



**Leitsatzhandbuch**

**Privates Baurecht**

**April 2009**

**Prof. Dr. Karsten Simoneit**

**Honorarprofessor für Wirtschaftsrecht  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht**

**Simoneit & Skodda, Dankwartstrasse 22, 23966 Wismar  
Tel. 03841/76000, [www.simoneit-skodda.de](http://www.simoneit-skodda.de)**

## Inhaltsübersicht

1	Vorbemerkung .....	5
2	Rechtsprechung in Leitsätzen .....	5
2.1	Vergaberecht.....	5
2.1.1	Schadensersatz .....	5
2.1.1.1	Vertrauensschaden nach § 126 GWB .....	5
2.2	Bauvertragsrecht .....	5
2.2.1	Vertragsabschluss/Leistungsinhalt.....	5
2.2.1.1	Ohne-Rechnung-Abrede I.....	5
2.2.1.2	Ohne-Rechnung-Abrede II.....	6
2.2.1.3	Leistungsumfang nach Prospektmaterial .....	6
2.2.1.4	Inhaltskontrolle der VOB/B bei Verwendung gegenüber Verbrauchern .....	6
2.2.1.5	Vereinbarung der VOB/B als Ganzes .....	7
2.2.1.6	Auslegung nach Leistungsverzeichnis und VOB/C.....	7
2.2.1.7	Lohnleitklausel .....	7
2.2.1.8	Begriff des Verwenders von AGB .....	8
2.2.1.9	Begriff der AGB, Verschulden bei Vertragsschluss .....	8
2.2.1.10	Wucherähnliche Einheitspreise, spekulatives Verhalten des Auftraggebers .....	8
2.2.1.11	Schadensersatz bei mangelnder Vertretungsmacht .....	9
2.2.2	Vertragsbeendigung/Kündigung.....	9
2.2.2.1	Pauschalierung von Vergütung oder Schadensersatz: BGB §§ 308 Nr. 7 Buchst. a, 649 .....	9
2.2.2.2	Kündigung nach § 6 Nr. 7 VOB/B .....	9
2.2.3	Bausicherheiten .....	10
2.2.3.1	Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern .....	10
2.2.3.2	Sicherheitsverlangen bei fehlender Bereitschaft zur Mängelbeseitigung.....	10
2.2.3.3	Leistungspflicht nach Fristablauf (§ 648a BGB).....	10
2.2.3.4	Bürgschaft bei Bauträgervertrag .....	10
2.2.3.5	Herausgabeanspruch Bürgschaftsurkunde.....	11
2.2.3.6	Sicherungsabrede und § 648a BGB .....	11
2.2.3.7	Angemessenheit der Fristsetzung .....	12
2.2.3.8	Leistungsverweigerungsrecht und § 648a BGB.....	12
2.2.3.9	§ 648a BGB nach Abnahme .....	12
2.2.3.10	Auszahlung der Sicherheit auf Sperrkonto .....	12
2.2.4	Baudurchführung.....	13
2.2.4.1	Fremdnachbesserungskosten bei endgültiger Verweigerung der Fertigstellung .....	13
2.2.5	Abnahme .....	13
2.2.6	Abrechnung/Vergütung .....	13
2.2.6.1	Anerkenntnis bei Zahlung auf geprüfte Schlussrechnung .....	13
2.2.6.2	Abrechnung bei gekündigtem Pauschalpreisvertrag .....	13
2.2.6.3	Darlegung der Werklohnforderung im Prozess .....	14
2.2.6.4	Einwendungsfrist gegen Prüfbarkeit der Schlussrechnung .....	14
2.2.6.5	Vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung in der Insolvenz .....	14
2.2.6.6	Umsatzsteuer nach Kündigung .....	14
2.2.6.7	Umsatzsteuer: §§ 642 BGB, 2 Nr. 5 und 6 Nr. 6 VOB/B.....	15

2.2.6.8	Verjährungsbeginn bei überzahlter Schlussrechnung .....	15
2.2.7	Vertragsstrafe.....	15
2.2.7.1	Vereinbarung unter Verstoß gegen § 12 Nr. 1 Satz 1 VOB/A.....	15
2.2.7.2	Unangemessene Benachteiligung sowie intransparente Vertragsstrafenregelung .....	16
2.2.8	Mängelrechte .....	16
2.2.8.1	Werkvertragsrecht bei Veräußerung von WEG nach Modernisierung .....	16
2.2.8.2	Gewährleistungsausschluss für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter Häuser .....	17
2.2.8.3	Mündliche Anzeige und Mängelerinrede.....	17
2.2.8.4	Ausschluss Wandlungsrecht bei Erwerb umfassend sanierten WEG	17
2.2.8.5	Geltendmachung der Mängelrechte bei WEG II .....	17
2.2.8.6	Geltendmachung von Mängelrechten bei WEG I.....	18
2.2.8.7	Mängelrechte gegenüber Nachunternehmer .....	19
2.2.8.8	Funktionstauglichkeit sowie Prüfungs- und Hinweispflichten.....	19
2.2.8.9	Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung .....	19
2.2.8.10	Sanierung bei Schimmelpilzbefall .....	20
2.2.8.11	Schallschutz bei Doppelhäusern.....	20
2.2.8.12	Großer Schadensersatz bei § 635 BGB a.F. ....	20
2.2.8.13	Vorteilsanrechnung bei großem Schadensersatz (Mieteinnahmen)	21
2.2.8.14	Vorteilsanrechnung im Zusammenhang mit Rückzahlungsanspruch hinsichtlich Vorschuss Mängelbeseitigungskosten .....	21
2.2.8.15	Beschaffenheitsvereinbarung und anerkannte Regeln der Technik	21
2.2.8.16	Mängelbeseitigung bei Risiko der Funktionsbeeinträchtigung.....	22
2.2.8.17	Verhältnismäßigkeit des Nachbesserungsverlangens .....	22
2.2.8.18	Risikoübernahme durch Auftraggeber .....	22
2.2.8.19	Leistungsverweigerungsrecht bei schwieriger Mängelermittlung..	22
2.2.8.20	Beweislast bei Ersatzvornahme vor Abnahme .....	23
2.2.8.21	Wirkung der Unterbrechung der gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 1 VOB/B verlängerten Verjährungsfrist.....	23
2.2.8.22	Unwirksamkeit von Rügefristen in AGB .....	23
2.2.8.23	Verjährungshemmung bei Mängelbeseitigungsarbeiten.....	24
2.2.8.24	Verjährung nach Geltendmachung von Vorschuss.....	24
2.2.8.25	Verjährung bei Organisationsverschulden (§ 638 BGB a.F.).....	24
2.3	Architektenrecht .....	25
2.3.1	Vertragsschluss.....	25
2.3.1.1	Koppelungsverbot .....	25
2.3.1.2	Bestimmung des Objektes nach §§ 3 Abs. 1, 10 Abs. 1 HOAI .....	25
2.3.1.3	Honorarvereinbarung bei bedingten Folgeaufträgen .....	25
2.3.1.4	Honorarvereinbarung bei stufenweiser Beauftragung .....	26
2.3.1.5	Leistungsumfang bei Übertragung der Leistungsphase 4 des § 15 HOAI	26
2.3.1.6	Leistungsbilder der HOAI als Auslegungshilfe zur Bestimmung der geschuldeten Leistung .....	27
2.3.1.7	Überschreitung der Höchstsätze der HOAI.....	27

2.3.1.8	Vertrag zugunsten Erwerberrn bei Erstellung von Bautenstandsberichten .....	27
2.3.2	Abrechnung/Vergütung .....	28
2.3.2.1	Abrechnung ausgehend vom Planungsauftrag .....	28
2.3.2.2	Abrechnung von Anlagen einer Anlagengruppe .....	28
2.3.2.3	Abrechnung bei (un-)selbständigen Teilen einer Wärmeversorgungsanlage .....	28
2.3.2.4	Zusätzliche Vergütung bei Bauzeitverlängerung .....	29
2.3.2.5	Prüffähigkeit der Schlussrechnung .....	29
2.3.2.6	Regelung zu Abschlagszahlung in AGB .....	29
2.3.2.7	Fälligkeit des Honorars bei vorzeitiger Beendigung.....	30
2.3.2.8	Abrechnung nach Kündigung und vereinbartem Pauschalhonorar unterhalb der Mindestsätze.....	30
2.3.2.9	Wirksamkeit der Honorarvereinbarung bei Abweichung von der HOAI	30
2.3.2.10	Bindung an Schlussrechnung .....	31
2.3.2.11	Rückforderung überzahlten Honorars .....	31
2.3.3	Abnahme .....	32
2.3.3.1	Konkludente Abnahme des Architektenwerks .....	32
2.3.3.2	Vereinbarte Teilabnahme.....	32
2.3.4	Mängelrechte .....	32
2.3.4.1	Verjährungshemmung durch Verhandlungen .....	32
2.3.4.2	Aufklärungspflicht bei sichtbar gewordenen Baumängeln .....	32
2.3.4.3	Schadensersatz bei Verkörperung von Mängeln im Bauwerk .....	33
2.3.4.4	Gesamtschuldnerische Haftung bei Bauaufsichtsfehlern .....	33
2.3.4.5	Verjährung bei Verletzung der Organisationsobliegenheit im Rahmen der Bauüberwachung .....	33
2.4	Projektsteuerung .....	34
2.4.1	Vertragsschluss.....	34
2.4.2	Abrechnung/Vergütung .....	34
2.4.2.1	Keine Anwendbarkeit von § 8 HOAI .....	34
2.4.3	Abnahme .....	34
2.4.4	Mängelrechte .....	34

## **1 Vorbemerkung**

Das vorliegende Leitsatzhandbuch basiert auf der veröffentlichten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ab dem Jahre 2005 bis Ende 2008. Die Auswahl wesentlicher Entscheidungen wird systematisch gegliedert nach den Bereichen Vergaberecht, Bauvertragsrecht, Architektenrecht sowie dem Recht der Projektsteuerung in zumeist amtlichen Leitsätzen dargestellt.

## **2 Rechtsprechung in Leitsätzen**

### **2.1 Vergaberecht**

#### **2.1.1 Schadensersatz**

##### **2.1.1.1 Vertrauensschaden nach § 126 GWB**

1. Der Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens in § 126 Satz 1 GWB setzt kein Verschulden beim Verstoß gegen bieterschützende Bestimmungen voraus.

2. Ein Angebot hätte i. S. von § 126 Satz 1 GWB eine echte Chance auf den Zuschlag gehabt, wenn es innerhalb des Wertungsspielraums der Vergabestelle gelegen hätte, darauf den Zuschlag zu erteilen.

3. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der für die Auftragserteilung vorgesehenen Wertungskriterien und deren Gewichtung, zu denen der öffentliche Auftraggeber ggf. nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast vorzutragen hat, zu prüfen.

