

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

28.03.2007 K/mk

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

Bearbeiter: RA Dr. Koch  
Durchwahl: (02151) 8586-0  
Direktfax: (02151) 8586-113

## Informationen zum Baurecht

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir setzen unsere Informationsschreiben zum Baurecht fort und berichten über aktuelle Gerichtsentscheidungen.

### 1. Abnahme nach Vertragsaufhebung gemäß § 648 a BGB nicht erforderlich

Wir hatten im vergangenen Jahr über eine wichtige Änderung der Rechtsprechung berichtet. Nach neuerer Rechtsprechung des BGH ist die Abnahme auch nach Kündigung des Bauvertrags erforderlich, damit der Werklohn fällig wird. Nach alter Rechtsprechung bedurfte es einer Abnahme nach Kündigung nicht.

Das Berliner Kammergericht hatte jetzt darüber zu entscheiden, ob die Abnahme auch dann Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütung ist, wenn der Unternehmer eine Sicherheit nach § 648 a BGB verlangt hat, der Auftraggeber diese aber auch nach einer Nachfrist nicht geleistet hat. Das führt dazu, dass der Vertrag gemäß § 648 a Abs. 5, § 634 BGB als aufgehoben gilt. Das Kammergericht hat entschieden, dass die Vergütung

in einer solchen Situation auch ohne Abnahme fällig wird. Bei der Vertragsaufhebung wegen Nichtstellens einer Zahlungssicherheit gemäß § 648 a BGB wird der Unternehmer von jeglicher Pflicht frei, den Vertrag zu erfüllen.

Er kann dann für die von ihm erbrachten Leistungen ohne Abnahme Vergütung verlangen. Sollten Mängel vorliegen, ist sein Vergütungsanspruch allerdings um die Kosten der Mängelbeseitigung oder den mangelbedingten Minderwert zu kürzen.

## **2. Begleitschreiben zum Angebot als Vertragsbestandteil**

Ein Unternehmer hatte den Auftrag erhalten, Bohrfahlarbeiten auszuführen. Weil die Leistungsbeschreibung unklar war, führte er in einem Begleitschreiben zu seinem Angebot aus, dass er davon ausgehe, dass der einzubauende Beton bauseits gestellt würde und hindernis- und medienfreie Böden gegeben seien. Außerdem ging er davon aus, dass der im Leistungsverzeichnis geforderte Zweischichtenbetrieb unzweckmäßig sei und wies darauf hin, dass er diesen nicht kalkuliert habe.

Der Auftraggeber nahm das mit dem Begleitschreiben konkretisierte Angebot an, so dass auch das Begleitschreiben Vertragsbestandteil wurde.

Wegen Findlingen im Boden und wegen Schwierigkeiten mit der Betonlieferung verzögerten sich die Arbeiten. Der Auftraggeber ordnete zur Beschleunigung der Arbeiten einen Zweischichtenbetrieb an.

Der Klage des Unternehmers auf Zahlung von Mehrkosten wegen der Erschwernisse und des angeordneten Zweischichtenbetriebs gab das OLG Schleswig statt. Wegen der Erschwernisse und wegen der angeordneten Beschleunigungsmaßnahmen konnte der Unternehmer einen Preisanpassungsanspruch nach § 2 Nr. 5 VOB/B geltend machen. Weil das Begleitschreiben Vertragsbestandteil geworden war, ergab sich das Leistungssoll des Unternehmers nicht nur aus der Leistungsbeschreibung. Das Leistungssoll wurde gleichzeitig von den Annahmen bestimmt, von

denen der Unternehmer bei seiner Angebotskalkulation ausgegangen ist und die er im Angebotsbegleitschreiben dargelegt hatte.

Mit einem derartigen Begleitschreiben lässt sich also der Vertragsinhalt festlegen. Weil hier die Baugrundverhältnisse von den Annahmen im Angebotsbegleitschreiben abwichen, konnte der Unternehmer Nachtragsansprüche geltend machen.

Bei öffentlichen Ausschreibungen sollte man allerdings von Begleitschreiben absehen. Die Abänderung der Verdingungsunterlagen durch das Begleitschreiben stellt einen zwingenden Ausschlussgrund dar.

### **3. Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben**

Das kaufmännische Bestätigungsschreiben, das nicht nur unter Kaufleuten, sondern z. B. auch unter Architekten gilt, kann gefährlich werden. Wer auf ein solches Bestätigungsschreiben nicht antwortet, wird so behandelt, als habe er zugestimmt. Voraussetzung für ein Bestätigungsschreiben ist, dass tatsächlich Verhandlungen stattgefunden haben und dass das Bestätigungsschreiben unmittelbar auf die Verhandlungen folgt.

