



Wenn der Mangel bereits vor Ablauf der Verjährungsfrist in Erscheinung getreten ist, so dass ein darauf gestütztes Leistungsverweigerungsrecht in nicht verjährter Zeit hätte geltend gemacht werden können, kann der Besteller auch bei verjährten Mängelansprüchen die Zahlung verweigern. Dieses Urteil des BGH vom 05.11.2015 und noch weitere 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 Auch bei verjährten Mängelansprüchen kann ein Recht zur Verweigerung der Zahlung bestehen
- 4 Der vollständige Ausschluss eines Anspruchs auf Preisanpassung wegen Mengenänderung in AGB ist unwirksam
- 5 Bei verjährten Mängelansprüchen darf der Auftraggeber die Bürgschaft nicht mehr zurückhalten
- 6 Honorarminderung wegen fehlendem Bautagebuch?
- 7 Schadensersatz nur in Höhe der günstigsten Variante bei gleichwertigen Sanierungsmöglichkeiten
- 8 Auftragserteilung durch die Äußerung „Legen Sie los, fangen Sie an“
- 9 Berechnung der Höhe des Architektenhonorars bei Teilleistungen für ein Teilprojekt
- 10 Eingeschränkte Überwachungspflicht bei besonders sachkundigem Abbruchunternehmer
- 12 Impressum



## Auch bei verjährten Mängelansprüchen kann ein Recht zur Verweigerung der Zahlung bestehen

Auch nach Eintritt der Verjährung der Mängelansprüche kann ein Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers wegen eines Mangels der Werkleistung bestehen. Voraussetzung ist, dass dieser Mangel bereits vor Ablauf der Verjährungsfrist in Erscheinung getreten ist und daher ein darauf gestütztes Leistungsverweigerungsrecht in nicht verjährter Zeit hätte geltend gemacht werden können. Das hat der BGH in seinem Urteil vom 05.11.2015 – VII ZR 144/14 entschieden.

2008 beauftragte der Auftraggeber den Auftragnehmer mit Rohbauarbeiten für den Neubau eines Büros mit Lagerhalle. Am 16.10.2008 erklärte er unter Vorbehalt zahlreicher Mängel die Abnahme. Mit der Klage machte der Auftragnehmer Restwerklohn geltend. Der Auftraggeber rechnete mit Ersatzvornahmekosten auf und verweigerte im Übrigen unter Hinweis auf Mängel die Zahlung. Nach Ablauf der fünfjährigen Mangelverjährungsfrist am 16.10.2013 machte der Auftraggeber in der Berufungsinstanz einen weiteren Mangel geltend. Nach Auffassung des Berufungsgerichts kommt es auf diesen Mangel wegen des Ablaufs der Verjährungsfrist allerdings nicht an. Der Auftraggeber könne deswegen kein Verweigerungsrecht geltend machen.

Das sah der BGH anders. Der BGH begründet seine Entscheidung mit § 215 BGB. Aus § 215 BGB ergebe sich, dass die Verjährung die Aufrechnung und die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht ausschließe, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt gewesen sei, in dem erstmals habe aufgerechnet oder die Leistung verweigert werden können. Das Gesetz setze nur voraus, dass der Mangel, auf den das Leistungsverweigerungsrecht gestützt werde, bereits vor Ablauf der Verjährungsfrist der Mängelansprüche in Erscheinung getreten sei und daher vor Ablauf der Verjährungsfrist ein darauf gestütztes Leistungsverweigerungsrecht habe geltend gemacht werden können. Nicht erforderlich sei dagegen, dass der Bauherr bereits vor Eintritt der Verjährung der Mängelansprüche ein diesbezügliches Leistungsverweigerungsrecht geltend gemacht habe.