4. Die vom Auftraggeber vorzunehmende Schätzung des Gesamtauftragswerts i. S. von § 1a VOB/A (§3 Abs. 1 VGV) bezieht sich auf die unter Wettbewerbsbedingungen voraussichtlich entstehende Gesamtvergütung.

5. Ein Anspruch aus culpa in contrahendo auf Erstattung der Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren kann einem Bieter zustehen, wenn er sich ohne Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens (hier: Schätzung der Gesamtvergütung unterhalb des einschlägigen Schwellenwerts) nicht oder nicht so, wie geschehen, daran beteiligt hätte.

BGH, Urteil vom 27.11.2007 – X ZR 18/07

### **2.2 Bauvertragsrecht**

#### **2.2.1 Vertragsabschluss/Leistungsinhalt**

##### **2.2.1.1 Ohne-Rechnung-Abrede I**

Ob ein Werkvertrag aufgrund einer Ohne-Rechnung-Abrede insgesamt nichtig ist, richtet sich nach § 139 BGB (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 21. Dezember 2000 - VII ZR 192/98, BauR 2001, 630 = NZBau 2001, 195 = ZfBR 2001, 175).

Hat der Unternehmer seine Bauleistungen mangelhaft erbracht, so handelt er regelmäßig treuwidrig, wenn er sich zur Abwehr von Mängelansprüchen des Bestellers darauf beruft, die Gesetzeswidrigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede führe zur Gesamtnichtigkeit des Bauvertrages.

BGH, Urteil vom 24. April 2008 - VII ZR 42/07 - OLG Brandenburg, LG Frankfurt (Oder)

#### **2.2.1.2 Ohne-Rechnung-Abrede II**

Ob ein Werkvertrag aufgrund einer Ohne-Rechnung-Abrede insgesamt nichtig ist, richtet sich nach § 139 BGB (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 21. Dezember 2000 - VII ZR 192/98, BauR 2001, 630 = NZBau 2001, 195 = ZfBR 2001, 175).

Hat ein Ingenieur seine Vermessungsleistungen mangelhaft erbracht und hat sich dieser Mangel im Bauwerk bereits verkörpert, handelt er regelmäßig treuwidrig, wenn er sich zur Abwehr von Schadensersatzansprüchen des Bestellers darauf beruft, die Gesetzeswidrigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede führe zur Gesamtnichtigkeit des Werkvertrags.

BGH, Urteil vom 24. April 2008 - VII ZR 140/07 - OLG Köln, LG Aachen

#### **2.2.1.3 Leistungsumfang nach Prospektmaterial**

Für die Beurteilung der Frage, welche werkvertragliche Verpflichtung ein Bauträger übernimmt, kann ein dem Erwerber übergebener Prospekt ausschlaggebend sein.

Richtet sich die Verjährung nach der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB, so ist ihr Fristbeginn in Überleitungsfällen nach Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB unter Einbeziehung der subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 BGB zu bestimmen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 23. Januar 2007 - XI ZR 44/06, BGHZ 171, 1).

BGH, Urteil vom 25. Oktober 2007 - VII ZR 205/06 - OLG Düsseldorf, LG Düsseldorf

#### **2.2.1.4 Inhaltskontrolle der VOB/B bei Verwendung gegenüber Verbrauchern**

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

b) Klauseln, die gemäß § 308 Nr. 5 und § 309 Nr. 8 b) ff) BGB den zwingenden Klauselverboten entzogen sind, können gemäß § 307 BGB unwirksam sein.

BGH, Urteil vom 24. Juli 2008 - VII ZR 55/07 - KG Berlin, LG Berlin

### **2.2.1.5 Vereinbarung der VOB/B als Ganzes**

Jede Abweichung von der VOB/B führt, auch wenn sie sich in einem Vertrag mit einem öffentlichen Auftraggeber findet, dazu, dass die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart ist (im Anschluss an BGH, Urteil vom 22. Januar 2004 - VII ZR 419/02, BGHZ 157, 346).

Eine vertragliche Regelung, aufgrund derer der Auftraggeber eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Form einer Bürgschaft auf erstes Anfordern verlangen kann, wick auch vor der Neufassung der VOB/B 2002 von § 17 Nr. 4 VOB/B ab.

Zur Kündigung eines Bauvertrags durch den Auftraggeber, wenn der Auftragnehmer die Arbeit nicht fristgemäß wieder aufnimmt, weil erhebliche Zweifel über die Anwendbarkeit öffentlich-rechtlicher Vorschriften bestehen, aufgrund derer ihm die Gefahr eines Bußgeldes droht.

BGH, Urteil vom 10. Mai 2007 - VII ZR 226/05 - OLG Celle, LG Hildesheim

### **2.2.1.6 Auslegung nach Leistungsverzeichnis und VOB/C**

a) Für die Abgrenzung, welche Leistungen von der vertraglich vereinbarten Vergütung erfasst sind und welche Leistungen zusätzlich zu vergüten sind, kommt es auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung an. Diese ist im Zusammenhang des gesamten Vertragswerks auszulegen. Haben die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart, gehören hierzu auch die Allgemeinen Technischen Bestimmungen für Bauleistungen, VOB/C (Ergänzung von BGH, Urteil vom 28. Februar 2002 - VII ZR 376/00, BauR 2002, 935 = ZfBR 2002, 482 = NZBau 2002, 324).

b) Der Unternehmer trägt nicht nach allgemeinen werkvertraglichen Grundsätzen das Risiko für die Kosten eines von der Baugenehmigungsbehörde angeforderten Baugrundgutachtens.

BGH, Urteil vom 27. Juli 2006 - VII ZR 202/04 - OLG Rostock, LG Rostock

### **2.2.1.7 Lohngleitklausel**

a) Eine Lohngleitklausel in Form einer sogenannten "Pfennigklausel" bedarf als Kostenelementeklausel keiner Genehmigung nach § 3 WährG, wenn sich grundsätzlich nur die entstehenden Lohnkostenveränderungen auf den Werklohn auswirken.

b) Haben die Vertragsparteien eine nicht genehmigungsfreie Lohngleitklausel vereinbart, verhält sich der Auftraggeber nicht rechtsmissbräuchlich, wenn er über die Anpassung der Änderungssätze hinaus unter Berufung auf eine vereinbarte

Bagatell- und Selbstbeteiligungsklausel eine Selbstbeteiligung des Auftragnehmers an den Lohnerhöhungen verlangt.

BGH, Urteil vom 8. Juni 2006 - VII ZR 13/05 - OLG Stuttgart, LG Stuttgart

#### **2.2.1.8 Begriff des Verwenders von AGB**

Schließt eine Vertragspartei in der Regel Verträge unter Einbeziehung von bestimmten Allgemeinen Geschäftsbedingungen ab, ist sie auch dann Verwenderin, wenn ihr Vertragspartner diese Vertragsbedingungen im Hinblick darauf bereits in sein Angebot aufgenommen und damit formal in den Vertragsabschluss eingeführt hat (Bestätigung von BGH, Urteil vom 4. März 1997 - X ZR 141/95, NJW 1997, 2043).

BGH, Urteil vom 9. März 2006 - VII ZR 268/04 - OLG Stuttgart, LG Ellwangen

#### **2.2.1.9 Begriff der AGB, Verschulden bei Vertragsschluss**

Weigert sich der Bieter ernsthaft und endgültig, sich an einem bindenden Vertragsangebot festhalten zu lassen und bringt er zum Ausdruck, dass er nicht bereit ist, nach Annahme seines Angebots die Leistung vertragsgemäß zu erbringen, stellt dies eine Pflichtverletzung dar. Wird der Angebotsempfänger dadurch veranlasst, das Angebot nicht anzunehmen, ist er berechtigt, den Schaden geltend zu machen, der ihm dadurch entstanden ist, dass der Vertrag mit diesem Bieter nicht zustande kam, sondern er einen anderen Bieter beauftragen musste.

Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen auch dann vor, wenn sie von einem Dritten für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind, und die die Vertragspartei, die die Klausel stellt, sie nur in einem einzigen Vertrag verwenden will.

BGH, Urteil vom 24. November - 2005 VII ZR 87/04 - OLG Brandenburg, LG Potsdam

#### **2.2.1.10 Wucherähnliche Einheitspreise, spekulatives Verhalten des Auftraggebers**

- a) Steht der nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 oder § 2 Nr. 5 VOB/B neu zu vereinbarende Einheitspreis für Mehrmengen in einem auffälligen, wucherähnlichen Missverhältnis zur Bauleistung, kann die dieser Preisbildung zugrunde liegende Vereinbarung sittenwidrig und damit nichtig sein.
- b) Ist der nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 oder § 2 Nr. 5 VOB/B zu vereinbarende Einheitspreis für Mehrmengen um mehr als das Achthundertfache überhöht, weil der Auftragnehmer in der betreffenden Position des Leistungsverzeichnisses einen ähnlich überhöhten Einheitspreis für die ausgeschriebene Menge angeboten hat, besteht eine Vermutung für ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben des Auftragnehmers.



- c) Diese Vermutung wird nicht dadurch entkräftet, dass der Auftragnehmer in anderen Positionen unüblich niedrige Einheitspreise eingesetzt hat. Ein derartig spekulatives Verhalten des Auftragnehmers ist nicht schützenswert.
- d) An die Stelle der nichtigen Vereinbarung über die Bildung eines neuen Preises auf der Grundlage des überhöhten Einheitspreises tritt die Vereinbarung, die Mengen nach dem üblichen Preis zu vergüten.

BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 - VII ZR 201/06 - OLG Jena, LG Erfurt

### **2.2.1.1 Schadensersatz bei mangelnder Vertretungsmacht**

Verletzt eine öffentlich-rechtliche Körperschaft bei Abschluss eines Bauvertrages ihre vorvertragliche Pflicht, weil sie nicht auf das Erfordernis der Gesamtvertretung hinweist, kann der dem Vertragspartner zustehende Anspruch auf Ersatz Vertrauensschadens die Höhe des Werklohns erreichen.

BGH, Urteil vom 22. September 2005 - VII ZR 34/04 - OLG Rostock, LG Neubrandenburg

## **2.2.2 Vertragsbeendigung/Kündigung**

### **2.2.2.1 Pauschalierung von Vergütung oder Schadensersatz: BGB §§ 308 Nr. 7 Buchst. a, 649**

Die Klausel in einem Vertrag über die Errichtung eines Fertighauses "Erfolgt eine Kündigung gleich aus welchem Grund, ohne dass sie von W. Haus (= Unternehmer) zu vertreten ist, hat W. Haus das Recht, eine pauschale Vergütung bzw. einen pauschalierten Schadensersatz in Höhe von 10 % des zur Zeit der Kündigung vereinbarten Gesamtpreises zu verlangen, sofern nicht der Bauherr oder W. Haus im Einzelfall andere Nachweise erbringen" ermöglicht wirksam bei freier Kündigung des Bestellers eine pauschale Abrechnung in dieser Höhe, wenn der Unternehmer nicht daneben noch weitere Ansprüche geltend macht.

