Münchener Prozessformularbuch Privates Bau- und Architektenrecht

6. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-76976-4
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

werden (so BGH BauR 2005, 400 = NJW-RR 2005, 318 = NZBau, 2005, 158 unter Abkehr von BGH BauR 1997, 1067 = NJW-RR 1997, 1376 = ZfBR 1998, 22). Ein weiterer Haftungsansatz sind Fehler bei der Kostenfortschreibung (vgl. OLG Stuttgart BauR 1987, 462 = NJW-RR 1987, 913). Im Rahmen der Kostenfortschreibung ist der Architekt verpflichtet, auch Kostenangaben für neu hinzukommende Bauleistungen zu machen. Ein weiterer Haftungsansatz ist die Kostenkontrolle, die nach HOAI 1996 im Wege des Kostenvergleichs mit der vorhergehenden Kostenermittlung erbracht werden soll. Während die Kostenfortschreibung neue Bauteile und Sonderwünsche betrifft, erstreckt sich die Kostenkontrolle auf die eigenen Kostenermittlungen des Architekten, die anhand der konkreten Situation und der Entwicklung der Baupreise immer wieder überprüft werden muss (vgl. dazu *Kniffka* BauR 1996, 773). Im vorliegenden Formular geht es um einen Fall der Fehler im Bereich der Kostenermittlung.

2. Zuständig ist neben dem Wohnsitzgericht des Beklagten (§ 13 ZPO, hier Augsburg), auch das Gericht am Ort des Bauvorhabens als Erfüllungsort (§ 29 ZPO; zu den Einzelheiten → Form. A.I.1 Anm. 1). Ob das allerdings auch für Schadensersatzansprüche bei Bausummenüberschreitung gilt, ist noch nicht abschließend geklärt (bejahend LG Landau 6.7.1995 – 2 O 122/95; vgl. auch *Werner/Pastor* Bauprozess Rn. 420 ff. allgemein zu Schadensersatzansprüchen aber differenzierend nach Leistungsumfang; aA Locher/Koeble/Frik HOAI § 1 Rn. 40 mit dem Argument, dass sich Fehler bei der Kostenermittlung nicht im Grundstück niederschlagen und dies maßgebender Gesichtspunkt der Rechtsprechung des BGH für die Anwendung des § 29 ZPO war).

3. Der Feststellungsantrag ist im vorliegenden Fall zulässig, weil die Schadensentwicklung noch nicht abgeschlossen ist. Schon allein deshalb, weil für die Schadensberechnung der Termin der letzten mündlichen Verhandlung maßgebend ist (→ Anm. 15), besteht ein Feststellungsinteresse (vgl. dazu grundlegend *Werner/Pastor* Bauprozess Rn. 433 ff.).

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

4. Den Architekten treffen im Zusammenhang mit den Kosten umfangreiche Pflichten. Dabei ist zwar die HOAI als reine Gebührenordnung und Verordnung nicht pflichtenbegründend. Vielmehr ergeben sich die den Architekten treffenden Pflichten aus Bürgerlichem Recht. Im Allgemeinen ist der Architekt gehalten, folgende Kostenermittlungen im Bauablauf vorzulegen: Im Stadium der Vorplanung die Kostenschätzung, im Stadium der Entwurfsplanung die Kostenberechnung, im Stadium der Vergabe den Kostenanschlag und nach Ausführung des Objekts die Kostenfeststellung. ME decken sich diese in der HOAI genannten und dort in die betreffenden Leistungsphasen eingeordneten Kostenermittlungen mit den Verpflichtungen des Architekten.

Der Architekt muss zunächst den Kostenrahmen klären, welcher dem Bauherrn zur Verfügung steht. Danach muss er seine Planungen ausrichten und diese Vorgabe im Laufe der Bauabwicklung berücksichtigen. Hinzu kommen für den Architekten Pflichten im Bereich der Kostenkontrolle und der Kostenfortschreibung (→ Anm. 1). Jeder Fehler aus den genannten Bereichen ist eine selbstständige Grundlage für Schadensersatzansprüche. Allein das Fehlen eines Kostenanschlags kann zB solche Ansprüche auslösen. Voraussetzung ist, dass davon ursächlich ein konkreter Schaden abhängt. Der Kläger muss sich also überlegen, wie er gehandelt hätte, wenn er die richtigen Zahlen oder die richtige Kostenermittlung rechtzeitig erhalten hätte.

