

# Vertragsrechtliche Probleme beim landwirtschaftlichen Bauen anhand von Fällen aus der Praxis

RA Ulf Rüdiger Klaus, Kanzlei RA Professor Dr. Kainz und Partner München, Anwaltskanzlei für privates Baurecht, Architektenrecht und Vergaberecht, Mediation in Bausachen, Maximiliansplatz 18/III, 80333 München, Telefon: (089) 21 66 660; Telefax: (089) 21 66 66 21

## A. Rechtliche Grundlagen des Bauvertrages

Der Bauvertrag ist nach dem BGB ein Werkvertrag (§ 631 ff BGB). Der Auftragnehmer schuldet hierbei nicht bloße Arbeit, sondern einen Erfolg, nämlich die Herstellung des Werkes; der Auftraggeber schuldet als Hauptpflichten die Abnahme des Werkes und die Vergütung.

Die **rechtlichen Grundlagen eines Bauvertrages** werden bestimmt durch

- das BGB als gesetzliche Grundregelung, insbesondere §§ 631 ff. BGB
- den Grundsatz der Vertragsfreiheit
- die VOB/B - soweit vereinbart

### I. Gesetzliche Grundregelung

Das gesetzliche Vertragsrecht gilt nur, soweit die Vertragspartner im Rahmen der Vertragsfreiheit nichts anderes vereinbart bzw. eine bestimmte Frage überhaupt nicht geregelt haben (Lückenfüllung).

### II. Vertragsfreiheit

Das Privatrecht wird von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit beherrscht. Dieser berechtigt den Einzelnen, Rechte und Pflichten zu begründen, zu ändern oder aufzuheben, d.h. also im Rahmen der Rechtsordnung eigenverantwortlich rechtsverbindliche Regelungen zu treffen (vgl. Palandt, Komm. zum BGB, Überblick vor § 104, Rdnr. 1).

Die Vertragsfreiheit wiederum lässt sich in **drei wichtige Grundsätze unterteilen**:

#### 1. Grundsätzlich Abschlussfreiheit

Diese gibt jedermann grundsätzlich das Recht, sich frei zu entscheiden, ob er einen Vertrag abschließen will oder nicht.

Deshalb kann sich ein Bauherr oder ein Bauunternehmen z.B. frei entscheiden, ob und mit wem ein Vertrag abgeschlossen wird.

Eine für das Bauvertragsrecht wichtige Einschränkung der Vertragsfreiheit stellt z.B. das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB dar.

#### 2. Grundsätzlich Gestaltungsfreiheit (Inhaltsfreiheit)

Hiernach können die Vertragspartner grundsätzlich den Inhalt eines Vertrages beliebig bestimmen. Grenzen der Gestaltungsfreiheit ergeben sich insbesondere bei Verstößen gegen ein gesetzliches Verbot, z.B. ein Verstoß gegen das Schwarzarbeitsgesetz (§ 134 BGB), gegen die guten Sitten (§ 138 BGB), gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder gegen das Recht zur Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB-Recht, §§ 305 bis 310 BGB).

#### 3. Grundsätzlich Formfreiheit

Das deutsche Recht geht im Grundsatz von der Formfreiheit von Verträgen aus. Deshalb ist auch der Abschluss eines Bauvertrages **grundsätzlich nicht formgebunden**, also auch mündlich oder durch schlüssiges (konkludentes) Verhalten möglich.

Der Nachteil hierbei liegt aber in der Beweisbarkeit. Es ist zwar naturgemäß aufwendiger, Vereinbarungen in schriftlicher Form zu verfassen, als lediglich mündliche Absprachen zu treffen. Andererseits haben mündliche Vereinbarungen den großen Nachteil, dass sich der genaue Inhalt vor allem nach vielen Jahren oft nicht klären lässt. Im Falle späterer Meinungsverschiedenheiten lassen sich nur mündlich abgegebene Erklärungen kaum noch nachweisen. Gerade bei Bauleistungen muss oft erst viele Jahre nach einer Vereinbarung z. B. in einem Prozess ein entsprechender Nachweis erbracht werden. Ist eine schriftliche Erklärung vorhanden, stellt diese eine Urkunde dar, die z. B. in einem späteren Prozess vorgelegt werden kann. Eine **Vertragsurkunde hat doppelte Beweiskraft**: Sie hat die **Vermutung der Vollständigkeit** und der **Richtigkeit** für sich. Deshalb sollten **Bauverträge und andere Vereinbarungen aus Beweisgründen nur schriftlich abgeschlossen werden.**

#### **Grenzen der Formfreiheit:**

In bestimmten Fällen schreibt das Gesetz allerdings die Einhaltung einer bestimmten Form vor, wobei vom Gesetz folgende Arten unterschieden werden:

**Schriftform** (§ 126 BGB), **öffentliche Beglaubigung** (§ 129 BGB) und die **notarielle Beurkundung** (§ 128 BGB).

So bedürfen z.B. **Grundstücksveräußerungsverträge der notariellen Beurkundung** (§ 311 b BGB). Danach muss z.B. auch ein Bauvertrag, der nach dem Willen der Parteien mit einem noch zu schließenden Grundstückskaufvertrag eine Einheit bilden soll, notariell beurkundet werden. Eine solche rechtliche Einheit besteht, wenn die Vertragsparteien den Willen haben, beide Verträge in der Weise miteinander zu verknüpfen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen. Sind die Verträge nicht wechselseitig voneinander abhängig, ist der Bauvertrag nur dann beurkundungsbedürftig, wenn das Grundstücksgeschäft von ihm abhängt. (BGH, NJW 1981, 274; BGH, NJW-RR 1951, 1031; BGH, IBR 2010.570 und NJW – Spezial 2010,588).

