



Der Anspruch auf Ersatz eines Verzugsschadens gemäß § 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 1 BGB unterliegt der regelmäßigen Verjährung von drei Jahren. Die Verjährung des Schadensersatzanspruchs gemäß § 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 1 BGB erfasst auch nachträglich eintretende Schadensfolgen, die im Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs als möglich voraussehbar waren, (BGH, Urteil vom 19.05.2022 - VII ZR 149/21).

Dieses interessante Urteil zu Verjährungsfragen sowie einige 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

koeln@avocado.de

www.avocado.de



## Inhaltsverzeichnis

- 3 Abrechnungssumme heißt Netto-Abrechnungssumme
- 4 Die Bezahlung einer Abschlagsrechnung ist kein Anerkenntnis
- 5 Ein Bedenkenhinweis gegenüber dem vom Auftraggeber ange-  
stellten Bauleiter genügt
- 6 Der Schadensersatzanspruch aus Verzug verjährt in drei Jahren
- 9 Ein Nachtragsangebot umfasst auch die bauzeitbedingten Mehr-  
kosten
- 10 Eine fiktive Abnahme kann auch bei gerügten Mängeln eintreten
- 12 Impressum



## Abrechnungssumme heißt Netto-Abrechnungssumme

Der Begriff der „Abrechnungssumme“ in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist ohne weitere Erläuterungen im Vertrag mehrdeutig. Gemäß § 305c Abs. 2 BGB ist daher in diesen Fällen die für den Auftraggeber ungünstigere Auslegung vorzunehmen und die Nettoabrechnungssumme zu Grunde zu legen, OLG Zweibrücken, Urteil vom 06.10.2020 - 8U71/17; BGH, Urteil vom 05.05.2022 – VII ZR 176/20.

Wegen einer 10 Monate verspäteten Fertigstellung der Werkleistung machte der Auftraggeber eine Vertragsstrafe i.H.v. 150.000 Euro (5% der Bruttoabrechnungssumme) gegenüber dem Auftragnehmer geltend. Nach den AGB des Auftraggebers war bei Überschreitung des Fertigstellungstermins eine Vertragsstrafe für jeden Werktag der Verspätung von 0,2% der Abrechnungssumme, höchstens jedoch 5% der Abrechnungssumme, vereinbart.

Das OLG Zweibrücken hält die Vertragsstrafenklausel für wirksam; obwohl die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Regelung nicht klar und unmissverständlich formuliert sei, sei sie nicht wegen fehlender Transparenz unwirksam. Auch seien 5% der Bruttoabrechnungssumme noch angemessen. Zwar sei der Begriff der „Abrechnungssumme“ mehrdeutig, da sowohl die Brutto- als auch die Nettoabrechnungssumme gemeint sein könne, dies führe aber nicht zur Unwirksamkeit wegen Intransparenz der Klausel. Allerdings seien unklare Klauseln gemäß § 305c Abs. 2 BGB zum Nachteil des Verwenders - hier des Auftraggebers - auszulegen. Dies bedeute, dass hier unter „Abrechnungssumme“ die Nettoabrechnungssumme zu verstehen sei. Der Auftraggeber könne daher nur eine Vertragsstrafe von 5% der Nettoabrechnungssumme verlangen.

Die hiergegen eingelegte Revision des Auftraggebers bleibt ohne Erfolg. Der BGH bestätigt, dass der Begriff der „Abrechnungssumme“ ohne weitere Erläuterungen im Vertrag mehrdeutig sei und gemäß § 305c Abs. 2 BGB die für den Auftraggeber ungünstigere Auslegung vorzunehmen und die Nettoabrechnungssumme zu Grunde zu legen sei.



## Die Bezahlung einer Abschlagsrechnung ist kein Anerkenntnis

Abschlagszahlungen haben stets nur vorläufigen Charakter. Die Bezahlung einer Abschlagsrechnung rechtfertigt nicht die Annahme eines Anerkenntnisses der darin enthaltenen Positionen, insbesondere nicht hinsichtlich der Höhe der geschuldeten Vergütung, OLG Hamburg, Urteil vom 27.11.2020 – 8 U 7/20; BGH, Beschluss vom 27.10.2021 - VII ZR 11/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).