BGH, Urteil vom 27. April 2006 - VII ZR 175/05 - OLG Düsseldorf, LG Mönchengladbach

### **2.2.2.2 Kündigung nach § 6 Nr. 7 VOB/B**

Die Kündigung nach § 6 Nr. 7 VOB/B kann auch diejenige Vertragspartei erklären, aus deren Risikobereich die Ursache für die Unterbrechung der Bauausführung herrührt oder die diese zu vertreten hat, sofern ihr ein Festhalten an dem Vertrag nicht zuzumuten ist (Bestätigung von BGH, Urteil vom 13. Mai 2004 - VII ZR 363/02, BGHZ 159, 161).

BGH, Urteil vom 20. Oktober 2005 - VII ZR 190/02 - OLG Köln, LG Köln

### **2.2.3 Bausicherheiten**

#### **2.2.3.1 Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern**

Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, die eine Verpflichtung des Auftragnehmers vorsieht, eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen, ist auch dann unwirksam, wenn der Auftragnehmer wahlweise die Sicherheit durch Hinterlegung leisten kann.

BGH, Beschluss vom 28. Februar 2008 - VII ZR 51/07 - OLG Hamm, LG Bielefeld

#### **2.2.3.2 Sicherheitsverlangen bei fehlender Bereitschaft zur Mängelbeseitigung**

Der Unternehmer kann sich gegenüber der Aufforderung des Bestellers zur Mängelbeseitigung wegen einer ausstehenden Sicherheit gemäß § 648 a BGB nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen, wenn er zur Beseitigung dieser Mängel nicht (mehr) bereit ist.

BGH, Urteil vom 27. September 2007 - VII ZR 80/05 - OLG Hamburg, LG Hamburg

#### **2.2.3.3 Leistungspflicht nach Fristablauf (§ 648a BGB)**

Der Unternehmer wird nach fruchtlosem Ablauf der Nachfrist, die er dem Besteller gemäß § 648 a Abs. 5 Satz 1, § 643 Abs. 1 BGB gesetzt hat, von jeglicher Pflicht frei, den Vertrag zu erfüllen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 22. Januar 2004 - VII ZR 183/02, BGHZ 157, 335, 342).

BGH, Urteil vom 12. Oktober 2006 - VII ZR 307/04 - OLG Rostock, LG Schwerin

#### **2.2.3.4 Bürgschaft bei Bauträgervertrag**

a) Ein Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft, vom Veräußerer Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten zu fordern, lässt jedenfalls bis zur Zahlung des Vorschusses grundsätzlich die Befugnis des einzelnen Erwerbers unberührt, vom Veräußerer die Beseitigung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums mit Fristsetzung und Ablehnungsandrohung zu dem Zweck zu verlangen, die Voraussetzungen für den großen Schadensersatzanspruch oder die Wandelung zu schaffen.

b) Ein Vergleich aufgrund eines Beschlusses der Wohnungseigentümergeinschaft, mit dem Mängel des Wohnungseigentums abgegolten werden, lässt die bereits entstandenen Ansprüche der Erwerber unberührt, vom Veräußerer großen Schadensersatz oder Wandelung zu verlangen.  
AGBG § 9 Abs. 1

Eine Allgemeine Geschäftsbedingung des Veräußerers von Wohnungseigentum, nach der die Wandelung ausgeschlossen ist und der große Schadensersatz nur im Falle grober Fahrlässigkeit und des Vorsatzes geltend gemacht werden kann, ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

a) Eine Klausel in einer Bürgschaft gemäß § 7 i.V. mit § 2 Abs. 2 Makler- und Bauträgerverordnung, nach der Voraussetzung für die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft ist, dass die Fälligkeit und Höhe des Kaufpreisrückgewähranspruchs entweder durch ein rechtskräftiges Urteil/einen rechtskräftigen Vergleich oder durch eine übereinstimmende Erklärung von Erwerber und Veräußerer nachgewiesen werden, ist überraschend und wird nicht Vertragsbestandteil.

b) Eine Klausel in einer Bürgschaft nach § 7 i.V. mit § 2 Abs. 2 Makler- und Bauträgerverordnung, nach der Voraussetzung für die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft ist, dass der Erwerber vorher auf seinen Anspruch gegenüber der Bank aus der Pfandfreigabeverpflichtung verzichtet, ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

BGH, Urteil vom 27. Juli 2006 - VII ZR 276/05 - OLG München, LG München I

### **2.2.3.5 Herausgabeanspruch Bürgschaftsurkunde**

Der Auftragnehmer hat gegen den Auftraggeber gemäß § 17 Nr. 8 Satz 1 VOB/B (1998) einen Anspruch auf Herausgabe einer Bürgschaftsurkunde an sich selbst.

BGH, Urteil vom 9. Oktober 2008 - VII ZR 227/07 - OLG München, LG Landshut

### **2.2.3.6 Sicherungsabrede und § 648a BGB**

Auf eine Bürgschaft, die der Unternehmer zur Sicherung seiner Vergütungsforderung aufgrund einer im Bauvertrag vereinbarten Sicherungsabrede beanspruchen kann, findet § 648a BGB keine Anwendung.

Nach Kündigung eines Bauvertrags wird die Werklohnforderung grundsätzlich erst mit der Abnahme der bis dahin erbrachten Werkleistungen fällig (Änderung der Rechtsprechung, vgl. Senat, Urteil vom 9. Oktober 1986 - VII ZR 249/85, BauR 1987, 95 = ZfBR 1987, 38).

BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 - VII ZR 146/04 - OLG München, LG München I

### **2.2.3.7 Angemessenheit der Fristsetzung**

Angemessen zur Leistung der Sicherheit ist eine Frist, die es dem Besteller ermöglicht, die Sicherheit ohne schuldhaftes Verzögern zu beschaffen. Grundsätzlich ist darauf abzustellen, was von einem Besteller zu verlangen ist, der sich in normalen finanziellen Verhältnissen befindet.

BGH, Urteil vom 31. März 2005 - VII ZR 346/03 - OLG Koblenz, LG Koblenz

### **2.2.3.8 Leistungsverweigerungsrecht und § 648a BGB**

Der Besteller verliert sein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber einer Werklohnforderung des Unternehmers nicht, wenn er die nach § 648a BGB geforderte Sicherheit nicht stellt (im Anschluss an BGH, Urteil vom 22. Januar 2004 - VII ZR 183/02, BGHZ 157, 335).

BGH, Urteil vom 13. Januar 2005 - VII ZR 28/04 - OLG Naumburg, LG Magdeburg

### **2.2.3.9 § 648a BGB nach Abnahme**

§ 648a BGB gibt dem Unternehmer auch nach der Abnahme das Recht, eine Sicherheit zu verlangen, wenn der Besteller noch Erfüllung des Vertrages (Mängelbeseitigung) fordert.

BGH, Urteil vom 9. Dezember 2004 - VII ZR 199/03 - OLG Zweibrücken, LG Zweibrücken

### **2.2.3.10 Auszahlung der Sicherheit auf Sperrkonto**

a) Die vorrangig vor der VOB/B geltende Vertragsklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, die vorsieht, dass von der Schlussrechnung ein Gewährleistungseinbehalt in Abzug gebracht wird, der durch eine nicht auf erstes Anfordern zahlbare Bankbürgschaft abgelöst werden kann, ist dahin auszulegen, dass die Verpflichtung des Auftraggebers zur Einzahlung auf ein Sperrkonto nach § 17 Nr. 6 VOB/B nicht ausgeschlossen ist (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 16. Mai 2002 - VII ZR 494/00, BauR 2002, 1392).

b) Zahlt der Auftraggeber, der eine Gewährleistungssicherheit bar einbehält und eine vom Auftragnehmer gestellte Bürgschaft als Austauschsicherheit entgegennimmt, den Sicherheitseinbehalt entgegen einer vom Auftragnehmer gesetzten Nachfrist nicht auf ein Sperrkonto ein, muss er nicht nur den Sicherheitseinbehalt auszahlen, sondern auch die Bürgschaft herausgeben.

BGH, Beschluss vom 10. November 2005 - VII ZR 11/04 - OLG Brandenburg, LG Frankfurt (Oder)

## **2.2.4 Baudurchführung**

### **2.2.4.1 Fremdnachbesserungskosten bei endgültiger Verweigerung der Fertigstellung**

1. Dem Auftraggeber steht ein Anspruch auf Ersatz der Fremdnachbesserungskosten auch ohne Entziehung des Auftrags zu, wenn der Auftragnehmer endgültig die vertragsgemäße Fertigstellung verweigert (Bestätigung von BGH, Urteil vom 20. April 2000 - VII ZR 164/99).
2. Das Mängelbeseitigungsverlangen genügt den Anforderungen, wenn der Auftraggeber durch Bezugnahme auf ein dem Auftragnehmer bekanntes Gutachten im selbständigen Beweisverfahren die "Mangelercheinungen" bezeichnet.

BGH, Versäumnisurteil vom 9. Oktober 2008 - VII ZR 80/07 - OLG Oldenburg, LG Oldenburg

## **2.2.5 Abnahme**

## **2.2.6 Abrechnung/Vergütung**

### **2.2.6.1 Anerkenntnis bei Zahlung auf geprüfte Schlussrechnung**

Allein die Zahlung des Werklohns auf eine geprüfte Rechnung rechtfertigt nicht die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses.

BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 - VII ZR 165/05 - OLG Düsseldorf, LG Wuppertal

### **2.2.6.2 Abrechnung bei gekündigtem Pauschalpreisvertrag**

Hat der Auftragnehmer bei einem gekündigten Pauschalpreisvertrag prüfbar abgerechnet, muss das Gericht in die Sachprüfung eintreten, ob und in welcher Höhe die geltend gemachte Werklohnforderung berechtigt ist. Dabei ist auch eine vom Auftragnehmer nachträglich erstellte Kalkulation auf ihre sachliche Richtigkeit zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren. Bei der Ermittlung des dem Auftragnehmer zustehenden Werklohns ist § 287 ZPO anwendbar.

BGH, Versäumnisurteil vom 13. Juli 2006 - VII ZR 68/05 - OLG Brandenburg, LG Potsdam

### **2.2.6.3 Darlegung der Werklohnforderung im Prozess**

- a) Wendet sich der auf Zahlung von Werklohn verklagte Auftraggeber nicht gegen die fehlende Prüfbarkeit einer Rechnung, so findet im Prozess die Klärung statt, ob die Werklohnforderung begründet ist. Voraussetzung für den Erfolg der Klage ist, dass die Werklohnforderung schlüssig dargelegt ist. Bedarf es dazu einer neuen, an den vertraglichen Voraussetzungen orientierten Abrechnung, so ist diese vorzulegen.
- b) § 142 ZPO dient nicht dazu, einer Partei die Darlegungslast dadurch zu erleichtern, dass das Gericht eine Ausforschung betreibt. Das Gericht ist deshalb nicht gehalten, auf den Vortrag einer Partei, weiterer, die Schlüssigkeit der Klage herbeiführender Vortrag befinde sich in bei ihr und bei dem Prozessgegner verfügbaren Aktenordnern, die Vorlage dieser Akten anzuordnen.