Ferner regeln z.B. die **Gemeindeordnungen** (vgl. z.B. Art. 38 Abs. 3 Bayerische Gemeindeordnung), dass **Erklärungen, durch welche die Gemeinde verpflichtet werden soll, der Schriftform** bedürfen. Eine Gemeinde kann sich aber **ausnahmsweise dann nicht auf einen Verstoß gegen Formvorschriften der Gemeindeordnung berufen**, wenn das nach der Gemeindeordnung für die Willensbildung zuständige Organ den Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts gebilligt hat und damit der mit der Formvorschrift bezweckte Schutz deshalb bedeutungslos geworden ist (BGH, ZfBR 1994, 123).

#### **4. VOB/B – soweit vereinbart**

Wichtige Auswirkungen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit im Bauvertragsrecht sind ferner:

- Die Vorformulierung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB),
- die Verwendung von Formularverträgen und
- die Vereinbarung der VOB/B, die ebenfalls eine Allgemeine Geschäftsbedingung ist.

#### **5. Die VOB/B und die Vorschriften des BGB über die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 bis 310 BGB)**

**5.1 Privilegierung der VOB/B gegenüber anderen Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur bei einer Verwendung gegenüber Unternehmern i. S. von § 14 BGB, juristischen Personen des öffentlichen Rechts und Sondervermögen des öffentlichen Rechts, nicht aber bei Verwendung gegenüber Verbrauchern**

Die VOB/B ist der Kontrolle anhand des AGB-Rechts hinsichtlich des in der Überschrift genannten Personenkreises entzogen, sofern sie „ als Ganzes“ zwischen den Vertragsparteien vereinbart wurde. Nur dann halten alle VOB/B-Regelungen einer Überprüfung anhand des AGB-Rechts stand und werden demnach als rechtswirksam angesehen (§ 310 Abs.1 BGB).

**Jede auch nur geringfügige vertragliche Abweichung von der VOB/B führt – auch wenn sie sich in einem Vertrag mit einem öffentlichen Auftraggeber befindet - dazu, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist und somit der AGB - rechtlichen Inhaltskontrolle unterliegt. Es kommt nicht darauf an, welches Gewicht der Eingriff hat. Dabei stellt der BGH ausdrücklich auf die Betrachtung der einzelnen Klauseln, nicht etwa auf eine Gesamtausgewogenheit einschließlich der VOB/B ab** (Urteile des BGH vom 22. 1. 2004 (IBR 2004,179), vom 15. 04. 2004 (IBR 2004,270) und vom 10.05.2007 (IBR 2007,412).

Die VOB/B ist somit der Kontrolle anhand des AGB-Rechts entzogen, sofern sie "als Ganzes" zwischen den Vertragsparteien vereinbart wurde. Ist die VOB nicht "als Ganzes" vereinbart worden, müssen die einzelnen Regelungen der VOB/B unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten isoliert gewürdigt werden.

Gemäß § 14 BGB ist **Unternehmer** eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

## **5.2 Keine Privilegierung der VOB/B gegenüber sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Verwendung gegenüber Verbrauchern (§§ 307 ff BGB)**

Wird die **VOB/B gegenüber Verbrauchern** verwendet, unterliegen ihre einzelnen Klauseln auch dann einer Inhaltskontrolle, wenn sie als Ganzes vereinbart ist.

Diese Rechtsprechung des BGH ist durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in das BGB (Streichen der §§ 308 Nr. 5, 309 Nr. 8 b) ff) BGB und Neufassung des § 310 Abs. 1 BGB) übernommen worden.

**Damit wurde die Privilegierung der VOB/B gegenüber sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Verbraucherverträge aufgehoben, zugleich jedoch für Verträge im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern oder mit der öffentlichen Hand gesetzlich festgeschrieben.**

Gemäß § 13 BGB ist **Verbraucher** jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

### **5.3 Welche VOB/B-Klauseln sind unwirksam, wenn der Auftragnehmer die VOB/B nicht uneingeschränkt „im Ganzen“ oder gegenüber einem „Verbraucher“ verwendet?**

Die Rechtsprechung hierzu ist noch uneinheitlich und unvollständig. Insbesondere fehlt eine eindeutige Stellungnahme des Bundesgerichtshofs. Nach dem derzeitigen Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung ist – unter den genannten Voraussetzungen – mit der Unwirksamkeit folgender VOB-Klauseln zu rechnen:

#### **§ 4 Abs. 7 Satz 3, § 5 Abs. 4 und § 8 Abs. 3 VOB/B**

- **wirksam/unwirksam** -

Alle drei Klauseln regeln die Auftraggeberkündigung. Im Gegensatz zum BGB fordern sie, dass vor Ausspruch der Kündigung die Entziehung des Auftrags angedroht werden muss. Bei Verwendung gegenüber Verbrauchern wird dies für unwirksam, ansonsten für wirksam angesehen.

#### **§ 6 Abs. 6 VOB/B**

- **unwirksam** -

Die Begrenzung des Schadensersatzanspruchs (kein „entgangener Gewinn“) bei einer nur mit einfacher Fahrlässigkeit verursachten Behinderung kennt das BGB nicht.

