

Rechtsprechung des BGH zum Bau – und Architektenrecht

1. Mangel wegen fehlender Funktionstauglichkeit

Eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit liegt vor, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck der Herstellung eines Werks nicht erreicht wird und das Werk eine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt.

BGH, Urteil vom 29.09.2011 – VII ZR 87/11

Eine Werkleistung ist frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat (§ 633 Abs. 2 S. 1 BGB, § 13 Abs. 1 S. 2 VOB/B). Die vereinbarte Beschaffenheit ergibt sich entweder aus dem ausdrücklichen Wortlaut eines Vertragstextes bzw. durch Auslegung des Vertrags. Eine Werkleistung ist im Regelfall dann mangelfrei, wenn sie alle Eigenschaften aufweist, die den vereinbarungsgemäß geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen. Dabei kommt es nicht allein auf die vereinbarte Ausführungsart an, sondern auch, welche Funktion das Werk erfüllen soll. Eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit und damit ein Mangel liegt dann vor, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte Funktion nicht erfüllt.

In vorliegendem Fall ging es um Vermessungsleistungen. Ein Unternehmer hat einen Elektrodücker errichtet, dessen Vermessung und Dokumentation er an einen Vermesser vergab. Der Vermesser hat den Verlauf des Dückers nicht richtig dargestellt, sodass der Dücker bei nachträglichen

Rammarbeiten beschädigt wurde. Das Werk des Vermessers sollte die Funktion erfüllen, eine Grundlage für die Erarbeitung von Rammplänen zu bieten.

Diese Funktion erfüllt es nicht, weil der Vermesser den tatsächlichen Verlauf des Dückers nicht erfasst und dokumentiert hat, obwohl nur eine präzise Einmessung Gewähr für die Erarbeitung von Rammplänen bieten konnte.

2. Keine Sekundärhaftung von Sonderfachleuten

Die zur Sekundärhaftung des Architekten entwickelten Grundsätze sind auf Sonderfachleute nicht anwendbar.

BGH, Urteil vom 28.07.2011 – VII ZR 4/10

Aus der Sachwalterstellung des Architekten folgt, dass er verpflichtet ist, über eigene Fehler aufzuklären. Aus diesem Gesichtspunkt hat der BGH die Grundsätze der Sekundärhaftung entwickelt. Danach ist der Architekt im Rahmen der Mängelhaftung verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, die dazu führen, dass gegen ihn gerichtete Ansprüche nicht verjähren.

Diese Grundsätze gelten nach der Rechtsprechung des BGH nicht für Sonderfachleute, da diese keine dem umfassend beauftragten Objektplaner vergleichbare Stellung haben. Sie haben nicht die zentrale Stellung wie der Architekt als primärer Ansprechpartner des Bauherrn. In vorliegendem Urteil verneinte der BGH die Sekundärhaftung eines Fachplaners der Technischen Ausrüstung (Elektro). Dies trotz der Passage in der Präambel des Vertrages: "*Der Ingenieur ist unabhängiger Sachwalter des Bauherrn.....*"

3. Zur Pflicht des Architekten ein Bautagebuch zu führen

Überträgt der Bauherr dem Architekten die Leistungen des Leistungsbildes Objektplanung Gebäude (§ 15 Abs. 2 HOAI a.F., § 33 HOAI n.F. in Verbindung mit Anl. 11), so hat der Architekt ein Bautagebuch zu führen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, ist der Bauherr (jedenfalls) zur Minderung des Architektenhonorars berechtigt.

BGH, Urteil vom 28.07.2011 – VII ZR 65/10

Ist in einem Vertrag geregelt, dass der Architekt die Leistungspflichten aus dem Leistungsbild Objektplanung Gebäude zu erfüllen hat, so schuldet der Architekt die Führung eines Bautagebuchs als selbständige Leistungsverpflichtung. Der BGH betonte in diesem Urteil die Bedeutung des Bautagebuchs: Es hat den Zweck, das Baugeschehen mit allen wesentlichen Einzelheiten zuverlässig und beweiskräftig festzuhalten. Diese Dokumentation kann insbesondere bei Störungen des Bauablaufs oder Auseinandersetzungen mit anderen Baubeteiligten von großer Bedeutung sein.

Die sorgfältige Führung des Bautagebuchs ist ein geschuldeter Teilerfolg des Architekten. Kommt der Architekt dieser Verpflichtung nicht nach, kann der Bauherr das Honorar für die Leistungsphase 8 ohne weiteres – d.h. ohne Fristsetzung zur nachträglichen Anfertigung des Bautagebuchs – mindern.

Anm.: Die Honorarminderung beträgt ca. 1 Prozent des Honorars. Entsteht dem Bauherrn durch die unterlassene Führung des Bautagebuchs ein Schaden, ist der Architekt darüber hinaus zum Schadensersatz verpflichtet.

