bei Mängeln

Ein Bauunternehmer hatte Betonarbeiten für ein Parkhaus übernommen. Der Beton zeigte Risse. Der Auftraggeber forderte den Unternehmer zur Mängelbeseitigung auf, dieser wies aber jegliche Verantwortung zurück. Bei der Abnahme behielt sich der Auftraggeber seine

Derartige Streitfälle entstehen insbesondere bei der Zahlung von Teilbeträgen. Insoweit ist im Baurecht anerkannt, dass selbst die Bezahlung der geprüften Abschlagsrechnung kein Anerkenntnis des Bauherrn begründet. Die Abschlagsrechnung ist eine vorläufige Rechnung. Die endgültige Abrechnung erfolgt erst über die Schlussrechnung.

von einer Vorbehaltsfrist von 24 Tagen statt Werktagen gesprochen wird. So war es in einem jüngst vom OLG Karlsruhe entschiedenen Fall. Der unterlassene Vorbehalt schadete dem Auftragnehmer nicht.

Will der Auftragnehmer Nachforderungen geltend machen, obwohl er den Vorbehalt unterlassen hat und erkennen muss, dass der Hinweis auf die Ausschlusswirkung korrekt war, muss geprüft werden, ob die VOB/B ohne Abänderungen vereinbart wurde. Nur dann ist der Hinweis auf die Ausschlusswirkung wirksam. Finden sich im Bauvertrag Abweichungen von der VOB/B, die zu einer Inhaltskontrolle der VOB/B führen, muss der Auftragnehmer nichts befürchten. § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B hält einer Inhaltskontrolle nicht stand.

Rechte wegen der gerügten Mängel vor. Anschließend ließ der Auftraggeber die gesamte Betonfläche mit hohem Kostenaufwand nachbessern. Eine Beweissicherung wurde weder vom Auftraggeber noch vom Auftragnehmer durchgeführt. der Mängelbeseitigung zeigten

sich weitere Mängel in tiefer liegenden Betonschichten. Auch diese Mängel ließ der Auftraggeber beseitigen. Der Auftragnehmer hatte darum gebeten, wegen dieser Mängel an der Mängelfeststellung teilzunehmen. Der Auftraggeber verweigerte das.

Im Streit um die Kosten der Mängelbeseitigung entschied der BGH, dass der Auftragnehmer die Beweislast für die Mängel an der Betonoberfläche trägt. Insoweit hatte der Auftraggeber bei der Abnahme einen Vorbehalt erklärt. Es wäre also Sache des Auftragnehmers gewesen, eine Beweissicherung durchzuführen. Im Streit, ob und in welchem Umfang die Betonoberfläche mangelhaft und sanierungsbedürftig war, gingen verbleibende Zweifel zu Lasten des Auftragnehmers.

Etwas anderes gilt bei den Mängeln in den

tieferen Schichten. Hier nahm der BGH eine Beweisvereitelung des Auftraggebers an. Der Auftragnehmer hätte zwar auch insoweit eine Beweissicherung durchführen müssen. Das hat ihm der Auftraggeber aber nicht ermöglicht, obwohl er unter Berücksichtigung der bauvertraglichen Kooperationspflicht dazu verpflichtet gewesen wäre. Bei diesen Mängeln wirkten sich verbleibende Zweifel also zu Lasten des Auftraggebers aus.

Ähnlich ist es beim Aufmaß: Erscheint der Auftraggeber unberechtigt nicht zum gemeinsamen Aufmaß und ist ein neues Aufmaß später nicht mehr möglich, so geht die an sich beim Auftragnehmer liegende Beweislast für die aufgemessenen Mengen auf den Auftraggeber über.