#### **§ 7 Abs. 1 VOB/B**

- **strittig** -

Die gegenüber dem BGB (§ 644 Abs. 1) unternehmerfreundlichere Gefahrtragungsregelung wird teilweise für unwirksam angesehen.

#### **§ 12 Abs. 5 und § 15 Abs. 3 Satz 5 VOB/B**

- **unwirksam** -

Die in § 12 Abs. 5 VOB/B genannten Abnahmefiktionen (durch Fertigstellungsmittelung oder Benutzung der Leistung) kennt das BGB ebenso wenig wie die Fiktion der Anerkennung von Stundenlohnzetteln (§ 15 Abs. 3 Satz 5 VOB/B). Sie werden deshalb für unwirksam gehalten.

#### **§ 13 Abs. 4 und 7 VOB/B**

- **unwirksam** -

Die VOB-Regelung zu Mängelansprüchen wird sowohl bezüglich ihrer gegenüber dem BGB verkürzten Gewährleistungsfrist von vier Jahren als auch bezüglich ihrer Schadensersatzregelung in § 13 Abs. 7 VOB/B für unwirksam gehalten.

Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschluss empfiehlt deshalb die VOB/B nur noch zur Anwendung gegenüber Unternehmern, juristischen Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtlichen Sondervermögen. Die Empfehlung schließt also sog. Verbraucher (das sind Personen, die den Vertrag weder im Rahmen ihrer gewerblichen noch selbstständigen beruflichen Tätigkeit abschließen, § 13 BGB) nicht ein, da diesen gegenüber einige Klauseln gegen § 307 BGB verstoßen und damit unwirksam sind (vgl. oben). Hierzu wird im Handel ein speziell für Verbraucherverträge konzipierter VOB - Text angeboten. Allerdings muss bei deren Anwendung beachtet werden, dass die Rechtsprechung zur Frage der Wirksamkeit einzelner VOB - Bestimmungen nicht einheitlich bzw. unvollständig ist, so dass für die in diesem für Verbraucherverträge konzipierten VOB-Text und die darin vorgenommenen Änderungen keine Gewähr übernommen werden kann. Die VOB/B kann allerdings auch in Verbraucherverträgen in unveränderter Form verwendet werden, wenn nicht der Auftragnehmer, sondern der Verbraucher selbst oder sein sachkundiger Vertreter, z.B. ein Architekt, die Vertragsbedingungen stellt, vgl. BGH, NJW 2010, 1131.

## **B. Einzelne vertragsrechtliche Probleme**

### **I. Hinweis –, Aufklärungs –, Überwachungs – und Prüfungspflichten des Bauunternehmers**

Gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B hat der Auftragnehmer Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung (auch wegen der Sicherung gegen Unfallgefahren), gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer, dem Auftraggeber unverzüglich - möglichst schon vor Beginn der Arbeiten – schriftlich mitzuteilen; der Auftraggeber bleibt jedoch für seine Angaben, Anordnungen oder Lieferungen verantwortlich.

Dies gilt über den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach der Rechtsprechung des BGH auch im BGB - Werkvertrag.

#### **Beispiel: Haftung des Bauunternehmers für mangelhafte Eigenleistung des Bauherrn (§§ 280, 281, 634, 636 BGB)**

##### **Sachverhalt:**

Ein Bauherr machte gegen einen Bauunternehmer Schadensersatz wegen fehlerhafter Abdichtung seines Kellers, die er selbst in Eigenleistung ausgeführt hatte, geltend. Er war der Ansicht, der Unternehmer hafte ihm gegenüber für die Kosten der Mängelbeseitigung in Höhe von 16.800 Euro wegen der Verletzung von Hinweis- und Überwachungspflichten.

Das OLG Hamm hat hierzu mit Beschluss vom 12.10.2010 (IBR 2011,16; NJW 2011, 237) wie folgt entschieden:

**Dem Unternehmer obliegt grundsätzlich der Hinweis an den Bauherrn, dass die Ausführung von Abdichtungsarbeiten, die der Bauherr in Eigenleistung ausführen will, handwerkliche Fähigkeiten und Spezialkenntnisse voraussetzt, über die jedenfalls nicht selbstverständlich jeder Laie verfügt, und bei deren Kenntnis gleichwohl handwerkliche Ausführungsfehler auftreten können.**

**Die Prüfungs- und Hinweispflicht des Nachfolgeunternehmers gegenüber dem Bauherrn hinsichtlich der Mangelhaftigkeit von Vorleistungen besteht nicht nur, wenn die Vorleistung durch einen gewerblichen Unternehmer, sondern auch durch den Bauherrn selbst in Eigenleistung erbracht worden ist. Dies gilt umso mehr, als ein wichtiger Bauabschnitt betroffen ist, von dessen fachgerechter Ausführung das Gelingen des Gesamtbauwerks entscheidend abhängt.**

##### **Begründung des Oberlandesgerichts Hamm:**

Der Bauunternehmer sei dem Bauherrn gem. §§ 634, 636, 280, 281 BGB zum Schadensersatz wegen der mangelhaften Isolierung des Gebäudes gegen Feuchtigkeit verpflichtet.

Zwar scheidet eine Haftung für die vom Bauherrn geltend gemachte Verletzung von Überwachungspflichten aus. Eine Überwachungspflicht in Bezug auf die vom Bauherrn zu erbringende Eigenleistung habe der Bauunternehmer nicht übernommen. Denn im Vertragsprotokoll habe er darauf hingewiesen, dass er keinerlei Bauaufsicht bzw. Bauleitung für Arbeiten übernehme, die der Bauherr in Eigenleistung erbringe.