In einem vom BGH entschiedenen Fall hatte sich der Unternehmer mündlich verpflichtet, regelmäßig bestimmte Mindestmengen Stahl zu bearbeiten. Über den Inhalt dieser Besprechung schickte der Auftraggeber dem Unternehmer eine schriftliche Bestätigung und bat darin um schriftliche Gegenzeichnung. Dieser Bitte kam der Unternehmer nicht nach.

Weil der Unternehmer später nicht in der Lage war, die besprochenen Mindestmengen zu bearbeiten, forderte der Auftraggeber Schadensersatz.

Diesem Anspruch gab der BGH statt, obwohl der Unternehmer die erbetene Gegenzeichnung des Bestätigungsschreibens unterlassen hatte. In diesem Zusammenhang führte der BGH aus, dass die Durchführung der Vereinbarung wegen der notwendigen Anlieferung und Lagerung von Stahl – für den Unternehmer erkennbar – mit erheblichem Aufwand und Risiko auf Seiten

des Auftraggebers verbunden war. Wollte der Unternehmer sich nicht verbindlich zur Übernahme der zu bearbeitenden Mindestmengen verpflichten, durfte der Auftraggeber deshalb erwarten, dass der Unternehmer dem Schreiben unverzüglich widersprach, um Streitigkeiten und Missverständnisse bei der weiteren Zusammenarbeit zu vermeiden. Aus Sicht des BGH bestand kein Anlass zu der Annahme, dass der Inhalt des Bestätigungsschreibens mit der Gegenzeichnung stehen oder fallen sollte.

Allerdings stellte der BGH auch klar, dass nicht allgemein, sondern immer im Einzelfall geprüft werden muss, welche Bedeutung dem Schweigen auf ein Schreiben, das kaufmännische Vereinbarungen wiedergibt, beizumessen ist, wenn um Gegenbestätigung gebeten wurde.

#### **4. Beweislast für Pauschal- oder Einheitspreisvertrag**

Wird keine besondere Preisvereinbarung getroffen, kann der Unternehmer gemäß § 632 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung berechnen. Üblich ist in der Regel die Abrechnung nach Einheitspreisen. In einem kürzlich vom OLG Naumburg entschiedenen Fall hatte der Unternehmer seine Leistungen in Höhe von EUR 44.200,00 nach Einheitspreisen abgerechnet. Der Besteller bezahlte jedoch lediglich EUR 5.600,00 und behauptete, diese Summe sei zwei bis drei Wochen nach Vertragsabschluss anlässlich der Übergabe der Aufmassberechnung vereinbart worden. Das Gericht wies die Klage des Unternehmers auf Zahlung der Differenz von EUR 38.600,00 ab.

Die Beweislast für das Vorliegen eines Einheitspreisvertrages liegt beim Unternehmer und nicht beim Auftraggeber. Behauptet der Auftraggeber einen (geringen) Pauschalpreis, muss der Unternehmer beweisen, dass kein Pauschalpreis, sondern eine Abrechnung nach Einheitspreisen vereinbart war. Kann er diesen Beweis nicht führen, erhält er nur das, was der Auftraggeber als (angeblich) vereinbarten Pauschalpreis zugestehen will.

Allerdings reicht es nicht aus, wenn der Auftraggeber eine Pauschalpreisvereinbarung einfach behauptet. Er muss eine solche Vereinbarung nach Ort, Zeit und Höhe der Vergütung im einzelnen genau darlegen. Das war dem Auftraggeber in diesem Falle gelungen. Die vom

Unternehmer angebotenen Beweismittel für einen Einheitspreis haben das Gericht nicht überzeugt.

Da man sich vor eine nachträglichen Behauptung einer Pauschalpreisvereinbarung nur schwer im voraus schützen kann, empfiehlt sich immer eine schriftliche Preisvereinbarung. Das gilt gerade auch für Nachträge.

#### **5. Minderleistungen führen auch beim Pauschalvertrag zu Minderkosten**

Die Vertragsparteien hatten die Ausführung von Heizungs- und Sanitärarbeiten zum Pauschalpreis vereinbart. Eine Planungsänderung führte dazu, dass die Raumlifttechnik statt im Dachgeschoss im Kellergeschoss untergebracht wurde. Der Auftraggeber war der Ansicht, dass durch die Planungsänderung bestimmte Rohrleitungen im Dachgeschoss nicht ausgeführt werden mussten. Deshalb sei es zu Minderleistungen gekommen. Er kürzte deshalb die Schlussrechnung des Unternehmers über den vereinbarten Pauschalpreis um angebliche Minderkosten.