BGH, Beschluss vom 14. Juni 2007- VII ZR 230/06 - OLG Frankfurt/Main, LG Frankfurt/Main

### **2.2.6.4 Einwendungsfrist gegen Prüfbarkeit der Schlussrechnung**

Hat der Auftraggeber eines Vertrages, in dem die VOB/B vereinbart worden ist, nicht binnen zwei Monaten nach Zugang der Schlussrechnung Einwendungen gegen deren Prüfbarkeit erhoben, wird der Werklohn auch dann fällig, wenn die Rechnung objektiv nicht prüfbar ist. Es findet die Sachprüfung statt, ob die Forderung berechtigt ist (Bestätigung von BGH, Urteil vom 23. September 2004 - VII ZR 173/03).

BGH, Urteil vom 22. Dezember 2005 - VII ZR 316/03 - Saarländisches OLG, LG Saarbrücken

### **2.2.6.5 Vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung in der Insolvenz**

§ 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B kann bei verständiger Würdigung nicht dahin ausgelegt werden, dass die Wirkungen der vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung auch dann eintreten sollen, wenn eine der Schlusszahlung gleichstehende Aufrechnung aufgrund zwingender insolvenzrechtlicher Vorschriften unzulässig ist.

BGH, Urteil vom 12. Juli 2007 - VII ZR 186/06 - LG Augsburg, AG Augsburg

### **2.2.6.6 Umsatzsteuer nach Kündigung**

Die gemäß § 649 Satz 2 BGB oder § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B nach freier Kündigung eines Bauvertrages zu zahlende Vergütung ist nur insoweit Entgelt im Sinne von § 10 Abs. 1 UStG und damit Bemessungsgrundlage für den gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG steuerbaren Umsatz, als sie auf schon erbrachte Leistungsteile entfällt (Bestätigung von BGH, Urteil vom 4. Juli 1996 - VII ZR 227/93, BauR 1996, 846 = NJW 1996, 3270; Urteil vom 2. Juni 1987 - X ZR 39/86, BGHZ 101, 130).

BGH, Versäumnisurteil vom 22. November 2007 - VII ZR 83/05 - OLG Köln, LG Köln

#### **2.2.6.7 Umsatzsteuer: §§ 642 BGB, 2 Nr. 5 und 6 Nr. 6 VOB/B**

- a) Der gemäß § 642 BGB zu zahlenden Entschädigung liegt eine steuerbare Leistung des Unternehmers zugrunde. Diese Entschädigung ist Entgelt im Sinne von § 10 Abs. 1 UStG und damit Bemessungsgrundlage für den Umsatz.
- b) Die gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B zu zahlende geänderte Vergütung ist Entgelt im Sinne von § 10 Abs. 1 UStG für die geänderte Leistung des Auftragnehmers und damit Bemessungsgrundlage für den Umsatz.
- c) § 6 Nr. 6 VOB/B gewährt dem Auftragnehmer einen Schadensersatzanspruch, dem keine steuerbare Leistung zugrunde liegt, so dass hierfür eine Umsatzsteuerpflicht ausscheidet.

BGH, Urteil vom 24. Januar 2008 - VII ZR 280/05 - KG Berlin, LG Berlin

#### **2.2.6.8 Verjährungsbeginn bei überzahlter Schlussrechnung**

Macht ein Besteller im Rahmen eines Werkvertrages Rückforderungsansprüche wegen einer überhöhten Schlussrechnung geltend, so sind die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB in der Regel erfüllt, wenn er das Leistungsverzeichnis, die Aufmaße und die Schlussrechnung kennt und aus diesen eine vertragswidrige Abrechnung und Masseermittlung ohne weiteres ersichtlich sind.

BGH, Urteil vom 8. Mai 2008 - VII ZR 106/07 - OLG Düsseldorf, LG Kleve

### **2.2.7 Vertragsstrafe**

#### **2.2.7.1 Vereinbarung unter Verstoß gegen § 12 Nr. 1 Satz 1 VOB/A**

- a) Ein Verstoß gegen § 12 Nr. 1 Satz 1 VOB/A steht der Geltendmachung der Vertragsstrafe nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nur entgegen, wenn der Auftragnehmer das Verhalten des Auftraggebers bei Abgabe des Angebots als widersprüchlich werten durfte und er in seinem schutzwürdigen Vertrauen darauf, dass der Auftraggeber sich an die Regelung des § 12 Nr. 1 Satz 1 VOB/A halten werde, enttäuscht worden ist.

b) Allein der Umstand, dass eine Vertragsstrafe vereinbart worden ist, ohne dass die Voraussetzungen des § 12 Nr. 1 Satz 1 VOB/A objektiv vorlagen, rechtfertigt es nicht, der vereinbarten Vertragsstrafe ihre Wirkung zu nehmen.

c) Es ist Sache des Auftragnehmers, die Voraussetzungen vorzutragen, die es rechtfertigen, die Durchsetzung der Vertragsstrafe im Einzelfall an Treu und Glauben scheitern zu lassen.

BGH, Urteil vom 30. März 2006 - VII ZR 44/05 - OLG Brandenburg, LG Frankfurt (Oder)

### **2.2.7.2 Unangemessene Benachteiligung sowie intransparente Vertragsstrafenregelung**

a) Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, nach der der Auftragnehmer für den Fall, dass er mit der Fertigstellung des Bauvorhabens in Verzug gerät, eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,3 % der Auftragssumme pro Werktag zu zahlen hat, benachteiligt den Auftragnehmer nicht allein deswegen unangemessen (Bestätigung von BGH, Urteil vom 14. Januar 1999 - VII ZR 79/98).

b) Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, die im Anschluss an die Vereinbarung einer kalendermäßig bestimmten Fertigstellungsfrist folgende Regelung enthält:

"Die Frist gilt als verbindlich und verlängert sich auch nicht durch witterungsbedingte Beeinträchtigungen. Bei Überschreitung der Ausführungsfrist hat der Auftragnehmer eine Vertragsstrafe von 0,3 % der Auftragssumme pro Werktag des Verzuges zu zahlen, höchstens jedoch 10 % der Schlussrechnungssumme."

ist wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers unwirksam.

BGH, Urteil vom 6. Dezember 2007 - VII ZR 28/07 - OLG Schleswig, LG Lübeck

## **2.2.8 Mängelrechte**

### **2.2.8.1 Werkvertragsrecht bei Veräußerung von WEG nach Modernisierung**

Hat sich der Veräußerer von Wohnungseigentum in den Verträgen mit den Erwerbern zu umfassenden Modernisierungsarbeiten sowie zur Aufstockung des Gebäudes mit zwei zusätzlichen Geschossen verpflichtet, so sind derartige Arbeiten nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten vergleichbar und rechtfertigen die Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht auf Mängel der gesamten Bausubstanz (im Anschluss an BGH, Urteil vom 16. Dezember 2004 - VII ZR 257/03).

BGH, Urteil vom 26. April 2007 - VII ZR 210/05 - OLG Karlsruhe, LG Karlsruhe



### **2.2.8.2 Gewährleistungsausschluss für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter Häuser**

- a) Ein formelhafter Ausschluss der Gewährleistung für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter oder so zu behandelnder Häuser ist auch in einem notariellen Individualvertrag gemäß § 242 BGB unwirksam, wenn die Freizeichnung nicht mit dem Erwerber unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen eingehend erörtert worden ist (Bestätigung von BGH, Urteil vom 17. September 1987 - VII ZR 153/86, BGHZ 101, 350, 353).
- b) Von einer eingehenden Erörterung und ausführlichen Belehrung kann nur ausnahmsweise abgesehen werden, wenn sich der Notar davon überzeugt hat, dass sich der Erwerber über die Tragweite des Haftungsausschlusses und das damit verbundene Risiko vollständig im klaren ist und den Ausschluss dennoch ernsthaft will.

BGH, Urteil vom 8. März 2007 - VII ZR 130/05 - OLG Düsseldorf, LG Düsseldorf

### **2.2.8.3 Mündliche Anzeige und Mängelrede**

Zum Vorliegen eines Mangels, wenn eine automatische Rollladenanlage im Winter wegen Vereisung blockiert und anschließend die Gurte reißen können.

BGB § 478 Abs. 1 a.F; VOB/B § 13 Nr. 5 Abs. 1

Eine mündliche Anzeige reicht zur Erhaltung der Mängelrede trotz Verjährung des Gewährleistungsanspruchs auch dann aus, wenn die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart haben. Eine schriftliche Rüge ist dazu nicht notwendig (Bestätigung von BGH, Urteil vom 10. April 1969 - VII ZR 27/67, SF Z 2.13 Bl. 33; Urteil vom 15. Dezember 1969 - VII ZR 148/67, BGHZ 53, 122, 125 ff.).

BGH, Beschluss vom 25. Januar 2007 - VII ZR 41/06 - OLG Koblenz, LG Koblenz:

### **2.2.8.4 Ausschluss Wandlungsrecht bei Erwerb umfassend sanierten WEG**

Der formularmäßige Ausschluss der Befugnis, einen Erwerbvertrag über umfassend saniertes Wohnungseigentum zu wandeln oder sonst rückgängig zu machen, ist gemäß § 11 Nr. 10 b AGBG unwirksam (im Anschluss an BGH, Urteil vom 8. November 2001 - VII ZR 373/99 - BauR 2002, 310 = ZfBR 2002, 244 = NZBau 2002, 89 und Urteil vom 27. Juli 2006 - VII ZR 276/05, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

BGH, Urteil vom 28. September 2006 - VII ZR 303/04 - OLG Naumburg, LG Dessau

### **2.2.8.5 Geltendmachung der Mängelrechte bei WEG II**

a) Ein Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft, vom Veräußerer Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten zu fordern, lässt jedenfalls bis zur Zahlung des Vorschusses grundsätzlich die Befugnis des einzelnen Erwerbers unberührt, vom Veräußerer die Beseitigung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums mit Fristsetzung und Ablehnungsandrohung zu dem Zweck zu verlangen, die Voraussetzungen für den großen Schadensersatzanspruch oder die Wandelung zu schaffen.

b) Ein Vergleich aufgrund eines Beschlusses der Wohnungseigentümergeinschaft, mit dem Mängel des Wohnungseigentums abgegolten werden, lässt die bereits entstandenen Ansprüche der Erwerber unberührt, vom Veräußerer großen Schadensersatz oder Wandelung zu verlangen.  
AGBG § 9 Abs. 1