Auch eine Hinweispflichtverletzung scheidet aus. Dem Bauunternehmer habe zwar grundsätzlich der Hinweis an den Bauherrn obliegen, dass die Ausführung von Abdichtungsarbeiten handwerkliche

Fähigkeiten und Spezialkenntnisse voraussetze, über die jedenfalls nicht selbstverständlich jeder Laie verfüge, und bei deren Kenntnis gleichwohl handwerkliche Ausführungsfehler auftreten könnten. Denn die unzureichende Abdichtung eines Bauwerks gegen die unterschiedlichen Lastfälle nach DIN 18195 sei immer wieder Ursache für Durchfeuchtungsschäden. Der Bauunternehmer sei der ihm obliegenden Hinweispflicht aber in ausreichendem Maße nachgekommen. Er habe mehrfach, auch für einen Laien verständlich, darauf hingewiesen, dass die Abdichtung gegen aufstauendes Sickerwasser nach DIN 18195 Teil VI Abs. 9 erfolgen müsse.

Eine Haftung des Bauunternehmers ergebe sich aber daraus, dass dieser in Bezug auf die vom Bauherrn erbrachte Eigenleistung bestehende Prüfungs- und Anzeigepflichten verletzt habe. Auch außerhalb des VOB-Vertrages sei anerkannt, dass den Nachfolgeunternehmer gegenüber dem Bauherrn eine Prüfungs- bzw. Anzeigepflicht hinsichtlich der Mangelhaftigkeit vom Vorunternehmer erbrachter Leistungen treffen könne. Verletze der Bauunternehmer eine bestehende Prüfungs- und Hinweispflicht, mache das seine an sich ordnungsgemäße Bauleistung mangelhaft, falls ein Fachmann den Mangel der Vorarbeit hätte erkennen können (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rn. 1526). Diese Grundsätze seien entsprechend auf den vorliegenden Fall anzuwenden, der sich im Kern nur darin unterscheidet, dass die Vorleistungen hier nicht durch einen gewerblichen Unternehmer, sondern durch den Bauherrn selbst in Eigenleistung erbracht worden seien. Dies gelte umso mehr, als hier ein wichtiger Bauabschnitt betroffen gewesen sei, von dessen fachgerechter Ausführung das Gelingen des Gesamtbauwerks entscheidend abhängig gewesen sei. Es komme deshalb eine Haftung wegen schuldhafter Verletzung der Prüf- und Hinweispflicht in Bezug auf die vom Bauherrn erbrachte Eigenleistung in Betracht. Nach den Feststellungen des Sachverständigen habe der Bauherr ein ungeeignetes Material verwandt und die Abdichtung teilweise nur bis zur Oberkante der Bodenplatte teilweise mit Lücken von 3 cm bis 4 cm ausgeführt. Ob die Mängel an der Eigenleistung für den Bauunternehmer erkennbar gewesen seien, werde noch aufgeklärt werden müssen.

## **II. Beachtung der gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen durch den Bauunternehmer – im Einzelfall aber Mithaftung des Auftraggebers möglich**

Ein Bauherr ließ im Rahmen der Aussiedlung seines landwirtschaftlichen Betriebes von einem Bauunternehmer einen offenen Güllebehälter aus Stahlbeton im Außenbereich einer Gemeinde errichten. Die VOB/B wurde vereinbart. Die Bodenplatte sollte für einen höchstzulässigen Wasserstand von 0,76 Meter ab Unterkante des 4 m hohen Behälters ausgelegt sein.

Die Baugenehmigung wurde unter anderem mit der Auflage erteilt, Behälter und Güllekanäle so anzuordnen, dass die Behältersohle und die Untergrundabdichtung über dem Grundwasserspiegel liegen. Diese Auflage wurde dem Bauunternehmer nicht bekannt gemacht, obwohl sich der Bauherr im Bauvertrag verpflichtet hatte, die Baugenehmigung sofort nach Entgegennahme auf Bauauflagen zu prüfen und diese an den Bauunternehmer weiterzuleiten.

Der Bauunternehmer errichtete den Behälter an einem vom Bauherrn im Einvernehmen mit dem Kulturamt festgelegten Standort in der vom Bauherrn ausgehobenen und vorbereiteten Baugrube. Nachdem sich nach Abnahme in der Bodenplatte Risse zeigten, die abgedichtet wurden, zerbrach diese kurz darauf vollständig.

Der Bauherr hielt den Bauunternehmer für den Schaden für verantwortlich und forderte Schadensersatz für die Neuherstellung eines Güllebehälters und die Feststellung der Pflicht des Bauunternehmers zu weiterem Schadensersatz.

Der BGH hat hierzu mit Urteil vom 5. Februar 1998 (Baurecht 1998,397) folgende Entscheidung getroffen:

### **Der Auftragnehmer hat bei Ausführung seiner Leistung gemäß § 4 Abs. 2 Nummer 1 S. 2 VOB/B unter anderem die behördlichen Bestimmungen zu beachten. Dazu zählen auch die dem Auftraggeber erteilte Baugenehmigung und die darin etwa enthaltenen Auflagen.**

Zur Begründung führte der BGH u. a. aus, dass der Bauunternehmer verpflichtet war, sich nach dem Inhalt der Baugenehmigung und etwaigen Auflagen zu erkundigen, denn der Bauunternehmer hat bei der Ausführung seiner Leistung gemäß § 4 Abs. 2 Nummer 1 S. 2 VOB die anerkannten Regeln der Technik und die gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen zu beachten. Diese Regelung war Bestandteil des Bauvertrags und bestimmte den Umfang der Pflichten des Bauunternehmers. Zu den behördlichen Bestimmungen zählten auch die erteilte Baugenehmigung und die darin etwa enthaltenen Auflagen.

