



### Rechtsrätsel des Monats März

OLG München, Urteil vom 24.10.2018, Aktenzeichen 20 U 966/18

Nachdem sich Mängel am Bauvorhaben gezeigt haben, geht der Bauherr gerichtlich gegen seinen Planer, den Bauunternehmer sowie den bauaufsichtsführenden Architekten vor. Noch in der Genehmigungsplanung war ein Autoaufzug mit einem begrünten Flachdach vorgesehen. Es stellte sich jedoch während des Bauablaufes heraus, dass eine Flachdachbegrünung auf dem Autoaufzug technisch nicht durchführbar war. Statt dem begrünten Flachdach wurde ein Metalldach errichtet, was jedoch eine zu geringe Neigung sowie eine Wasserablaufrinne ohne Notentwässerung und ohne darunterliegende Abdichtung aufwies und somit mangelhaft war. Aufgrund dieser Mängel kam es zum Feuchtigkeitseintritt in den Autoaufzug.

Wer haftet für den Mangel und muss sich der Bauherr ein Mitverschulden zurechnen lassen?

Die Lösung finden Sie unter

[www.raetsel.heinicke.com](http://www.raetsel.heinicke.com).

### Bindung an die Schlussrechnung und deren Ausnahme

OLG Zweibrücken, Urteil vom 02.09.2016, Aktenzeichen 2 U 29/15 (Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH zurückgewiesen, Aktenzeichen VII ZR 228/16)

#### Sachverhalt:

Ein Architekt wurde im Jahr 1993 mit der Planung und Überwachung des Umbaus eines vermieteten Mehrfamilienhauses beauftragt. Die Arbeiten wurden im Jahr 1995 abgeschlossen. Im Januar 1996 erhielt der Bauherr die Honorarschlussrechnung des Architekten. Nach der Übersendung der Honorarschlussrechnung kam es zwischen den Parteien aufgrund zahlreicher Planungs- und Bauüberwachungsfehler zum Streit. Ca. zehn Jahre nach Übermittlung der Honorarschlussrechnung erhielt der Bauherr vom Architekten eine weitere Honorarschlussrechnung, mit der der Architekt infolge angeblich höherer anrechenbaren Kosten und einer geänderten Honorarzoneneinordnung nun ein um rund 10.000 € höheres Honorar geltend machte. Gegenüber den gerichtlich geltend gemachten Mängelansprüchen des Bauherrn rechnete der Architekt mit seinem neu berechneten Honoraranspruch auf.

#### Entscheidung:

Das OLG hat die Aufrechnung des Architekten zurückgewiesen. Nach Rechtsprechung des BGH (IBR

2016,18) ist ein Architekt grundsätzlich nicht an eine von ihm bereits erteilte Schlussrechnung gebunden, in der er sein Honorar unvollständig berechnet hat. Schließlich liege in der Erteilung der Schlussrechnung kein Verzicht auf die Geltendmachung weiterer Forderungen. Der Architekt kann vielmehr auf seinen nach den Mindestsätzen berechneten Honoraranspruch in vollem Umfang bestehen.

Nur ausnahmsweise ist der Architekt nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB an seine ursprüngliche Schlussrechnung gebunden. Dies ist dann der Fall, wenn der Auftraggeber auf eine abschließende Berechnung des Honorars vertrauen durfte und er sich im berechtigten Vertrauen auf deren Endgültigkeit schutzwürdiger Weise so eingerichtet hat, dass ihm eine Nachforderung nicht mehr zugemutet werden kann.

Im vorliegenden Fall bejahte das OLG einen solchen Vertrauensschutz des Bauherrn. Das OLG begründete dies mit dem erheblichen Zeitablauf zwischen der Ursprungsschlussrechnung und der Neuberechnung von ca. zehn Jahren. Überdies hatte der Architekt nach seiner ersten Honorarschlussrechnung mehrfach ausdrücklich schriftlich erklärt, dass er eine abschließende Berechnung gemäß der HOAI vorgenommen habe.

Überdies konnte der Bauherr belegen, dass er sich bereits darauf eingerichtet hatte, dass nicht mehr mit weitergehenden Honorarforderungen des Architekten zu rechnen sei.

