



Ein Bieter ist trotz ausdrücklicher Vorgabe des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen nicht verpflichtet, vor Angebotsabgabe die künftige Baustelle zu besichtigen, so sieht es zumindest das OLG Hamm in einem Urteil vom 14.10.2016 (12 U 67/15). Diese und noch weitere ebenso interessante wie praxisrelevante Entscheidungen zum Bau- und Architektenrecht stellen wir Ihnen in unserem neuen Newsletter vor.

Haben Sie Fragen? Fragen Sie uns!

**avocado rechtsanwälte**  
spichernstraße 75–77  
50672 köln  
t +49 221 390710  
f +49 221 3907129  
köln@avocado.de  
www.avocado.de



## Inhaltsverzeichnis

- 3 Der Bieter muss die Baustelle vor Angebotsabgabe nicht besichtigen
- 4 Auch ein schwerer Mangel begründet keinen Anschein für eine Organisationspflichtverletzung
- 6 Keine Verpflichtung zur Verwendung eines Schadensersatzes wegen Mängeln für die Mangelbeseitigung
- 7 Kein Mitverschulden des Bauherrn bei Verstoß des nachfolgenden Unternehmers gegen Prüfungs- und Hinweispflichten
- 8 Der Architekt haftet für erkennbar falsche Gründungsempfehlung
- 9 Ein Bauleiter darf die Augen vor offensichtlichen Mängeln nicht verschließen
- 11 Der Bauherr muss dem Gartenplaner einwandfreie Architektenpläne übergeben
- 13 Impressum



## Der Bieter muss die Baustelle vor Angebotsabgabe nicht besichtigen

Trotz ausdrücklicher Vorgabe des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen ist ein Bieter nicht verpflichtet, vor Angebotsabgabe die künftige Baustelle zu besichtigen. Gemäß § 7 Absatz 1 VOB/A (2009) muss der Ausschreibungstext die Bieter in die Lage versetzen, ohne vorherige Ortsbesichtigung ein umfassendes Angebot abzugeben (OLG Hamm, Urteil vom 14.10.2016 – 12 U 67/15).

Eine öffentliche Auftraggeberin beauftragte eine Spezialtieffirma mit der Ertüchtigung einer Eisenbahnunterführung mit Hilfe von Düsenstrahlinjektionen. Bei der Errichtung der Baustelle stellte die Auftragnehmerin fest, dass der Platz für die von ihr zum Auffangen der Rücklaufsuspension kalkulierten Erdbecken nicht ausreicht. Sie bot per Nachtrag statt dessen die Entsorgung der Rücklaufsuspension mit Containern an. Die Auftraggeberin bestritt den Mehrvergütungsanspruch und wies darauf hin, dass in den Vergabeunterlagen eine Verpflichtung zur Ortsbesichtigung enthalten sei. Hätte die Auftragnehmerin diese Ortsbesichtigung vorgenommen, hätte sie den Platzmangel bereits vor Angebotsabgabe erkennen können. Die Auftragnehmerin hielt die Pflicht zur Ortsbesichtigung für vergaberechtlich unzulässig und klagte ihren Nachtrag ein.

Der Mehrvergütungsanspruch scheidet an einer unzureichenden Nachtragsberechnung nach § 2 Abs. 5 VOB/B. Eine Verpflichtung zur Ortsbesichtigung vor Angebotsabgabe sieht das OLG Hamm nicht als gegeben. Es verweist insbesondere auf § 7 Abs. 1 VOB/A (2009) und führt aus, dass der Ausschreibungstext die Bieter in die Lage versetzen müsse, ohne vorherige Ortsbesichtigung ein umfassendes Angebot abzugeben. Eine Verpflichtung zur Ortsbesichtigung bestehe für die Bieter nicht. Der Ausschreibungstext allein müsse so viel Informationen enthalten, dass die Bieter in die Lage versetzt werden, ein umfassendes Angebot abzugeben.