Eine Allgemeine Geschäftsbedingung des Veräußerers von Wohnungseigentum, nach der die Wandelung ausgeschlossen ist und der große Schadensersatz nur im Falle grober Fahrlässigkeit und des Vorsatzes geltend gemacht werden kann, ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

a) Eine Klausel in einer Bürgschaft gemäß § 7 i.V. mit § 2 Abs. 2 Makler- und Bauträgerverordnung, nach der Voraussetzung für die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft ist, dass die Fälligkeit und Höhe des Kaufpreistrückgewähranspruchs entweder durch ein rechtskräftiges Urteil/einen rechtskräftigen Vergleich oder durch eine übereinstimmende Erklärung von Erwerber und Veräußerer nachgewiesen werden, ist überraschend und wird nicht Vertragsbestandteil.

b) Eine Klausel in einer Bürgschaft nach § 7 i.V. mit § 2 Abs. 2 Makler- und Bauträgerverordnung, nach der Voraussetzung für die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft ist, dass der Erwerber vorher auf seinen Anspruch gegenüber der Bank aus der Pfandfreigabeverpflichtung verzichtet, ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

BGH, Urteil vom 27. Juli 2006 - VII ZR 276/05 - OLG München, LG München I

#### **2.2.8.6 Geltendmachung von Mängelrechten bei WEG I**

a) Beschließt die Wohnungseigentümergeinschaft im Einverständnis mit dem Veräußerer von Wohnungseigentum, über notwendige Mängelbeseitigungsarbeiten erst nach Vorlage eines Sanierungskonzepts zu entscheiden, weil die Mängelursachen noch nicht ausreichend sicher nachgewiesen sind, bleibt die Fälligkeit des Mängelbeseitigungsanspruchs des einzelnen Erwerbers davon grundsätzlich unberührt.

b) Der Erwerber ist berechtigt, dem Veräußerer ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer eine angemessene Frist mit Ablehnungsandrohung zur Beseitigung der Mängel unter vorheriger Vorlage des Sanierungskonzepts zu setzen. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist erlischt der Erfüllungsanspruch dieses Erwerbers. Er ist dann berechtigt, großen Schadensersatz zu fordern oder den Vertrag zu wandeln (im Anschluss an BGH, Urteil vom 30. April 1998 - VII ZR 47/97, BauR 1998, 783 = ZfBR 1998, 245).

c) Eine mit Ablehnungsandrohung verbundene Frist zur Aufnahme der Arbeiten und zum Nachweis der Beauftragung eines Drittunternehmers genügt den Anforderungen an eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung im Sinne des § 634 Abs. 1 BGB nicht.

BGH, Urteil vom 23. Februar 2006 - VII ZR 84/05 - OLG Brandenburg, LG Potsdam

#### **2.2.8.7 Mängelrechte gegenüber Nachunternehmer**

Steht im Rahmen einer werkvertraglichen Leistungskette fest, dass der Nachunternehmer von seinem Auftraggeber wegen Mängeln am Werk nicht mehr in Anspruch genommen wird, so kann er nach dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung gehindert sein, seinerseits Ansprüche wegen dieser Mängel gegen seinen Auftragnehmer geltend zu machen (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 24. März 1977 - VII ZR 319/75, BauR 1977, 277).

BGH, Urteil vom 28. Juni 2007 - VII ZR 81/06 - OLG Stuttgart, LG Tübingen

#### **2.2.8.8 Funktionstauglichkeit sowie Prüfungs- und Hinweispflichten**

- a) Auch nach der Änderung des § 633 BGB durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts entspricht ein Werk nicht der vereinbarten Beschaffenheit, wenn es nicht die vereinbarte Funktionstauglichkeit aufweist.
- b) Beruht der Mangel der Funktionstauglichkeit auf einer unzureichenden Vorleistung eines anderen Unternehmers, wird der Unternehmer auch nach dem durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts geänderten Werkvertragsrecht von der Mängelhaftung frei, wenn er seine Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt hat.
- c) Der Unternehmer trägt die Darlegungs- und Beweislast für die Erfüllung der Prüfungs- und Hinweispflicht.
- d) Zur Mängelhaftung des Unternehmers für eine Heizungsanlage, die deshalb nicht funktioniert, weil das von einem anderen Unternehmer errichtete Blockheizkraftwerk keine ausreichende Wärme erzeugt.

BGH, Urteil vom 8. November 2007 - VII ZR 183/05 - OLG München, LG München II

#### **2.2.8.9 Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung**

Bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung darf das Interesse des Auftraggebers an einer vertraglich vereinbarten höherwertigen und risikoärmeren Art der Ausführung nicht deshalb als gering bewertet werden, weil die tatsächlich erbrachte Leistung den anerkannten Regeln der Technik entspricht.

BGH, Urteil vom 10. April 2008 - VII ZR 214/06 - OLG München, LG München I

### **2.2.8.10 Sanierung bei Schimmelpilzbefall**

Eine ordnungsgemäße Mangelbeseitigung eines mit Schimmelpilz befallenen Dachstuhl liegt nicht vor, wenn dessen Holzgebälk nach Vornahme der Arbeiten weiterhin mit Schimmelpilzsporen behaftet ist. Dies gilt auch dann, wenn von diesen keine Gesundheitsgefahren für die Bewohner des Gebäudes ausgehen.

BGH, Urteil vom 29. Juni 2006 - VII ZR 274/04 - OLG Celle, LG Hannover

### **2.2.8.11 Schallschutz bei Doppelhäusern**

- a) Welcher Schallschutz für die Errichtung von Doppelhäusern geschuldet ist, ist durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Wird ein üblicher Qualitäts- und Komfortstandard geschuldet, muss sich das einzuhaltende Schalldämm-Maß an dieser Vereinbarung orientieren. Die Schalldämm-Maße der DIN 4109 können schon deshalb nicht herangezogen werden, weil sie lediglich Mindestanforderungen zur Vermeidung unzumutbarer Belästigungen regeln. Anhaltspunkte können aus den Regelwerken die Schallschutzstufen II und III der VDI-Richtlinie 4100 aus dem Jahre 1994 oder das Beiblatt 2 zu DIN 4109 liefern.
- b) Vertraglichen Erklärungen des Unternehmers, die Mindestanforderungen an den Schallschutz würden überschritten oder es werde optimaler Schallschutz erreicht, kann eine vertragliche Wirkung nicht deshalb aberkannt werden, weil aus ihnen das Maß des geschuldeten Schallschutzes nicht bestimmbar sei. Das Gericht muss unter Berücksichtigung der gesamten Vertragsumstände das geschuldete Maß ermitteln.
- c) Können durch die vereinbarte Bauweise bei einwandfreier, den anerkannten Regeln der Technik entsprechender Bauausführung höhere Schallschutzwerte erreicht werden, als sie sich aus den Anforderungen der DIN 4109 ergeben, sind diese Werte unabhängig davon geschuldet, welche Bedeutung den Schalldämm-Maßen der DIN 4109 sonst zukommt.
- d) Bei gleichwertigen, nach den anerkannten Regeln der Technik möglichen Bauweisen darf der Besteller angesichts der hohen Bedeutung des Schallschutzes im modernen Haus- und Wohnungsbau erwarten, dass der Unternehmer jedenfalls dann diejenige Bauweise wählt, die den besseren Schallschutz erbringt, wenn sie ohne nennenswerten Mehraufwand möglich ist.
- e) Zur Schalldämmung der Haustrennwand zwischen zwei Doppelhaushälften.

BGH, Urteil vom 14. Juni 2007 - VII ZR 45/06 - OLG Hamm, LG Bielefeld

### **2.2.8.12 Großer Schadensersatz bei § 635 BGB a.F.**

- a) Der Besteller kann unter den Voraussetzungen des § 635 BGB grundsätzlich Schadensersatz in der Weise verlangen, dass er das mangelhaft errichtete Werk zur

Verfügung stellt und den ihm aus der Nichterfüllung des Vertrages entstandenen Schaden geltend macht. Dieser so genannte große Schadensersatzanspruch führt jedenfalls vor der Abnahme dazu, dass der Werklohnanspruch untergeht.

b) Verlangt der Besteller wegen des Mangels eines Bauwerks großen Schadensersatz wegen Nichterfüllung in der Weise, dass er unter Anrechnung des nicht bezahlten Werklohns Mehrkosten für die Errichtung eines neuen Bauwerks geltend macht, ist in entsprechender Anwendung des § 251 Abs. 2 BGB zu prüfen, ob die Aufwendungen dafür unverhältnismäßig sind (im Anschluss an BGH, Urteil vom 26. Oktober 1972 - VII ZR 181/71, BGHZ 59, 365, 366).

c) Sind die Aufwendungen nicht unverhältnismäßig, kann der Besteller grundsätzlich nicht darauf verwiesen werden, dass ihm unter Abgeltung des Minderwerts lediglich die Kosten für eine Ersatzlösung zu gewähren sind, mit der er nicht in die Lage versetzt würde, den vertraglich geschuldeten Erfolg selbst herbeizuführen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 27. März 2003 - VII ZR 443/01, BGHZ 154, 301).

BGH, Urteil vom 29. Juni 2006 - VII ZR 86/05 - OLG Celle, LG Hildesheim

#### **2.2.8.13 Vorteilsanrechnung bei großem Schadensersatz (Mieteinnahmen)**

Macht der Erwerber eines Bauwerks Rückabwicklung des Vertrags im Wege des großen Schadensersatzes geltend, sind die durch die Vermietung erzielten Einnahmen als Nutzungsvorteil anzurechnen.

BGH, Urteil vom 9. Februar 2006 - VII ZR 228/04 - OLG Frankfurt/Main, LG Frankfurt/Main

#### **2.2.8.14 Vorteilsanrechnung im Zusammenhang mit Rückzahlungsanspruch hinsichtlich Vorschuss Mängelbeseitigungskosten**

Ein Bauträger, der vom Erwerber Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten zurückfordern kann, muss sich diesen Anspruch grundsätzlich nicht nach dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung auf seinen Schadensersatzanspruch gegen seinen Auftragnehmer wegen dieser Mängel am Werk anrechnen lassen. Eine Anrechnung kommt erst in Betracht, wenn er den Rückzahlungsanspruch realisiert hat und feststeht, dass er vom Erwerber künftig wegen dieser Mängel nicht mehr in Anspruch genommen werden kann (im Anschluss an BGH, Urteil vom 28. Juni 2007 - VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83).

BGH, Urteil vom 10. Juli 2008 - VII ZR 16/07 - OLG Oldenburg, LG Osnabrück

#### **2.2.8.15 Beschaffenheitsvereinbarung und anerkannte Regeln der Technik**

Die von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit abweichende Leistung des Unternehmers ist auch dann mangelhaft, wenn ihn kein Verschulden trifft, etwa weil die Ausführung den für diese Zeit anerkannten Regeln der Technik entspricht oder weil er nach allgemeinem Fachwissen auf Herstellerangaben und sonstige Informationen vertrauen konnte.