#### Praxishinweis:

Damit hat das OLG nochmals die Ansicht des BGH bestätigt, dass grundsätzlich keine Bindung an eine erteilte Honorarschlussrechnung besteht.

Vielmehr ist die Bindung an eine ursprüngliche Honorarschlussrechnung die Ausnahme. Bei Schlussrechnungen nach der VOB/B (§ 16 VOB/B) und bei Bauverträgen ab dem 1.1.2018 (§ 650g BGB) beginnt die Verjährungsfrist erst dann, wenn die Schlussrechnung auch prüfbar ist. Dies kann unter Umständen dazu führen, dass die Verjährungsfrist mangels Prüfbarkeit der Schlussrechnung mehrere Jahre nach hinten geschoben wird.

Dies wiederum kann der Auftraggeber dadurch verhindern, indem der Auftraggeber den Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Stellung einer prüfbaren Schlussrechnung setzt. Nach Ablauf dieser Frist muss sich der Auftragnehmer so behandeln lassen, als habe er innerhalb angemessener Frist eine Rechnung tatsächlich erteilt, womit dann die Verjährungsfrist am Ende dieses Jahres zu laufen beginnt (BGH NJW-RR 1986, 1279; BGH NJW-RR 2000,386).



### **Inanspruchnahme des Subunternehmers durch den Generalunternehmer nur mit unverjährten Mängelansprüchen**

OLG Nürnberg, Urteil vom 13.01.2016, Aktenzeichen 2 U 609/15 (Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH zurückgewiesen, Aktenzeichen VII ZR 36/16)

#### **Sachverhalt:**

Zur Renovierung eines Bestandsgebäudes beauftragte ein Bauträger ein Subunternehmen mit Arbeiten an einem Glasdach über den ehemaligen Innenhof des Gebäudes. Als die Abnahme durchgeführt wurde, behielt sich der Bauträger Mängel wegen der Abdichtung des Glasdaches vor. Das Anwesen wurde vom Bauträger schließlich in Wohneigentum aufgeteilt und die jeweiligen Einheiten veräußert. Mängel am Glasdach wurden durch den Subunternehmer nicht beseitigt.

Im Jahr 2009 verklagte der Bauträger den Subunternehmer auf Zahlung eines Vorschusses zur Mangelbeseitigung in Höhe von 39.000,00 €. Nachdem das Urteil rechtskräftig wurde, zahlte der Subunternehmer an den Bauträger den Betrag von 39.000,00 €. Nachdem der Bauträger die Mängel am Glasdach nach über einem Jahr nicht beseitigt hatte, verklagte der Subunternehmer den Bauträger auf Rückzahlung des Kostenvorschusses. Gegenüber diesem Rückzahlungsanspruch rechnete der Bauträger in gleicher Höhe mit einem Schadensersatzanspruch auf, mit dem er jetzt die Mängelbeseitigungskosten geltend macht. Zu Recht?

#### **Entscheidung:**

Nein. Der Rückzahlungsanspruch ist nicht durch Aufrechnung des Bauträgers mit dem Schadensersatzanspruch erloschen. Nach den schadensrechtlichen Grundsätzen des Vorteilsausgleichs gegenüber dem Unternehmer kann der Bauträger seinen Schadensersatzanspruch nicht mehr geltend machen. Schließlich muss der Bauträger seinerseits nicht mehr damit rechnen von der Wohnungseigentümergeinschaft auf Mängelansprüche in Anspruch genommen zu werden, da solche Mängelansprüche bereits verjährt sind.

Im Falle einer Leistungskette, d. h. Bauherr, Haupt- und Subunternehmer, kann der Bauträger (bzw. Hauptunternehmer) die Mängelansprüche, für die er vom Bauherren in Anspruch genommen und für die der Subunternehmer letztlich verantwortlich ist, gegenüber dem Subunternehmer geltend machen. Dies ist jedoch nach den Grundsätzen des Vorteilsausgleichs ausgeschlossen, wenn der Bauträger selbst gegenüber dem Bauherren wegen dieser Mängel nichts (mehr) zu leisten hat.