## Auch ein schwerer Mangel begründet keinen Anschein für eine Organisationspflichtverletzung

Bei einem arbeitsteilig erstellten Bauwerk muss der Werkunternehmer die organisatorischen Voraussetzungen schaffen, um sachgerecht beurteilen zu können, ob dieses bei Ablieferung mangelfrei ist. Verletzt der Unternehmer seine Organisationspflichten bei der Herstellung und Abnahme des Bauwerks und wird infolge dieser Verletzung ein Mangel nicht erkannt, wird er so behandelt, als sei er arglistig. Die Gewährleistungsansprüche verjähren dann nach den allgemeinen Verjährungsvorschriften, wenn der Mangel bei richtiger Organisation entdeckt worden wäre. Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen einer Organisationspflichtverletzung trägt der Besteller. Die Schwere eines Mangels begründet dabei für sich allein genommen nicht den Anschein einer Verletzung der Organisationsobliegenheit (OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.11.2013 – 23 U 27/13; BGH, Beschluss vom 15.06.2016 – VII ZR 331/13, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).

Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer mit der Errichtung eines Einfamilienhauses. Die Abnahme erfolgte 1998. Im Jahre 2005 rügte der Auftraggeber umfangreiche Feuchtigkeitsschäden an mehreren Bauteilen. Der Auftragnehmer bestritt seine Verantwortung und berief sich auf Verjährung, weil die vereinbarte Gewährleistungsfrist 2003 endete. Im selbständigen Beweisverfahren des Auftraggebers bestätigten sich die behaupteten Mängel. Mit seiner Klage machte der Auftraggeber Schadensersatz und einen Anspruch auf Kostenvorschuss geltend. Er führte an, dass die Schwere der im selbständigen Beweisverfahren festgestellten Mängel auf ein Organisationsverschulden des Auftragnehmers schließen ließe und die Mangelanprüche daher noch nicht verjährt seien.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf und der BGH sind dieser Argumentation nicht gefolgt. Nach der Rechtsprechung des BGH wird ein Unternehmer so behandelt, als sei er arglistig, wenn er seine Organisationspflichten bei der Herstellung und Abnahme des Bauwerks verletzt hat und infolge dieser Verletzung ein Mangel nicht erkannt worden ist. Anknüpfungspunkt für die Anwendung der allgemeinen Verjährungsvorschriften ist die Verletzung der Organisationspflicht des mit der Herstellung beauftragten Unternehmers. Dieser kann sich



seiner vertraglichen Offenbarungspflicht bei Ablieferung des fertigen Werks nicht dadurch entziehen, dass er sich unwissend hält oder sich keines Gehilfen bei der Erfüllung dieser Pflicht bedient. Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen einer Organisationspflichtverletzung trägt der Auftraggeber, der sich unter bestimmten Voraussetzungen auf einen Anschein berufen kann. Allein die Schwere eines Mangels begründet für sich genommen nicht den Anschein einer Verletzung der Organisationspflicht. Auch Fehleinschätzungen von technischen Notwendigkeiten führen oft zu schwersten Mängeln, ohne dass damit eine Organisationspflichtverletzung verbunden ist. Vorliegend konnte der Auftraggeber nicht beweisen, dass eine Organisationspflichtverletzung vorlag. Aus der Schwere der festgestellten Mängel könne nicht auf eine ungenügende Organisation des Auftragnehmers geschlossen werden. Vielmehr komme ebenso in Betracht, dass die Mängel auf einer fehlerhaften Planung und/oder Fehleinschätzung des Architekten beruhen.



## Keine Verpflichtung zur Verwendung eines Schadensersatzes wegen Mängeln für die Mängelbeseitigung

Der Auftraggeber hat auch dann einen Anspruch auf Ersatz der für die Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen, wenn der Mangel zwar nicht beseitigt, jedoch dessen Beseitigung noch möglich ist. Der Mangel selbst ist der Schaden. Der Auftraggeber kann daher verlangen, dass dieser Schaden mit dem für die Mängelbeseitigung erforderlichen Geldbetrag abgegolten wird. Unerheblich ist, ob er den zur Verfügung gestellten Betrag zur Mängelbeseitigung verwendet (OLG Köln, Urteil vom 10.11.2016 – 7 U 97/15).

Der Generalunternehmer war mit der schlüsselfertigen Errichtung einer Maßregelvollzugs-klinik beauftragt. Die Abnahme ist erfolgt. Der Auftraggeber machte einen Schadensersatz für mangelhafte Fliesenarbeiten geltend. Der Schaden setzte sich zusammen aus den voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten und den voraussichtlichen Kosten für die stationsweise Auslagerung der Klinik. Der Generalunternehmer trug vor, dass ohne Schadensbeseitigung kein Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden könne.

