

## Aktuelle Beiträge zum Bau-, Architekten- und Vergaberecht

### Architektenrecht

---

#### **„allumfängliche“ Vertretung - Bauleiter darf Nachträge beauftragen**

OLG Köln, Urteil v. 07.11.2012 -  
17 U 128/11; Fundstelle: ibr-online

---

Die Erklärung des Auftraggebers, sein Bauleiter sei zur "allumfänglichen Vertretung" berechtigt, beinhaltet eine umfassende rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung einschließlich der Beauftragung von Nachtragsleistungen.

Grundsätzlich umfasst die originäre Vollmacht des Architekten nicht die Vergabe von Nachträgen oder Aufträgen an Sonderfachleute oder Bauhandwerker, ebenso wenig wie die Änderung vertraglicher Vereinbarungen oder im Namen des Bauherrn Rechnungen der am Bau beteiligten Firmen anzuerkennen. Anders verhält sich der Sachverhalt, so das OLG Köln, wenn dem Architekten vom Bauherrn eine schriftliche Vollmacht ausgestellt wurde, woraus sich ergibt, dass der Architekt bevollmächtigt sei, den Bauherrn "allumfänglich" zu vertreten. Eine solche Erklärung kann und darf so verstanden werden, dass der Architekt bevollmächtigt ist, den Bauherrn rechtsgeschäftlich zu vertreten, insbesondere namens des Bauherrn bindende Nachtragsaufträge zu erteilen bzw. Angebote anzunehmen. (Dr. B.)

---

#### **Prüfvermerk des bauleitenden Architekten entfaltet keine Bindungswirkung**

OLG Köln, Urteil v. 07.11.2012 -  
17 U 128/11; Fundstelle: ibr-online

---

Wenn auch der Prüfvermerk eines Architekten oder Bauleiters den Auftraggeber in der Regel rechtlich nicht bindet, so obliegt dem Auftraggeber aber dann die Darlegungs- und Beweislast für die eingebauten Mengen, wenn sein Bevollmächtigter die vom Unternehmer einseitig ermittelten Massen durch einen Prüfvermerk bestätigt und wegen der nachfolgenden Arbeiten eine Überprüfung der Mengen nicht mehr möglich ist.

So hat bereits der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 2006 (Urteil vom 27.07.2006, VII ZR 202/04) klargestellt, dass "*...zwar der Auftraggeber grundsätzlich nicht daran gehindert ist, die vom Auftragnehmer einseitig ermittelten Mengen im Prozess zu bestreiten, obwohl er zuvor die in der Schlussrechnung abgerechneten Mengen durch einen Prüfvermerk seines Architekten bestätigt hat. Jedoch trifft aufgrund des Prüfvermerks nunmehr den Auftraggeber die Beweislast wegen der strittigen Massen...*". (Dr. B.)

**Architekt führt kein Bautagebuch:  
Honorarkürzung!**

BGH, Urteil v. 28.07.2011 - VII ZR 65/10;  
Fundstelle: ibr-online

---

Der Architekt war mit Leistungen gemäß Leistungsphasen 1-9 des § 15 Abs. 2 HOAI a. F. beauftragt. Zwischen den Parteien war vereinbart, dass für Inhalt und Umfang der werkvertraglichen Leistungspflichten das Leistungsbild des § 15 Abs. 2 HOAI entsprechend gilt, soweit sie keine abweichenden Vereinbarungen treffen. Sie haben zudem geregelt, dass aus diesem Leistungsbild der Architekt diejenigen Grundleistungen zu erbringen hat, die die Baumaßnahme erfordert. Als Baumaßnahme waren im Wesentlichen die Modernisierung, Instandsetzung und der Ausbau von Gebäuden vorgesehen.

Danach schuldete der Architekt das Führen eines Bautagebuches. Denn dies gehört zum Leistungsbild der Objektüberwachung (Leistungsphase 8 des § 15 Abs. 2 HOAI). Die Parteien haben ausdrücklich vereinbart, dass für den Inhalt der Leistungspflichten das Leistungsbild des § 15 Abs. 2 HOAI entsprechend gilt.

