

Münchener Prozessformularbuch Band 2: Privates Bau- und Architektenrecht

Bearbeitet von

Herausgegeben von Dr. Wolfgang Koeble, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht,
Bearbeitet von Dr. Stefan Hüttinger, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Prof. Dr.
Jürgen Knacke, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Ulrich Locher, Rechtsanwalt, Dr. Rainer Noch, Rechtsanwalt, Peter
Oppler, Rechtsanwalt, Dr. Hans-Egon Pause, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht,
Hermann Röder, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Dr. Klaus Saerbeck,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Notar, Dr. Peter Schütz, Rechtsanwalt, und
Dr. Alexander Zahn, Dipl.-Betriebswirt (BA), Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

5. Auflage 2018. Buch. XXX, 994 S. Mit Mustern zum Download. In Leinen

ISBN 978 3 406 70388 1

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Privates Baurecht, Architektenrecht](#)

[Zu Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

b) Konkludente Abnahme

Viel häufiger sind dagegen die Fälle, in denen sich aus schlüssigem Verhalten des Auftraggebers ergibt, dass dieser die Architekten- und Ingenieurleistungen billigt. Voraussetzung für eine konkludente Abnahme ist, dass die Leistungen im Wesentlichen fertiggestellt sind. Dann kann von einer konkludenten Abnahme ausgegangen werden, wenn der Besteller nach Fertigstellung der Leistungen, nach Bezug des fertiggestellten Bauwerks und nach Ablauf einer Prüfungsfrist von 6 Monaten keine Mängel der Architekten- und Ingenieurleistungen rügt (BGH BauR 2013, 2031 = NZBau 2013, 779; OLG Brandenburg NJW-RR 2016, 1115). Dabei genügt es sogar, dass nicht alle Leistungen vollständig erbracht sind. Fehlen allerdings wesentliche Leistungen, dann kommt eine konkludente Abnahme nicht in Frage (BGH BauR 2014, 1023, der die konkludente Abnahme für den Fall bejaht, dass noch gewisse Detailpläne fehlen). Letzteres gilt auch dann, wenn die Leistungsphase 9 zum Aufgabenbereich des Architekten/Ingenieurs gehört und dann aber nur noch geringfügige Restleistungen zu erbringen sind (BGH BauR 2013, 2031 = NZBau 2013, 779; BGH BauR 2014, 1023).

c) Fiktive Abnahme nach § 640 Abs. 2 BGB

Nach der bis 31.12.2017 geltenden Regelung über die fiktive Abnahme (§ 640 Abs. 1 S. 3 BGB aF) war Abnahmefähigkeit der Leistung Voraussetzung für das Eingreifen der Fiktion. Wesentliche Mängel (Umkehrschluss zu § 640 Abs. 1 S. 2 BGB aF) hinderten auf jeden Fall die Abnahmefähigkeit und damit das Eingreifen der Fiktion. Die Neufassung (§ 640 Abs. 2 BGB) erfordert nun die „Fertigstellung“ der Leistung. Gewisse Mängel sollen dabei keine entscheidende Rolle spielen, jedoch dürften auch hier wesentliche Mängel die Abnahmefiktion verhindern. Ebenso soll es nach der Amtlichen Begründung zu den neuen Vorschrift ausreichen, wenn Mängel vorbehalten werden – egal ob sie schließlich berechtigt sind oder nicht. In solchen Fällen greift nach dem Willen des Gesetzgebers die Fiktion nicht ein. Ob sich dieser Auffassung die hM in Literatur und Rechtsprechung anschließen wird, bleibt abzuwarten (vgl. Kniffka BauR 2017, 1759 (1765 ff.); Sonntag in Langen/Berger/Dauner-Lieb Bauvertragsrecht BGB § 640 Rn. 59; Locher/Koeble/Frik HOAI Einl. Rn. 140 ff.).

d) Abnahmesurrogate

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

e) Teilabnahme nach § 650s BGB

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

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

A. III. 7

III. Klagen des Bauherrn gegen den Architekten

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

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

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

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

7. Checkliste zur Verjährung von Ansprüchen des Bauherrn

DIE FACHBUCHHANDLUNG

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

Beide Parteien müssen sich Gedanken zur Frage der Verjährung machen. Es empfiehlt sich folgende Prüfungsreihenfolge:

Anmerkungen

a) Welche Verjährungsfrist gilt?