Das sieht das OLG Köln anders. Es folgte insoweit der höchstrichterlichen Meinung, nach der ein Anspruch auf Ersatz der für die Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen auch dann besteht, wenn der Mangel im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht beseitigt ist, dessen Beseitigung aber noch möglich ist. Der Mangel selbst sei bereits der Schaden. Der Besteller könne daher abweichend von § 249 Abs. 1 BGB verlangen, dass dieser Schaden mit dem für die Mängelbeseitigung erforderlichen Geldbetrag abgegolten werde. Unerheblich sei danach, ob der Besteller den zur Verfügung gestellten Betrag zur Mängelbeseitigung verwende.



## Kein Mitverschulden des Bauherrn bei Verstoß des nachfolgenden Unternehmers gegen Prüfungs- und Hinweispflichten

Die Mängelhaftung des Bauunternehmers ist verschuldensunabhängig. Der Unternehmer haftet für Mängel deshalb unabhängig davon, auf welchem Umstand der Mangel beruht. Verstößt der nachfolgende Unternehmer gegen seine Prüfungs- und Hinweispflichten bezüglich des Vorgewerks, ist das dem Bauherrn nicht als Mitverschulden anzurechnen. Der nachfolgende Unternehmer ist im Verhältnis zum vorangegangenen Unternehmer kein Erfüllungsgehilfe des Bauherrn (OLG Celle, Urteil vom 02.12.2015 – 7 U 75/15; BGH, 01.06.2016 – VII ZR 294/15, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen).

Der Auftraggeber hatte den Auftragnehmer mit Tischlerei- und Innenausbauarbeiten bei der umfangreichen Renovierung und Umgestaltung seines Hauses beauftragt. Der Auftraggeber nahm den Auftragnehmer wegen Mängeln in Trockenbauarbeiten in Anspruch. Der Auftragnehmer wendete ein, er sei noch gar nicht fertig gewesen, so dass die vom nachfolgenden Unternehmer verlegten Fliesen verfrüht verlegt worden seien. Zudem habe der Nachfolgeunternehmer (Fliesenleger) die Unzulänglichkeit des Trockenbaus für seine Verfliesung erkennen und rügen müssen. Dieser Verstoß des Fliesenlegers gegen seine Prüfungs- und Hinweispflicht müsse sich der Kläger als Mitverschulden anrechnen lassen.

Das OLG Celle hat den Mitverschuldenseinwand verneint. Der Unternehmer könne eine Mitverantwortung des Auftraggebers grundsätzlich nicht darauf gründen, dass der nachfolgende Unternehmer seine Prüfungspflicht verletzt hatte und deshalb den Mangel des Vorgewerks nicht bemerkt habe. Der nachfolgende Unternehmer sei im Verhältnis zum Vorunternehmer nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherrn. Eine etwaige Pflichtverletzung des Fliesenlegers im Hinblick auf die Geeignetheit der Trockenbauarbeiten für die Fliesenarbeiten könne deshalb allenfalls dazu führen, dass beide Unternehmer gegenüber dem Kläger jeweils in voller Höhe als Gesamtschuldner haften. Ein etwaiger Verstoß gegen seine Prüfungs- und Hinweispflicht bezüglich des Vorgewerks sei dem Auftraggeber nicht als Mitverschulden anzurechnen.



## Der Architekt haftet für erkennbar falsche Gründungsempfehlung

Die Gründungsberatung ist eine werkvertragliche Leistung. Der geschuldete Erfolg besteht in der Abgabe einer mangelfreien Gründungsempfehlung. Der Architekt muss für Leistungen eines Sonderfachmanns nicht einstehen, sofern die spezifische Fragestellung nicht zu seinem Wissensbereich gehört. Er haftet jedoch neben dem Sonderfachmann, wenn der Fehler im Gutachten des Sonderfachmanns für ihn nach den von einem Architekten zu erwartenden Kenntnissen erkennbar war (OLG Jena, Urteil vom 13.05.2016 – 1 U 605/15).