4. Zur Abrechnung der Vergütungspauschale nach § 649 S. 3 BGB nach Kündigung

Der Werkunternehmer kann seinen Anspruch auf Vergütung nach einer freien Kündigung des Werkvertrages durch den Auftraggeber nur dann auf die Vermutung des § 649 S. 3 BGB stützen, wenn er den Teil der vereinbarten Vergütung darlegt, die auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfällt.

BGH, Urteil vom 28.07.2011 – VII ZR 45/11

Nach einer freien Kündigung durch den Auftraggeber kann der Unternehmer auch die Vergütung für die nicht (mehr) erbrachten Leistungen verlangen, unter Abzug ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs. Nach § 649 S. 3 BGB wird vermutet, dass dem Unternehmer 5 % der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.

Damit der Unternehmer diese 5 % geltend machen kann, muss er darlegen, welcher Teil der vereinbarten Vergütung auf die erbrachten und welcher Teil auf die nicht erbrachten Leistungen entfällt. (In dem vom BGH entschiedenen Fall hat der Unternehmer die Pauschale von 5 % nach Kündigung des Werkvertrags durch den Auftraggeber auf die Gesamtleistung verlangt, was nach dem Urteil unzulässig ist).

5. Wann liegt "ernsthafte und endgültige" Leistungsverweigerung vor?

Eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung liegt nur vor, wenn der Schuldner unmissverständlich und eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten unter keinen Umständen nachkommen.

Das bloße Bestreiten eines Mangels reicht dazu nicht aus. Es müssen weitere Umstände hinzutreten, welche die Annahme rechtfertigen, dass der Schuldner seinen Vertragspflichten unter keinen Umständen nachkommen will und es damit ausgeschlossen erscheint, dass er sich von einer Fristsetzung hätte umstimmen lassen.

BGH, Urteil vom 13.07.2011 – VIII ZR 215/10

Ein Unternehmer hat das Recht der Nacherfüllung. Wenn der Auftraggeber einen Drittunternehmer mit der Mangelbeseitigung beauftragen will, muss er vorher erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben. Nur ausnahmsweise ist die Fristsetzung entbehrlich. Nach § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist dies beispielsweise dann der Fall, wenn "der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert".

Nach dem vorzitierten Urteil des BGH sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, wenn der Schuldner lediglich den Mangel bestreitet, es müssen weitere Umstände hinzukommen.

6. Wann gilt die Nacherfüllung als endgültig verweigert?

Teilt der Verkäufer dem Käufer mit, alle von ihm gerügten Mängel seien behoben, liegt darin keine endgültige Erfüllungsverweigerung.

BGH, Urteil vom 29.06.2011 – VIII ZR 202/10

Die Entscheidung des BGH erging zum Kaufrecht, ist aber auf das Werkvertragsrecht übertragbar. Dies ist eine weitere Entscheidung zur Frage, wann eine Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich ist (§ 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Auch hier urteilt der BGH, dass eine Erfüllungsverweigerung (ernsthafte und endgültige) nur dann vorliegt, wenn der Schuldner unmissverständlich und eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten unter keinen Umständen nachkommen. Dafür reicht das bloße Bestreiten des Mangels nicht aus, auch nicht die Mitteilung, alle Mängel seien behoben.

Anm.: Einer Fristsetzung bedarf es auch dann nicht, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist (§ 637 Abs. 2 S. 2 BGB). Wenn es sich also um Mängel handelt, die der Auftraggeber gerügt hat und an denen der Auftragnehmer Nachbesserungen vorgenommen hat, kommt es auf die Frage einer Erfüllungsverweigerung nicht an, hier ist eine weitere Fristsetzung nach § 637 Abs. 2 S. 2 BGB nicht erforderlich.

7. Die Bedeutung von Detailangaben bei einem Pauschalpreisvertrag mit funktionaler Leistungsbeschreibung

Inwieweit eine detaillierte Angabe im Leistungsverzeichnis einer funktionalen Ausschreibung (hier: Abbruch einer Klinik) dazu führt, dass sie die Pauschalierung der Vergütung begrenzt, ergibt die Auslegung des Vertrags. Die Auslegung kann auch ergeben, dass die detaillierte Angabe lediglich die Geschäftsgrundlage des Vertrags beschreibt.

Beschreibt der Auftraggeber in einem Pauschalvertrag Mengen oder die Mengen beeinflussende Faktoren (hier: Estrichstärke in einer Zulageposition), können diese zur Geschäftsgrundlage des Vertrags erhoben worden seien. Das kann insbesondere dann angenommen werden, wenn der Auftragnehmer davon ausgehen durfte, der Auftraggeber habe eine gewisse Gewähr für eine verlässliche Kalkulationsgrundlage geben wollen.