Diese Pflicht des Bauunternehmers entfiel nicht dadurch, dass der Bauherr die Baugenehmigung einzuholen und dem Bauunternehmer etwaige Auflagen mitzuteilen hatte. Die Pflicht des

Bauunternehmers, sich nach dem Inhalt der Baugenehmigung zu erkundigen, bestand selbstständig neben der Pflicht des Bauherrn zur Mitteilung.

Den Bauherrn trifft aber ein **Mitverschulden** nach § 254 Abs. 1 BGB. Allein der Umstand, dass der Bauunternehmer nach § 4 Abs. 3 VOB/B eine eigene unselbstständige Prüfungspflicht hat, deren Verletzung in der unterlassenen Nachfrage nach etwaigen Bauauflagen besteht, lässt ein Mitverschulden des Bauherrn nicht entfallen. Das schadensursächliche Verschulden des Bauherrn besteht darin, dass er es unterlassen hatte, entgegen seiner vertraglichen Verpflichtung die Auflage dem Bauunternehmer mitzuteilen und sich selber daran zu halten. Es geht dann um die Abwägung der Verursachungsanteile an dem eingetretenen Schaden, wenn jede Vertragspartei ihre Vertragspflichten verletzt hat. Diese müsse vom OLG vorgenommen werden, an das der Rechtsstreit zurückverwiesen wurde

### III. Mitwirkendes Verschulden des Auftraggebers bei Planungsfehlern

Hier müssen verschiedene Fallgestaltungen unterschieden werden

#### 1. Der Planungsmangel wird vom Auftragnehmer fahrlässig nicht erkannt:

Hat der Auftragnehmer einen **Planungsmangel fahrlässig** nicht erkannt und deshalb die Anmeldung von Bedenken unterlassen, hat er für einen hierdurch entstandenen Mangel einzustehen. Er ist dann zur Mangelbeseitigung verpflichtet.

Allerdings trifft den **Auftraggeber bei Planungsmängeln** grundsätzlich ein **Mitverschulden**. Durch die Unterlassung der Mitteilung von Bedenken ist der Auftragnehmer grundsätzlich nicht gehindert, sich gegenüber einem Gewährleistungs- oder Schadensersatzanspruch des Auftraggebers wegen Mängeln der Leistung auf ein **mitwirkendes Verschulden des Auftraggebers** oder dessen Erfüllungsgehilfen wie z.B. seines Architekten oder Ingenieurs zu berufen (BGH, NJW 1960, 1813). Dies gilt auch, wenn der Architekt im Auftrag des Auftraggebers geplant und eine mangelhafte Planung vorgelegt hat. Der planende Architekt ist "Erfüllungsgehilfe" des Auftraggebers, für dessen Fehler der Auftraggeber einzustehen hat (§ 278 BGB).

**In welchem Verhältnis der entstandene Schaden dann zwischen dem Auftragnehmer und dem Auftraggeber zu teilen ist, richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles, vor allem nach dem Grad des jeweiligen Verschuldens. Wenn der Auftragnehmer den Planungsmangel nicht erkennen konnte, haftet der Auftraggeber allein für seinen Planungsfehler.**

#### 2. Der Planungsmangel wird vom Auftragnehmer erkannt und eine Bedenkenanmeldung unterbleibt:

Auf ein mitwirkendes Verschulden des Auftraggebers kann sich der Auftragnehmer in der Regel aber dann nicht berufen, wenn er z. B. den fehlerhaften Plan des Architekten ausführt, obwohl er **erkennt**, dass der Planungsfehler mit Sicherheit zu einem Mangel des Bauwerks führen muss (BGH, NJW 1973, 518). Unterlässt also der Auftragnehmer den Hinweis auf Mängel, die er erkannt hat, so ist er in der Regel **allein für den Schaden verantwortlich**, ohne sich auf ein Mitverschulden des Auftraggebers berufen zu können.

### IV. Beauftragung von geänderten oder zusätzlichen Leistungen durch den Architekten ohne Vollmacht des Bauherrn

**Wer rechtsgeschäftlich handeln möchte, ist nicht darauf angewiesen, dies unbedingt selbst zu tun. Es besteht die Möglichkeit, sich hierbei vertreten zu lassen. Vertretung i.S. der §§ 164 ff BGB ist demnach rechtsgeschäftliches Handeln im Namen des Vertretenen mit der Wirkung, dass die Rechtsfolgen unmittelbar in der Person des Vertretenen eintreten.**