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

lich der Verjährung den Ansprüchen wegen arglistigen Verschweigens eines Mangels gleichgestellt.

Um Planungs- und Überwachungsleistungen für Bauwerke handelt es sich auch bei solchen für die Sanierung. Ebenso sind bauwerksbezogene Beratungen und Begutachtungen erfasst (Palandt/Sprau BGB § 634a Rn. 10 zB für Bodengutachten; Kniffka/Koeble Kompendium BauR 12. Teil Rn. 810). Umstritten ist, ob die 5-Jahresfrist auch dann gilt, wenn das Objekt nicht gebaut wird (heute hM; vgl. Palandt/Sprau BGB § 634a Rn. 10; Kniffka/Koeble Kompendium BauR 12. Teil Rn. 810).

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

b) Wann beginnt die Frist zu laufen?

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

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

Hat der Architekt dagegen die Leistungsphase 9 ebenfalls in Auftrag, so muss er eine „Objektbegehung zur Mängelfeststellung vor Ablauf der Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche gegenüber den bauausführenden Unternehmen“ durchführen. Erst danach kommt eine „Billigung“ der Leistungen in Frage, so dass erst dann die 5-jährige Gewährleistungsfrist anfangen kann (BGH BauR 1994, 392 = NJW 1994, 1276 = LM H. 6/1994 HOAI Nr. 24 mAnm Koeble). Der bloße Bezug des Gebäudes reicht alleine für den Abnahmewillen nicht aus. Es müssen weitere Umstände hinzukommen, zB die Zahlung der Honorarrechnung oder eine längere Nutzung des Gebäudes ohne Mängelrügen. Für die Abnahme genügt auch noch nicht das konkludente Handeln eines Dritten (BGH BauR 1999, 1472). Nicht höchstrichterlich geklärt ist, wer die Beweislast für die Übertragung der Leistungsphase 9 trägt. Richtigerweise ist dies der Architekt, der sich auf die Einrede der Verjährung beruft (OLG Düsseldorf BauR 2005, 1680 m. NA-Beschluss des BGH vom 28.4.2005 – VII ZR 221/04; Kniffka/Koeble Kompendium BauR 12. Teil Rn. 817). Ist die Leistungsphase 9 nicht übertragen worden, muss geprüft werden, welches die letzte Handlung des Architekten war (Kniffka/Koeble Kompendium BauR 12. Teil Rn. 682 ff.). Zusätzlich muss nach Umständen gesucht werden, aus denen eine Billigung des Auftraggebers gefolgt werden kann.

Soweit die vertraglich geschuldeten Leistungen erbracht sind, kann die konkludente Abnahme der Architektenleistung darin liegen, dass der Besteller nach Fertigstellung der Leistung, Bezug des fertiggestellten Bauwerks und Ablauf einer Prüfungsfrist von 6 Monaten keine Mängel der Architektenleistungen rügt (BGH BauR 2013, 2031 = NZBau 2013, 779). Eine solche konkludente Abnahme kann auch dann stattfinden, wenn die Leistungsphase 9 übertragen ist und aus ihr (oder aus Leistungsphase 8) noch gewisse Restarbeiten notwendig sind und erbracht werden müssen (BGH BauR 2014, 1023 für den Fall, dass noch gewisse Detailpläne fehlten).