BGH, Urteil vom 10. November 2005 - VII ZR 147/04 - OLG Brandenburg, LG Potsdam

#### **2.2.8.16 Mangelbeseitigung bei Risiko der Funktionsbeeinträchtigung**

a) Birgt die Mangelhaftigkeit eines Straßenbelags das Risiko einer nachhaltigen Funktionsbeeinträchtigung, besteht grundsätzlich ein objektiv berechtigtes Interesse des Auftraggebers an der Mängelbeseitigung.

b) Etwas anderes kann gelten, wenn der Auftragnehmer nachweist, dass sich dieses Risiko aller Voraussicht nach nicht vor einem Zeitpunkt verwirklichen wird, der kurz vor dem Ende der üblichen Nutzungsdauer liegt.

BGH, Urteil vom 10. November 2005 - VII ZR 137/04 - OLG Dresden, LG Dresden

#### **2.2.8.17 Verhältnismäßigkeit des Nachbesserungsverlangens**

Ein Nachbesserungsverlangen ist auch bei erheblichem Aufwand für die Mängelbeseitigung nicht unverhältnismäßig, wenn ein objektiv berechtigtes Interesse des Auftraggebers an einer mangelfreien Vertragsleistung besteht (im Anschluss an BGH, Urteil vom 4. Juli 1996 - VII ZR 24/95, BauR 1996, 858 = ZfBR 1996, 313).

BGH, Urteil vom 10. November 2005 - VII ZR 64/04 - OLG Oldenburg, LG Osnabrück

#### **2.2.8.18 Risikoübernahme durch Auftraggeber**

a) Die Übernahme des Risikos einer mangelhaften Leistung des Auftragnehmers durch den Auftraggeber setzt eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung voraus.

b) Ein Baustoff wird durch den Auftraggeber nicht vorgeschrieben, wenn seine Verwendung auf Drängen des Auftragnehmers vertraglich vereinbart wird.

BGH, Urteil vom 12. Mai 2005 - VII ZR 45/04 - OLG Düsseldorf, LG Krefeld

#### **2.2.8.19 Leistungsverweigerungsrecht bei schwieriger Mängelermittlung**

Ein Leistungsverweigerungsrecht oder Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln von Bauleistungen ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Aufklärung der Mängel schwierig und zeitraubend ist.

BGH, Versäumnisurteil vom 31. März 2005 - VII ZR 369/02 - OLG Brandenburg, LG Cottbus

#### **2.2.8.20 Beweislast bei Ersatzvornahme vor Abnahme**

- a) Der Auftragnehmer trägt vor Abnahme seiner Werkleistung die Beweislast für deren Mangelfreiheit. Die Beweislast kehrt sich nicht allein deshalb um, weil der Auftraggeber die Mängel der Werkleistung im Wege der Ersatzvornahme hat beseitigen lassen.
- b) In einer fehlenden oder unzureichenden Dokumentation der durch Ersatzvornahme beseitigten angeblichen Mängel kann eine Beweisvereitelung liegen, wenn das Vorliegen von Mängeln erst im Laufe der Mängelbeseitigungsarbeiten überprüft werden kann und der Auftraggeber dem Auftragnehmer keine dahingehenden Feststellungen ermöglicht. Beruht die Beweisvereitelung auf einer Verletzung der Kooperationspflicht des Auftraggebers, kann hieraus eine Umkehr der Beweislast für das Vorliegen der Mängel zu seinen Lasten folgen.

BGH, Urteil vom 23. Oktober 2008 - VII ZR 64/07 - Saarländisches OLG, LG Saarbrücken

#### **2.2.8.21 Wirkung der Unterbrechung der gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 1 VOB/B verlängerten Verjährungsfrist**

Wird der Lauf einer nach § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B vereinbarten, gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B verlängerten Verjährungsfrist nach gesetzlichen Bestimmungen unterbrochen, so wird nach dem Ende der Unterbrechung die vereinbarte Frist erneut in Gang gesetzt (Bestätigung von BGH, Urteil vom 9. Oktober 1986 - VII ZR 184/85, BauR 1987, 84 = ZfBR 1987, 37).

BGH, Urteil vom 13. Januar 2005 - VII ZR 15/04 - OLG Celle, LG Verden

#### **2.2.8.22 Unwirksamkeit von Rügefristen in AGB**

Die Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu einem Bauvertrag "... Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers wegen bei Abnahme erkennbarer Mängel sind ausgeschlossen, wenn diese Mängel nicht binnen einer Frist von zwei Wochen seit Abnahme der ... (Auftragnehmerin) gegenüber schriftlich vorgebracht werden. Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln, die bei der Abnahme nicht erkennbar waren, sind ausgeschlossen, wenn sie vom Auftraggeber nicht binnen einer Frist von zwei Wochen nach Erkennbarkeit schriftlich gegenüber der ... (Auftragnehmerin) vorgebracht werden" verstößt auch bei Verwendung im kaufmännischen Bereich gegen § 9 AGBG und ist unwirksam.

BGH, Versäumnisurteil vom 28. Oktober 2004 - VII ZR 385/02 - OLG Schleswig, LG Kiel

### **2.2.8.23 Verjährungshemmung bei Mängelbeseitigungsarbeiten**

BGB § 639 Abs. 2 a.F.; VOB/B (1990) § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2

Bessert der Auftragnehmer nach Abnahme nach, wird bei Vereinbarung der VOB/B die Gewährleistungsfrist grundsätzlich gehemmt, bis die Mängelbeseitigungsarbeiten abgenommen sind.

Die Hemmung endet auch, wenn der Auftraggeber die Abnahme endgültig verweigert, weil er eine weitere Erfüllung des Vertrages ablehnt. Sie endet ferner, wenn der Auftraggeber die Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung verweigert und der Auftragnehmer seinerseits die weitere Mängelbeseitigung ablehnt.

VOB/B (1990) § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 3

Erbringt der Auftragnehmer Mängelbeseitigungsleistungen und werden diese abgenommen, beginnt mit der Abnahme die neue Gewährleistungsfrist des § 13 Nr. 5 Satz 3 VOB/B (Bestätigung von BGH, Urteil vom 15. Juni 1989 - VII ZR 14/88, BGHZ 108, 65).

BGH, Urteil vom 25. September 2008 - VII ZR 32/07 - OLG Dresden, LG Chemnitz

### **2.2.8.24 Verjährung nach Geltendmachung von Vorschuss**

Ein Urteil, mit dem dem Auftraggeber Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten zugesprochen wird, enthält regelmäßig die Feststellung, dass der Auftragnehmer verpflichtet ist, die gesamten Mängelbeseitigungskosten zu tragen, gegebenenfalls auch die den gezahlten Vorschuss übersteigenden Selbstvorkaufkosten (im Anschluss an BGH, Urteile vom 18. März 1976 - VII ZR 41/74, BGHZ 66, 138 und vom 20. Februar 1986 - VII ZR 318/84, BauR 1986, 345 = ZfBR 1986, 210).

BGH, Urteil vom 25. September 2008 - VII ZR 204/07 - OLG Nürnberg, LG Amberg

### **2.2.8.25 Verjährung bei Organisationsverschulden (§ 638 BGB a.F.)**

1. a) Der Werkunternehmer, der ein Bauwerk arbeitsteilig herstellen lässt, muss die organisatorischen Voraussetzungen schaffen, um sachgerecht beurteilen zu können, ob das Bauwerk bei Ablieferung mangelfrei ist. Unterlässt er dies, so verjähren Gewährleistungsansprüche des Bestellers - wie bei arglistigem Verschweigen eines Mangels - erst nach dreißig Jahren, wenn der Mangel bei rich-



tiger Organisation entdeckt worden wäre (Bestätigung von BGH, Urteil vom 12. März 1992 - VII ZR 5/91, BGHZ 117, 318).

- b) Diese Organisationspflicht ist keine vertragliche Verbindlichkeit gegenüber dem Besteller, sondern eine Obliegenheit des Unternehmers.
- c) Dem Unternehmer kann eine Obliegenheitsverletzung nicht allein deshalb angelastet werden, weil sein Nachunternehmer die Herstellung des ihm übertragenen Werks seinerseits nicht richtig organisiert. Eine Zurechnung über § 278 BGB kommt nicht in Betracht.

2. Soweit Leistungen zur Herstellung von Bauteilen an einen Nachunternehmer vergeben werden, die der Unternehmer mangels eigener Fachkunde oder mangels Lizenzierung nicht selbst vornehmen kann, genügt der Unternehmer grundsätzlich seinen Obliegenheiten, wenn er den Nachunternehmer sorgfältig aussucht.

BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 - VII ZR 99/06 - OLG Bamberg, LG Bayreuth

## **2.3 Architektenrecht**

### **2.3.1 Vertragsschluss**

#### **2.3.1.1 Koppelungsverbot**

Tritt ein Bauwilliger an einen Architekten mit der Bitte heran, ein passendes Grundstück für ein bestimmtes Projekt zu vermitteln, und stellt er ihm gleichzeitig in Aussicht, ihn im Erfolgsfall mit den Architektenleistungen zu beauftragen, ist der in der Folge abgeschlossene Architektenvertrag nicht nach Art. 10 § 3 MRVG unwirksam. Ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot liegt auch dann nicht vor, wenn der Architekt zu einem späteren Zeitpunkt die Vermittlung des Grundstücks davon abhängig macht, dass ihm der zuvor in Aussicht gestellte Auftragsauftrag erteilt wird (Aufgabe von BGH, Urteil vom 10. April 1975 - VII ZR 254/73, BGHZ 64, 173).

BGH, Urteil vom 25. September 2008 - VII ZR 174/07 - OLG Düsseldorf, LG Wuppertal

#### **2.3.1.2 Bestimmung des Objektes nach §§ 3 Abs. 1, 10 Abs. 1 HOAI**

Das Objekt im Sinne der §§ 3 Abs. 1, 10 Abs. 1 HOAI wird durch den Vertragsgegenstand bestimmt.

BGH, Urteil vom 12. Januar 2006 - VII ZR 2/04 - OLG Dresden, LG Leipzig

#### **2.3.1.3 Honorarvereinbarung bei bedingten Folgeaufträgen**

- a) Zur Auslegung eines Architekten- und Ingenieurvertrages als bedingt erteilten Auftrag, wenn die Leistungen für ein erstes Haus bereits endgültig beauftragt sind und die Leistungen für weitere Häuser nur dann erbracht werden sollen, wenn diese Häuser nach der vom Verkaufserfolg abhängigen Entschließung des Auftraggebers errichtet werden.
- b) Wird eine schriftliche Honorarvereinbarung in einem Architektenvertrag unter der Bedingung geschlossen, dass ein bestimmtes Projekt durchgeführt wird, und wird später ein davon abweichendes Projekt durchgeführt, ist die für das abweichende Projekt getroffene Honorarvereinbarung auch dann nicht schriftlich bei Auftragserteilung im Sinne des § 4 Abs. 1 HOAI getroffen, wenn das Honorar unverändert bleibt.

BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 - VII ZR 189/06 - OLG Braunschweig, LG Göttingen

#### **2.3.1.4 Honorarvereinbarung bei stufenweiser Beauftragung**

Die bei stufenweiser Beauftragung des Architekten schriftlich getroffene Honorarvereinbarung über später zu erbringende Leistungen wird mit dem Abruf dieser Leistungen wirksam und ist deshalb "bei Auftragserteilung" im Sinne des § 4 Abs. 1 HOAI getroffen.