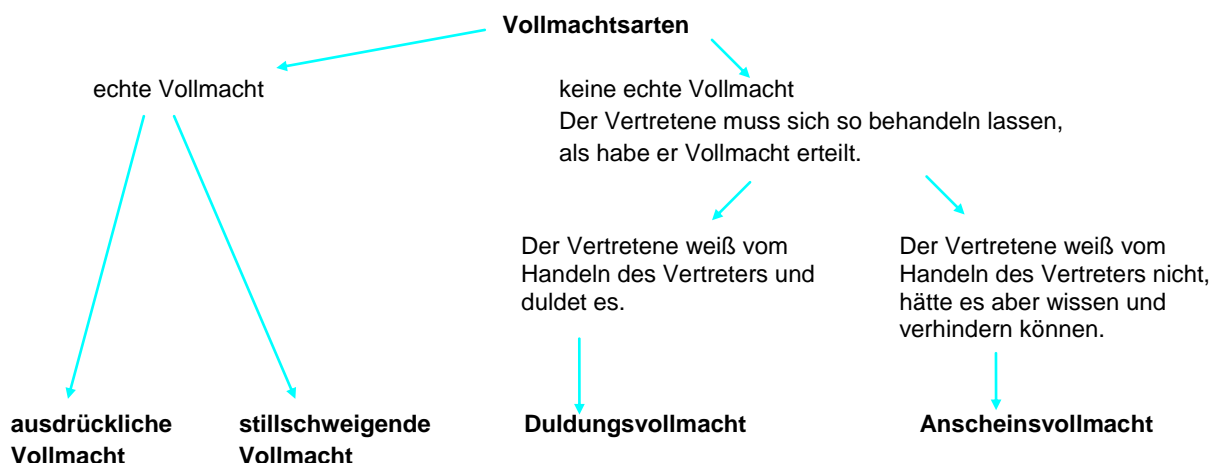
Der Vertreter kann nur dann im Namen eines anderen auftreten und diesen durch sein Handeln unmittelbar berechnigen und verpflichten, wenn für diese Stellvertretung auch eine „Vertretungsmacht“ besteht. Der Stellvertreter muss demnach „befugt“ sein, eine andere Person zu vertreten. Diese Befugnis kann sich ergeben unmittelbar aus dem Gesetz oder kraft einer rechtsgeschäftlichen Ermächtigung, nämlich einer Vollmacht.

#### 1. Vertretungsmacht kraft Gesetzes

Fälle der gesetzlichen Vertretungsmacht sind z.B. die Vertretung des Kindes durch die Eltern oder die Vertretung der GmbH durch einen oder mehrere Geschäftsführer (§ 35 GmbHG) oder der AG durch die Vorstandsmitglieder (§ 78 AktG).

## 2. Rechtsgeschäftliche Vollmachtserteilung

Um den Eintritt der Rechtsfolgen des Vertreterhandelns unmittelbar in der Person des Vertretenen zu erreichen, bedarf es neben der ausdrücklichen oder aus den Umständen zu entnehmenden Erklärung, im Namen des Vertretenen zu handeln, auch einer dazu berechtigenden Vertretungsmacht, die in der Regel auf einer Vollmacht des Vertretenen beruht. Bei der Vollmacht lassen sich mehrere Arten wie folgt unterscheiden:



## 3. Handeln ohne Vertretungsmacht

Wenn jemand im Namen eines anderen rechtsgeschäftlich handelt, dann treten die Wirkungen der Stellvertretung nur dann ein, wenn der Handelnde auch wirklich Vertretungsmacht besitzt. Der angeblich Vertretene wird aus einem vom vollmachtlosen Vertreter abgeschlossenen Vertrag weder berechtigt noch verpflichtet.

**Fehlt es an einer Vollmacht, hängt die Wirksamkeit des Vertrages vom Vertretenen ab, der das Rechtsgeschäft genehmigen und damit an sich ziehen, aber auch die Genehmigung verweigern und damit das Rechtsgeschäft unwirksam machen kann (§ 177 BGB).**

**Lehnt der Vertretene die Genehmigung des Rechtsgeschäfts ab,** liegt ein Fall des Handelns eines vollmachtlosen Vertreters vor. In diesem Fall kann der "geprellte" Geschäftsgegner den vollmachtlosen Vertreter wahlweise auf **Vertragserfüllung** oder **Schadensersatz** in Anspruch nehmen. (§ 179 BGB)

Hierbei muss aber **§ 179 Abs. 3 BGB** beachtet werden, **wonach der Vertreter nicht haftet, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste.** Nach der Rechtsprechung des BGH entfällt die Haftung eines nicht bevollmächtigten Vertreters nur dann, wenn der vom "Vertreter" beauftragte Auftragnehmer tatsächlich Zweifel an der Vollmacht hatte, oder es erkennbare Umstände gegeben hat, die ihn an der Vollmacht hätten zweifeln lassen müssen (BGH, Baurechts - Report 3/2005). Die Tatsache, dass der "Vertreter" nicht mehr als Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen war, oder es sich um einen Auftrag erheblichen Umfangs gehandelt hat, reicht hierzu nicht aus (vgl. auch BGH, Baurechts - Report 8/2001).

Zu der Frage, inwieweit z.B. die **Bauleitervollmacht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen** beschränkt werden kann hat der BGH (BB 1994, 2169) wie folgt entschieden:

Eine Bestimmung in AGB eines Bauträgers, wonach der Bauleiter nicht befugt ist, für den Auftraggeber Änderungen, Erweiterungen und Ergänzungen des Auftrags gem. § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B anzuordnen, verstößt nicht gegen das AGB-Recht (§§ 305 ff BGB). Eine Bestimmung in AGB, wonach solche Anordnungen nur von der Geschäftsleitung getroffen werden dürfen, gibt nur die gesetzliche Regelung des Vertretungsrechts wieder und verstößt deshalb nicht gegen das AGB-Recht. Soweit ein in AGB enthaltener Hinweis auf die fehlende Vollmacht des Bauleiters geeignet ist, das Entstehen von Vertrauenstatbeständen zu verhindern oder zu erschweren, ist das keine unbillige Benachteiligung der Vertragsgegenseite i.S.v. § 307 BGB.