- Sobald die Architekten- oder Ingenieurleistung „vertragsgemäß erbracht ist“ und Abnahmefähigkeit (ohne wesentliche Mängel) gegeben ist, kann der Auftragnehmer bei vor dem 1.1.2018 abgeschlossenen Verträgen die Abnahme unter Setzung einer angemessenen Frist verlangen (§ 640 Abs. 1 S. 3 BGB aF). Nach erfolglosem Fristablauf gilt die Abnahme dann als erfolgt (Abnahmefiktion). Die Abnahmereife muss jedoch nach hM der Architekt darlegen und beweisen. Für Verträge seit 1.1.2018 hat sich die Rechtslage etwas geändert. Es ist nicht mehr die Abnahmereife, sondern die „Fertigstellung des Werks“ erforderlich. Nach der amtlichen Begründung zu § 640 Abs. 2 BGB soll hier nicht Abnahmereife erforderlich sein und ein nicht so strenger Maßstab angelegt werden. Allerdings dürften wesentliche Mängel auch heute noch die fiktive Abnahme (§ 640 Abs. 2 BGB) hindern. Voraussetzung für die Abnahmefiktion ist, dass eine angemessene Frist gesetzt wurde und in dieser Frist die Abnahme nicht „unter Angabe von Mängeln“ durch den Auftraggeber verweigert wurde. Streitig wird sein, ob die bloße Angabe von Mängeln ausreicht oder ob die Mängel auch tatsächlich vorliegen müssen (→ Form. A.III.6 Anm. c.).
- An die Stelle der Abnahme können auch von der Rechtsprechung als ausreichend angesehene Abnahmesurrogate treten. Das gilt zunächst für die berechtigte als auch für die unberechtigte (aber endgültige) Abnahmeverweigerung (BGH BauR 2011, 1032 = NJW 2011, 1224 = NZBau 2011, 311; Koeble BauR 2012, 1153). Sodann beginnt die Verjährungsfrist zu laufen, wenn der Bauherr „keine Erfüllung des Vertrages mehr verlangt“ (BGH BauR 2011, 1032 = NJW 2011, 1224 = NZBau 2011, 311; OLG Celle BauR 2016, 291; Koeble BauR 2012, 1153). Schließlich beginnt die Verjährungsfrist auch bei „Umwandlung des vertraglichen Erfüllungsverhältnisses“ in ein „Abwicklungs- und Abrechnungsverhältnis“ zu laufen (BGH BauR 2011, 1032 = NJW 2011, 1224 = NZBau 2011, 311). Ein Fall dieser Gruppe dürfte die Kündigung bzw. einvernehmliche Beendigung sein.
- Die Vereinbarung eines früheren Fristbeginns als bei der Abnahme ist in AGB oder Formularverträgen unwirksam. Das gilt auch gegenüber Kaufleuten (BGH BauR 1987, 113; BGH BauR 1992, 794 = NJW 1992, 2759). Wirksam sind jedoch vertragliche Vereinbarungen in Verträgen vor dem 1.1.2018 – auch in AGB oder Formularverträgen – wonach eine Teilabnahme nach Leistungsphase 8 stattfindet (BGH BauR 2001, 1928; Koeble LM H. 6/1994, HOAI Nr. 24; Schotten BauR 2001, 1313). Allerdings darf eine solche Regelung über die Teilabnahme sich nicht unter der Überschrift „Gewährleistungs- und Haftungsdauer“ finden, weil sie sonst überraschend und damit unwirksam ist (BGH BauR 2006, 1332 = NZBau 2006, 519 = NJW-RR 2006, 1248; dazu auch eingehend Scholtissek NZBau 2006, 623). Sie muss darüber hinaus auch eine Verpflichtung zur Teilabnahme bzw. eine konkrete Form über die Teilabnahme enthalten (iE Kniffka/Koeble Kompendium BauR 12. Teil Rn. 694 f., 823; zur Rechtslage seit 1.1.2018 vgl. übernächster Abschnitt).
- Enthält der vor dem 1.1.2018 abgeschlossene Architektenvertrag eine sog. Subsidiaritätsklausel, dann ist zu prüfen, ob diese dem § 309 Nr. 8 Buchst. b aa BGB entspricht und auf die außergerichtliche Inanspruchnahme Dritter beschränkt ist. Bei Wirksamkeit der Klausel beginnt die Gewährleistungsfrist gegen den Architekten erst zu laufen, wenn feststeht, dass Ansprüche gegen am Bau Beteiligte nicht realisiert werden können,

also das Unvermögen der am Bau Beteiligten feststeht (BGH BauR 1987, 343 = NJW 1987, 2743; OLG Hamm BauR 2006, 704 = NZBau 2006, 324). Ob die Klauseln allerdings wirksam sind, ist seit der Rechtsprechung des BGH zur Freizeichnung mit Abtretung von Mängelansprüchen beim Bauträgervertrag zweifelhaft geworden. Die Verweisung auf andere Baubeteiligte könnte eine unangemessene Benachteiligung darstellen (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Soweit eine Subsidiaritätsklausel nur ein Verweisungsrecht des Architekten zum Gegenstand hat, wird die Auffassung vertreten, dass die Verjährung erst und nur dann gehemmt sein kann, wenn der Architekt den Bauherrn an Dritte verweist (so OLG Köln NJW-RR 2011, 958 = NZBau 2011, 430; zur Rechtslage seit 1.1.2018 vgl. nächster Abschnitt).