In diesem Fall kommt ein Ausgleichsanspruch nach § 2 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B in Betracht, wenn sich eine deutliche Mengensteigerung ergibt. Wirken sich die von den irreführenden Angaben des Auftraggebers im Vertrag abweichenden Mengen derart auf die Vergütung aus, dass das finanzielle Gesamtergebnis des Vertrags nicht nur den zu erwartenden Gewinn des Auftragnehmers aufzehrt, sondern auch zu Verlusten führt, ist das Festhalten an der Preisvereinbarung häufig nicht mehr zumutbar. Auf eine starre Risikogrenze von 20 % der Gesamtvergütung kann nicht abgestellt werden.

BGH, Urteil vom 30.06.2011 – VII ZR 13/10

Der Abschluss eines Vertrages über eine komplett funktional beschriebene Bauleistung zu einem Pauschalpreis schließt es nicht aus, dass die Parteien zu einzelnen Leistungen besondere Vereinbarungen treffen (sogenannte Detaillierung). So können sie etwa vereinbaren, dass einzelne Leistungen überhaupt nicht vom Auftragnehmer erbracht werden sollen, oder sie können eine Leistungsbeschreibung zum Gegenstand dieser Vereinbarung machen, aus der sich ergibt, dass die Pauschalpreisvereinbarung bestimmte, für die Funktionalität erforderliche Leistungen nicht oder nicht vollständig erfasst. Liegen solche Vereinbarungen vor, so können von der Leistungsbeschreibung abweichende Leistungen des Auftragnehmers gemäß § 2 Abs. 7 Nr. 1 S. 4 VOB/B unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 5 oder Abs. 6 VOB/B einen Vergütungsanspruch für die geänderten oder zusätzlichen Leistungen oder unter den Voraussetzungen des §§ 2 Abs. 8 Nr. 2 und 3 VOB/B einen sonstigen Zahlungsanspruch auslösen.

Inwieweit eine detaillierte Angabe im Leistungsverzeichnis dazu führt, dass sie die Pauschalierung der Vergütung begrenzt, ergibt die Auslegung des Vertrages. Die Erwähnung von detaillierten Baumständen in einer Leistungsbeschreibung bedeutet nicht zwangsläufig, dass die Vergütungsvereinbarung insoweit tangiert ist. Vielmehr ist es auch möglich, dass die Erwähnung von detaillierten Baumständen lediglich zum Ausdruck bringen soll, wovon der Auftraggeber ausgeht, ohne dass er dies zum Vertragsinhalt erheben will.

Es könnte aber auch sein, dass bestimmte, vom Auftraggeber vorgegebene Grundlagen (hier: Mengen) Geschäftsgrundlage einer Pauschalpreisvereinbarung sind – in dem von BGH entschiedenen Fall war es die Estrichstärke. Macht der Auftraggeber in einer Leistungsbeschreibung zum Pauschalvertrag detaillierte Angaben zu den Mengen oder die Mengen beeinflussende Faktoren, die erhebliche Bedeutung für die Kalkulation des Pauschalpreises haben, wird das häufig nach Treu und Glauben dahin zu verstehen sein, dass diese Angaben auch nach seinem Willen zur Geschäftsgrundlage des Vertrages erhoben werden sollen. In diesem Fall kommt ein Ausgleichsanspruch nach § 2 Abs. 7 Nr. 1 S. 2 in Betracht.

8. Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % und Auszahlung von Abschlagsrechnungen zu 90 % führt zur Übersicherung des Auftraggebers

Eine in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers eines Bauvertrags enthaltene Klausel, dass der Auftragnehmer zur Sicherung der vertragsgemäßen Ausführung der Werkleistungen eine Vertragserfüllungsbürgschaft i.H.v. 10 % der Auftragssumme zu stellen hat, ist unwirksam, wenn in dem Vertrag zusätzlich bestimmt ist, dass die sich aus den geprüften Abschlagsrechnungen ergebenden Werklohnforderungen des Auftragnehmers nur zu 90 % bezahlt werden.

BGH, Urteil vom 09.12.2010 – VII ZR 7/10

Als unangemessen im Sinne von § 9 Abs. 1 AGBG wird nach der ständigen Rechtsprechung des BGH eine Klausel angesehen, in der der Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne die Interessen des Vertragspartners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen.

Vorgenannte Regelung in einem Vertrag führt zu einer Übersicherung des Auftraggebers. Der Auftragnehmer muss nicht nur Einbehalte bis zu 10 % der Auftragssumme hinnehmen, das Erfordernis eine Vertragserfüllungsbürgschaft i.H.v. 10 Prozent der Auftragssumme zu stellen, belastet ihn zusätzlich. Denn er ist gezwungen, seine Avalkreditlinie zu belasten und hat bis zur Rückgabe der Bürgschaftsurkunde Avalzinsen aufzuwenden. Die Gesamtbelastung die dem Auftragnehmer hierdurch entsteht überschreitet das Maß des Angemessenen.