#### 4. Vertretung des Bauherren durch den Architekten

**4.1** Enthält der Architektenvertrag bzw. der Bauvertrag z. B. eine Bestimmung, wonach der Architekt im Namen des Auftraggebers Verträge bzw. Zusatzverträge mit Bauunternehmen bis zu einer bestimmten Auftragshöhe selbständig abschließen darf, so kann der Architekt den Bauherrn diesbezüglich wirksam verpflichten und berechtigen.

Hat der Architekt hierzu keine Vollmacht, ist der Architekt grundsätzlich nicht bevollmächtigt, Zusatzaufträge auf Rechnung des Auftraggebers zu vergeben. Eine Ausnahme kann gelten, wenn diese im Verhältnis zur Gesamtleistung nur einen geringfügigen Umfang haben (BGH, Baurecht 1978,314).

Im Übrigen können im Einzelfall die Grundsätze über die Anscheins- oder Duldungsvollmacht zur Anwendung kommen.

Wenn im Bauvertrag bezüglich der Vollmacht z. B. folgendes geregelt ist: " Als Bevollmächtigter des Bauherrn gilt der Bauleiter. Er ist berechtigt, Anordnungen zutreffen, die zur vertraglichen Durchführung der Leistung erforderlich sind. ", so erfasst die dem Architekten erteilte Vollmacht nach dem Urteil des BGH (BauR 2002,1536) nur die üblicherweise zur Erfüllung der Bauausführung erforderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen, nicht hingegen die Befugnis, den Vertrag in wesentlichen Punkten zu ändern (z.B. die Höherlegung des Bauwerks um 1,5 m); der Auftraggeber muss sich aber dann das eigenmächtige Verhalten seines Architekten nach §§ 254,278 BGB haftungsmindernd zurechnen lassen, in dem zu entscheidenden Fall mit einer Quote von 50%, KG Berlin, IBR 2007,1295 = BauR 2008,357, Nichtzulassungsbeschwerde mit Beschluss des BGH vom 24.05.2007 zurückgewiesen).

**Praxishinweis:** Architekten sollten sich bei der Mitwirkung bei der Vergabe davor hüten, für ihren Bauherrn einen Bauvertrag ohne Vertretungszusatz selbst zu unterzeichnen. Unterzeichnet er nämlich **unter Angabe der Berufsbezeichnung ohne Vertretungszusatz** einen Bauvertrag, lässt dies nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 07.12.2006, Aktenzeichen: VII ZR 166/05) nicht auf eine Vertreterstellung des Architekten schließen. In einem solchen Fall kann dann der Bauunternehmer direkt vom Architekten Werklohnzahlung verlangen.

#### 4.2 Umfang der sog. originären Vollmacht des Architekten.

In der Baupraxis ist von erheblicher Bedeutung, ob der mit der Durchführung eines Bauvorhabens beauftragte Architekt auch ohne besondere Erklärung des Auftraggebers in jedem Fall eine gewisse Mindest-Vollmacht zur Vertretung des Auftraggebers hat.

Diese sog. originäre Vollmacht des Architekten ist nichts anderes als - je nach Fallgestaltung - eine **stillschweigend oder schlüssig (konkulent)** erteilte Vollmacht, deren Umfang im Einzelnen jedoch strittig ist. Nach der Rechtsprechung gelten hier aber folgende Grundsätze:

##### 4.2.1 Aktiv-Vollmacht (Vollmacht zur Abgabe von Erklärungen für den Bauherrn)

###### Der Architekt darf:

- Auf der Baustelle Weisungen erteilen und Anordnungen treffen im Sinne von § 4 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B,
- Mängel rügen
- Feststellung des Leistungszustandes von Teilen der Leistung (§ 4 Abs. 10 VOB/B),
- mit dem Auftragnehmer gemeinsam Aufmaße erstellen,
- geringfügige Zusatzaufträge erteilen, d.h. Zusatzaufträge, die im Verhältnis zur Gesamtleistung einen geringfügigen Umfang haben (BGH, Baurecht 1978,314). So wurden bei einem Gesamtauftragswert von für eine Zusatzleistung 750 € als geringfügig angesehen (OLG Oldenburg - Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH mit Beschluss vom 27.08.2009 zurückgewiesen- IBR 2009,692).
- Ausführungsunterlagen von Bauhandwerkern in technischer Hinsicht genehmigen.
- Die dem Architekten erteilte (übliche) Vollmacht umfasst auch die Mängelbeseitigungsaufforderung, Fristsetzung und Kündigungsandrohung zur Vorbereitung einer Kündigung nach § 4 Abs. 7, § 8 Abs. 3 VOB/B (OLG Bamberg, IBR 2007,547), aber nicht die Kündigung selbst.

### Der Architekt darf ohne Vollmacht nicht:

- die rechtsgeschäftliche Abnahme nach § 640 BGB bzw. § 12 VOB/B vornehmen,
- den Vorbehalt einer Vertragsstrafe bei der Abnahme erklären,
- auf Gewährleistungsansprüche verzichten,
- Stundenlohnzettel anerkennen.
- Rechnungen anerkennen,
- vertragliche Vereinbarungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer (z. B. Fertigstellungstermin) ändern,
- umfangreiche, einen vereinbarten Pauschalpreis überschreitende Zusatzaufträge oder sonstige größere Änderungsaufträge mit erheblichen Kostensteigerungen, erteilen,
- auf die Erteilung einer Schlussrechnung verzichten, einen Vergleich über die Höhe der Werklohnforderung schließen oder die Werklohnforderung in einer bestimmten Höhe anerkennen.