## Der vollständige Ausschluss eines Anspruchs auf Preisanpassung wegen Mengenänderung in AGB ist unwirksam

Eine vom Auftraggeber in einem VOB-Einheitspreisvertrag formularmäßig gestellte Klausel „Massenänderung – über 10 % – sind vorbehalten und berechtigen nicht zur Preiskorrektur“ ist unwirksam. Sie benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen, da mit ihr nicht nur eine Preisanpassung zugunsten des Auftragnehmers nach § 2 Abs. 3 VOB/B ausgeschlossen wird, sondern darüber hinaus auch eine Preisanpassung nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage. Das hat der BGH mit Beschluss vom 04.11.2015 – VII ZR 282/14 – entschieden.

Der Auftraggeber war mit der Erstellung einer Lärmschutzwand beauftragt. Mit der Durchführung der Erdarbeiten beauftragte er einen Nachunternehmer. Im Auftragschreiben an den Nachunternehmer war der Anspruch auf Preisanpassung bei Mengenänderungen auch über 10 % wie folgt ausgeschlossen: „Massenänderung – über 10 % – sind vorbehalten und berechtigen nicht zur Preiskorrektur“ Die VOB/B wurde als nachrangige Vertragsgrundlage vereinbart. Bei der Ausführung der Leistungen zeigte sich, dass in verschiedenen Positionen erheblich geringere Mengen als ausgeschrieben zur Ausführung gelangten. Der Nachunternehmer machte in der Schlussrechnung eine Forderung von rund 55.000,00 EUR wegen der Mindermengen geltend und berief sich auf eine Unterdeckung der allgemeinen Geschäftskosten und der kalkulatorischen Aufschläge für Wagnis und Gewinn. Der Auftraggeber machte geltend, dass eine Forderung wegen der vertraglichen Regelung ausgeschlossen sei.

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Nachunternehmers hebt der BGH die Entscheidung des OLG auf und verweist den Rechtsstreit zurück. Mit dieser Klausel wird nach Auffassung des BGH bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung nicht nur eine Preisanpassung zugunsten des Nachunternehmers nach § 2 Absatz 3 VOB/B ausgeschlossen, sondern darüber hinaus auch eine Preisanpassung nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage. Die Klausel sei daher wegen unangemessener Benachteiligung des Nachunternehmers unwirksam, wenn es sich bei der Regelung im Auftragschreiben um eine vom Auftraggeber gestellte allgemeine Geschäftsbedingung handele, was vom OLG offen gelassen wurden war.



## Bei verjährten Mängelansprüchen darf der Auftraggeber die Bürgschaft nicht mehr zurückhalten

§ 17 Nr. 8 Absatz 2 VOB/B 2002 ist dahingehend auszulegen, dass der Auftraggeber eine als Sicherheit für Mängelansprüche erhaltene Bürgschaft nach Ablauf der 2-jährigen Sicherungszeit nicht (mehr) zurückhalten darf, wenn diese Mängelansprüche verjährt sind, und der Auftragnehmer die Einrede der Verjährung erhebt, so der BGH in einem Urteil vom 09.07.2015 – VII ZR 5/15.

Ein Auftraggeber beauftragte einen Auftragnehmer mit der Anbringung von Fassadenelementen. Die VOB/B wurde vereinbart. In dem Bauvertrag wurde zudem ein 5 %-iger Sicherheitseinbehalt vereinbart, der gegen Vorlage einer unbefristeten Gewährleistungsbürgschaft ausbezahlt werden sollte. Hinsichtlich der Gewährleistung war im Vertrag Folgendes bestimmt: „Die Gewährleistung ist geregelt nach 1. VOB, 5 Jahre und 2 Wochen“. Die Abnahme erfolgte zum 30.11.2005. 2009 rügte der Auftraggeber den mangelhaften Schallschutz. 2014 klagte der Auftragnehmer schließlich auf Rückgabe der Gewährleistungsbürgschaft.