9. Unwirksame Sicherungsklausel

Ein in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers eines Bauvertrags enthaltenes Klauselwerk, wonach Gewährleistungsansprüche und Überzahlungsansprüche bis zur vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung des Auftragnehmers i.H.v.10 Prozent der Auftrags-, bzw. Abrechnungssumme gesichert sind, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen.

BGH, Urteil vom 05.05.2011 – VII ZR 179/10

Das dieser Entscheidung zugrunde liegende Klauselwerk in dem von einem öffentlichen Auftraggeber gestellten Vertrag zeichnete sich dadurch aus, dass der Auftragnehmer eine Vertragserfüllungsbürgschaft i.H.v. 5 % der Auftragssumme zu stellen hatte, die nicht nur Vertragserfüllungs- und Überzahlungsansprüche, sondern auch Gewährleistungsansprüche absichert. Diese Bürgschaft war nach der einschlägigen Regelung nach vorbehaltloser Annahme der Schlusszahlung zurückzugeben, wenn der Auftragnehmer vertragsgemäß erfüllt, etwaige Ansprüche befriedigt und eine vereinbarte Sicherheit für die Gewährleistung geleistet hat. Weiterhin war in den Vertragsbedingungen geregelt, dass in Höhe von weiteren 5 % der Auftrags – bzw. Abrechnungssumme ein Sicherheitseinbehalt erfolgt, ablösbar durch eine Gewährleistungsbürgschaft. Dadurch verfügt also der Auftraggeber über eine Sicherheit von insgesamt 10 %, solange er die Vertragserfüllungsbürgschaft nicht zurückzugeben hat.

Dieses Klauselwerk ermöglicht es dem Auftraggeber, die Vertragserfüllungsbürgschaft auch noch längere Zeit nach der Abnahme zu behalten. Denn die vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung durch den Auftragnehmer ist nicht zwingend, sondern es kann Streit über noch offene Forderungen des Auftragnehmers entstehen, der sich sogar über Jahre hinziehen kann, etwa dann, wenn er in einem Prozess ausgetragen wird.

Dies kann dann dazu führen, dass der Auftraggeber auch im Gewährleistungsstadium über längere Zeit über eine Sicherheit i.H.v. 10 % verfügt.

10. Zum Recht des Auftraggebers, eine untaugliche Mängelbeseitigung zurückzuweisen

Ist die Mängelbeseitigung nur auf eine bestimmte Weise möglich, ist der Unternehmer verpflichtet, diese vorzunehmen. Der Besteller kann ein dieser Verpflichtung nicht entsprechendes und damit untaugliches Angebot von vorneherein zurückweisen.

BGH, Urteil vom 05.05.2011 – VII ZR 28/10

Nach Feststellung des vom Gericht beauftragten Sachverständigen war die einzige Möglichkeit einer fachgerechten Nachbesserung die Neuherstellung (Aus- und Neueinbau einer Treppe). Der Unternehmer hat eine partielle Nachbesserung angeboten. Diese hat der Auftraggeber zurückgewiesen und den Bauvertrag außerordentlich gekündigt. Nach dem Urteil des BGH ist es zwar grundsätzlich Angelegenheit des Unternehmers, wie er den vertragsgerechten Zustand herstellt. Ist die Mängelbeseitigung jedoch nur auf eine bestimmte Weise möglich, so ist er dazu verpflichtet, diese vorzunehmen. Der Besteller kann ein dieser Verpflichtung nicht entsprechendes und damit untaugliches Angebot von vorneherein zurückweisen.

11. Vorliegen eines Mangels bei Abweichung von Herstellervorgaben

Im Rahmen der getroffenen Vereinbarungen schuldet der Unternehmer ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk. Welche Beschaffenheit des Werkes von den Parteien vereinbart worden ist, ergibt sich aus der Auslegung des Vertrags.

Üblicherweise sichert der Unternehmer stillschweigend bei Vertragsschluss die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik zu. Entspricht dem die Werkleistung nicht, liegt regelmäßig ein Mangel vor.

Ein Mangel kann sich auch dadurch ergeben, dass eine Abweichung von Herstellervorgaben vorliegt, die über die anerkannten Regeln der Technik hinausgehen.