Selbst kostenneutrale, aber gravierende Änderungsanordnungen sind von der stillschweigend durch den Auftraggeber erteilten Architektenvollmacht nicht gedeckt.

Beispiel: Der Architekt weist den Auftragnehmer an, die Gründung der Kellersohle für ein Einfamilienhaus wegen hohen Grundwassers um 1,15 m höher zu legen als dies geplant ist. Diese Anordnung zieht keine Mehrkosten nach sich. Trotzdem akzeptiert sie der Auftraggeber aus ästhetischen Gründen nicht.

Der Architekt ist nicht dazu bevollmächtigt, die ursprüngliche Planung ohne Zustimmung des Auftraggebers wesentlich zu verändern. Es spielt dabei keine Rolle, ob diese Änderung Kosten verursacht oder nicht (BGH, Urteil vom 10.3.2002, Baurechts - Report 10/2002).

Beachtet dies der Auftragnehmer nicht, bedeutet dies, dass die von ihm nach der Anordnung des Architekten geänderte Bauleistung nicht der mit dem Auftraggeber vereinbarten Beschaffenheit entspricht und deshalb mangelhaft ist.

#### 4.2.2 Passiv-Vollmacht (Vollmacht zur Entgegennahme von Erklärungen anderer Baubeteiligter für den Bauherrn)

Hier ist strittig, ob der Architekt z. B. Anzeigen gemäß § 2 Abs. 6, § 2 Abs. 8 VOB/B, Bedenkenanmeldungen nach § 4 Abs. 3 VOB/B, Behinderungsanzeigen gemäß § 6 Abs. 1 VOB/B oder die Vorbehaltserklärung nach § 16 Abs. 3 VOB/B entgegennehmen darf.

Richtiger Adressat für diesen Anspruch ist grundsätzlich immer der Bauherr als Vertragspartner selbst.

Merke:

**Immer den sichersten Weg gehen:** Deshalb ist die Abgabe von derartigen Erklärungen durch den Auftragnehmer sowohl gegenüber den Architekten als auch gegenüber dem Auftraggeber selbst dringend zu empfehlen.

Die Architektenvollmacht endet in der Regel da, wo der Geldbeutel des Bauherrn beginnt.

Dem Auftragnehmer ist deshalb dringend zu raten, sich über den Umfang der Vollmacht des Architekten schon vor Beginn der Arbeiten Klarheit zu verschaffen.

#### 4.2.3 Vergütungsansprüche für ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Auftrag ausgeführte Leistungen und Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag

Wenn ein vertraglicher Vergütungsanspruch gegen den Bauherrn mangels Vollmacht des Architekten nicht begründet worden ist, sollten immer auch § 2 Abs. 8 Nr.2 Satz 2 VOB/B (Vergütungsansprüche für ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Auftrag ausgeführte Leistungen) und gesetzliche Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 2 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B, § 677 ff. BGB) geprüft werden.

Gemäß § 2 Abs. 8 Nr. 2 S. 2 VOB/B steht dem Auftragnehmer für ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Auftrag ausgeführte Leistungen ein Vergütungsanspruch zu, wenn die Leistungen für die Erfüllung des Vertrages **notwendig** waren, dem **mutmaßlichen Willen des Auftraggebers** entsprachen und ihm **unverzüglich angezeigt** wurden.

Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag stehen dem Auftragnehmer auf Ersatz seiner Aufwendungen gemäß § 683 BGB zu, wenn die außervertraglichen Leistungen

- dem **Interesse des Auftraggebers** (objektive Nützlichkeit für den Auftraggeber, bezogen auf dessen subjektive Verhältnisse, genügt) und
- dem **wirklichen** (ausdrücklichen oder durch schlüssiges Verhalten gezeigten) **Willen oder**
- dem **mutmaßlichen Willen** (das ist derjenige Wille, den der Auftraggeber bei objektiver Beurteilung aller Umstände im Zeitpunkt der Ausführung der außervertraglichen Arbeiten geäußert haben würde) entsprechen.

Eine **unverzügliche Anzeige** wie in § 2 Abs. 8 Nr. 2 S. 2 VOB/B ist für § 683 BGB **nicht Anspruchsvoraussetzung**. Gemäß § 681 BGB hat der Auftragnehmer allerdings die Übernahme der Geschäftsführung, d.h. die Ausführung der außervertraglichen Leistungen, dem Auftraggeber anzuzeigen und, wenn nicht mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist, dessen Entschließung abzuwarten. Vor ihrem Eingang darf der Auftragnehmer zu Lasten des Auftraggebers nur unaufschiebbare Handlungen vornehmen.

Eine Verletzung der Anzeigepflicht nach § 681 BGB führt aber nicht zu einem Verlust des Vergütungsanspruches des Auftragnehmers, weil die Anzeigepflicht nur Nebenpflicht ist; sie kann aber **Schadensersatzpflichten des ohne Auftrag handelnden Auftragnehmers** auslösen. Der Auftraggeber ist dann so zu stellen, als habe der Auftragnehmer rechtzeitig angezeigt. Wenn der Auftraggeber z.B. darlegen kann, dass eine auch sachgerechte, aber billigere Lösung möglich gewesen wäre, muss sich der Auftragnehmer im Rahmen seiner Schadensersatzpflicht entsprechende Abzüge gefallen lassen.