Der Auftragnehmer konnte mit den beauftragten Parkettarbeiten wegen einer Verzögerung der Vorgewerke erst verspätet beginnen. Er verlangte vom Auftraggeber um 7,5% erhöhte Preise. Dieser verlangte im Gegenzug einen Kalkulationsnachweis. Der Auftragnehmer legte dazu das Schreiben eines Lieferanten vor, wonach sich die Materialpreise um 7,5% erhöht hätten. Darauf antwortete der Auftraggeber nicht. Der Auftragnehmer begehrte insgesamt eine Preiserhöhung von rund 42.000 Euro. Er berief sich auf eine konkludente Vereinbarung. Der Auftraggeber habe alle Abschlagsrechnungen bezahlt. Ab der zweiten Rechnung seien darin die erhöhten Einheitspreise ausgewiesen gewesen.

Dieser Argumentation ist das OLG Hamburg nicht gefolgt. Der Auftraggeber habe durch die Abschlagszahlungen weder einer Vertragsänderung zugestimmt noch eine Preiserhöhung anerkannt. Die Bezahlung von Abschlagsrechnungen rechtfertige nicht die Annahme eines Anerkenntnisses der darin enthaltenen Positionen. Abschlagszahlungen hätten nur vorläufigen Charakter und über sie habe noch eine endgültige Abrechnung durch den Auftragnehmer zu erfolgen. Hinzu käme, dass die Parteien eine Pauschalvergütung vereinbart hätten und der Auftraggeber daher keinen Anlass gehabt habe, die in die Abschlagsrechnung eingesetzten Preise zu überprüfen und mit den der Kalkulation der Pauschalvergütung zu Grunde liegenden Angebotspreisen zu vergleichen.



Grundsätzlich stelle die Bezahlung einer Verbindlichkeit in aller Regel kein Schuldanerkenntnis dar. Eine Vertragsänderung oder ein Anerkenntnis könnten insbesondere nicht aus Abschlagszahlungen hergeleitet werden. Die abgerechneten und bezahlten Positionen einer Abschlagsrechnung sollten nicht dem Streit entzogen werden.

### Ein Bedenkenhinweis gegenüber dem vom Auftraggeber angestellten Bauleiter genügt

Steht der Bauleiter in einem Arbeitsverhältnis mit dem Auftraggeber, so gelangt der Bedenkenhinweis unmittelbar in die Sphäre des Bauherrn. Die den Hinweis missachtende Anweisung ist dann ebenfalls der Sphäre des Bauherrn zuzurechnen. Der Grundsatz, dass dann, wenn der Bauleiter sich den vorgetragenen Bedenken des Auftragnehmers verschließt, der Auftraggeber selbst informiert werden muss, betrifft hingegen die Fälle, in denen der Bauleiter außerhalb der Sphäre des Bauherrn steht. Dies ist dann der Fall, wenn er mit dem Auftraggeber durch einen Werkvertrag verbunden ist, OLG Köln, Beschluss vom 05.10.2021 - 16 U 55/21.

Die Treppenstufen in drei fünfgeschossigen Häusern hatten zu geringe Auftrittsbreiten, die bereits in den Plänen angelegt waren. Der im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens beauftragte Sachverständige ging deshalb von Ausführungs-, Planungs- und Bauleitungsfehlern aus. Der Auftraggeber verlangte die Beseitigungskosten i.H.v. 90.000 Euro vom Auftragnehmer als Kostenvorschuss. Im Vertrag war die VOB/B vereinbart. Der Auftragnehmer verteidigte sich damit, dass er mündlich gegenüber dem Bauleiter des Auftraggebers wegen zu geringer Auftrittsbreiten Bedenken angezeigt habe und dieser ihn angewiesen habe, die Verlegearbeiten trotzdem auszuführen. Der Auftraggeber bestritt einen korrekten Bedenkenhinweis.

Das OLG Köln verneint einen Anspruch des Auftraggebers auf Vorschuss gemäß §§ 633, 634 Nr. 2, § 637 BGB i.V.m. § 13 VOB/B. Der Auftragnehmer habe bewiesen, dass er dem als Bauleiter angestellten Mitarbeiter des Auftraggebers einen mündlichen Hinweis auf die zu geringe Auftrittsweite der Treppenstufen erteilt habe und dieser ihn zur Fortsetzung



der Arbeiten angewiesen habe. Der Auftragnehmer sei nicht verpflichtet gewesen, sich zusätzlich direkt an den Auftraggeber zu wenden, obwohl der Bauleiter den Bedenkenhinweis missachtet habe. Aus den in den Leitsätzen genannten Erwägungen gebe es keinen Anlass, den Auftraggeber als Bauherrn vor einer Untätigkeit des von ihm betriebsintern mit den Aufgaben der Bauleitung betrauten Mitarbeiters zu schützen. Der Hinweis des Auftragnehmers auf die zu geringe Auftrittsbreite sei eindeutig gewesen. Er bedürfe daher in Bezug auf die Mangelhaftigkeit keiner weiteren Ausführung und befreie den Auftragnehmer von seiner Haftung.