BGH, Urteil vom 21.04.2011 – VII ZR 130/10

Die Leistung eines Unternehmers ist vertragsgerecht, wenn sie die Beschaffenheit aufweist, die für den vertraglich vorausgesetzten oder den gewöhnlichen Gebrauch erforderlich ist. Im Rahmen der getroffenen Vereinbarungen schuldet der Unternehmer ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk. Welche Beschaffenheit des Werkes von den Parteien vereinbart worden ist, ergibt sich aus der Auslegung des Vertrags. Üblicherweise sichert der Unternehmer stillschweigend bei Abschluss des Vertrags die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik zu. Entspricht die Werkleistung diesen nicht, liegt regelmäßig ein Werkmangel vor. Ein Werk ist allerdings auch dann mangelhaft, wenn es zwar die anerkannten Regeln der Technik einhält, gleichwohl aber nicht funktionstauglich und zweckentsprechend ist. Darüber hinaus kann sich die Mangelhaftigkeit der Werkleistung auch daraus ergeben, dass Herstellerrichtlinien, die über die anerkannten Regeln der Technik hinausgehen, nicht eingehalten werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es um die Wahrung sicherheitstechnischer Belange geht.

12. Wegfall der Geschäftsgrundlage bei extrem überhöhtem Einheitspreis und extremer Mengenerhöhung

Ein Rückgriff auf die gesetzlichen Regelungen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt grundsätzlich nicht in Betracht, soweit eine vertragliche Regelung (§ 2 Abs. 3 VOB/B) vorliegt.

Die Anwendung der gesetzlichen Regelungen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage ist jedoch möglich, wenn die Parteien einer Einheitspreisvereinbarung ausnahmsweise eine bestimmte Menge zugrunde gelegt haben und diese Menge überschritten wird.

BGH, Beschluss vom 23.03.2011 – VII ZR 216/08

Den Fall sittenwidriger Überhöhung des Einheitspreises hat der BGH hier unter Anwendung der Regelungen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage gelöst. In einem Leistungsverzeichnis war die Position Abfallentsorgung mit einer Menge von 5 t ausgeschrieben. Der AN hat einen Einheitspreis von 2.413 € je Tonne angeboten und den Zuschlag erhalten. Mit dem Nachunternehmer hat er für diese Leistungen einen Einheitspreis von 62,10 € je Tonne vereinbart. Die tatsächliche Menge beläuft sich auf 610 t. Der AN rechnet die Mehrmengen gegenüber dem AG auf Basis seines Einheitspreises von 2.413 € je Tonne ab. Es geht nun um die Frage, ob der extrem überhöhte Einheitspreis auch für die extreme Mengenerhöhung abzurechnen ist.

Der BGH weist darauf hin, dass § 2 Abs. 3 VOB/B grundsätzlich eine abschließende Regelung für die Überschreitung der Mengenansätze über 10 % hinaus enthalte. Auf die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) könne daneben im Regelfall nicht zurückgegriffen werden. Wenn aber eine bestimmte Menge zur Geschäftsgrundlage des Vertrages erhoben worden ist und diese Menge deutlich überschritten wird, kann ein Wegfall der Geschäftsgrundlage vorliegen. Bei einer außergewöhnlichen Preisbildung, wie sie hier vorliege,

sei dies denkbar, weil die darin angelegte Störung des Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung sich bei erheblichen Mengenänderungen in viel stärkerem Maße auswirkt.

Nachdem der Einheitspreis des AN hier um das ca. 40- fache höher war als der seines Nachunternehmers, hätte man diesen Fall wohl auch mit der Vermutung der Sittenwidrigkeit des Einheitspreises lösen können (vergl. Urteil des BGH vom 18.12.2008).

13. Zur Pflicht des Architekten eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung zu erstellen

Ein Architekt, der sich zur Erstellung einer Genehmigungsplanung verpflichtet, schuldet als Werkerfolg grundsätzlich eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung. Etwas anderes gilt dann, wenn der Auftraggeber das Risiko der Genehmigungsfähigkeit der Planung aufgrund vertraglicher Vereinbarung übernimmt.

BGH, Urteil vom 10.02.2011 – VII ZR 8/10

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH schuldet ein Architekt grundsätzlich eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Auftraggeber das Risiko der Genehmigungsfähigkeit der Planung aufgrund vertraglicher Vereinbarung übernimmt.

Folgender Fall lag zugrunde: Ein Architekt plante für seinen Bauherrn zunächst einen eingeschossigen Anbau. Aufgrund der Unterschreitung der Grenzabstände holte der Bauherr hierfür die Zustimmung seines Nachbarn ein. Das Bauvorhaben wurde aber nicht verwirklicht. Vielmehr ließ der Bauherr dem Architekten nunmehr einen zweigeschossigen Anbau planen. Im Rahmen einer Besprechung bei der Baubehörde wies der Planer seinen

Bauherrn auf das Erfordernis einer neuen Nachbarzustimmung hin. Der Bauherr wollte davon aber nichts wissen, sondern ließ den Anbau nach Vorlage der – trotz fehlender Nachbarzustimmung – erteilten Baugenehmigung realisieren. Die Baugenehmigung wurde daraufhin zurückgenommen, die Behörde verfügte den Abriss. Der Bauherr verklagte nun den Architekten auf Schadensersatz.