5. Die Einsparungsmöglichkeiten sind im Hinblick auf ein etwaiges Mitverschulden des Bauherrn von Bedeutung (→ Anm. 18).

6. Die Kostenfeststellung besteht aus den geprüften Rechnungen der am Bau Beteiligten. Sie ist im gleichen System wie die Kostenberechnung aufzustellen, sodass der Bauherr einen zuverlässigen Vergleich der Kosten erhält. Die HOAI sieht sogar vor, dass jede Kostenermittlung ab Kostenberechnung einen Vergleich mit der jeweils vorangegan-

genen Kostenermittlung enthalten muss. Das erleichtert dem Bauherrn den Nachweis eines Fehlers des Architekten. Legt der Architekt die Kostenermittlung jedoch nicht oder nicht in vollständiger Form vor, dann muss der Bauherr die tatsächlichen Kosten selbst zusammenstellen und die Kostenberechnung gegenüberstellen. Dazu muss er sich in schwierigen Fällen eines Architekten oder Sachverständigen bedienen.

7. Die Grundlage für Ansprüche wegen Bausummenüberschreitung sind Mängelrechte und nicht das allgemeine Recht der Leistungsstörungen. Auch hier werden die wirtschaftlichen Leistungspflichten in die Werkleistung integriert. Von der Anspruchsgrundlage her ergeben sich damit keine Probleme mehr, weil auch § 634 Nr. 4 BGB auf §§ 280 f. BGB verweist. Dagegen könnten sich unterschiedliche Verjährungsfristen ergeben, wenn man der Meinung ist, dass es sich um eine Pflichtverletzung (§§ 241 Abs. 2, 311 BGB) handelt. Weil es sich um einen Werkmangel handelt, muss der Auftraggeber nach hier vertretener Auffassung auch vor Geltendmachung sekundärer Mängelrechte die Gelegenheit zur Nacherfüllung in angemessener Frist geben.

8. Bei Fehlern im Kostenbereich stehen für die Haftung mehrere Ansätze zur Verfügung. Die Fehler können im Bereich der Kostenermittlungen selbst oder im Bereich der Kostenkontrolle oder Kostenfortschreibung liegen (→ Anm. 4).

9. Bei Fehlern der Kostenermittlung kann der Bauherr seiner Darlegungslast in zweierlei Weise nachkommen. Er kann den klassischen Weg wählen, indem er die ermittelten Kosten den tatsächlichen Kosten detailliert gegenüberstellt und dabei zusätzliche Baumaßnahmen und nicht vorhersehbare Kosten herausrechnet aus den tatsächlichen Kosten oder zu der Kostenermittlung hinzuaddiert. Dieses Verfahren ist ein komplizierter Vorgang, der ohne Einsatz eines Sachverständigen oder Architekten nicht zu schaffen sein dürfte. ME genügt es aber für die Darlegung eines Fehlers, wenn der Bauherr eine Gegenüberstellung der ermittelten Kosten mit den zum Zeitpunkt der Kostenermittlung realistischen Kosten vornimmt (OLG Koblenz BauR 2008, 851 mit NZ-Beschluss des BGH 12.7.2007 – VII ZR 138/06; OLG Braunschweig BauR 2003, 1066; OLG Düsseldorf BauR 2003, 1604; ebenso OLG Köln NJW-RR 1993, 986; Locher/Koeble/Frik/*Zahn* HOAI Einl. Rn. 286 ff.; Kniffka/KoebleJurgeleit/Sacher Kompendium BauR Teil 11 Rn. 895). Den Bauherrn trifft zwar die Darlegungs- und Beweislast für den Fehler (BGH BauR 1988, 734 = NJW-RR 1988, 1361). Zu den Fehlerursachen muss er jedoch nicht spezifiziert vortragen. Diese können in zahlreichen Umständen liegen: der Ansatz falscher Massen oder vergessene Positionen oder zu niedrige Kostenansätze, unzureichende Baugrunduntersuchungen, zu aufwendige Planung, außer Acht lassen zu erwartender Kostensteigerungen (vgl. zB BGH BauR 1997, 335 = NJW-RR 1997, 402 = ZfBR 1997, 145). Die Ursachen für die Fehler bei der Kostenermittlung kann der Bauherr im Einzelnen nicht beurteilen und deshalb muss er dazu auch nicht vortragen (vgl. Locher/Koeble/Frik/*Zahn* HOAI Einl. Rn. 318 ff.; Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher Kompendium BauR Teil 11 Rn. 895).

10. Sowohl für den Bauherrn als auch für die Rechtsanwälte und die Gerichte gibt es eine hervorragende Möglichkeit, die Kostenansätze zu überprüfen. Der Baukosteninformationsdienst der Bundes-Architektenkammer ist über alle Arten von Bauvorhaben bei allen Arten von Baumethoden detailliert informiert. Für Projekte im gesamten Bundesgebiet können hier Vergleichszahlen angefordert werden.