### Der Schadensersatzanspruch aus Verzug verjährt in drei Jahren

Der Anspruch auf Ersatz des infolge Verzugs eingetretenen Schadens gemäß § 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 1 BGB unterliegt der regelmäßigen Verjährung. Die Verjährung des Schadensersatzanspruchs gemäß § 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 1 BGB erfasst auch nachträglich eintretende Schadensfolgen, die im Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs als möglich voraussehbar waren, OLG Rostock, Urteil vom 02.02.2021 - 4U70/19 ;BGH, Urteil vom 19.05.2022 - VII ZR 149/21.

Nach einem Streit über die „Ordnungsgemäßheit“ der Leistung bei der Errichtung eines Einfamilienhauses verweigerte der Auftraggeber die Abschlagszahlungen. Daraufhin stellte der Auftragnehmer die Arbeiten ein. Der Auftraggeber setzte ihm eine Frist zur Fertigstellung bis zum 05.09.2008. Der Auftragnehmer blieb untätig und klagte auf Abschlagszahlung. Nach Abweisung dieser Klage wegen Mängeln des Bauwerks erklärte der Auftraggeber 2013 den Rücktritt vom Vertrag und zog nach Teilabriss und Neuherstellung im Juni 2015 in das Haus ein. Erst im März 2017 erhob er Klage. Er begehrte Schadensersatz für die Kosten einer Kücheneinlagerung, für Bereitstellungsinsen und entgangene Nutzung i.H.v. ca. 98.000 Euro, zudem eine Vertragsstrafe i.H.v. ca. 8.000 Euro. Das OLG Rostock wies die Klage ab, weil die Ansprüche des Bauherrn verjährt seien.



Der BGH bestätigt die Rechtsauffassung des OLG Rostock. Der Bauunternehmer sei in Verzug geraten, weil er das Einfamilienhaus nicht rechtzeitig fertig gestellt habe. Gemäß §§ 280, 286 Abs. 1 BGB stehe dem Auftraggeber daher ein Verzugsschadensersatzanspruch zu. Dieser Schadensersatzanspruch unterliege der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren. Die Frist beginne mit dem Ende des Jahres, in dem der Anspruch fällig geworden sei und der Gläubiger Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen erlangt habe oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Im September 2008 sei der Auftragnehmer in Verzug geraten. Das sei dem Auftraggeber bekannt gewesen. Auf die Kenntnis des Auftraggebers von den Mängeln komme es nicht an. Es genüge, dass ihm die verzögerte Fertigstellung und die hieraus resultierenden Schäden bekannt gewesen seien. Die Verjährung habe danach Ende 2008 zu laufen begonnen.

Nach dem Grundsatz der Schadenseinheit beginne die Verjährung einheitlich für den gesamten Schaden, sobald die erste Vermögenseinbuße eingetreten sei. Für die Verjährung komme es trotz der „fortlaufenden“ Schadenspositionen (so haben sich etwa die Kosten für die Einlagerung der Küche jeden Monat erhöht) nicht darauf an, wann der Teilschaden entstanden sei. Der Geschädigte könne und müsse eine Feststellungsklage erheben, um die Verjährung für die erst in Zukunft entstehenden Schäden zu hemmen. Auch die Vertragsstrafe sei verjährt. Diese sei spätestens im Jahr 2009 vollständig verwirkt gewesen, sodass die Verjährungsfrist von drei Jahren spätestens am 31.12.2012 abgelaufen sei.