5. Spekulativ überhöhter Einheitspreis auch für Mehrmengen?

Nach § 2 Nr. 3 VOB/B ändert sich der Einheitspreis nicht, wenn die veranschlagten Mengen um bis zu 10 % überschritten werden. Für eine über 10 % hinausgehende Überschreitung des Mengenansatzes ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. Ausgangspunkt für den neuen Preis sind die Preisermittlungsgrundlagen des bisherigen Einheitspreises. Der Grundsatz lautet: „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“. In einem soeben vom BGH entschiedenen Fall hatte der Auftragnehmer Betonstabstahl und Betonstahlmatten zu einem extrem hohen Einheitspreis angeboten. Er erhielt den Zuschlag. Anschließend kam es zu einer Versiebenfachung der ausgeschriebenen Mengen. Der Auftragnehmer rechnete auch die Mehrmengen zu dem überhöhten Einheitspreis unter Abzug geringer Gemeinkos-

tenzuschläge ab.

Neben dem oben erwähnten Grundsatz gilt der Grundsatz: Vertrag bleibt Vertrag. Beide Seiten sind grundsätzlich an die Preisermittlungsgrundlagen des bisherigen Einheitspreises gebunden. Der BGH hat diese Grundsätze in einer soeben veröffentlichten Entscheidung nicht auf den Ausgangsfall angewandt. Er hat ein auffälliges, wucherähnliches Missverhältnis zur Bauleistung konstatiert, so dass die dieser Preisbildung zugrunde liegende Vereinbarung sittenwidrig und damit nichtig ist. Daran ändert nichts, dass der Auftragnehmer in anderen Positionen unüblich niedrige Einheitspreise eingesetzt hat. Ein derartig spekulatives Verhalten des Auftragnehmers ist aus Sicht des BGH nicht schützenswert. Anstelle der nichtigen Vereinbarung über die Bildung eines neuen Preises auf der Grundlage des überhöhten

Einheitspreises tritt die Vereinbarung, die Mehrmengen nach dem üblichen Preis zu vergüten. Wann die Grenze zum sittenwidrig über-

höhten Einheitspreis überschritten ist, sagt der BGH nicht. Diese Frage lässt sich wohl auch nicht allgemein beantworten.

6. Mängelbeseitigungsaufforderung durch Bezugnahme auf ein Gutachten

In einem selbstständigen Beweisverfahren stellte der Sachverständige Baumängel fest. Der Auftraggeber forderte den Auftragnehmer unter Bezugnahme auf das Sachverständigen-gutachten zur Fertigstellung und Mängelbeseitigung auf. Der Auftragnehmer reagierte nicht. Das OLG Oldenburg wies die Klage des Auftraggebers auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten ab, weil der Auftraggeber keine ausreichende Mängelrüge erhoben habe. Er habe

dem Auftragnehmer nicht klar gesagt, welche konkreten Leistungen von ihm gefordert werden. Diese Entscheidung hob der BGH auf. Wenn auf geeignete Unterlagen Bezug genommen wird, aus denen die erforderlichen Angaben zu entnehmen sind, müssen die Mängel nicht konkret aufgelistet werden. Das leuchtet bei einem Gutachten, das beiden Parteien aus dem selbstständigen Beweisverfahren bekannt ist, ohne weiteres ein.

II. Architektenrecht

1. Abgrenzung zwischen Akquisition und honorarpflichtigen Leistungen

Das OLG Düsseldorf hatte in zwei Urteilen erneut über die Frage zu entscheiden, ob bereits ein Architektenvertrag zustande gekommen war, auf dessen Grundlage der Architekt sein Honorar für Planungsleistungen verlangen konnte, oder ob nur eine außervertragliche und nicht honorarpflichtige Akquisitionstätigkeit des Architekten vorlag. Ein schriftlicher Vertrag fehlte.

Ein Architekt hatte für ein Großprojekt umfangreiche Leistungen erbracht. Das Projektteam wies die Honorarforderung mit der Begründung zurück, dass die Realisierung des Projekts noch nicht sichergestellt ist und auch noch kein Baugrundstück erworben wurde. Das Projektteam hatte bei einer Präsentation zwar an den skizzenhaften Ideen des Architekten Gefallen gefunden und Änderungs- bzw. Verbesserungsvorschläge geäußert. Gleichzeitig hatte es

den Architekten aber wissen lassen, dass die Finanzierung des Großprojekts noch nicht gesichert sei und dass die Bemühungen des Architekten bei der Vorstellung des Projekts bei der öffentlichen Hand, der Presse und bei Banken erst dazu dienen sollte, die finanzielle und sonstige Realisierbarkeit erreichen zu können. Außerdem hatte der Architekt nicht dem Hinweis widersprochen, dass alle an dem Projekt Beteiligten erst dann ein Entgelt erhalten könnten, wenn ein Investor gefunden sei.