11. Die Rechtsprechung räumt dem Architekten seit jeher für die Kostenermittlung gewisse Toleranzen ein. Es stellt noch nicht jede (geringfügige) Kostensteigerung einen zur Haftung führenden Fehler dar. Jedoch hat der BGH (BGH BauR 1997, 335 = NJW-RR 1997, 402 = ZfBR 1997, 145) entschieden, dass bei groben Fehlern keine Spielräume zur Verfügung stehen wie zB dann, wenn die Mehrwertsteuer vergessen wird oder wenn die

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Kubikmeter-Preise völlig unrealistisch sind. In allen anderen Fällen steht dagegen ein Spielraum zur Verfügung (anders bei Vereinbarung einer Baukostenobergrenze oder eines Limits bzw. bei Beschaffenheitsvereinbarung; → Anm. 1 b)). Dieser kann nicht generell festgelegt werden (BGH BauR 1997, 494 = NJW-RR 1997, 850 = ZfBR 1997, 195). Er muss im Einzelfall ermittelt werden. Sicher ist, dass er geringer wird, je genauer die Kostenermittlung ist und zwar fortschreitend von Kostenschätzung über die Kostenberechnung bis zum Kostenanschlag (BGH BauR 1997, 494 = NJW-RR 1997, 850 = ZfBR 1997, 195). Unter allem Vorbehalt wird darauf hingewiesen, dass sich die Rechtsprechung bei Überschreitung von mehr als 30 % gegenüber der Kostenschätzung, 20 % gegenüber der Kostenberechnung und 10 % gegenüber dem Kostenanschlag für eine Haftung entschieden hat (vgl. für 30 % bis 40 % bei einer „Grobkostenschätzung“: OLG Schleswig NJW 2018, 3036 mAnm *Sohn* NJW 2018, 2991). Die Umstände des Einzelfalles können aber eine gewichtige Rolle spielen zB auch bei Umbauten, bei denen die Substanz im Voraus nicht vollständig geklärt werden kann. Das kann sogar zu höheren Toleranzen führen (vgl. iE *Werner/Pastor* Bauprozess Rn. 1788). Dagegen kann die Toleranz niedriger sein, wenn ein Renditeobjekt gebaut werden soll (vgl. OLG Köln 12.1.2007 – 19 U 128/06, BauR online m. Analyse *Koeble*). Entsprechendes gilt für eine Grobkostenschätzung in einem frühen Stadium (KG BauR 2002, 1425: evtl. mehr als 30 %).

12. Der Fehler des Architekten muss auch ursächlich für den Schaden sein. Das ist zu verneinen, wenn der Bauherr das Objekt auch bei Kenntnis der höheren Kosten gebaut hätte (OLG Köln NJW-RR 1994, 981). Der Kläger muss schlüssig darlegen, wie er sich verhalten hätte und seine Vermögenssituation in diesem Fall mit der konkreten Vermögenslage gegenüberstellen (BGH BauR 2013, 982; 1997, 335 = NJW-RR 1997, 402; OLG Braunschweig BauR 2003, 1066). Dabei genügt es, wenn der Kläger nicht oder anders gebaut oder mit einem Abbruch eines alten Gebäudes erst gar nicht begonnen hätte (vgl. OLG Hamm BauR 2005, 130; OLG Saarbrücken BauR 2005, 1957 m. NZ-Beschluss des BGH). Ansprüche des Bauherrn scheiden dagegen aus, wenn er nach späterer Information in Kenntnis der Kostenerhöhung weitergebaut hat oder hätte. In beiden Fällen fehlt es an der Ursächlichkeit zum Wertschaden (OLG Köln SFH Nr. 88 zu § 635 BGB; ebenso OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 1696).

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

13. Ein Kostenrahmen bzw. ein Kostenlimit wurde im vorliegenden Fall nicht vereinbart. Die Voraussetzungen für eine Haftung des Architekten wären dann nicht so streng. Insbesondere entfällt nach Auffassung des BGH idR die Toleranz (→ Anm. 1).