- Für Verträge seit 1.1.2018 gilt die Neuregelung betreffend gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer (§ 650t BGB). Nimmt der Bauherr bei einem Ausführungsfehler nicht als erstes den Bauunternehmer in Anspruch, dann kann der Architekt eine Einrede erheben und die Leistung verweigern. Das Gesamtschuldverhältnis wird durch diese Vorschrift nicht beeinträchtigt, aber – wie bei der oben geschilderten Verweisungsklausel – besteht ein Leistungsverweigerungsrecht. Die Frist für den Verjährungsbeginn wird durch die Regelung nicht hinausgeschoben, sondern erst und nur dann, wenn der Architekt die Einrede erhebt, ist die Verjährung gehemmt (vgl. Form. A.III.6 Anm. e).
- Probleme ergeben sich dann, wenn eine Abnahme nicht erfolgt ist und auch keine Kündigung oder sonstige Beendigung des Vertrages festzustellen ist. Nach bisheriger Rechtsprechung war hier beim hängen gebliebenen Vertrag von einer 30-jährigen Verjährung von Mängelansprüchen auszugehen (BGH BauR 2000, 128 = NZBau 2000, 22 = ZfBR 2000, 97; vgl. Kniffka/Koeble Kompendium BauR 12. Teil Rn. 506). Aus der 30-jährigen Verjährungsfrist war eine 3-jährige Frist geworden (§ 195 BGB). Der BGH hat dann jedoch seine Rechtsprechung aufgegeben und für Ansprüche ohne Abnahme ebenfalls § 634a BGB herangezogen (BGH BauR 2010, 1778 = NJW 2010, 3573 = NZBau 210, 768; BGH BauR 2011, 1032 = NJW 2011, 1224 = NZBau 2011, 311). Anstelle der Abnahme können verschiedene Abnahmesurrogate treten (dazu Koeble BauR 2012, 1153 und oben 3. Bulletpointabsatz). Das gilt zunächst für die berechtigte und unberechtigte Abnahmeverweigerung. Sodann steht es der Abnahme gleich, wenn der Bauherr keine Erfüllung des Vertrages mehr verlangt oder wenn sich das Vertragsverhältnis aus anderen Gründen in ein Abwicklungs- und Abrechnungsverhältnis umgewandelt hat (BGH BauR 2010, 1778 = NJW 2010, 3573 = NZBau 2010, 768; BGH BauR 2011, 1032 = NJW 2011, 1224 = NZBau 2011, 311; Koeble BauR 2012, 1153).

c) Läuft die Verjährungsfrist bei Nichtaufklärung über eigene Fehler (Sekundärhaftung/Sekundärverjährung)?

Auch dann, wenn die 5-jährige Verjährungsfrist ab der Abnahme abgelaufen ist, kann der Bauherr uU noch Mängelansprüche geltend machen. Die Rechtsprechung hält den Architekten nämlich für verpflichtet, über eigene Fehler aufzuklären (BGH BauR 1986, 112 = NJW-RR 1986, 182; zum Ganzen: Kniffka/Koeble Kompendium BauR 12. Teil Rn. 511 ff.; von Rintelen NZBau 2008, 2009; Scholtessek, FS Koeble, S. 489; Reimelt/Pasker BauR 2010, 983). Dies gilt auch in den Fällen, in denen der Architekt nicht umfassend beauftragt ist (BGH BauR 1996, 418 = NJW 1996, 1278). Die Rechtsprechung wurde auch auf Überwachungsfehler übertragen (BauR 2000, 1513 = NZBau 2000, 325 = ZfBR, 2000, 544) und auch dann bejaht, wenn das Vertragsverhältnis später beendet wurde (nach Begründung der Sekundärhaftung; vgl. BGH BauR 2002, 1718 = NZBau 2002, 617). Für den Tragwerksplaner gilt die Rechtsprechung zur Sekundärverjährung jedoch nicht (BGH BauR 2002, 108 = NJW 2002, 288 = NZBau 2002, 42). Ebenso wenig ist sie anwendbar auf den Fachplaner (zB für die Technische Ausrüstung), weil dieser nicht die umfassende Stellung eines Objekts überwachenden Architekten als Sachwalter hat und