Unter diesen Umständen verneinte das Gericht einen Honoraranspruch des Architekten. Es besteht nicht die Vermutung, dass umfangreiche Architektenleistungen nur im Rahmen eines Vertrages erbracht werden. Gerade bei schwierigen Marktverhältnissen erscheint es nicht als ausgeschlossen, dass zahlreiche Architektenleistungen „Hoffnungsinvestitionen“

sind. Nach § 632 Abs. 1 BGB gilt die Vergütung – auch die Vergütung des Architekten – zwar als stillschweigend vereinbart, wenn die Leistung nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Diese Vermutung greift aber erst, wenn eine vertragliche Bindung vorliegt. Dafür sah das Gericht nicht genügend Anhaltspunkte.

In einem anderen Fall bejahte das Gericht einen Architektenvertrag und den Honoraranpruch des Architekten. Der Architekt hatte drei umfangreiche Entwurfspläne gefertigt. Dabei hatte er Änderungswünsche des Bauherrn berücksichtigt. Außerdem hatte er den Bauherrn bei Verhandlungen mit der Bauverwaltung begleitet. Der Architekt hatte die Leistungsphasen 1 und 2 erfüllt und die voraussichtlichen Baukosten ermittelt. Der Architekt wusste zwar, dass beim Bauherrn noch Ungewissheit bestand, ob er sein Bauvorhaben verwirklichen wollte. Das spricht aber nicht dafür, dass der Architekt seine Leistungen unentgeltlich erbringt.

Die Grenzziehung zwischen Akquisition und Beauftragung ist oft schwierig. Die Rechtsprechung hat folgende Fallgruppen entwickelt:

(1) Verwertet der Bauherr die Architektenleistung, setzt er seine Unterschrift unter Pläne, oder reicht er Pläne bei einer Bauvoranfrage oder einem Baugesuch ein, liegt grundsätzlich ein Architektenvertrag vor, sofern die Parteien nicht vereinbart haben, dass ein schriftlicher Architektenvertrag erst noch abgeschlossen werden soll.

(2) Leitet der Bauherr Ausführungspläne des Architekten an Handwerker und Ingenieure weiter, liegt in der Regel ein Architektenvertrag vor.

(3) Entsprechendes gilt, wenn der Bauherr Architektenpläne zur Vermarktung des Objekts einsetzt.

(4) Nimmt der Bauherr Architektenleistungen für die Leistungsphasen 1 und 2 entgegen, wird eine entgeltliche Beauftragung angenommen.

(5) Beahlt der Bauherr Abschlagsforderungen des Architekten, zeigt er damit, dass er von einer entgeltlichen Beauftragung ausgeht.

(6) Jedenfalls dann, wenn die Entwurfsplanung hinsichtlich der Leistungsphase 3 erbracht ist, ist von einer Auftragserteilung auszugehen.

2. Wirksamkeit der Honorarvereinbarung im Staffilvertrag

Nach § 4 Abs. 1 HOAI setzt die Wirksamkeit einer Honorarvereinbarung voraus, dass sie schriftlich und bei Auftragserteilung erfolgt. In einem vom OLG Rostock entschiedenen Fall hatte der Bauherr mit dem Architekten einen Staffilvertrag geschlossen, der die stufenweise Beauftragung der Leistungsphasen 1-8 nach § 15 HOAI vorsieht. Bei der Vertragsabwicklung gab der Bauherr die Leistungsphasen 5-8 nicht schriftlich, sondern mündlich in Auftrag. Er wies später die Honorarforderung des Architekten mit der Begründung zurück, dass die schriftli-