14. Der Bauherr hat verschiedene Möglichkeiten der Schadensberechnung (zur Kündigung und sonstigen Sanktionen vgl. Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher Kompendium BauR Teil 11 Rn. 875 ff.). Fest steht allerdings, dass er nicht einfach die Differenz zwischen der Kostenermittlung und den tatsächlich entstandenen Kosten als Schaden geltend machen kann (BGH BauR 2013, 485 = NJW 2013, 930; BGH BauR 2013, 982; 1994, 268 = NJW 1994, 856). Diese Differenz spielt nur bei der Frage des Fehlers und der Toleranz eine Rolle (→ Anm. 11). Vom Grundsatz her ist der Schaden durch Vergleich der Vermögenslage mit und ohne den Fehler zu ermitteln, wobei auch die Grundsätze der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen sind (BGH BauR 2013, 492). Für die Schadensberechnung stehen mehrere Möglichkeiten zur Verfügung:

- Im vorliegenden Muster ist eine Schadensberechnung nach dem Wert des Bauwerks in Relation zu den Baukosten gewählt worden. Insoweit sind gegenüberzustellen der Verkehrswert des Objekts einerseits und die tatsächlichen Baukosten andererseits (BGH BauR 2011, 1690 = NZBau 2011, 564; BGH BauR 1997, 494 = NJW-RR 1997, 850; OLG Köln 12.1.2007 – 19 U 128/06; aus der Rechtsprechung zB OLG Koblenz NZBau 2002, 231). Der Verkehrswert bei eigengenutzten Gebäuden ist in der

Regel nach dem Sachwert zu ermitteln (BGH NJW 1970, 2022; BauR 1979, 74). Bei einem gewerblich genutzten oder vermieteten Objekt kommt es dagegen auf den Ertragswert an (OLG Düsseldorf BauR 1974, 354 (356)). Bei der Darstellung des Schadens kann sich der Bauherr auf die Kostenfeststellung des Architekten stützen, weil es nicht darauf ankommt, was er an die am Bau Beteiligten tatsächlich bezahlt hat, sondern, was er bezahlen muss (BGH BauR 2005, 400 = NJW-RR 2005, 318 = NZBau 2005, 158).

- Kann der Bauherr das Objekt nicht halten und muss er es freihändig oder im Wege der Zwangsversteigerung abgeben, so kann der Schaden in der Differenz zwischen dem Verkehrswert und dem erzielten Erlös liegen (vgl. OLG München BauR 2000, 437).
- Eine weitere Möglichkeit der Schadensberechnung besteht darin, dass der erhöhte Zinsdienst für die Mehrfinanzierung geltend gemacht wird (vgl. OLG Köln NJW-RR 1994, 981 und BGH BauR 1994, 268 = NJW 1994, 856 = LM Heft 7/1994 BGB § 635 Nr. 102 mAnm *Koeble*). Das Problem in diesem Fall ist, dass nur die bisher eingetretenen Zinsschäden im Wege der Leistungsklage geltend gemacht werden können und im Übrigen hinsichtlich der künftigen Zinsschäden ein Feststellungsantrag notwendig wird. Angesichts dessen, das sich der künftige Zinsschaden entwickeln kann, wird es auch nichts nützen, wenn die Voraussetzungen des § 259 ZPO vorliegen. Auch dann dürfte eine Leistungsklage über den vollen, zu erwartenden Zins kaum möglich sein.
- Eine weitere Möglichkeit der Schadensberechnung besteht dann, wenn die Kosten zur Grundlage weiterer Dispositionen geworden sind. Das gilt zB für Wohnungsbauunternehmen (Bauträger), die auf der Basis von Kostenermittlungen der Architekten ihre Verkaufspreise für Wohnungen oder Einheiten festgelegt haben. Zur Begründung eines Schadens muss hier allerdings auch dargelegt werden, dass ein etwas höherer Kaufpreis auch in der Praxis umzusetzen gewesen wäre (zu einem solchen Fall LG Potsdam IBR 2010, 91; grundlegend: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher Kompendium BauR Teil 11 Rn. 875 ff.; Locher/Koeble/Frik HOAI Einl. Rn. 100 f.).

Für alle Arten der Schadensberechnung gilt, dass sich der Auftraggeber sämtliche Vorteile entgegenhalten lassen muss. Er hat eine Gesamtbilanz aufzustellen, die aus Nachteilen und Vorteilen der falschen Kostenermittlung besteht. Die Grundsätze der Vorteilsausgleichung sind also unzweifelhaft zu berücksichtigen (BGH BauR 2015, 1515 = NZBau 2015, 477 = NJW-RR 2015, 1048; dazu *Retzlaff* BauR 2015, 1725). An Vorteilen kommen zB Steuervorteile oder auch Mehreinnahmen durch eine größere oder zusätzliche Wohnung in Frage (BGH NJW 1994, 856 = BauR 1994, 268 = LM Heft 7/1994 BGB § 635 Nr. 102 mAnm *Koeble;* BGH BauR 2005, 400 = NJW-RR 2005, 318 = NZBau 2005, 158; LG Dresden BauR 2003, 925).