#### **Praxishinweis:**

Das Urteil des OLGs liegt ganz auf der Linie der BGH-Rechtsprechung. Beseitigt der Bauherr den Mangel nicht und behält stattdessen das Werk, kann er nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nur im Wege einer sogenannten Vermögensbilanz den Schaden ermitteln, in dem er die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert des Werkes ohne Mangel und dem tatsächlichen Wert des Werkes mit Mangel feststellen lässt. Veräußert der Bauherr dagegen das Bauvorhaben, ohne zuvor eine Mangelbeseitigung vorgenommen zu haben, kann er immer noch den Schaden nach dem konkreten Mindererlös bemessen, der dem Bauherren (Veräußerer) durch den Mangel der Sache entstanden ist.

Den Kostenvorschuss konnte der Bauträger nicht mehr geltend machen, da dieser nach ständiger Rechtsprechung ca. 2 Jahre nach dem rechtskräftigen Urteil abzurechnen ist. Diesen Zeitraum hatte der Bauträger verstreichen lassen, ohne den Kostenvorschuss für die Mangelbeseitigung auszugeben und anschließend gegenüber dem Subunternehmer abzurechnen.

### **Mangelbeseitigung unverhältnismäßig**

OLG Frankfurt, Urteil vom 19.09.2018, Aktenzeichen 29 U 152/17

#### **Sachverhalt:**

Der Bauherr beauftragte ein Bauunternehmen mit der Errichtung einer Stahlwangenwendeltreppe mit hölzernen Trittstufen in seinem Wohnhaus. Die unterste Treppenstufe wurde um 6 mm niedriger ausgeführt als in der bei Abnahme geltenden DIN-Norm vorgeschrieben. Der Bauherr forderte daraufhin den Bauunternehmer dazu auf, diesen Mangel zu beseitigen. Der Bauunternehmer lehnte dies aus Kostengründen ab. Um die Mängel an der streitgegenständlichen Treppe zu beseitigen, müsste die Treppe insgesamt erneuert werden. Der Bauunternehmer verklagte den Bauherren auf ausstehenden Werklohn. Der Bauherr rechnete gegenüber dem Werklohnanspruch des Bauunternehmens mit einem Anspruch auf Kostenvorschuss zur Mangelbeseitigung auf. Zu Recht?

#### **Entscheidung:**

Das OLG hat der Klage des Bauunternehmens auf ausstehenden Werklohn stattgegeben und die Aufrechnung des Bauherren zurückgewiesen. Nach Ansicht des OLG ist die Treppe grundsätzlich mangelhaft, da zum Zeitpunkt der Abnahme die Tritthöhe der ersten Treppenstufe nicht innerhalb der Toleranzen der entsprechen-



den DIN-Norm lag. Der Bauunternehmer kann die Nacherfüllung jedoch gemäß § 635 Abs. 3 BGB wegen Unverhältnismäßigkeit verweigern. Das OLG begründet die Unverhältnismäßigkeit damit, dass die Höhenabweichungen beim Begehen der Treppe kaum wahrnehmbar und nicht störend sind. Dem gegenüber steht ein erheblicher Mangelbeseitigungsaufwand, nämlich die komplette Neuerrichtung der Stahlwangenwendeltreppe. Im Rahmen der Abwägung der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung hat das OLG auch berücksichtigt, dass die einschlägige DIN-Norm nach der Abnahme dahingehend geändert wurde, dass die vorliegende Höhenabweichung nicht zu beanstanden ist.

#### **Praxishinweis:**

Das OLG liegt mit der Aussage zur Mangelhaftigkeit auf der Linie der ständigen Rechtsprechung, wonach es zur Beurteilung eines Mangels auf den Zeitpunkt der Abnahme ankommt. Beachtlich ist jedoch die Aussage des OLGs, dass im Rahmen der Abwägung nach § 635 Abs. 3 BGB (Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung) zu berücksichtigen ist, ob sich die anerkannten Regeln der Bautechnik nach der Abnahme geändert haben. Sollte die Werkleistung nun tatsächlich den nach Abnahme geltenden anerkannten Regeln der Technik entsprechen, ist das Werk zwar weiterhin mangelhaft, jedoch kann dies zu einer Unverhältnismäßigkeit der Mangelbeseitigung führen.