che Beauftragung für diese Leistungen fehle. Das OLG Braunschweig und das OLG Bamberg vertraten in früheren Entscheidungen die Meinung, dass auch beim Staffilvertrag eine Honorarvereinbarung nur gleichzeitig mit der Beauftragung der jeweiligen Leistungsphase getroffen werden kann. Das OLG Rostock lehnt ein solches Gleichzeitigerfordernis nun ab. Es genügt, dass sich die Parteien bei Abschluss des Staffilvertrags über das Honorar einig sind. Diese Honorarvereinbarung wirkt sich auch dann aus, wenn der Architekt auf der Grundla-

ge des Staffilvertrags stufenweise beauftragt wird. Wegen der unterschiedlichen Meinungen hat das OLG Rostock die Revision zum BGH zugelassen. Solange die Frage nicht geklärt ist, sollten Architekten im Rahmen eines Staffilver-

trages darauf achten, dass ihre stufenweise Beauftragung jeweils schriftlich unter Bezugnahme auf das ursprünglich vereinbarte Honorar erfolgt.

3. Abrechnung von Abschlags- und Vorauszahlungen

Wenn der Auftraggeber eines Architekten nach Beendigung des Vertrags eine Überzahlung geleisteter Vorauszahlungen geltend macht, stellt sich die Frage, wer die Beweislast hat. Grundsätzlich trägt der Anspruchsteller die Beweislast. Der Auftraggeber müsste also die Voraussetzungen für seinen Rückzahlungsanspruch nachweisen. Dieser Grundsatz gilt im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Architekt

aber nur eingeschränkt. Weil der Architekt besser in der Lage ist, über das Honorar abzurechnen, muss er darlegen und beweisen, dass ihm eine Vergütung in Höhe der geleisteten Zahlungen (oder darüber) endgültig zusteht. Der Auftraggeber darf sich bei der Darlegung seines Rückzahlungsanspruchs auf die Fakten beschränken, die seinem Kenntnisstand entsprechen.

4. Nicht prüffähige Honorarschlussrechnung

In Honorarprozessen wendet der Bauherr immer wieder ein, die Honorarschlussrechnung des Architekten sei nicht prüfbar. Für diese Rüge hat der Bauherr nur eine angemessene Frist von zwei Monaten, danach ist er mit dieser Rüge ausgeschlossen und kann nur noch die inhaltliche Richtigkeit der Honorarschlussrechnung angreifen. Rügt der Bauherr die fehlende Prüfbarkeit der Honorarschlussrechnung rechtzeitig, und gelingt es dem Architekten trotz entsprechenden Hinweisen des Gerichts im Honorarprozess nicht, eine prüfbare Rechnung vorzulegen, erhält der Architekt keine zweite Chance, in einem neuen Rechtsstreit mit nachgebesserter Honorarschlussrechnung seine Forderung durchzusetzen. Er verliert seinen Anspruch endgültig. Zur Prüfbarkeit der Honorarschlussrechnung hat die Rechtsprechung Fallgruppen entwickelt:

(1) Die Rechnung muss das System der HOAI beachten.

(2) Die Rechnung muss in verschiedene Teile aufgeteilt sein, bei Vollarchitektur also in drei Teile.

(3) Den jeweiligen Teilen muss die richtige Kostenermittlung zugrunde gelegt werden (Kostenschätzung, Kostenberechnung, Kostenanschlag und Kostenfeststellung).

(4) Die Kostenermittlung muss nach DIN 276 (Fassung April 1981) in einem Formblatt vorgelegt werden.

(5) Die Rechnung muss Angaben zu den anrechenbaren Kosten und zur Honorarzone enthalten.

(6) Auch die Nebenkosten müssen in prüfbarer Form abgerechnet werden.

(7) Zusatzvergütungen gemäß §§ 20 und 24 HOAI müssen ausgewiesen sein.

(8) Die Paragraphen der HOAI müssen angegeben werden.

(9) Abschlagszahlungen müssen aufgeführt werden.