15. Bei der Schadensberechnung über den Wert des Objekts sind die tatsächlichen Kosten mit dem Verkehrswert in Relation zu setzen (→ Anm. 14). Als Zeitpunkt für die Ermittlung des Verkehrswerts ist derjenige der letzten mündlichen Verhandlung zugrunde zu legen (BGH BauR 1997, 335 = NJW-RR 1997, 402 = ZfBR 1997, 145; OLG Braunschweig BauR 2003, 1066). Die Zeit kann damit für den Architekten arbeiten, wenn später Wertsteigerungen eintreten.

16. Bei der Schadensberechnung aus der Differenz zwischen Baukosten und Verkehrswert ist der Bauherr zur Spezifizierung auf das Gutachten eines Architekten oder Sachverständigen angewiesen. Dieser muss den Verkehrswert nach den rechtlichen Vorgaben – Sachwert oder Ertragswert oder Mischung aus beidem – feststellen (→ Anm. 14). Der Verkehrswert kann zu erhöhen sein, wenn der Bauherr ein wertvolles Gebäude in eine unerschlossene Gegend gebaut hat oder wenn er eine Investition vorgenommen hat, die

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

im Ergebnis sich nicht wertsteigernd niederschlägt zB Gewerbebetrieb in einer abgelegenen Gegend).

17. Ohne privates Sachverständigengutachten wird die Höhe des Schadens bei dieser Schadensberechnungsmethode nicht ermittelt werden können. Die Kosten des Gutachtens sind Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und damit je nach Kostenentscheidung im Hauptprozess erstattungsfähig. Unabhängig davon besteht ein materiell rechtlicher Schadensersatzanspruch, weil es sich um einen Mangelfolgeschaden handelt (§§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB).

18. Zum Verschulden muss der Bauherr nicht umfangreich vortragen. Vielmehr muss bei Vorliegen von Fehlern sich der Architekt entlasten. Allerdings kann ein Mitverschulden des Bauherrn vorliegen, wenn dieser keine Einschränkungen vornimmt oder gar zusätzliche Leistungen aufwändigerer Art in Auftrag gibt, obwohl er die Bausummenüberschreitung erkennt.

19. Häufig legen Architekten ihre Verträge – in Anlehnung an den früheren Einheitsarchitektenvertrag – vor. Sofern der Vertragspartner ein Verbraucher ist, genießt er Schutz nach §§ 305 ff. BGB (§ 310 Abs. 3 BGB). Andernfalls kommt es darauf an, ob AGB vorliegen.

20. Die Beweislast für ein etwaiges Aushandeln trifft den Architekten. Die für das Aushandeln notwendigen Tatsachen dürften im Einzelfall schwer vorzutragen sein (Austausch von Argumenten gerade zum konkreten Problem).

21. Im Beispielsfall ist die Fassung der Haftungsbedingungen aus dem letzten Einheitsarchitektenvertrag verwendet. Frühere Fassungen, die zwischen versicherbaren und nicht versicherbaren Schäden differenziert hatten, waren wegen Verstoß gegen das Transparenzgebot und wegen Unklarheit, ob sämtliche Ansprüche wegen der nichtversicherbaren Bausummenproblematik ausgeschlossen sein sollten, ungültig (vgl. *Korbion/Locher/Sienz*, AGB und Bauerrichtungsverträge, 4. Aufl. 2006, S. 180 f.).

Die vorliegende Klausel dürfte unwirksam sein, weil damit auch bei leichter Fahrlässigkeit die Verletzung von wesentlichen Vertragspflichten (Kardinalpflichten) ausgeschlossen wäre. Soweit nun andere Entwürfe der Einheitsarchitektenverträge eine Einschränkung hinsichtlich der wesentlichen Vertragspflichten enthalten, geht es um die Frage, ob § 309 Nr. 7 BGB eingehalten ist und schließlich darum, ob § 307 Abs. 2 BGB zur Unwirksamkeit führen. Das dürfte für die Haftungshöchstsummenklausel bei einer unangemessenen Haftungssumme der Fall sein. Dieses wiederum ist zu bejahen, „wenn der Höchstbetrag die vertragstypisch vorhersehbaren Schäden nicht abdeckt“ (vgl. BGH BB 1992, 2460 für einen Kaufvertrag über ein technisches Gerät; *Werner/Pastor* Bauprozess Rn. 2227 ff.).