## Mangel der Architektenleistung durch Überschreitung der Baukosten

Eine Überschreitung der Baukosten kann als Mangel der Architektenleistung einzustufen sein, wenn die Parteien eine Beschaffenheitsvereinbarung dahin getroffen haben, dass die Baukosten ein bestimmtes Limit nicht überschreiten dürfen. Der Architekt ist verpflichtet, im Rahmen der Grundlagenermittlung den wirtschaftlichen Rahmen eines privaten Bauherrn abzustecken und ihn dazu nach seinen Vorstellungen zu fragen. Nimmt der Architekt eine Kostenschätzung vor, muss die Schätzung zutreffend sein. Handelt es sich nur um eine grobe Schätzung, muss er über die Schwächen der Kostenangaben aufklären, OLG Nürnberg, Urteil vom 24.09.2019 – 6 U 521/17, BGH, Beschluss vom 08.12.2021 – VII ZR 224/19 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).

Die Auftraggeber verlangten von den beklagten Architekten Schadensersatz wegen einer pflichtwidrigen Überschreitung der Bausumme und fehlerhafter Kostenschätzung. Der Architekt war mit der Vollarchitektur nach § 15 HOAI 1996 beauftragt. Die erste Kostenschätzung wies Kosten von 386.400 DM aus. Nachdem die Kosten weit mehr als 400.000 DM betragen, stoppten die Bauherren die weitere Bauausführung und Vergabe von Bauaufträgen. Nach der erstinstanzlichen Entscheidung waren zur Fertigstellung des geplanten Bauvorhabens mindestens brutto 555.489 Euro aufzuwenden. Das Landgericht nahm ein maximales Budget von 420.000 DM an und sprach den Auftraggebern einen Schadensersatz i.H.v. ca. 58.000 Euro zu. Gegen dieses Urteil legte der Architekt Berufung ein.

Das OLG Nürnberg hält die Berufung für (weitestgehend) unbegründet. Dem Architekten sei eine Pflichtverletzung anzulasten. Er habe die Kostenvorstellungen der Auftraggeber schon nach seinem eigenen Vorbringen nicht erfragt und sie auch nicht bezüglich der Schwächen seiner – wie von ihm vorgetragen – nur groben Kostenschätzung aufgeklärt. Nimmt der Architekt eine Kostenschätzung vor, müsse die Schätzung zutreffend sein. Handele es sich nur um eine grobe Schätzung, müsse der Architekt über die Schwächen der Kostenangaben aufklären. Eine Baukostenobergrenze im Sinne einer Beschaffenheitsvereinbarung konnte hingegen nicht bewiesen werden.





## Ein Nachtragsangebot umfasst auch die bauzeitbedingten Mehrkosten

Ein Auftragnehmer, der dem Auftraggeber ein Nachtragsangebot unterbreitet, macht damit ein abschließendes Angebot, das auch bauzeitbedingt entstandenen Mehrbedarf umfasst, OLG Frankfurt, Urteil vom 19.12.2019 – 5 U 171/18; BGH, Beschluss vom 13.10.2021 – VII ZR 15/20 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).

Bei Rohbauarbeiten für den Neubau eines Klinikneubaus kam es zu Bauzeitverlängerungen. Unter Ziffer 1.2.6. „Baustelle AN vorhalten“ des Leistungsverzeichnisses des Auftragnehmers war geregelt „12.000 Mt 321.023,8 0 Euro“. Unter Position 1.4.1 mit der Überschrift „Unvorhergesehene Baustelleneinrichtung“ stand im LV: „Baustelleneinrichtung AN zusätzlich vorhalten“. Als Ausführungszeitraum war der 15.09.2008 bis 30.09.2009 vorgesehen. Der Auftragnehmer beehrte Zahlung einer zusätzlichen Vergütung für die verlängerte Standzeit der Baustelleneinrichtung, u. a. von Kränen, für den Zeitraum ab dem 01.10.2009 bis zum 15.06.2010. Für den Zeitraum vom 21.11.2009 bis 15.06.2010 machte der Auftraggeber geltend, die Vorhaltezeit habe sich aufgrund von diversen Nachtragsvereinbarungen der Parteien verlängert. Gegen die Entscheidung des Landgerichts, nach der dem Auftragnehmer über die bereits erfolgte Zahlung hinaus kein weiterer Vergütungsanspruch für das Vorhalten der Baustelleneinrichtung zusteht, richtete sich die Berufung des Auftragnehmers.