Das Berliner Kammergericht verurteilte den Auftraggeber zur Bezahlung des vollen Pauschalpreises. Zwar wirken sich Planungsänderungen grundsätzlich auch auf einen Pauschalpreis aus, wenn sich der vertragliche Leistungsinhalt ändert. Dann ist gemäß § 2 Nr. 5, 7 Abs. 2 VOB/B auf der Grundlage der Urkalkulation und unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten ein neuer Pauschalpreis zu vereinbaren. Bei Minderleistungen ist der Pauschalpreis zu reduzieren, bei Mehrleistungen zu erhöhen. Entscheidend ist, ob sich die Leistungsänderung auf die Kalkulationsgrundlagen auswirkt.

Die Beweislast für Minderleistungen trägt der Auftraggeber. In diesem Fall war dem Auftraggeber nicht der Nachweis gelungen, dass die Unterbringung der Raumlifttechnik im Kellergeschoss weniger aufwendig war und dass bestimmte Rohrleitungen wegen der Umplanung entfallen waren. Es sprach vieles dafür, dass stattdessen zusätzliche Rohrleitungen im Untergeschoss ausgeführt werden mussten.

Will der Auftraggeber den Pauschalpreis unter Hinweis auf Minderleistungen kürzen, muss er konkret darlegen, welche einzelnen Leistungen verändert auszuführen waren oder weggefallen sind. Außerdem muss er vortragen, dass und wie sich die Planungsänderung auf die Kalkulationsgrundlagen ausgewirkt hat.

**6. Eigenmächtige Ausführungsänderung durch den Unternehmer führt zum Verlust der Vergütung**

Ein Bauunternehmer sollte bei dem von ihm zu errichtenden Studentenwohnheim Treppen in Ortbetonbauweise einbauen. Er baute jedoch Fertigteiltreppen ein und verlangte vom Auftraggeber dafür eine höhere Vergütung.

Das OLG Braunschweig wies die Klage des Unternehmers ab. Eine Leistungsänderung durch den Auftraggeber gemäß § 1 Nr. 3 VOB/B lag nicht vor, so dass ein Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Nr. 5 VOB/B ausschied. Der Auftraggeber hat die Treppen auch nicht im Sinne von § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B nachträglich anerkannt. Eine solche Erklärung hatte der Auftraggeber nicht abgegeben. Schließlich war die Ausführung in Fertigteilen statt in Ortbeton für die Erfüllung des Vertrages gemäß § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B nicht erforderlich. Der Unternehmer hätte die Treppen ohne weiteres in Ortbeton ausführen können. Da das Gericht nicht feststellen konnte, dass die Ausführung in Fertigteilen dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprach, schied auch ein Anspruch aus „Geschäftsführung ohne Auftrag“ aus.

Bei eigenmächtigen Abweichungen von der Leistungsbeschreibung riskiert der Unternehmer deshalb, keinen Werklohn zu erhalten (§ 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 VOB/B). Der Auftraggeber kann verlangen, die vertragswidrige Leistung auf Kosten des Unternehmers zu beseitigen. In diesem Zusammenhang haftet der Unternehmer auch für weitergehende Schäden (§ 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 2, 3 VOB/B).

Ausführungsänderungen sollten grundsätzlich vereinbart werden. Jedenfalls sollten Umfang, Anlass oder Erfordernis – zum Beispiel aus Gründen der Beschleunigung – sorgfältig dokumentiert werden, um

gegebenenfalls darlegen zu können, dass die Ausführungsänderung doch dem Willen oder Interesse des Auftraggebers entsprach.

**7. Voller Werklohn für unbrauchbare Bauleistung bei unberechtigter Kündigung und Selbstvornahme des Auftraggebers**

Ein Bauunternehmer hatte den Auftrag, Vorsatzschalen in einer bestimmten Bauweise zu errichten, für die nach der einschlägigen Bauordnung eine Einzelfallgenehmigung erforderlich war. Diese Genehmigung lag nicht vor. Außerdem wies die Bauleistung handwerkliche Mängel auf, die Abriss und vollständigen Neubau erforderten. Der Unternehmer riss das Mauerwerk vollständig ab. Wegen der fehlenden Einzelfallgenehmigung zeigte er gegen den Wiederaufbau Behinderung an. Dies ließ der Auftraggeber nicht gelten, kündigte den Bauvertrag nach Fristsetzung gemäß § 4 Nr. 7, 8 Nr. 3 VOB/B und ließ das Mauerwerk durch ein anderes Unternehmen neu errichten.