er im Rahmen der Objektüberwachung nicht zur Aufklärung über Mängel und deren Verursachung in diesem Umfang verpflichtet ist (BGH BauR 2011, 1840 = NJW 2011, 3086). Maßgebender Ansatz ist also die Übertragung der Objektüberwachung (BGH BauR 2009, 1607 = NJW 2009, 3360). Die Verpflichtung zur Aufklärung über eigene Fehler besteht auch dann, wenn dem Architekten die Leistungsphase 9 nicht in Auftrag gegeben wurde (OLG Hamm BauR 2006, 704 = NZBau 2006, 324). Es dürfte aber auch genügen, wenn nur die Leistungsphase 9 beauftragt ist (vgl. BGH BauR 2011, 1840). Insbesondere für Ingenieure bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen ist die Rechtsprechung entsprechend heranzuziehen (Kniffka/Koeble Kompendium BauR 12. Teil Rn. 511). Notwendig ist eine 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 (BGH BauR 2007, 423 = NJW 2007, 365). An dieser gesamten Rechtsprechung hat sich durch die Neuregelung des Werkvertragsrechts nichts geändert (aA Reinelt/Pasker BauR 2010, 983). Unterlässt der Architekt die Aufklärung, dann steht dem Bauherrn ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung dieser Aufklärungspflicht zu. Dieser führt dazu, dass die „Verjährungsfrist als nicht abgelaufen gilt und sich der Architekt nicht auf den Eintritt der Verjährung berufen kann“ (BGH BauR 2007, 423 = NJW 2007, 365 = NZBau 2007, 108; OLG Hamm BauR 2006, 704 = NZBau 2006, 324).

Der Architekt kann hier allerdings einwenden, dass eine Aufklärungspflicht nicht besteht, wenn entweder der Bauherr selbst sachkundig ist oder wenn er erklärt, er werde einen sachkundigen Dritten hinzuziehen und mit der Wahrnehmung seiner Interessen betrauen oder wenn er einen Sachverständigen beauftragt oder wenn schließlich die Wohnungseigentümer zB einen sachkundigen Verwalter haben (BGH BauR 1987, 343 (344) = NJW 1987, 2743). Voraussetzung für den Anspruch des Bauherrn ist, dass die Pflichtverletzung ursächlich für einen Schaden ist. Dazu muss der Bauherr darlegen, er hätte den Architekten bei entsprechender Aufklärung vor Ablauf der Verjährungsfrist noch in Anspruch genommen (Kniffka/Koeble Kompendium BauR 12. Teil Rn. 513 ff. mwN). Das bedeutet, dass der Mangel schon vor Ablauf der Verjährungsfrist bekannt gewesen sein muss (KG BauR 2008, 1025; OLG Hamm BauR 2008, 1480; OLG Düsseldorf BauR 2001, 672).

d) Unterbrechung der Verjährung/Neubeginn der Verjährung

Nach neuem Recht ist an die Stelle der Unterbrechung der Verjährung der sog. Neubeginn getreten. Die Wirkung des Neubeginns kommt jedoch für Bausachen praktisch nur noch im Falle des Anerkenntnisses zum Tragen (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Alle anderen Maßnahmen führen nur noch zu Hemmung der Verjährung (vgl. unten e).

e) Wann erfolgt eine Hemmung der Verjährung?

Nach altem Recht war außer der Schiedsgutachtensabrede als Hemmungstatbestand vor allem das Unterziehen der Prüfung des Vorhandenseins eines Mangels (§ 639 Abs. 2 BGB aF) von Bedeutung. Ob dies heute noch ausreicht und darin „Verhandlungen“ (§ 203 BGB) zu sehen sind, ist umstritten (zutreffend bejahend Weyer NZBau 2002, 366). Für das Verhandeln reicht jeder Meinungsaustausch über einen Schadensfall zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten, sofern nicht sofort und eindeutig jeder Ersatz abgelehnt wird („Türe zuschlagen“; BGH BauR 2007, 380 = NZBau 2007, 184, wonach zur Ausfüllung des Begriffs Verhandeln die Rechtsprechung zu § 852 Abs. 2 BGB aF herangezogen werden kann).