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

6. Checkliste zur Abnahme und Teilabnahme von Architekten- und Ingenieurleistungen

Bearbeitungsschwerpunkte

- Ausdrückliche Abnahme
- Konkludente Abnahme
- Fiktive Abnahme
- Abnahmesurrogate
- Teilabnahme nach § 650s BGB

a) Ausdrückliche Abnahme

Nachdem es für die Abnahme einer (einseitigen, empfangsbedürftigen) Willenserklärung bedarf, ist es im Regelfall nicht möglich, konkrete Sachverhalte für die Billigung der Architekten- und Ingenieurleistung durch den Bauherrn darzulegen. Auch eine förmliche Abnahme findet in der Regel nicht statt. Falls vertraglich die förmliche Abnahme vereinbart sein sollte, dürfte diese wohl in entsprechender Anwendung des § 12 Abs. 4 VOB/B stattfinden (Begehung, Besprechung und Protokoll). Das ist eine Auslegungsfrage.

b) Konkludente Abnahme

Viel häufiger sind dagegen die Fälle, in denen sich aus schlüssigem Verhalten des Auftraggebers ergibt, dass dieser die Architekten- und Ingenieurleistungen billigt. Voraussetzung für eine konkludente Abnahme ist, dass die Leistungen im Wesentlichen fertiggestellt sind. Dann kann von einer konkludenten Abnahme ausgegangen werden, wenn der Besteller nach Fertigstellung der Leistungen, nach Bezug des fertiggestellten Bauwerks und nach Ablauf einer Prüfungsfrist von 6 Monaten keine Mängel der Architekten- und Ingenieurleistungen rügt (BGH BauR 2013, 2031 = NZBau 2013, 779; OLG Brandenburg NJW-RR 2016, 1115). Dabei genügt es sogar, dass nicht alle Leistungen vollständig erbracht sind. Fehlen allerdings wesentliche Leistungen, dann kommt eine konkludente Abnahme nicht in Frage (BGH BauR 2014, 1023, der die konkludente Abnahme für den Fall bejaht, dass noch gewisse Detailpläne fehlen). Letzteres gilt auch dann, wenn die Leistungsphase 9 zum Aufgabenbereich des Architekten/Ingenieurs gehört und dann aber nur noch geringfügige Restleistungen zu erbringen sind (BGH BauR 2013, 2031 = NZBau 2013, 779; BGH BauR 2014, 1023). Eine konkludente Abnahme ist auch dann anzunehmen, wenn die aus Leistungsphasen 1–7 übertragenen Leistungen abgerechnet und bezahlt werden, falls hinsichtlich der Leistungsphase 8 ein gesonderter Vertrag abgeschlossen wurde (OLG Düsseldorf BauR 2018, 1149). Bei Ingenieuren wie dem Tragwerksplaner kann es als Abnahme anzusehen sein, wenn nach Ablauf einer angemessenen Zeit nach der Leistungserbringung und nach dem Bezug die Zahlung der Rechnung erfolgt ist (BGH BauR 2010, 795 = NJW-RR 2010, 748 = NZBau 2010, 318).

c) Fiktive Abnahme nach § 640 Abs. 2 BGB

Nach der bis 31.12.2017 geltenden Regelung über die fiktive Abnahme (§ 640 Abs. 1 S. 3 BGB aF) war Abnahmefähigkeit der Leistung Voraussetzung für das Eingreifen der Fiktion. Wesentliche Mängel (Umkehrschluss zu § 640 Abs. 1 S. 2 BGB aF) hinderten auf jeden Fall die Abnahmefähigkeit und damit das Eingreifen der Fiktion. Die Neufassung (§ 640 Abs. 2 BGB) erfordert nun die „Fertigstellung" der Leistung. Gewisse Mängel sollen dabei keine entscheidende Rolle spielen, jedoch dürften auch hier wesentliche Mängel die Abnahmefiktion verhindern. Ebenso soll es nach der Amtlichen Begründung zu der neuen Vorschrift ausreichen, wenn Mängel vorbehalten werden – egal ob sie schließlich berechtigt sind oder nicht. In solchen Fällen greift nach dem Willen des Gesetzgebers die Fiktion nicht ein. Ob sich dieser Auffassung die hM in Literatur und Rechtsprechung anschließen wird, bleibt abzuwarten (vgl. *Kniffka* BauR 2017, 1759 (1765 ff.); Langen/Berger/Dauner-Lieb BauVertrR/*Sonntag* BGB § 640 Rn. 59; Locher/Koeble/Frik HOAI Einl. Rn. 220 ff.; Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz Neues BauVertrR/*Oberhauser* § 3 Rn. 12; MüKoBGB/*Busche* BGB § 640 Rn. 27; BeckOK BauVertrR/*Hummel* BGB § 640 Rn. 11 ff.).

d) Abnahmesurrogate

Im Hinblick auf bestimmte Abnahmefolgen hat die Rechtsprechung Abnahmesurrogate entwickelt (vgl. *Koeble* BauR 2012, 1153; *Messerschmidt* NZBau 2015, 331 (337); *Th. Müller* NZBau 2015, 337; *Retzlaff* BauR 2016, 733). Bezüglich der Verjährung gelten danach drei Abnahmesurrogate in gleicher Weise wie die Abnahme selbst: Die Abnahmeverweigerung, das Abstandnehmen von der Erfüllung des Vertrages und die Umwandlung in ein Abwicklungs- und Abrechnungsverhältnis (BGH BauR 2011, 1032 = NJW 2011, 1224).