Das OLG Jena gab der Klage des Unternehmers auf Zahlung des Werklohns für die bis zum Abbruch erbrachte Bauleistung statt. Die Kündigung war unberechtigt, weil die Bauleistung des Unternehmers noch nicht fällig war. Ohne die zum Wiederaufbau erforderliche Einzelfallgenehmigung konnte der Unternehmer die Arbeiten nicht ausführen. Er hätte gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Da der Unternehmer auch nach Kündigung zur Nachbesserung der bis zur Kündigung erbrachten Teilleistung berechtigt ist, konnte der Auftraggeber dem Werklohnanspruch keine Fremdnachbesserungskosten entgegen setzen.

Im Falle der unberechtigten Kündigung und Selbstvornahme durch den Auftraggeber steht dem Auftragnehmer für seine bis dahin erbrachten mangelhaften Leistungen der ungekürzte Werklohn selbst dann zu, wenn diese unbrauchbar waren und zum Zwecke der Neuherstellung vollständig abgerissen wurden.

## **8. Nachbesserung oder Minderung?**

Der Auftragnehmer kann die Nachbesserung seiner mangelhaften Leistung verweigern, wenn der dafür erforderliche Aufwand unverhältnismäßig ist. In einem vom OLG Celle entschiedenen Fall hatte der Unternehmer Werklohn in Höhe von EUR 13.350,00 für die Verklinkerung einer Mauer verlangt. Der Auftraggeber rechnete gegen den Restwerklohnanspruch mit einem Vorschussanspruch wegen Mängelbeseitigungskosten in Höhe von EUR 10.440,00 auf. Diese Kosten müsse er für die unstreitig fehlende nicht frostsichere Betonzusatzgründung aufwenden. Der Sachverständige hatte festgestellt, dass das Fehlen dieser Gründung einen Mangel darstellte. Allerdings waren in den drei Jahren seit der Errichtung der Mauer noch keine Schäden aufgetreten, die auf einer mangelhaften Gründung beruhten.

Das Gericht gab dem Unternehmer recht. Die Mängelbeseitigung sei für den Unternehmer unzumutbar. Denn der Aufwand für die Mängelbeseitigung stehe in keinem vernünftigen Verhältnis zu dem Vorteil, den der Auftraggeber dadurch erlangt. Der Sachverständige hatte festgestellt, dass das Risiko einer nachhaltigen Funktionsbeeinträchtigung infolge des Mangels für die Zukunft als ausgeschlossen angesehen werden konnte. Es sei ausgeschlossen, dass in Zukunft „nennenswerte Mängel“ entstehen würden.

Die Abwägung der Verhältnismäßigkeit von Vorteilen und Aufwand der Mängelbeseitigung fiel hier also zugunsten des Unternehmers aus.

## **9. Schadensersatz bei Bauverzögerung**

Bei Bauverzögerungen kann der Auftraggeber vom Auftragnehmer gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B Schadensersatz verlangen. Entgangenen Gewinn kann er aber nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit verlangen.

Ein Unternehmer sollte Reihenhäuser bis zu einem bestimmten Termin fertig stellen. Er konnte jedoch weder den ursprünglich vereinbarten noch nachträglich vereinbarte spätere Fertigstellungstermine einhalten. Gegenüber dem Werklohnanspruch des Unternehmers machte der Auftraggeber

Schadensersatzansprüche wegen der Fertigstellungsverzögerung geltend. Weil der Fertigstellungstermin nicht eingehalten werden konnte, musste der Auftraggeber den Mietvertrag mit einem Mieter auflösen, der unmittelbar nach dem Fertigstellungstermin einziehen wollte. Insoweit forderte er Schadensersatz wegen der Maklerkosten. Im übrigen forderte er Schadensersatz wegen Finanzierungskosten und Mietausfall.