Für ein Ende der Hemmung nach dem „Verhandeln“ ist ein doppeltes Nein nötig, nämlich die eindeutige Erklärung zum Anspruch (Ablehnung) und auch zu weiteren Gesprächen (OLG Oldenburg BauR 2010, 810). Problematisch ist, wann die Verjährungsfrist weiterläuft, wenn die Verhandlungen zwischen den Parteien „einschlafen“ (wohl nach einmonatiger Untätigkeit; vgl. BGH BauR 2009, 551 = NJW 2009, 1806; OLG Dresden Urt. v. 23.2.2010 – 9 U 2043/08 mit NZB BGH vom 28.10.2010 – VII ZR

43/10). Zu berücksichtigen ist die 3-Monatsfrist, welche allerdings nicht hinzugerechnet werden kann (vgl. § 203 S. 2 BGB).

f) Gibt es Rechte nach Ablauf der Verjährungsfrist?

Anstelle zweier Regelungen über die Erhaltung der Mängleinrede und die Aufrechnung (§§ 639 Abs. 1, 477 f. BGB aF) ist nach neuem Recht eine einzige Vorschrift (§ 215 BGB) getreten. Die Gegenansprüche bei der Aufrechnung müssen nicht mehr aus demselben Vertragsverhältnis stammen und eine schriftliche Mängelanzeige vor Eintritt der Verjährung ist eigentlich nicht mehr erforderlich. Allerdings muss für die Aufrechnung nach wie vor eine Gegenforderung in nicht verjährter Zeit wirksam und fällig gewesen sein (§ 387 BGB).

Nachdem die Verjährungsfrist „durch Rechtsgeschäft“ verlängert werden kann (§ 202 Abs. 2 BGB) ist auch nach wie vor ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung möglich, er sollte aber auch von der Partei bestätigt werden, welche ihn erbeten hat.

g) Verwirkung

Nicht verjährige Mängelansprüche können verwirkt sein. Das gilt auch vor bzw. ohne Abnahme. Es muss neben dem Zeitmoment das sog. Umstandsmoment hinzukommen (vgl. BGH Beschl. v. 19.5.2011 – VII ZR 94/09, BeckRS 2011, 14207).



IV. Freistellungs- und Ausgleichsklage unter Gesamtschuldndern**1. Freistellungsklage des überwachenden Architekten gegen den Bauunternehmer bei Ausführungsfehlern und Ausgleichsklage unter Gesamtschuldndern****Bearbeitungsschwerpunkte**

- Gesamtschuldverhältnis
- Ausgleichsansprüche des in Anspruch genommenen Gesamtschuldners
- Freistellungsklage
- Übergang auf Zahlungsklage
- Parteirolle und Prozessführung nach Zahlung durch den Versicherer
- Ausgleichsanspruch bei schwerwiegendem Fehler des Bauunternehmers

An das

Landgericht Rottweil

Königstraße 20

78638 Rottweil

Namens und in Vollmacht des Herrn Rainer Pfeiffle,

Architekt

Gartenstr. 20, 78628 Rottweil

– Kläger –

erhebe ich

Klage

gegen

Herrn Martin Papp

Kaiserstr. 30, 78628 Rottweil

– Beklagter –

wegen Gesamtschuldnerausgleich

Streitwert: 21.318,48 EUR

Gerichtskosten in Höhe von 1.036 EUR in Anlage.

Der Übertragung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter stehen keine Gründe entgegen.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung werde ich beantragen:

1. Der Beklagte wird verurteilt, den Kläger von sämtlichen Verpflichtungen aus dem Urteil des LG Rottweil vom 2.3.2018 (3 O 240/16²) gegenüber der Gemeinde Buchhalden freizustellen und zwar insbesondere von der Verpflichtung zur Zahlung der 19.933,84 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszins hieraus seit 7.6.2016, der außergerichtlichen Gebühren der Gemeinde Buchhalden in Höhe von 1.348,27 EUR zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszins seit dem 7.6.2014 und der weiteren, sich aus dem Kosten-