Zu Recht. Der Auftragnehmer kann vom Auftraggeber die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde nach § 17 Nr. 8 Absatz 2 VOB/B 2002 an sich verlangen. Im Bauvertrag war keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen, zu welchem Zeitpunkt die Mangelbürgschaft zurückzugeben ist. Der Auftraggeber ist nicht mehr berechtigt, die Bürgschaftsurkunde zurückzuhalten, nachdem die 2-jährige Sicherungszeit abgelaufen ist und sich der Auftragnehmer auf die Verjährung der Mängelansprüche berufen hat. Zwar kann auch nach Ablauf der 2-jährigen Sicherheitszeit die Bürgschaft noch zurückgehalten werden, wenn Mängelansprüche bestehen. Dies folgt aus dem Sicherungszweck einer Gewährleistungsbürgschaft. Steht aber fest, dass Mängelansprüche verjährt sind und beruft sich der Auftragnehmer auch auf die Verjährung, besteht kein Zurückbehaltungsrecht an der Gewährleistungsbürgschaft. Der Zweck einer als Sicherheit gestellten Mangelbürgschaft entfällt regelmäßig, wenn Mängelansprüche nicht mehr durchsetzbar sind, weil Verjährung eingetreten ist.



## Honorarminderung wegen fehlendem Bautagebuch?

Ein Anspruch auf Minderung des Architektenhonorars wegen fehlendem Bautagebuch besteht nur dann, wenn das Führen eines Bautagebuchs vertraglich vereinbart war, so das OLG Hamm, Urteil vom 20.09.2013 – 12 U 103/12, BGH, Beschluss vom 13.08.2015 – VII ZR 290/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).

Der Auftraggeber beauftragte den Architekten mit der Planung und Überwachung der Errichtung von diversen Gebäuden auf jeweils unterschiedlichen Grundstücken. Ein schriftlicher Architektenvertrag wurde nicht geschlossen. Der Architekt machte ein restliches Honorar in Höhe von 450.000,00 EUR nebst Zinsen geltend. Der Auftraggeber rechnete mit einem Anspruch auf Schadensersatz aus verschiedenen behaupteten Überwachungsfehlern des Architekten in Höhe von rund 300.000,00 EUR auf. Außerdem machte er Minderung des Honorars um 0,7 % geltend mit der Begründung, der Architekt habe kein Bautagebuch geführt. Das Landgericht gab der Klage weitestgehend statt.

Das OLG Hamm hat die Berufung des Auftraggebers zurückgewiesen. Das Nichtführen eines Bautagebuchs stelle nur dann einen zur Minderung berechtigenden Mangel des Architektenwerks dar, wenn das Führen eines Bautagebuchs vertraglich vereinbart gewesen sei. Denn nur dann sei beim Nichtführen eines Tagebuchs von einem Mangel des Architektenwerks auszugehen, der zu einer Minderung des Gesamthonorars führte. Trotz entsprechendem Hinweis des Gerichts hat der Auftraggeber nichts zu einer derartigen Vereinbarung vorgetragen.



## Schadensersatz nur in Höhe der günstigsten Variante bei gleichwertigen Sanierungsmöglichkeiten

Vor Durchführung der Sanierung können nur die Mangelbeseitigungskosten verlangt werden, die sicher mindestens anfallen werden. Gibt es mehrere etwa gleichwertige bauliche Sanierungsvarianten, können nur die Kosten der günstigeren Variante zugrunde gelegt werden. Das hat das OLG München in seinem Urteil vom 03.11.2015 – 9 U 2777/11 – entschieden.

Der Bauherr nahm den planenden und bauaufsichtsführenden Architekten auf Schadensersatz wegen diverser Baumängel in Anspruch. Ein wesentlicher Mangel lag darin, dass die Tiefgaragenabfahrt fehlerhaft geplant und ausgeführt wurde. Ihr Befahren war daher nicht gefahrlos möglich. Der gerichtlich bestellte Sachverständige stellte fest, dass die störende Betonsäule durch eine Stahlkonstruktion mit einem Aufwand von rund 40.000,00 EUR netto ersetzt werden könne. Der vom Bauherrn beauftragte Sachverständige schlug eine Sanierungsvariante vor, deren Kosten um ein Vielfaches höher lagen. Der Bauherr klagte den höheren Betrag ein.