Das OLG Schleswig stellte fest, dass der Unternehmer die Terminüberschreitung zu vertreten hatte und sprach dem Auftraggeber die Finanzierungs- und Maklerkosten zu. Beim entgangenen Gewinn in Form des Mietausfalls gab es dem Auftraggeber jedoch nicht recht. Ein auf entgangenen Gewinn gerichteter Schadensersatzanspruch setzt grobe Fahrlässigkeit voraus. Das bedeutet eine „objektiv schlechterdings unvertretbare und subjektiv unentschuldbare Fehleinschätzung“. Grobe Fahrlässigkeit liegt nicht schon deswegen vor, weil der Auftragnehmer den Arbeitskräftebedarf um bis zu 50 % zu niedrig kalkuliert hat oder weil er seine Kapazitäten falsch eingeschätzt hat und trotz Abhilfeverlangens des Auftraggebers Arbeitskräfte auf andere Baustellen abgezogen hat. Das Gericht ging insoweit nur von einfach fahrlässigen Fehleinschätzungen des Auftragnehmers aus.

#### **10. Haftung des Baustoffherstellers für Rat- oder Auskunftserteilung?**

Eine Ingenieurgesellschaft war mit den Leistungsphasen 2-9 des § 73 Abs. 2 HOAI unter anderem für die Sanitärinstallation bei einem großen Bauvorhaben beauftragt. Sie legte dem Hersteller von Rohrleitungen eine Wasseranalyse des Trinkwassers vor mit der Bitte um Überprüfung, ob die vom Hersteller angebotenen verzinkten Rohre geeignet seien. Der Hersteller teilte kurz per Telefax mit, dass er den Einsatz seiner verzinkten Rohre für möglich halte. Nach Einbau der verzinkten Rohre stellte sich jedoch heraus, dass die Auskunft des Herstellers nicht zutraf. Die verzinkten Rohrleitungen mussten mit einem Sanierungsaufwand von rund EUR 1,0 Mio. ausgebaut werden.

Die Schadensersatzklage der Ingenieurgesellschaft gegen den Hersteller wies das OLG Düsseldorf ab mit der Begründung, dass zwischen dem

Ingenieurbüro und dem Hersteller kein Auskunftsvertrag zustande gekommen sei, den der Hersteller verletzt habe. Der Hersteller habe lediglich seine Meinung geäußert. Seine kurze Antwort per Telefax ließe schon von der äußeren Form her nicht auf eine Zusicherung oder Garantieübernahme schließen, mit der der Hersteller ein Haftungsrisiko eingehen wolle. Auch die Unentgeltlichkeit der Auskunft sowie die fehlende wirtschaftliche Beteiligung des Herstellers sprachen aus Sicht des Gerichts gegen seine Haftung. Schließlich war für den Hersteller nicht erkennbar gewesen, dass seine kurze Auskunft alleinige Grundlage der Planungsentscheidung für ein umfangreiches Bauvorhaben sein sollte.

Ein Auskunftsvertrag, dessen Verletzung schadenersatzpflichtig machen kann, setzt in der Regel ein eigenes wirtschaftliches Interesse desjenigen voraus, der Rat und Auskunft gibt.

## **11. Bindungswirkung der Schlussrechnung**

Ein Architekt ist an seine Schlussrechnung gebunden und mit Nachforderungen ausgeschlossen, wenn der Rechnungsempfänger auf die Richtigkeit der Schlussrechnung vertrauen durfte und dies auch tatsächlich getan hat, indem er etwa den Schlussrechnungsbetrag in seine Baukalkulation eingestellt hat. Das setzt voraus, dass auch tatsächlich eine Schlussrechnung vorliegt.

In einem kürzlich vom BGH entschiedenen Fall hatte ein Architekt seine Leistungen nach Kündigung des Architektenvertrages abgerechnet. Dabei machte er einen Betrag geltend, der den Rechnungsbetrag einer zwei Jahre zuvor gestellten ersten Rechnung überstieg. Wegen dieses Mehrbetrags wies das Oberlandesgericht die Honorarklage ab. Es hatte die erste Rechnung für eine Schlussrechnung gehalten, weil diese am Schluss den Textbaustein „Ich bedanke mich für das entgegengebrachte Vertrauen“ aufwies und weil der Anwalt des Architekten diese Rechnung in der Klageschrift als Schlussrechnung bezeichnet hatte.

Dieses Urteil hob der BGH auf. Eine Schlussrechnung muss nicht als Schlussrechnung überschrieben sein. Sie muss aber unmissverständlich

erkennen lassen, dass der Architekt seine Leistungen abschließend berechnen will. Weder der Textbaustein noch die Bezeichnung der Rechnung als Schlussrechnung in der Klageschrift reichen hierfür aus. Der BGH hob das Urteil des OLG deswegen auf und verwies das Verfahren an das OLG zurück. Das OLG wird zu prüfen haben, ob der Bauherr auf die erste Rechnung als Schlussrechnung tatsächlich vertraut hat und sich darauf eingerichtet hat.