Was den Anspruch auf Vergütung der Vorhaltezeit für die Zeit vom 21.11.2009 bis 15.06.2010 betrifft, hatte seine Berufung keinen Erfolg. In den Nachtragsvereinbarungen sei keine Vereinbarung über die Vergütung einer verlängerten Vorhaltezeit getroffen worden. Unstreitig habe der Auftragnehmer einen derartigen Mehrbedarf nicht zum Gegenstand der zu Stande gekommenen Nachtragsvereinbarungen gemacht. In der Regel sei davon auszugehen, dass ein Auftragnehmer, der dem Auftraggeber ein Nachtragsangebot unterbreitet, ihm ein abschließendes Angebot mache, das auch bauzeitbedingt entstandenen Mehrbedarf umfasse. Hingegen könne nicht davon ausgegangen werden, dass die abgeschlossenen Nachtragsvereinbarungen inzident auf die Vergütungsregelung des LV zum Vorhalten der Baustellen-



einrichtung Bezug genommen hätten. Dabei hätten die Nachtragsvereinbarungen sogar die Möglichkeit vorgesehen, mittels Ankreuzen eine Verlängerung der Ausführungsfrist infolge des Nachtragsauftrags geltend zu machen. Hiervon sei kein Gebrauch gemacht worden. Es sei sogar angekreuzt worden, dass die Ausführungszeit nicht berührt werde. Vor diesem Hintergrund komme auch keine ergänzende Vertragsauslegung mit Bezug zu den einzelnen Nachtragsvereinbarungen in Betracht, da davon auszugehen sei, dass das Nachtragsangebot unter Berücksichtigung eines etwaigen bauzeitbedingt entstandenen Mehrbedarfs abschließend sei.

### Eine fiktive Abnahme kann auch bei gerügten Mängeln eintreten

Eine fiktive Abnahme nach § 640 Abs. 2 BGB tritt auch dann ein, wenn der Besteller bereits vor der Fristsetzung Mängel des Werks gerügt hat. Das gilt jedenfalls dann, wenn dem Werkunternehmer keine erheblichen Mängel des Werks bekannt sind, OLG Schleswig, Urteil vom 10.12.2021 – 1 U 64/20.

Der Auftraggeber beauftragte den Auftragnehmer mit Malerarbeiten Nach Durchführung der Arbeiten rügte der Auftraggeber auch teilweise unstreitig bestehende Mängel. Der Auftragnehmer sagte Nacharbeiten zu. Nach einigen Monaten forderte der Auftragnehmer den Auftraggeber schriftlich auf, ihm die Nacharbeiten zu ermöglichen. Gleichzeitig setzte er eine Frist zur Abnahme. Auf dieses Schreiben reagierte der Auftraggeber nicht. Im Prozess verlangte der Auftragnehmer die Zahlung des Werklohns. Der Auftraggeber wendete ein, es seien unstreitig Mängel vorhanden. Außerdem habe er schon während und bei der Beendigung der Arbeiten Mängel gerügt.

Nach dem Urteil des OLG Schleswig liegen die Voraussetzungen der fiktiven Abnahme nach § 640 Abs. 2 BGB vor und der Werklohnanspruch ist fällig. Der Auftragnehmer habe dem Auftraggeber nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt. Der Auftraggeber habe binnen dieser Frist die Abnahme nicht unter Angabe eines Mangels verweigert. Dass noch unstreitig Mängel vorhanden seien, stehe der Fertigstellung des



Werks und damit der Abnahme nicht entgegen. Das Werk könne auch fertig gestellt sein, obwohl noch Mängel vorhanden sind. § 640 Abs. 2 BGB erfordere keine Abnahmefähigkeit. Dass der AG vor dem Abnahmeverlangen bereits Mängel gerügt habe, stehe der fiktiven Abnahme nicht entgegen. Der Auftraggeber müsse den Mangel stets binnen der Frist rügen. Eine Rüge vor Fristbeginn reiche nicht aus.

Auch sei das Abnahmeverlangen des Auftragnehmers nicht rechtsmissbräuchlich. Das wäre nur der Fall, wenn dem Auftragnehmer erhebliche Mängel bekannt gewesen wären und er trotzdem die Abnahme verlangt hätte. Dies sei vorliegend nicht der Fall.



### 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 Berger, Figgen, Gerhold, Kaminski, Voß Rechtsanwälte Part mbB sowie deren Partner:innen sind im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts Berlin-Charlottenburg unter PR 331 b eingetragen. Salary Partner, Counsel, Of Counsel und Associates sind nicht Partner:innen der Partnerschaftsgesellschaft.

Verantwortlich für den Inhalt des Newsletters sind:

Saskia Barth

Markus Figgen

Dr. Rebecca Schäffer