Der BGH kommt zu dem Ergebnis, dass aufgrund der vorliegenden Umstände eine vertragliche Übernahme des Genehmigungsrisikos den Bauherrn nicht erfolgte. Allein die Tatsache, dass der Bauherr gewusst habe, dass eine Nachbarzustimmung erforderlich sei, beinhalte noch keine Risikoübernahme der Realisierbarkeit der Planung. Der BGH kommt aber zu dem Ergebnis, dass der Bauherr, nachdem ihm die Umstände bekannt waren, aufgrund derer sich die Fehlerhaftigkeit der Genehmigungsplanung des Architekten aufgedrängt hat, er gegen die im eigenen Interesse bestehende Obliegenheit verstoßen hat, sich selbst vor Schäden zu bewahren (§ 254 Abs. 1 BGB). Der Bauherr musste sich also ein Mitverschulden zurechnen lassen.

14. Ablösung eines Bareinhalts durch Sicherheitsleistung

Stellt ein Auftragnehmer eine Gewährleistungsbürgschaft zum Austausch für einen Sicherheitseinbehalt, ist dies dahingehend auszulegen, dass die Bürgschaftsstellung unter der auflösenden Bedingung steht, der Auftraggeber werde seine Verpflichtung zur effektiven Auszahlung des Bareinhalts alsbald nachkommen.

BGH, Urteil vom 10.02.2011 – IX ZR 73/10

In einem Bauvertrag ist die Regelung enthalten, dass der AN berechtigt ist, die vom AG für die Absicherung von Mängelansprüchen einbehaltene Sicherheit von 5 % der Endabrechnungssumme durch eine Bürgschaft abzulösen. Von diesem Ablösungsrecht macht der AN durch Übersendung einer Bürgschaft mit gleichzeitiger Aufforderung, der AG solle den Einbehalt auszahlen, Gebrauch. Der AG zahlt den Einbehalt nicht aus, gibt auch die Bürgschaft nicht mehr zurück. In diesem Fall kann nach der Entscheidung des BGH der AN vom AG verlangen, alle Rechte aus der Bürgschaft aufzugeben, das Erlöschen der Bürgschaftsverpflichtung herbeizuführen und die Bürgschaftsurkunde an den AN zurückzugeben. Der AN habe die Bürgschaft nämlich unter einer auflösenden Bedingung gestellt. Zahlt der AG die Barsicherheit nicht aus, tritt die auflösende Bedingung ein, unter der die Bürgschaft gestellt wurde. Der AN kann dann die Bürgschaftsurkunde herausverlangen.

15. Zur rechtlichen Bedeutung des Baustellenverhandlungsprotokolls

Der Vertretene, der auf Einladung zu einem Termin zur Verhandlung über einen bereits geschlossenen Vertrag einen Vertreter ohne Vertretungsmacht entsendet, muss sich dessen Erklärungen nach den zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben entwickelten Grundsätzen zurechnen lassen, wenn er den im über die Verhandlung erstellten Protokoll enthaltenen und unterschriebenen Erklärungen des Vertreters nicht unverzüglich nach Zugang des Protokolls widerspricht.

Wird nach dem Abschluss eines Bauvertrags ein Termin zur Erstellung eines Verhandlungsprotokolls vereinbart und entsendet der Auftragnehmer dazu einen mit der Sache befassten sachkundigen Mitarbeiter, so muss sich der AN die rechtsgeschäftlichen Erklärungen dieses Mitarbeiters im Wege der Anscheinsvollmacht zurechnen lassen.

Nach Erteilung des Auftrags kam es zwischen AG und AN zu Verhandlungen. Der AN hat hierzu einen Vertreter entsendet, der allerdings keine Vollmacht hatte. Über die Verhandlungen wurde ein Protokoll erstellt. Diesem Protokoll hat der AN nicht widersprochen.

Der BGH wendet hier die Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens an. Der AN wäre verpflichtet gewesen dem Protokoll zu widersprechen. Anderenfalls wird sein Schweigen auf die von seinem vollmachtlosen Vertreter getroffenen Absprachen als nachträgliche, konkludente Genehmigung behandelt und die Erklärung erlangt ungeachtet einer fehlenden Vertretungsmacht des Mitarbeiters für und gegen ihn Wirksamkeit.

Durch die Entsendung eines sachkundigen Mitarbeiters erzeugt der AN darüber hinaus regelmäßig den Anschein, er werde durch einen Bevollmächtigten vertreten.

16. Die Bedeutung von "Privatgutachten" im Rechtsstreit

Einwände, die sich aus einem Privatgutachten gegen das Gutachten eines gerichtlichen Sachverständigen ergeben, muss das Gericht ernst nehmen, ihnen nachgehen und den Sachverhalt weiter aufklären

BGH, Beschluss vom 12.01.2011 – IV ZR 190/08

Ein Gericht beauftragt einen Sachverständigen mit der Erstellung eines Gutachtens. Der Kläger legt im Rechtsstreit ein Privatgutachten vor, dessen Inhalt vom Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen abweicht. Das Gericht stützt sich im Urteil auf das Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen und geht auf das Privatgutachten mit keinem Wort ein.