Aus der Regelung, dass der Architekt nur diejenigen Grundleistungen zu erbringen hat, die die Baumaßnahme erfordert, ergibt sich nichts anderes. Der Bauherr war im vorliegenden Fall auch nicht gehalten, konkret zur Erforderlichkeit des Bautagebuches für die einzelnen Baumaßnahmen vorzutragen. Insbesondere musste er nicht darlegen, welche Angaben er den Bautagebüchern hat entnehmen wollen. Denn die Erforderlichkeit des Führens eines Bautagebuches für die jeweiligen Baumaßnahmen ergibt sich ohne weiteres aus dem Sinn und

Zweck des Bautagebuches. Das Bautagebuch hat den Zweck, das Baugehen 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. Dieses Dokumentationsinteresse besteht nicht nur bei Neubauten, sondern auch bei Bauten im Bestand, also bei Modernisierungsmaßnahmen, Instandsetzung und Ausbau. Gerade bei diesen Maßnahmen kann es von großer Wichtigkeit sein, Abweichungen vom vorausgesetzten Bestand und sich daraus ergebende Probleme zu dokumentieren, weil sie erfahrungsgemäß Grundlage von Nachtragsforderungen der Bauunternehmer sein können.

Hat der Architekt den geschuldeten Teilerfolg nicht erbracht, indem er kein Bautagebuch geführt hat, ist sein Werk mangelhaft. Der Bauherr kann dann unter den Voraussetzungen des § 634 BGB das Honorar für die Leistungsphase 8 des § 15 Abs. 2 HOAI mindern. Des Weiteren muss der Architekt mit Schadensersatzansprüchen rechnen, wenn der Bauherr Störungen im Bauablauf eines Unternehmers aufgrund des fehlenden Bautagebuches nicht mehr nachweisen kann. Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist hierbei entbehrlich, weil ein Bautagebuch nachträglich nicht mehr zuverlässig erstellt werden kann. (SP)

---

**Echte Baukostengarantie: Die Minderkostenprämie unterfällt nicht der Preiskontrolle am Maßstab der HOAI 1991:**

BGH, Urteil v. 22.11.2012 - VII ZR 200/10

---

Die Entscheidung erging zur HOAI 1991!

Zu einem Architektenvertrag wird eine Zusatzvereinbarung geschlossen. Darin verpflichten sich die Architekten Gesamtkosten in Höhe von 2,2 Mio. DM brutto nicht zu überschreiten. Bei Kostenüberschreitung werden die Mehrkosten von den Architekten getragen, dafür erhalten umgekehrt bei Kostenunterschreitung die Architekten die gesamten (!) Minderkosten als Prämie. Wenn also die Baukosten unterschritten werden, muss der Bauherr trotzdem letztlich die 2,2 Mio. bezahlen, in diesem Fall einen Teil an die Architekten. Der Architekt plant gut, für 2.0 Mio., erhält sein Honorar und noch 200.000 = Differenz. Der Bauherr will diese 200.000 später zurück und macht geltend, die Höchstsätze seien überschritten.

Der Architekt darf den Betrag behalten: Der BGH kam zu dem Ergebnis, dass die HOAI hierfür gar nicht anwendbar sei. Damit würden auch die Höchstsätze nicht überschritten.

Echte Baukostengarantie bedeutet, dass der Architekt unabhängig von einem tatsächlich eintretenden Schaden (bei Erhöhung der Baukosten ist nicht zwingend ein Schaden gegeben, weil das Haus dadurch eben auch „mehr wert“ sein kann) und unabhängig davon, ob ein Verschulden des Architekten vorliegt, hier die Höchstgrenze (2,2 Mio.) garantiert habe.

Dies begründe aber keine *Verpflichtung* des Architekten, die Baukosten einzuhalten, sondern regle nur die Rechtsfolge, wenn die Baukosten überschritten werden. Als Gegenleistung für dieses Risiko dient die Prämie für den Fall der Unterschreitung. Die dafür notwendigen Planungsleistungen zur Optimierung seien hier nicht maßgeblich. Vielmehr werde eben eine verschuldensunabhängige Garantie übernommen. Dafür, und nur dafür, diene die Prämie (für den Fall der Unterschreitung) als Gegenleistung.