Ein bei Auftragserteilung vereinbarter Umbauszuschlag kann einvernehmlich schriftlich geändert werden.

BGH, Versäumnisurteil vom 27. November 2008 - VII ZR 211/07 - OLG Rostock, LG Neubrandenburg

#### **2.3.1.5 Leistungsumfang bei Übertragung der Leistungsphase 4 des § 15 HOAI**

- a) Leistungen zur Grundlagenermittlung (Leistungsphase 1), Vorplanung (Leistungsphase 2) und Entwurfsplanung (Leistungsphase 3) werden nicht allein deshalb Gegenstand eines Architektenvertrages über Leistungen bei Gebäuden, weil sie einen der übertragenen Leistungsphase 4 des § 15 HOAI notwendig vorangehenden Entwicklungsschritt darstellen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 23. November 2006 - VII ZR 110/05, BauR 2007, 571 = NZBau 2007, 180 = ZfBR 2007, 235).
- b) Zur Verpflichtung eines Architekten, den notwendigen Schutz gegen drückendes Grundwasser zu planen.

BGH, Urteil vom 6. Dezember 2007 - VII ZR 157/06 - OLG Düsseldorf, LG Mönchengladbach

### **2.3.1.6 Leistungsbilder der HOAI als Auslegungshilfe zur Bestimmung der geschuldeten Leistung**

- a) Die Parteien eines Planungsvertrages können durch Bezugnahme auf die Leistungsbilder oder Leistungsphasen der HOAI diese zum Gegenstand der vertraglichen Leistungspflicht machen. Diese stellen dann eine Auslegungshilfe zur Bestimmung der vertraglich geschuldeten Leistung dar.
- b) Liegt einem Vertrag über die Genehmigungs- und Ausführungsplanung für das Tragwerk eine vom Auftraggeber vorgegebene Objektplanung und Entwurfsplanung für das Tragwerk zugrunde, hat der Auftragnehmer seine Leistungen auf dieser Grundlage zu erbringen. Werden diese Vertragsgrundlagen geändert und ist infolgedessen eine Änderung der bereits abschließend erbrachten Leistungen der Genehmigungs- und Ausführungsplanung für das Tragwerk notwendig, so handelt es sich bei diesen notwendig werdenden Leistungen grundsätzlich nicht um solche, die noch von den vertraglichen Leistungen erfasst sind, wenn dies im Vertrag nicht ausdrücklich anderweitig geregelt ist.
- c) Unter den vertraglichen Voraussetzungen können auch solche Leistungen gesondert zu vergüten sein, die deshalb notwendig wurden, weil der Auftragnehmer auf Anordnung des Auftraggebers Leistungen erbracht hat, obwohl die zugrunde liegende Objektplanung und Entwurfsplanung für das Tragwerk noch nicht abgeschlossen war.

BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 - VII ZR 42/05 - KG Berlin  
LG Berlin

### **2.3.1.7 Überschreitung der Höchstsätze der HOAI**

Eine schriftliche Honorarvereinbarung, die die Höchstsätze der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) überschreitet, ist nicht insgesamt nichtig. Sie ist insoweit aufrechtzuerhalten, als die nach der HOAI zulässige Höchstvergütung nicht überschritten wird (in Anschluss an BGH, Urteil vom 9. November 1989 - VII ZR 252/88).

BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 - VII ZR 25/06 - OLG Naumburg, LG Magdeburg

### **2.3.1.8 Vertrag zugunsten Erwerberrn bei Erstellung von Bautenstandsberichten**

Verpflichtet sich der vom Veräußerer einer noch zu errichtenden Eigentumswohnung mit der Bauleitung beauftragte Architekt diesem gegenüber zur Erstellung von Bautenstandsberichten, die Grundlage für die von den Erwerberrn bei der finanzierenden Bank zu beantragende ratenweise Auszahlung des Erwerbspreises sein sollen, kommt dem Vertrag drittschützende Wirkung zugunsten der Erwerberr zu.

BGH, Urteil vom 25. September 2008 - VII ZR 37/07 - OLG Schleswig, LG Itzehoe

## **2.3.2 Abrechnung/Vergütung**

### **2.3.2.1 Abrechnung ausgehend vom Planungsauftrag**

- a) Die in einem Auftrag enthaltenen Leistungen eines Ingenieurs für eine Anlage des Straßenverkehrs sind gemeinsam abzurechnen. Dies gilt auch dann, wenn der Planungsauftrag nicht umfassend ist, sondern nur Teilplanungsleistungen, die die Planung einzelner Gewerke betreffen, in Auftrag gegeben worden sind.
- b) Sind für diese Teilplanungsleistungen nicht alle Grundleistungen in Auftrag gegeben, muss das Honorar nach § 5 Abs. 2 HOAI gemindert werden. Sind unterschiedliche Grundleistungen für die verschiedenen Planungsbereiche in Auftrag gegeben, so muss eine sich an § 5 Abs. 2 HOAI orientierte Gewichtung stattfinden.
- c) Das Objekt im Sinne der §§ 3 Nr. 1, 52 Abs. 1 HOAI wird durch den Vertragsgegenstand bestimmt; das gilt auch hinsichtlich der Einordnung eines Objekts in eine Honorarzone (im Anschluss an BGH, Urteil vom 12. Januar 2006 - VII ZR 2/04, BGHZ 165, 382).

BGH, Urteil vom 11. Dezember 2008 - VII ZR 235/06 – Kammergericht, LG Berlin

### **2.3.2.2 Abrechnung von Anlagen einer Anlagengruppe**

- a) Anlagen einer Anlagengruppe sind gemeinsam abzurechnen, es sei denn, dem Auftragnehmer sind mehrere Anlagen im Sinne des § 69 Abs. 7, § 22 Abs. 1 HOAI in Auftrag gegeben worden.
- b) Mehrere Anlagen im Sinne des § 69 Abs. 7, § 22 Abs. 1 HOAI liegen nicht schon deshalb vor, weil funktionell verschiedenartige Anlagen einer Anlagengruppe unabhängig voneinander funktionieren und selbständig an das öffentliche Versorgungsnetz angeschlossen werden.

BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2007 - VII ZR 114/07

### **2.3.2.3 Abrechnung bei (un-)selbständigen Teilen einer Wärmeversorgungsanlage**

Zur Abrechnung von Planleistungen für selbständige und unselbständige Teile einer Wärmeversorgungsanlage.

BGH, Urteil vom 12. Januar 2006 - VII ZR 293/04 - OLG München, LG Augsburg

#### **2.3.2.4 Zusätzliche Vergütung bei Bauzeitverlängerung**

- a) Enthält ein Architektenvertrag mit der Bundesrepublik Deutschland die Regelung, dass dessen Ergänzungen und Änderungen der Schriftform bedürfen, so gilt das auch für die nach dem Vertrag zu treffende Einigung über eine zusätzliche Vergütung wegen einer vom Architekten nicht zu vertretenden Bauzeitverzögerung.
- b) Sieht der Vertrag vor, dass die Parteien eine zusätzliche Vergütung für die Mehraufwendungen des Architekten wegen einer von ihm nicht zu vertretenden Bauzeitverzögerung zu vereinbaren haben, kann der Architekt einen nach den Mehraufwendungen berechneten Zahlungsanspruch gerichtlich geltend machen, wenn die Einigung nicht zustande kommt.
- c) Enthält der Vertrag die Regelung, dass der Architekt für nachweisbare Mehraufwendungen eine zusätzliche Vergütung erhalten soll, setzt der Anspruch nicht voraus, dass die Aufwendungen das Gesamthonorar übersteigen, also auch den Gewinn des Architekten aufgezehrt haben.
- d) Zu den Anforderungen an die Darlegung eines Anspruchs auf Ersatz der Mehraufwendungen für den Einsatz von Bauleitern während der verlängerten Bauzeit.

BGH, Urteil vom 10. Mai 2007 - VII ZR 288/05 - OLG Brandenburg, LG Cottbus

#### **2.3.2.5 Prüffähigkeit der Schlussrechnung**

Auf die fehlende Prüffähigkeit der Schlussrechnung kann sich der Besteller nicht berufen, wenn er eine Abrechnung des Architektenvertrags vorgenommen hat und einen Anspruch auf Rückzahlung bezahlten Honorars geltend macht.

Das Objekt im Sinne der §§ 3 Abs. 1, 10 Abs. 1 HOAI wird durch den Vertragsgegenstand bestimmt.

BGH, Urteil vom 12. Januar 2006 - VII ZR 2/04 - OLG Dresden, LG Leipzig

#### **2.3.2.6 Regelung zu Abschlagszahlung in AGB**

a) Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, wonach dem Architekten oder Ingenieur Abschlagszahlungen in Höhe von 95 v.H. des Honorars für die nachgewiesenen Leistungen einschließlich Umsatzsteuer gewährt werden, weicht vom gesetzlichen Leitbild des § 8 Abs. 2 HOAI ab.

b) Die Klausel ist jedenfalls dann wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers unwirksam, wenn sie in einem Vertrag verwendet wird, der die Leistungen aller Leistungsphasen des § 15 Abs. 2 HOAI enthält, eine Teilschlusszahlung lediglich nach Genehmigung der bis zur Leistungsphase 4 erbrachten Leistungen vereinbart ist und die Schlusszahlung für die Leistungsphasen 5 bis 9 erst fällig wird, wenn der Auftragnehmer sämtliche Leistungen aus dem Vertrag erfüllt hat.

BGH, Beschluss vom 22. Dezember 2005 - VII ZB 84/05 - KG Berlin, LG Berlin

### **2.3.2.7 Fälligkeit des Honorars bei vorzeitiger Beendigung**

Die Werklohnforderung eines mit Planungs- und Überwachungsleistungen beauftragten Architekten für eine vom Bauunternehmer vorzunehmende Sanierung wird nicht allein dadurch fällig, dass sich der Besteller und der Bauunternehmer nach Erbringung von Teilleistungen darauf einigen, dass die Sanierung nicht fortgeführt wird.

BGH, Urteil vom 12. Mai 2005 - VII ZR 349/03 - OLG Celle, LG Hildesheim

### **2.3.2.8 Abrechnung nach Kündigung und vereinbartem Pauschalhonorar unterhalb der Mindestsätze**

a) Fordert der Architekt nach Kündigung eines Vertrages Honorar für die erbrachte Leistung, hat er in der Schlussrechnung die erbrachten (Teil-) Leistungen darzulegen und das sich auf der Grundlage der Honorarvereinbarung ermittelte anteilige Honorar.

b) Der Architekt ist auch dann nicht gehindert, den sich auf der Grundlage der Honorarvereinbarung ermittelten Anteil eines Pauschalhonorars zu fordern, wenn die Honorarvereinbarung wegen unzulässiger Unterschreitung des Mindestsatzes unwirksam ist.

c) Die Prüffähigkeit einer Schlussrechnung darf dann nicht mit der Begründung verneint werden, der Architekt habe keine an der HOAI orientierte Abrechnung nach Mindestsätzen vorgenommen (Bestätigung von BGH, Urteil vom 13. September 2001 - VII ZR 380/00).