Der BGH kommt zu dem Ergebnis, dass das Gericht damit das rechtliche Gehör des Klägers missachtet hat. Diese Entscheidung des BGH steht in einer Linie zu bereits vorangegangenen, früheren Entscheidungen. So hat der BGH im Jahr 2008 ausgeführt, dass der Richter Privatgutachten erkennbar verwerten muss (Urteil vom 18.05.2009 – VII ZR 57/08). Der Richter hat darzulegen, warum er dem gerichtlichen Gutachten Vorzug gibt (Urteil vom 24.09.2008 – IV ZR 250/06). Das Gericht muss die Streitpunkte der Fachleute mit dem gerichtlichen Sachverständigen erörtern und diese Abwägung in den Entscheidungsgründen belegen ("Leerformeln" genügen danach keinesfalls (Urteil vom 27.01.2010 – VII ZR 97/08)). Die Gerichte müssen sich also konkret mit Privatgutachten auseinandersetzen. Im Urteil muss das Gericht auf den Fall bezogen konkret darlegen, warum es etwa das Privatgutachten für nicht entscheidungsrelevant hält.

17. Der Bauherr macht keine Mängelansprüche gegen den Generalunternehmer geltend, kann dieser die Vergütung seines Nachunternehmers mindern?

Nach dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung kann der Generalunternehmer (GU) gehindert sein, seinerseits Ansprüche wegen Mängeln gegen seinen Nachunternehmer (NU) geltend zu machen, wenn im Rahmen einer werkvertraglichen Leistungskette feststeht, dass der GU von seinem Auftraggeber wegen Mängeln am Werk nicht in Anspruch genommen wird.

Dies gilt nicht nur für den Fall eines Schadensersatzanspruchs, sondern auch für den Fall der Minderung.

BGH, Beschluss vom 20.12.2010 – VII ZR 95/10

Ein Unternehmer kann bei einer mangelhaften Leistung nicht besser gestellt sein als bei mangelfreier Leistung. Es geht deshalb nicht an, dass der AN bei Vorliegen eines Mangels dadurch einen Vorteil hat, dass er von seinem Auftraggeber nicht in Anspruch genommen wird, den Werklohn seines Subunternehmers aber mindert.

18. Auch eine Lärmschutzwand kann ein Werk der Baukunst sein

Auch wenn der künstlerische Gestaltungsspielraum bei Lärmschutzwänden durch ihre Zweckbestimmung eingeschränkt ist, kann der Entwurf einer Lärmschutzwand ein urheberrechtlich geschütztes Werk der Baukunst darstellen, sofern er eine individuelle Lösung der Planungsaufgabe beinhaltet.

BGH, Urteil vom 12.05.2010 – I ZR 209/07

Ein Architekt hatte eine Lärmschutzwand für einen Straßenbau (Autobahn) entworfen. Jahre später wurde diese Wand entlang einer anderen Autobahn nachgebaut. Der Architekt macht Urheberrechtsansprüche geltend.

Der BGH kommt zu dem Ergebnis, dass die Lärmschutzwand urheberrechtlich geschützt ist. Ein Bauwerk stelle eine persönliche geistige Schöpfung dar, wenn es aus der Masse alltäglichen Bauschaffens herausragt. Auch Bauwerke, die in erster Linie einem Gebrauchszweck dienen, seien urheberrechtlich geschützt, wenn sie die für eine persönliche geistige Schöpfung erforderliche Individualität aufweisen. Diese Individualität könne beispielsweise auch in der Einfügung oder Anpassung des Bauwerks in seine Umgebung oder in die Landschaft zum Ausdruck kommen. Auch reine Zweckbauten können also dem Urheberrechtsschutz unterliegen.

19. Muss der AG vor Inanspruchnahme des AN die Mangelursache klären?

1. Der in Anspruch genommene Auftragnehmer darf Maßnahmen zur Mängelbeseitigung nicht davon abhängig machen, dass der Auftraggeber eine Erklärung abgibt, wonach er die Kosten der Untersuchung und weiterer Maßnahmen für den Fall übernimmt, dass der Auftragnehmer nicht für den Mangel verantwortlich ist.

2. Den Auftragnehmer trifft deshalb kein Mitverschulden an einem Wasserschaden, der auf einem Mangel beruht, den der Unternehmer nicht beseitigt hat, weil der Auftraggeber eine entsprechende Erklärung nicht abgegeben hat.