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

e) Teilabnahme nach § 650s BGB

Nach der Neuregelung im BGB ab 1.1.2018 kann der Architekt/Ingenieur „ab der Abnahme der letzten Leistung des ausführenden Unternehmers oder der bauausführenden Unternehmer eine Teilabnahme der von ihm bis dahin erbrachten Leistungen verlangen" (§ 650s BGB). Die Zielrichtung dieser Vorschrift geht in zwei Richtungen: zunächst soll ein Gleichlauf der Verjährungsfrist mit der des bauausführenden Unternehmers erfolgen, was dann eine Verkürzung der Haftung von Architekten und Ingenieuren mit sich bringen würde. Sodann soll aber auch verhindert werden, dass der Unternehmer über den Umweg des Regresses über die eigentliche Gewährleistungsfrist hinaus noch haftet.

Nach bisherigem Recht gab es keinen Anspruch auf Teilabnahme, vielmehr musste diese vereinbart sein (§ 648 Abs. 1 S. 2 BGB aF). Das Problem besteht vor allem in der Leistungsphase 9 und zwar dort in der Teilleistung „Objektbegehung vor Ablauf der Verjährungsfristen", weil diese Teilleistung nach der Rechtsprechung des BGH keine nachvertragliche Tätigkeit, sondern eine für die Vollendung der Leistung notwendige Voraussetzung darstellt. Aber auch bei Übertragung der Leistungen aus Leistungsphase 8 kann die Abnahme mit derjenigen der letzten Bauleistung stark auseinanderfallen.

Die Neuregelung ist aus zwei Gründen problematisch, obwohl sie vom Grundsatz her sicherlich begrüßenswert ist:

- Anknüpfungspunkt ist die „Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers". Bei Objekten mit mehreren Unternehmern dürfte es der letzte am Bau beteiligte Unternehmer sein. Das Problem besteht aber darin, dass zum Zeitpunkt der Erbringung der letzten Bauleistung und deren Abnahme die Architektenleistungen aus Leistungsphase 8 noch mitten im Gang sind und keinesfalls abgeschlossen sind (zB gemeinsames Aufmaß, Rechnungsprüfung, Kostenfeststellung, Antrag auf behördliche Abnahmen und Teilnahme dabei, Übergabe des Objekts und Zusammenstellung von Unterlagen, Auflisten der Verjährungsfristen, Überwachen der Beseitigung der bei den Abnahmen festgestellten Mängel). Welche Teilleistungen sollen dann in welcher Form abgenommen sein?
- Nicht geklärt ist darüber hinaus, wie die Abnahme geschehen soll. Geregelt ist lediglich, dass der Unternehmer sie „verlangen" kann. Vielleicht ist es möglich, eine Begehung mit Besprechung und Aufnahme eines Protokolls zu verlangen. Hier muss die Entwicklung in der Praxis abgewartet werden.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

f) Zustandsfeststellung nach Scheitern der Abnahme (§ 650g BGB)

Bei Verweigerung der Abnahme kann auch der Architekt/Ingenieur die Zustandsfeststellung verlangen. Verweigert der Auftraggeber dies, können sich im Hinblick auf später gerügte Mängel Folgen ergeben, insbesondere der Gefahrübergang (vgl. neben den Kommentaren: *Glöckner* VuR 2016, 163; *Langen* NZBau 2015, 658 (666); *Retzlaff* BauR 2017, 1823; *Tschäpe/Werner* ZfBR 2017, 419 (423)).

7. Checkliste zur Verjährung von Ansprüchen des Bauherrn

Bearbeitungsschwerpunkte

- Dauer der Verjährungsfrist
- Beginn der Verjährungsfrist
- Sekundärverjährung
- Subsidiaritätsklausel
- Leistungsverweigerungsrecht bei Gesamtschuld (§ 650t BGB)
- Organisationsverschulden
- Hemmung der Verjährung
- Rechte nach Ablauf der Verjährungsfrist

Beide Parteien müssen sich Gedanken zur Frage der Verjährung machen.