Dies sei in der HOAI nicht geregelt. Auch eine besondere Leistung im Sinne der HOAI a. F. habe nicht vorgelegen.

Unerheblich sei auch, dass die getroffene Zusatzvereinbarung einen engen Zusammenhang mit den Planungsleistungen aufweise.

Anmerkung zur derzeit gültigen HOAI 2009:

§ 4a HOAI a. F. (bzw. nunmehr 7 Abs. 7 HOAI 2009) gab es damals noch nicht, dieser trat erst am 1.1.1996 in Kraft (BGBl. (1995) I, 1174). Dieser enthält ja Regelungen zu Erfolgsprämien bzw. Malus-Regelungen bei Baukostenüberschreitung oder -unterschreitung.

Dies ändert jedoch nichts an der Entscheidung, diese ist übertragbar: § 7 Abs. 7 HOAI 2009 regelt die Kostenunterschreitung unter Ausschöpfung der technisch-wirtschaftlichen Möglichkeiten. Echte Baukostengarantien sind von dieser Regelung aber nicht umfasst.

Aber Vorsicht: Es ist nicht zu übersehen, dass echte Baukostengarantien für den Architekten ein ganz erhebliches Risiko bilden – und nicht versichert sind (siehe unser [newsletter November 2012 Nr. 2](#) „Versicherungsschutz bei Kostenüberschreitungen“) (FS)

den eingetretenen Verzögerungsschaden haftbar gemacht werden. Vor einer Einstellung der Arbeiten bei Zahlungsverzug sollte daher sorgfältig geprüft werden, ob ein diesbezügliches Recht überhaupt besteht und dann die Risiken auch entsprechend abgewogen werden. (CF)

---

## Bauvertragsrecht

---

### **Rechtfertigt geringfügige Kürzung der Abschlagsrechnung Arbeitseinstellung?**

OLG Saarbrücken, Urteil v. 13.10.2012 – 1 U 380/09; BGH, Beschluss v. 23.08.2012 – VII ZR 192/10

---

Der Auftraggeber hat eine Abschlagsrechnung des Auftragnehmers um nicht einmal 1,5 % des Rechnungsbetrages gekürzt. Daraufhin hat der Auftragnehmer seine Arbeiten eingestellt und macht einen Anspruch gem. § 6 Abs. 6 S. 1 VOB/B auf Erstattung der Stillstandskosten geltend. Die Klage wurde mit der Begründung abgewiesen, dass kein rechtfertigender Grund zur Einstellung der Arbeiten bestanden habe. Der Auftragnehmer dürfe nämlich nach Treu und Glauben die Arbeiten dann nicht einstellen, wenn nur ein relativ geringfügiger Teil der fälligen Zahlungen ausstehe. Da der Zahlungsrückstand hier minimal gewesen ist, bestand für den Auftraggeber kein Recht seine Arbeit einzustellen. Grundsätzlich ist in Bezug auf die Einstellung der Arbeiten wegen Zahlungsverzugs festzuhalten, dass dies immer nur „ultima ratio“ sein sollte. Denn hier besteht das Risiko für den Auftragnehmer, dass er letztendlich seine Stillstandskosten nicht erstattet bekommt, überdies kann er auch für

---

### **Höchstgrenze von 5 % der Auftragssumme bei Vertragsstrafen in AGB's bei Zwischenterminen wirksam?**

BGH, Urteil v. 06.12.2012 – VII ZR 133/11

---

Der BGH hatte zu entscheiden, ob in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Vertragsstrafenregelung wirksam ist, wenn der Auftraggeber für die Überschreitung von Zwischenterminen die Höchstgrenze von 5 % der Auftragssumme beim Verzug zum Ansatz bringt. Dabei hatte der Auftraggeber die Vertragsstrafe insgesamt begrenzt auf max. 5 % der Auftragssumme, wobei sich diese Höchstgrenze nicht nur auf den Fertigstellungstermin, sondern auch auf die Zwischentermine bezog.