BGH, Urteil vom 02.09.2010 - VII ZR 110/09

Der AG fordert den AN im Stadium nach der Abnahme unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung auf. Der AN erklärt, er werde die Verantwortlichkeit prüfen, sollte sich herausstellen, dass er nicht verantwortlich ist, werde er die Mängelbeseitigung als Reparaturauftrag betrachten und die Kosten der Mängelbeseitigung in Rechnung stellen. Der AG soll sein Einverständnis damit erklären. Der AG reagiert nicht, der AN erscheint auch nicht zur Mängelbeseitigung. Nach Fristablauf beauftragt der AG einen Drittunternehmer und stellt dem AN die Kosten in Rechnung.

Nach der Entscheidung des BGH schuldet der AG dem für die Mängel verantwortlichen AN vor dessen Inanspruchnahme nicht die objektive Klärung der Mangelursache, deren Kenntnis ihm erst geeignete Mängelbeseitigungs- und Schadenabwendungsmaßnahmen sicher ermöglicht. Es ist vielmehr Aufgabe des Auftragnehmers, Mängelbehauptungen zu prüfen und Grund und Umfang seiner Leistungspflicht selbst zu beurteilen.

Dies gilt auch dann, wenn die Bauleistung abgenommen ist und der AG deshalb die Beweislast dafür trägt, dass ein Mangel des Werkes vorliegt. Sie verpflichtet den AG grundsätzlich nicht, vor einer Inanspruchnahme eines AN zu klären, ob dieser für einen Schaden verantwortlich ist.

Hinweis für die Praxis:

Die Auswirkungen der Beweislast werden häufig falsch verstanden. Die Beweislast wirkt sich zum Nachteil desjenigen aus, der beweisbelastet ist, den Beweis aber nicht führen kann. Beweislast des AG bedeutet aber nicht, dass im Stadium nach der Abnahme der AG vor einer Inanspruchnahme des AN erklären oder dem AN gar beweisen müsste, dass dieser für einen Mangel verantwortlich ist.

20. Aufrechnungsverbot ist in AGB unwirksam

Die von einem Architekten in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Architektenvertrags verwandte Klausel "eine Aufrechnung gegen den Honoraranspruch ist nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig" ist gemäß § 9 AGBG (jetzt § 307 Abs. 1 BGB) unwirksam.

BGH, Urteil vom 07.04.2011 - VII ZR 209/07

Der BGH erklärt das Aufrechnungsverbot für unwirksam, da es den Bauherrn als Vertragspartner des Architekten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteilige. Eine solche Benachteiligung liege jedenfalls dann vor, wenn der Auftraggeber durch das Aufrechnungsverbot in einem Abrechnungsverhältnis eines Werkvertrags gezwungen werde, eine mangelhafte oder unfertige Leistung in vollem Umfang zu vergüten, obwohl ihm Gegenansprüche in Höhe der Mängelbeseitigungs- oder Fertigstellungskosten zustünden.

Dahinstehen lässt der BGH die Frage, ob der Aufrechnungsausschluss mit Ansprüchen zulässig ist, die nicht auf Fertigstellungsmehrkosten oder Mängelbeseitigungskosten des Architektenwerks gerichtet sind.

Regensburg, November 2011

Prof. Dr. Bernhard Rauch
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht



Freitagsseminare zum Bau- und Architektenrecht

Zu ausgewählten Einzelthemen im Bau- und Architektenrecht bieten wir ab Dezember 2011 eine Seminarreihe an. Die Seminare finden jeweils an einem Freitagnachmittag von **13:00 bis 17:00 Uhr** einmal im Monat statt. Die Teilnehmerzahl ist auf 15 beschränkt.

Freitag, 09.12.2011:	Die Abnahme von Bau- und Architektenleistungen
Freitag, 20.01.2012:	Mängel und Haftung am Bau
Freitag, 10.02.2012:	Abrechnung und Rechnungsprüfung von Bau - und Architektenleistungen
Freitag, 02.03.2012:	Nachträge am Bau
Freitag, 20.04.2012:	Zahlung von Abschlags- und Schlussrechnungen
Freitag, 04.05.2012:	Fristen/Verzug/Vertragsstrafe
Freitag, 15.06.2012:	Behinderung und Unterbrechung
Freitag, 13.07.2012:	Die Kündigung von Bau- und Architektenverträgen
Freitag, 14.09.2012:	Sicherheitsleistung/Sicherheiten am Bau
Freitag, 12.10.2012:	wirksame/unwirksame Vertragsklauseln in Bau- und Architektenverträgen

Kosten je Teilnehmer:
250 € zuzüglich Umsatzsteuer

Veranstaltungsort:
Regensburg, Hoppestraße 7,
Seminarraum der Gesellschaft für Fortbildung im Bau- und Architektenrecht

Anmeldung:
www.prof-rauch-baurecht.de/gesellschaft-für-fortbildung