#### **Abschlagszahlung bei wesentlichen Mängeln nach neuem und altem Baurecht**

OLG München, Urteil vom 13.01.2016, Aktenzeichen 28 U 2481/15 (Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH zurückgewiesen, Aktenzeichen VII ZR 28/16)

#### **Sachverhalt:**

Der Bauherr beauftragte vor dem 01.01.2018 ein Bauunternehmen mit Ausführung von Fassadenarbeiten. Nach Fertigstellung der Arbeiten verlangte das Bauunternehmen vom Bauherren seinen Werklohn. Nachdem der Bauherr nicht zahlte, erhob das Bauunternehmen Klage auf ausstehenden Werklohn. Das Landgericht München wies die Klage ab, da die Fassadenarbeiten nicht abgenommen seien und damit die Fälligkeit des Werklohnes noch nicht vorliege. Ebenso sei auch eine Abnahme nicht ausnahmsweise entbehrlich, nachdem die Fassadenarbeiten erhebliche Mängel aufweisen würden. Im Berufungsverfahren macht der Bauunternehmer nun geltend, dass er seine Klage hilfsweise auf seinen Anspruch auf Abschlagszahlungen und nicht nur auf die Schlussrechnung gestützt habe. Schließlich hin-

ge die Fälligkeit einer Abschlagszahlung nicht von der Abnahme der Werkleistung ab. Ist die Ansicht des Bauunternehmens zutreffend?

#### **Entscheidung:**

Das OLG wies die Berufung des Bauunternehmens zurück. Nachdem der Bauvertrag vor dem 01.01.2018 abgeschlossen wurde, gilt § 632a BGB (Regelung zur Abschlagszahlungen) in der bis dahin geltende Fassung. Hierin heißt es, dass Abschlagszahlung wegen unwesentlicher Mängel nicht verweigert werden dürfen. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass bei wesentlichen Mängeln von vornherein kein Anspruch auf Abschlagszahlung besteht. Nachdem die Fassadenarbeiten weiterhin erhebliche Mängel aufwiesen, konnte der Bauunternehmer auch nicht hilfsweise seine Vergütung auf Abschlagszahlungen stützen.

#### **Praxishinweis:**

Nach dem am 01.01.2018 in Kraft getretenen neuen Baurecht hat sich die Rechtslage nunmehr zugunsten des Bauunternehmers geändert. Gemäß § 632a Abs. 1 Satz 2 BGB ist der Bauherr bei nicht vertragsgemäßer Leistung nunmehr dazu berechtigt, die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlages zu verweigern. Angemessen ist in der Regel das Doppelte der Mangelbeseitigungskosten. Dies bedeutet jedoch, dass der Bauherr auch bei wesentlichen Mängeln nicht die vollständige Abschlagszahlung verweigern kann, wenn die Abschlagszahlung höher ist als das Doppelte der Mangelbeseitigungskosten. Somit ist auch bei wesentlichen Mängeln lediglich die Höhe der Abschlagszahlung in Höhe der doppelten Mangelbeseitigungskosten zu reduzieren.

Für den VOB/B-Vertrag hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass ein Bauunternehmer sich hilfsweise auf den Abschlagszahlungsanspruch stützen kann, wenn der Auftraggeber die Abnahme und Abnahmereife bestreitet (BGH IBR 2000, 479). Dies ist nunmehr auch beim BGB-Vertrag möglich. Ungeklärt ist jedoch weiterhin, ob bei Mängeln der Werkleistung der Anspruch auf Abschlagszahlung in voller Höhe besteht (also so, als wenn der Unternehmer mangelfrei geleistet hätte) und der Besteller dem Anspruch tatsächlich ein Zurückbehaltungsrecht entgegenhalten kann (so wird dies bei VOB/B-Verträgen gehandhabt) oder ob der Anspruch auf Abschlagszahlung schon dem Grunde nach besteht, nur gekürzt um das Doppelte der Mangelbeseitigungskosten. Dies muss gerichtlich noch entschieden werden.