## **12. Entwurfplanung enthält nicht zwingend Grundlagenermittlung**

Ein Ingenieur hatte für den Bauherrn bereits Leistungen für die Tragwerksplanung erbracht, ohne dass ein schriftlicher Vertrag vorlag. Erst später schlossen die Parteien schriftlich einen Vertrag über die in § 64 Abs. 1 HOAI beschriebenen Leistungsphasen 2-4. Zugleich rechnete der Ingenieur seine bereits erbrachten Leistungen der Leistungsphasen 2 und 3 ab. Nachdem es später zwischen den Parteien zu Differenzen und zur Vertragsbeendigung kam, legte der Ingenieur eine Schlussrechnung vor, in der er auch Vergütung für erbrachte Leistungen der Leistungsphase 1 forderte.

Das Landgericht sprach dem Ingenieur nur eine Vergütung für die Leistungsphasen 2 und 3 zu. Das Oberlandesgericht auch für die Leistungsphase 1.

Der BGH hob die Entscheidung des OLG auf. Er geht zwar davon aus, dass sich die Parteien möglicherweise mündlich darüber geeinigt haben, dass der Ingenieur die Grundlagenermittlung gegen Vergütung ausführen sollten. Ohne weiteres werden Ingenieurleistungen zur Grundlagenermittlung (Leistungsphase 1) aber nicht allein deshalb Gegenstand eines Ingenieurvertrages über die Vor- und Entwurfsplanung (Leistungsphasen 2 und 3), weil sie einen den weiteren Leistungsphasen notwendig vorangehenden Entwicklungsschritt darstellen oder weil sie tatsächlich erbracht werden. Aus den regelmäßig gegebenen Wechselbeziehungen zwischen jeder vorangehenden und nachfolgenden Leistungsphase folgt nicht, dass eine Teilleistung zu einer geschuldeten und zu vergütenden Leistung wird.

Ergänzend wies der BGH darauf hin, dass bei einer vertraglichen Beschränkung auf die Leistungsphasen 2 und 3 keine versteckte Mindestsatzunterschreitung vorliegt, weil die preisrechtlichen Bestimmungen über Mindestsätze nur für die im Vertrag vereinbarten und deshalb geschuldeten Leistungen gelten.

### **13. Beweislast beim Streit über den Honoraranspruch des Architekten**

Nach § 632 Abs. 1 BGB gilt auch ohne ausdrückliche vertragliche Vereinbarung eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werks nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Diese Umstände muss der Architekt darlegen und beweisen.

In einem vom OLG Köln entschiedenen Fall hatte der Architekt den Auftrag erhalten, für ein Bauvorhaben Voruntersuchungen durchzuführen. Diese Leistungen rechnete der Architekt ab und erhielt Zahlung. Anschließend erbrachte er weitere Planungsleistungen, über die er den Auftraggeber jeweils informierte. Dieser nahm die Leistungen auch entgegen. Schließlich hatte der Architekt die Leistungsphase 2 vollständig und die Leistungsphase 3 teilweise erbracht. Als er hierüber Abrechnung erteilte, weigerte sich der Auftraggeber dieses Honorar zu bezahlen. Er wandte ein, dass ein schriftlicher Architektenvertrag nicht existiert. Er habe keinen Auftrag erteilt. Der Architekt könne deshalb kein Honorar verlangen.

Das OLG Köln gab dem Architekten recht und führte aus, dass der Auftraggeber nicht davon ausgehen konnte, dass der Architekt nach der entgeltlichen Tätigkeit hinsichtlich der Voruntersuchungen anschließend unentgeltlich tätig werden wollte. Bei Planungsleistungen, die sich über ein Jahr hingezogen haben, durfte der Bauherr nicht davon ausgehen, dass der Architekt diese Leistungen aus Gefälligkeit und unentgeltlich erbringen würde. Schließlich war der Bauherr darüber informiert, dass der Architekt nach Abschluss der Voruntersuchungen erhebliche Planungsleistungen erbrachte.



Aus dieser Entscheidung lässt sich die Empfehlung an Architekten ableiten, schon die Leistungsphase 1 abzurechnen, dann kann später argumentiert werden, dass weitergehende Leistungen nicht unentgeltlich sein können, wenn schon die Voruntersuchungen zu vergüten waren.

Mit freundlichen Grüßen

Rechtsanwälte