Es empfiehlt sich folgende Prüfungsreihenfolge:

a) Welche Verjährungsfrist gilt?

Die Verjährungsfrist für Mängelansprüche beträgt bei Planungs- und Überwachungsleistungen für Bauwerke 5 Jahre (§ 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB). Heute steht fest, dass auch Pflichtverletzungen des Architekten/Ingenieurs zu Mängeln der Architekten-/Ingenieurleistung führen und damit – anders als früher – nicht die regelmäßige Verjährungsfrist gilt, sondern die 5-Jahresfrist ab der Abnahme der Architekten-/Ingenieurleistung. Eine Ausnahme gilt für Ansprüche wegen arglistigen Verschweigens eines Mangels. Diese unterliegen der 3-jährigen Verjährungsfrist ab Entstehung und Kenntnis, allerdings steht mindestens die 5-jährige Frist ab der Abnahme zur Verfügung (§ 634a Abs. 3 BGB). Die heute kaum noch praktikablen Ansprüche wegen sog. Organisationsverschuldens sind hinsichtlich der Verjährung den Ansprüchen wegen arglistigen Verschweigens eines Mangels gleichgestellt.

Um Planungs- und Überwachungsleistungen für Bauwerke handelt es sich auch bei solchen für die Sanierung. Ebenso sind bauwerksbezogene Beratungen und Begutachtungen erfasst (Palandt/*Retzlaff* BGB § 634a Rn. 10 zB für Bodengutachten; Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher Kompendium BauR Teil 11 Rn. 905). Umstritten ist, ob die 5-Jahresfrist auch dann gilt, wenn das Objekt nicht gebaut wird (heute hM; vgl. Palandt/*Retzlaff* BGB § 634a Rn. 10; Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher Kompendium BauR Teil 11 Rn. 905).

Eine Verkürzung der Verjährungsfrist für Mängel von 5 Jahren zB auf 2 Jahre ist in AGB oder in Formularverträgen unwirksam (§ 309 Nr. 8 Buchst. b ff. BGB). Verkürzt werden könnte die Frist nur im Individualvertrag oder durch Aushandeln (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB). Das Eintragen einer Ziffer in ein Architektenvertragsformular an der Stelle der Gewährleistungsfrist ist jedoch noch kein Aushandeln (BGH BauR 1987, 113; vgl. auch unten zur Teilabnahme bei b)).

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

b) Wann beginnt die Frist zu laufen?

Insoweit sind verschiedene Gesichtspunkte zu überprüfen, nämlich im Normalfall der Zeitpunkt der Abnahme, im Ausnahmefall der Zeitpunkt der Kündigung, sodann die Frage, ob wirksam der Fristbeginn vereinbart wurde und ob die Frist eventuell später zu laufen beginnt:

- Regelmäßig beginnt die Frist mit der Abnahme zu laufen. In diesem Zusammenhang ist zu unterscheiden, ob dem Architekten die Leistungsphase 9 des § 15 HOAI mit in Auftrag gegeben ist oder nicht. Hat er nur die Leistungen bis einschließlich Leistungsphase 8 zu erbringen, so kann die „Billigung" der Leistungen frühestens nach der letzten Handlung des Architekten geschehen, zB nach der Prüfung der letzten Rechnung oder nach Überwachung der letzten Mangelbeseitigungsarbeiten durch am Bau Beteiligte und Zahlung des Architektenhonorars im Anschluss daran (OLG Hamm BauR 2006, 704; KG BauR 2008, 1025; OLG Hamm BauR 2008, 1480). Auch eine konkludente Abnahme setzt aber voraus, dass das Werk abnahmefähig erstellt ist. Dazu gehört die Vollendung der vertraglich geschuldeten Leistungen (BGH BauR 2011, 876). Hat der Architekt nur Planungsleistungen in Auftrag, dann kommt eine konkludente Abnahme in Betracht, wenn der Bauherr diese entgegennimmt und überprüft und zu erkennen gibt, er wolle sie als in der Hauptsache vertragsgemäß billigen. Erforderlich ist in der Regel der Ablauf einer angemessenen Prüfungsfrist von mehreren Monaten nach Bezug, auch wenn das Bauvorhaben nicht vollständig sondern nur nahezu fertiggestellt ist (BGH BauR 2010, 795 = NJW-RR 2010, 748 = NZBau 2010, 318).

  Hat der Architekt dagegen die Leistungsphase 9 ebenfalls in Auftrag, so muss er eine „Objektbegehung zur Mängelfeststellung vor Ablauf der Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche gegenüber den bauausführenden Unternehmen" durchführen.