BGH, Versäumnisurteil vom 13. Januar 2005 - VII ZR 353/03 - OLG Rostock, LG Schwerin

### **2.3.2.9 Wirksamkeit der Honorarvereinbarung bei Abweichung von der HOAI**

Schließen die Parteien eines Werkvertrags einen Aufhebungsvertrag, nachdem die Werkleistung unmöglich geworden ist, bestimmt sich die Vergütung des Unternehmers nicht nach § 649 BGB. Beruht die Unmöglichkeit auf einem von dem Besteller gelieferten Stoff, richtet sich die Vergütung nach § 645 BGB.

a) Die HOAI ist öffentliches Preisrecht. Sie regelt den preisrechtlichen Rahmen, in dem Honorarvereinbarungen zulässig sind (Anschluss an BGH, Urteil vom 13. September 2001 - VII ZR 380/00).

b) Vereinbaren die Parteien in Anlehnung an die HOAI mehrere Faktoren, nach denen die Vergütung des Architekten berechnet werden soll, kann nicht daraus, dass einer der vereinbarten Berechnungsfaktoren von der HOAI abweicht, geschlossen werden, dass die Honorarvereinbarung unwirksam ist. Es ist zu ermitteln, welches Honorar sich unter Anwendung der gesamten von den Parteien vereinbarten Bemessungsregelungen ergibt und ob dieses Honorar in dem von der HOAI zugelassenen Rahmen liegt.

BGH, Urteil vom 16. Dezember 2004 - VII ZR 16/03 - OLG Jena, LG Erfurt

### **2.3.2.10 Bindung an Schlussrechnung**

a) An eine Schlussrechnung ist der Architekt gebunden, wenn der Auftraggeber auf eine abschließende Berechnung des Honorars vertrauen durfte und er sich im berechtigten Vertrauen auf die Endgültigkeit der Schlussrechnung in schutzwürdiger Weise so eingerichtet hat, dass ihm eine Nachforderung nicht mehr zugemutet werden kann (Bestätigung von BGH, Urteil vom 5. November 1992 - VII ZR 52/91, BGHZ 120, 133 und Urteil vom 22. Mai 1997 - VII ZR 290/95, BGHZ 136, 1).

b) Allein die Bezahlung der Schlussrechnung ist keine Maßnahme, mit der sich der Auftraggeber in schutzwürdiger Weise auf die Endgültigkeit der Schlussrechnung einrichtet.

c) Die Unzumutbarkeit der Nachforderung setzt voraus, dass die dadurch entstehende zusätzliche Belastung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles für den Auftraggeber eine besondere Härte bedeutet.

BGH, Urteil vom 23. Oktober 2008 - VII ZR 105/07 - OLG Frankfurt am Main, LG Wiesbaden

### **2.3.2.11 Rückforderung überzahlten Honorars**

Macht der Auftraggeber eines Architekten nach Beendigung des Vertrags unter Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen Überzahlung geleisteter Vorauszahlungen geltend, hat der Architekt darzulegen und zu beweisen, dass ihm eine Vergütung in Höhe der geleisteten Zahlungen endgültig zusteht. Der Auftraggeber hat einen vertraglichen Anspruch auf Auszahlung eines Überschusses (im Anschluss an BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365).

BGH, Urteil vom 22. November 2007 - VII ZR 130/06 - OLG München, LG München I

### **2.3.3 Abnahme**

#### **2.3.3.1 Konkludente Abnahme des Architektenwerks**

Wenn nach den Vorstellungen der Parteien eines die Leistungsphase 9 des § 15 Abs. 2 HOAI umfassenden Architektenvertrags für das Ende der Objektbetreuung fünfjährige Gewährleistungsfristen mit den Unternehmern maßgebend sind, tatsächlich jedoch mit diesen zweijährige Gewährleistungsfristen vereinbart wurden, liegt eine konkludente Abnahme des Architektenwerks nicht darin, dass der Besteller innerhalb der Zweijahresfrist das Architektenwerk unbeanstandet lässt.

BGH, Urteil vom 20. Oktober 2005 - VII ZR 155/04 - OLG Frankfurt am Main, LG Marburg

#### **2.3.3.2 Vereinbarte Teilabnahme**

Die unter der Überschrift "Gewährleistungs- und Haftungsdauer" stehende Klausel 6.2 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen zum Einheitsarchitektenvertrag für Gebäude (AVA) "Die Verjährung beginnt mit der Abnahme der letzten nach diesem Vertrag zu bringenden Leistung, spätestens mit Abnahme der in Leistungsphase 8 (Objektüberwachung) zu erbringenden Leistung (Teilabnahme). Für Leistungen, die danach noch zu erbringen sind, beginnt die Verjährung mit Abnahme der letzten Leistung." enthält keine Vereinbarung über eine Teilabnahme.

BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 - VII ZR 300/04 - OLG Jena, LG Gera

### **2.3.4 Mängelrechte**

#### **2.3.4.1 Verjährungshemmung durch Verhandlungen**

Für ein Verhandeln genügt, wie bei § 852 Abs. 2 BGB a.F., jeder Meinungs austausch über den Schadensfall zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten, sofern nicht sofort und eindeutig jeder Ersatz abgelehnt wird. Die zu § 639 Abs. 2 BGB a.F. ergangene Rechtsprechung kann zur Ausfüllung des Begriffs herangezogen werden.

BGH, Urteil vom 26. Oktober 2006 - VII ZR 194/05 - OLG Hamm

#### **2.3.4.2 Aufklärungspflicht bei sichtbar gewordenen Baumängeln**

Der Architekt schuldet als Sachwalter des Bauherrn im Rahmen seines jeweils übernommenen Aufgabengebiets die unverzügliche und umfassende Aufklärung der Ursachen sichtbar gewordener Baumängel sowie die sachkundige Unterrichtung des Bauherrn vom Ergebnis der Untersuchung und von der sich daraus ergebenden



Rechtslage. Von der Ursächlichkeit der Verletzung dieser Pflicht für den eingetretenen Schaden ist auszugehen, wenn der Auftraggeber bei entsprechender Aufklärung rechtzeitig gegen den Architekten vorgegangen wäre. Hierfür spricht eine tatsächliche Vermutung. Der aus der ursächlichen Verletzung der Pflicht folgende Schadensersatzanspruch geht dahin, dass die Verjährung der gegen den Architekten gerichteten Gewährleistungsansprüche als nicht eingetreten gilt.

BGH, Urteil vom 26. Oktober 2006 - VII ZR 133/04 - OLG Celle, LG Hildesheim

#### **2.3.4.3 Schadensersatz bei Verkörperung von Mängeln im Bauwerk**

Haben sich Mängel der Planung oder Bauüberwachung bereits im Bauwerk verkörpert, setzt der Schadensersatzanspruch gegen den Architekten grundsätzlich nicht voraus, dass diesem Gelegenheit gegeben wurde, die Mängel seiner Planung oder des Bauwerks zu beseitigen. Der Schadensersatzanspruch kann deshalb nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, die Mängel seien nicht gerügt worden.

BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 - VII ZR 65/06 - OLG Frankfurt  
LG Darmstadt

#### **2.3.4.4 Gesamtschuldnerische Haftung bei Bauaufsichtsfehlern**

Einem gesamtschuldnerisch mit einem Unternehmer wegen Bauaufsichtsfehlern haftenden Architekten ist in der Regel der Einwand versagt, der Auftraggeber hätte sich durch rechtzeitigen Zugriff bei dem Unternehmer befriedigen können und müssen. Der Schadensersatzanspruch kann nicht allein deshalb verneint werden, weil der Auftraggeber entgegen der Empfehlung des Architekten Werklohn wegen Mängeln der Bauausführung nicht einbehalten hat.

Die Versagung der Zustimmung zur Parteierweiterung durch einen in der Berufungsinstanz erstmals mit einer Widerklage überzogenen Architekten ist nicht missbräuchlich, wenn die Widerklage wegen Bauaufsichtsfehlern einer in Gesellschaft bürgerlichen Rechts tätigen Architektengemeinschaft zunächst nur gegen einen Gesellschafter erhoben wird und sodann nach mehreren Jahren der Prozessführung zu einem geringen Teil auch gegen den anderen, bisher am Prozess nicht beteiligten Gesellschafter, nachdem dieser als Zeuge geladen worden ist.

BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 - VII ZR 5/06 - OLG Brandenburg, LG Potsdam

#### **2.3.4.5 Verjährung bei Verletzung der Organisationsobliegenheit im Rahmen der Bauüberwachung**

- a) Die Rechtsprechung des Senats zur Organisationsobliegenheit des arbeitsteilig tätigen Werkunternehmers (zuletzt BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 - VII ZR 99/06, BGHZ 174, 32) ist auch dann anwendbar, wenn Ansprüche gegen ein Architektenbüro geltend gemacht werden, das die Bauüberwachung arbeitsteilig organisiert.

- b) Die Gleichstellung der Verjährung im Falle der Verletzung einer Organisationsobliegenheit mit der Verjährung bei arglistigem Verschweigen eines Mangels ist nur gerechtfertigt, wenn die Verletzung der Organisationsobliegenheit ein dem arglistigen Verschweigen vergleichbares Gewicht hat.
  - c) Die Schwere eines Baumangels lässt grundsätzlich nicht den Rückschluss auf eine derart schwere Verletzung der Obliegenheit zu, eine arbeitsteilige Bauüberwachung richtig zu organisieren.
- 
- a) Den Bauherrn trifft jedenfalls die Obliegenheit, dem bauaufsichtsführenden Architekten mangelfreie Pläne zur Verfügung zu stellen.
  - b) Nimmt er den bauaufsichtsführenden Architekten wegen eines übersehenen Planungsmangels in Anspruch, muss er sich das Verschulden des von ihm eingesetzten Planers zurechnen lassen.
  - c) Der Verursachungsbeitrag des bauaufsichtsführenden Architekten an dem Bauwerksschaden muss unter Berücksichtigung seiner besonderen Aufgabenstellung gewichtet werden. Ein vollständiges Zurücktreten seiner Haftung kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht.

BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06 – Kammergericht, LG Berlin

## **2.4 Projektsteuerung**

### **2.4.1 Vertragsschluss**

unbesetzt

### **2.4.2 Abrechnung/Vergütung**

#### **2.4.2.1 Keine Anwendbarkeit von § 8 HOAI**

Für den Projektsteuerungsvertrag gilt § 8 HOAI grundsätzlich nicht.

BGH, Beschluss vom 25. Januar 2007 - VII ZR 112/06 - OLG Frankfurt am Main, LG Frankfurt

### **2.4.3 Abnahme**

unbesetzt

### **2.4.4 Mängelrechte**

unbesetzt