Das OLG München spricht dem Bauherrn nur den geringeren Betrag zu. Beide Sanierungsvarianten sieht es als gleichwertig an. Es vertritt die Auffassung, dass vor Durchführung der Sanierung nur die sicher mindestanfallenden Mangelbeseitigungskosten ohne Umsatzsteuer zugesprochen werden können.



## Auftragserteilung durch die Äußerung „Legen Sie los, fangen Sie an“

Diskutieren Bauherr und Architekt über die Möglichkeit der Nutzungsänderung eines Gebäudes und weist der Architekt darauf hin, dass er hierfür keinen Auftrag habe, ist die Äußerung des Bauherrn „Legen Sie los, fangen Sie an“ als entsprechende Beauftragung zu bewerten. Erbringt der Architekt bereits vor Auftragserteilung einzelne Leistungen, kann er hierfür nach Auftragserteilung das entsprechende Honorar verlangen, so das Oberlandesgericht München, Urteil vom 18.11.2013 – 27 U 743/13; BGH, Beschluss vom 10.09.2015 – VII ZR 338/13 (Nichtzulassungsbeschwerde wurde zurückgewiesen).

Der Architekt machte gegen den Bauherrn ein Architektenhonorar aus insgesamt drei Bauvorhaben geltend. Hinsichtlich des ersten Bauvorhabens begehrte der Architekt ein Honorar für die Leistungsphasen 1 bis 4 gemäß § 15 Absatz 2 HOAI 1996. Der Bauherr verweigerte die Zahlung. Er wendete ein, dass es an einer entsprechenden Beauftragung fehle.

Diese Auffassung teilt das Oberlandesgericht München nicht. Es wertet die Äußerung des Vertreters des Bauherrn, der Architekt solle „los legen“ als Beauftragung für die Leistungsphasen 1 bis 4. Nach einer Auftragserteilung seien die Leistungen zu honorieren, auch wenn bereits zuvor Teilleistungen gefertigt worden seien. Arbeite der Architekt vor einer Auftragserteilung, sei dies sein Risiko im Hinblick auf eine Auftragserteilung. Werde der Auftrag dann aber erteilt, könne er für die vom Auftragsumfang umfassten Planungen eine Vergütung verlangen, auch wenn sie schon vor dem Beauftragungszeitpunkt erstellt worden seien.





## Berechnung der Höhe des Architektenhonorars bei Teilleistungen für ein Teilprojekt

Wenn nicht alle Grundleistungen einer Leistungsphase übertragen werden, darf für die übertragenen Leistungen nur ein Honorar berechnet werden, das dem Anteil der übertragenen Leistungen der gesamten Leistungsphase entspricht. Betrifft die Beauftragung nur Teile eines Objektes und wird hinsichtlich dieser Teile lediglich eine Leistungsphase beauftragt, die zudem nicht vollständig zu erbringen ist, berechnet sich das Honorar nach den anrechenbaren Kosten des Teilobjektes. Der Architekt kann außerdem nur das Honorar der Leistungsphase geltend machen, das der beauftragten Teilleistung der Leistungsphase entspricht, so das OLG Koblenz, Urteil vom 30.03.2012 – 10 O 523/11; BGH, Beschluss vom 10.09.2015 – VII ZR 129/12 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).

Der Auftraggeber plante den Aus- und Neubau eines Flughafens. Auftragnehmerin war eine im Bereich der Planung und Ausführung von Verkehrsanlagen tätige Ingenieurgesellschaft. Sie wurde vom Auftraggeber bezüglich der Wasserversorgungsanlage, der Flugbetriebsflächen sowie der Treibstoffversorgungsanlage mit Teilleistungen beauftragt. Die Parteien stritten über die Höhe des Honorars. Die Auftragnehmerin machte einen Restwerklohnanspruch mit der Begründung geltend, es sei von höheren anrechenbaren Kosten auszugehen. Maßgeblich seien nicht die anrechenbaren Kosten der drei Teilobjekte, sondern des gesamten Flughafens. Außerdem wurden für die Teilleistungen höhere abrechnungsfähige Prozentsätze geltend gemacht als vom Auftraggeber anerkannt.