Dabei hat der BGH entschieden, dass eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des AG getroffene Vertragsstrafenregelung, die eine für die schuldhaft Überschreitung einer Zwischenfrist zu zahlende Vertragsstrafe auf höchstens 5 % der Gesamtauftragssumme festlegt, unwirksam ist, weil die Höchstgrenze von 5 % der Auftragssumme bei bloßem Verzug mit einem Zwischentermin den AN unangemessen hart gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB belastet. Hiernach muss die Vertragsstrafe unter Berücksichtigung ihrer Druck- und Kompensationsfunktion in einem angemessenen Verhältnis zum Werk-

lohn des AN stehen. Dabei stellt bei der Vertragsstrafenbewehrung von Fertigstellungsterminen 5 % der Auftragssumme die maximal zulässige Höchstgrenze dar. Bei der Absicherung von Zwischenterminen soll der Auftraggeber nicht davon profitieren können, dass der Auftragnehmer später noch weitere Leistungen erbringt, die nicht dazu dienen die Einhaltung des Zwischentermins zu sichern. Deshalb ist eine Vertragsstrafe unangemessen, wenn sie für einen Zwischentermin an die gesamte Auftragssumme anknüpft, die auch durch Leistungen erwirtschaftet wird, die erst nach dem Zwischentermin erbracht werden. Dies gilt auch dann, wenn an der Einhaltung einer Zwischenfrist sogar ein größeres Interesse als an der Einhaltung der Fertigstellungsfrist besteht. Dies war in dem zu entscheidenden Fall geben, weil die Einhaltung der Zwischenfrist dazu diente einen Hochwasserschutz vor Einsetzen der Hochwasserperiode fertig zu stellen.

Dies bedeutet in der Praxis, dass fortan Vertragsstrafenregelungen bei End- und Zwischenterminen abgestuft sein müssen, also eine maximale Begrenzung der Vertragsstrafe für die Zwischentermine auf den anteiligen Auftragswert zu begrenzen ist, anderenfalls derartige Klauseln in Allgemeine Geschäftsbedingungen zur Unwirksamkeit führen. (BA)

---

**Muss der Auftragnehmer Kosten für ein nach erfolgter Mängelbeseitigung in Auftrag gegebenes Gutachten erstatten?**

OLG Köln, Beschluss v. 03.09.2012 – 22 U 58/12; Fundstelle: ibr-online

---

Eine Erstattung von Sachverständigenkosten nach Durchführung von

Mängelbeseitigungsarbeiten gegenüber dem Auftragnehmer kommt nur dann in Betracht, wenn konkrete Umstände vorliegen, die vermuten lassen, dass auch die Mängelbeseitigung fehlschlagen wird bzw. fehlschlagen ist. Hiernach dient die abschließende Begutachtung von Mängelbeseitigungsarbeiten durch einen Sachverständigen nicht der Durchführung der Mängelbeseitigung, sondern der nachfolgenden Kontrolle auf eventuell noch vorhandene Mängel. Diesbezüglich hat der Auftraggeber jedoch keinen Anspruch auf Erstattung der hiermit verbundenen Kosten, selbst wenn der Auftragnehmer in der Vergangenheit mangelhaft gearbeitet haben sollte. Auch dies rechtfertigt keine vorbeugende Einschaltung eines Sachverständigen, die einen Anspruch auf Ersatz der Sachverständigenkosten begründen würde. Dementsprechend handelt es sich bei den Kosten für die Begutachtung nach Abschluss der Mängelbeseitigung nicht um Kosten zur Beseitigung des Mangels, die eigentlich der Auftragnehmer nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B zu tragen hätte, da der Auftraggeber lediglich vorbeugend einen Sachverständigen beauftragt hatte, um das Werk auf Mangelfreiheit und Vollständigkeit zu untersuchen, ohne dass ihm bereits Mängel bekannt waren. Jedenfalls hat das OLG entschieden, dass die diesbezüglichen Sachverständigenkosten nicht erforderlich waren, so dass kein Anspruch auf Ersatz der Sachverständigenkosten begründet wurde. (BA)