Ein Baugrundgutachter und ein Architekt wurden wegen behaupteter fehlerhafter Gründungsberatung bzw. behaupteter mangelhafter Architektenleistung gesamtschuldnerisch auf Zahlung von Schadensersatz vom Bauherrn in Anspruch genommen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stand fest, dass die Setzungserscheinungen auf den Baugrund und auf die vorgenommene Gründung, die sich als fehlerhaft erwiesen hat, zurückzuführen sind. Vom Architekten würde eingewendet, die mangelhafte Gründungsberatung sei für ihn nicht erkennbar gewesen.

Dem Einwand ist das OLG Jena nicht gefolgt. Es hat den Architekten und den Baugrundgutachter als Gesamtschuldner verurteilt. Der Architekt habe die fehlerhafte Gründungsempfehlung beanstanden müssen. Der Architekt habe nur dann nicht für die Leistungen eines Sonderfachmanns einzustehen, wenn die spezifische Fragestellung nicht zu seinem Wissensbereich gehörte. Dementgegen hatte der Architekt neben dem Sonderfachmann für Mängel einzustehen, die für ihn nach den von einem Architekten zu erwartenden Kenntnissen erkennbar gewesen seien. Im vorliegenden Fall habe sich die Fehlerhaftigkeit der Gründungsempfehlung dem Architekten aufdrängen müssen, da der geotechnische Bericht einen Tag nach der Beauftragung erstellt worden sei und der Gründungsempfehlung somit keine Kenntnisse aus eigenen Baugrundaufschlüssen zugrunde liegen konnten. Der Architekt habe daher den Bauherrn darauf hinweisen müssen, dass die Gründungsempfehlung des Baugrundgutachters jedenfalls nicht auf einer gebotenen umfassenden Baugrunduntersuchung basiere.



## Ein Bauleiter darf die Augen vor offensichtlichen Mängeln nicht verschließen

Der Auftragnehmer verschweigt einen Mangel arglistig, wenn ihm bewusst ist, dass dieser für den Auftraggeber von Erheblichkeit ist und er ihn trotzdem nicht offenbart. Dem Auftragnehmer ist die Arglist der Mitarbeiter nur zuzurechnen, wenn er sich der Erfüllung seiner Offenbarungspflicht gegenüber dem Auftraggeber bedient. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn er einen Bauleiter auch mit der Prüfung des Werks auf Mangelfreiheit betraut hat und er sich dessen Angaben ungeprüft zu eigen macht (OLG Saarbrücken, Urteil vom 04.03.2015 – 1 U 84/13; BGH, Beschluss vom 21.09.2016 – VII ZR 42/15, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).

1995 und 1997 beauftragte der Auftraggeber den Auftragnehmer mit der Planung, Herstellung und Montage der Decken in den Fluren eines Versicherungsneubaus. Im Juli 2010 lösten sich in einem Teilbereich die abgehängten Decken. Im selbständigen Beweisverfahren wurden schwerwiegende Material- und Montagefehler festgestellt. Der Einbau einer neuen, feuerhemmenden Unterdecke war erforderlich. Der Auftraggeber begehrte vom Auftragnehmer einen Vorschuss für den Mangelbeseitigungsaufwand. Der Auftragnehmer berief sich auf Verjährung.

Der Auftragnehmer drang mit seinem Anspruch nicht durch, da ihn der Vorwurf des arglistigen Verschweigens der Mängel bei der Abnahme trifft. Der Vorschussanspruch verjährt erst drei Jahre nach Kenntniserlangung von den Mängeln. Der Auftragnehmer musste sich das arglistige Verschweigen der Mängel durch den von ihm eingesetzten Bauleiter gemäß §§ 276, 278 BGB zurechnen lassen. Der Auftragnehmer haftete, weil der von ihm zur Prüfung des Werks auf Mängel eingesetzte Bauleiter die Augen vor offensichtlichen Mängeln verschloss und die Mangelhaftigkeit billigend in Kauf genommen habe. Die vorliegenden Mängel seien derart evident und gravierend, dass sie einem fachkundigen Bauleiter nicht verborgen



gen bleiben konnten. Die Kenntnis des Bauleiters müsse sich der Auftragnehmer zurechnen lassen. Der Bauleiter sei Erfüllungsgehilfe des Auftragnehmers, weil er mit der Ablieferung des Werks an den Auftraggeber betraut gewesen sei bzw. zentral verantwortlich dabei mitgewirkt habe. Allein die Kenntnis seines Personals versetze den Auftragnehmer in die Lage, seiner Offenbarungspflicht bei der Abnahme regelgerecht zu genügen.