Die Auftragnehmerin hat mit ihrer Berufung keinen Erfolg. Das Oberlandesgericht Koblenz weist die Berufung zurück und bestätigt, dass die Klägerin nicht mit allen Planungsleistungen bezüglich des gesamten Flugplatzes beauftragt gewesen sei, sondern nur bezüglich bestimmter Teilobjekte. Hinsichtlich der anrechenbaren Kosten seien daher nur die Kosten für die beauftragten Teilobjekte, der Wasserversorgungsanlage, der Flugbetriebsflächen und der Treibstoffversorgungsanlage in Ansatz zu bringen gewesen. Außerdem seien nicht alle Grundleistungen der Leistungsphase übertragen worden, so dass sich das Honorar nur aus der beauftragten Teilleistung der Leistungsphase errechne.



## Eingeschränkte Überwachungspflicht bei besonders sachkundigem Abbruchunternehmer

Die Überwachungspflicht der Architekten beschränkt sich darauf sicherzustellen, dass die anzunehmende besondere Fachkenntnis im Einzelfall auch tatsächlich zum Tragen kommt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn ein besonders sachkundiger Abbruchunternehmer beauftragt wird, der eigenverantwortlich Prüfmaßnahmen betreffend das Abbruchmaterial durchführen soll. Das hat das OLG Schleswig mit Urteil vom 10.10.2014 – 1 U 88/11 – entschieden.

Die Architekten wurden mit der Planung, Vorbereitung der Vergabe, Mitwirkung bei der Vergabe und der Objektüberwachung des Abbruchs einer Kasernenanlage beauftragt. Für die Objektüberwachung wurden nur 5 % des Gesamthonorars vereinbart. Mit den Abbrucharbeiten wurde ein Spezialunternehmen, das insbesondere den Abbruch alter Kasernen durchführt, beauftragt. Dieses Unternehmen hatte auch stichprobenartige Analysen des Abbruchguts durchzuführen. Entsprechend nicht zum Wiedereinbau geeignete Materialien waren zu separieren, getrennt zu lagern und zu entsorgen. Die erforderliche konsequente Trennung in mineralische und nicht mineralische Stoffe wurde vom Abbruchunternehmer nicht durchgeführt. Dies führte dazu, dass nicht zur Verfüllung geeignetes Material in erheblichen Mengen anfiel. Der Bauherr nahm die Architekten auf Schadensersatz in Anspruch. Dieser hatte stichprobenartige Überprüfungen vorgenommen und auch Mängel gerügt.

Der Bauherr unterliegt mit seinem Schadensersatzanspruch. Das OLG Schleswig weist darauf hin, dass es sich bei dem beauftragten Abbruchunternehmen um ein besonders sachkundiges und erfahrendes Unternehmen in Bezug auf den Abbruch alter Kasernengebäude handele und dass die eigenverantwortliche Beprobung des Abbruchmaterials zu den Leistungspflichten des Abbruchunternehmers gehört habe. Danach sei die konkrete Überwachung und Einhaltung der Bestimmungen betreffend das Abbruchmaterial die erstrangige Pflicht des Abbruchunternehmers gewesen, ebenso wie die Beprobung und die Veranlassung der Untersuchung der Proben. Die Architekten seien lediglich verpflichtet gewesen,



das Unternehmen bei der Ausführung seiner Leistung zu überwachen. Die Bauüberwachungspflicht eines Architekten trete gegenüber einem besonders fachkundigen Unternehmer hinsichtlich dessen Spezialkenntnis zurück. Auch aus dem Umstand, dass für die Objektüberwachung lediglich 5 % des Gesamthonorars vereinbart gewesen seien, spreche für diese begrenzte Bauüberwachungspflicht der Architekten, so das Gericht.



### 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 mbh.

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