## Vergaberecht

---

### **Beschränkung der Anzahl der Referenzen unzulässig!**

- 1. Es ist nicht vergaberechtswidrig, wenn der Auftraggeber zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit drei mit dem Auftragsgegenstand vergleichbare Referenzen verlangt.**
- 2. Es ist aber vergaberechtswidrig, wenn vorgegeben ist, dass bei der Einreichung von mehr als drei Referenzen nur die Referenzen mit den Nummern 1) bis 3) berücksichtigt werden.**

OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.09.2012 - Verg 108/11; Fundstelle: VergabeR 2013, 90

---

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf erging zu einem VOL-Vergabeverfahren, ist aber auf alle anderen Vergabeverfahren ohne weiteres übertragbar. Das Gericht stellt fest, dass es unzulässig ist, die Anzahl der Referenzen (hier drei) zu beschränken. Dies verstößt nach Auffassung des OLG gegen die vergaberechtlichen Grundsätze, insbesondere aber gegen den Wettbewerbsgrundsatz aus § 97 Abs. 1 GWB. Die entsprechende Regelung hätte einen abschreckenden Effekt auf alle Bieter. Diese würden in der Regel dann nicht mehr als drei Referenzen vorlegen, um ihre Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit nachzuweisen.

Können die Bieter mehr Referenzen vorlegen, so müssen diese gewertet werden. Zulässig ist es, eine Mindestzahl von Referenzen zu fordern. Durch diesen Beschluss kommt also mehr Arbeit auf die Vergabestellen bzw. die mit der Auswertung einge-

gangenen Bewerbungen Befassten zu.

Hinweis: Die Entscheidung befasst sich aber nicht mit folgender im VOF-Verfahren interessanter Frage: Muss der Auftraggeber nicht trotz des Rechts, alle möglichen Referenzen einzureichen, in der Matrix festlegen, ab welcher Anzahl eine Eignung für den Auftrag gegeben ist? Denn die Kriterien müssen angemessen sein. Ab einer bestimmten Anzahl von Referenzen dürfte aber ein Bewerber in jedem Fall geeignet sein, so dass der Auftraggeber diese „Grenze“ auch festlegen muss. Eine bloße Entscheidung anhand der Menge der Referenzen ohne Begrenzung dürfte vergaberechtswidrig sein. (Dr. R./FS)

---

### **Auftragswertermittlung bei der Ausschreibung von Bau- und Planungsleistungen:**

**Werden für ein Bauvorhaben nicht nur die Bauleistung, sondern in einem gewissen Umfang auch Planungsleistungen ausdrücklich ausgeschrieben, sind diese bei der Schätzung des Gesamtauftragswertes zu berücksichtigen.**

OLG München, Beschluss v. 31.10.2012 - Verg 19/12; Fundstelle: IBR 2013, 40

---

Das OLG München führt aus, dass die Baunebenkosten zwar bei der Schwellenwertberechnung grundsätzlich nicht zu berücksichtigen seien, dies würde aber dann nicht gelten, wenn der AG die Bau- und die Planungsleistungen ausschreibt, weil sich dann der Auftrag auf beide Leistungsteile bezieht. Maßgebend für die Schwellenwertberechnung ist die sorgfältige Kostenschätzung vor Beginn des Ausschreibungsverfahrens (§ 3 Abs. 9 VgV). Dieser Wert

ist auch dann zu Grunde zu legen, wenn sich im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens zeigen sollte, dass der Wert der benötigten Leistung oberhalb und unterhalb des maßgeblichen Schwellenwerts liegt. Nachdem hier nicht nur die Bauleistungen ausgeschrieben waren, sondern explizit auch die Planungsleistungen, war also die Kostengruppe 700 mit hinzuzurechnen. Es kommt eben darauf an, was Gegenstand des beabsichtigten Auftrags ist. (Dr. R.)

Regensburg / Passau im Januar 2013