## Der Bauherr muss dem Gartenplaner einwandfreie Architektenpläne übergeben

Beauftragt der Auftraggeber neben dem mit der Objektplanung beauftragten Architekten einen weiteren Architekten mit der Planung der Außenanlagen zu diesem Objekt, trifft ihn grundsätzlich die Obliegenheit, ihm die für die mangelfreie Erstellung seiner Planung erforderlichen Pläne und Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Sind diese Pläne vom mit der Objektplanung beauftragten Architekten fehlerhaft erstellt, muss sich der Auftraggeber dessen Verschulden nach §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 BGB im Verhältnis zu dem mit der Planung der Außenanlagen beauftragten Architekten zurechnen lassen (BGH, Urteil vom 14.07.2016 – VII ZR 193/14).

Der Auftraggeber hatte die Auftragnehmerin, eine Landschaftsarchitektin, mit der Planung und Überwachung des Baus der Freianlagen beim Neubau einer Grundschule beauftragt. Mit der Planung und Überwachung des Neubaus der Grundschule hatte er einen anderen Architekten beauftragt. Aufgrund eines massiven und dauerhaften Feuchteintrags in das Gebäude kam es an verschiedenen Stelle zu Schimmelbildung. Der Auftraggeber verlangte von den Architekten als Gesamtschuldner die Sanierungskosten. Die Landschaftsarchitektin wendete ein Mitverschulden des Auftraggebers ein, weil die ihr übergebenen Architektenpläne fehlerhaft gewesen seien.

Wegen des Mitverschuldenseinwands hat der BGH das Urteil des OLG Celle insoweit aufgehoben und an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs trifft den Auftraggeber in seinem Vertragsverhältnis zum bauaufsichtsführenden Architekten regelmäßig die Obliegenheit, diesem einwandfreie Pläne zur Verfügung zu stellen. Diese Rechtsprechung gilt auch für das Verhältnis des Auftraggebers zu einem mit der Planung der Außenanlagen beauftragten Architekten, wenn dieser Pläne und Unterlagen des mit der Objektplanung beauftragten Architekten benötigt, um seine eigene Planungsleistung zu erbringen. Die Übergabe der Pläne und Unterlagen des mit der Objekt-



planung beauftragten Architekten stelle in diesem Fall eine Mitwirkungshandlung zur Erlangung der sachgerechten Planung der Außenanlagen dar. Dem Auftraggeber obliege es in diesem Fall, den mit der Planung der Außenanlagen beauftragten Architekten mangelfrei Pläne zur Verfügung zu stellen. Überlasse der Auftraggeber ihm fehlerhafte Pläne des von ihm mit Objektplanung beauftragten Architekten, müsse er sich die Mitverursachung des infolge einer mangelhaften Planung eintretenden Schadens durch diesen zurechnen lassen. Ein Mitverschulden des Auftraggebers sei vorliegend auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die mit der Planung der Außenanlagen beauftragte Landschaftsarchitektin die überlassenen Pläne auf Fehler und Widersprüche zu überprüfen hatte.



### Impressum

#### avocado rechtsanwälte

spichernstraße 75–77

50672 köln

t +49 [0]221.39071-0

f +49 [0]221.3907-129

koeln@avocado.de

www.avocado.de

www.brak.de

ust-id-nr. de 814 17 29 76

steuer nr. 13/225/62722

fa berlin-charlottenburg

avocado rechtsanwälte ist eine eingetragene dienstleistungsmarke der berger, figgen, gerhold, kaminski, voß rechtsanwälte part mbb.

die partnerschaft sowie deren partner sind im partnerschaftsregister des amtsgerichts berlin-charlottenburg unter pr 331 b eingetragen. salary partner, counsel, of counsel und associates sind nicht partner der partnerschaftsgesellschaft.

Verantwortlich für den Inhalt des Newsletters sind:

Markus Figgen Saskia Barth