# Die gesamtschuldnerische Haftung von Architekt und sonstigen Baubeteiligten

und

# Die Abnahme beim Bau- und beim Architektenvertrag

Eine kurze Bestandsaufnahme

Dr. Markus Bermanseder
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Kammeranwalt der Architektenkammer Baden-Württemberg im Kammerbezirk Stuttgart

BS | BERMANSEDER · SIELER
Rechtsanwälte · Fachanwälte

Calwer Straße 41 · 70173 Stuttgart
Fon: 0711/22 45 13-60
Fax: 0711/22 45 13-70
E-Mail: info@bsrecht.de
www.bsrecht.de

## Die gesamtschuldnerische Haftung

Inhalt:

- Was heißt Gesamtschuld ?
- Gesamtschuldverhältnisse im Baurecht
- Gesamtschuldnerausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB
- Theorie und Praxis – Die Realität zum Gesamtschuldnerausgleich

## Die gesamtschuldnerische Haftung

- Was heißt Gesamtschuld?

Der Begriff der Gesamtschuld umschreibt einen Fall der Schuldnermehrheit, bei dem mehrere Schuldner einem Gläubiger eine Leistung so schulden, dass dieser von jedem Gesamtschuldner die volle Leistung fordern kann, diese jedoch insgesamt nur einmal erhält.

Eine Gesamtschuld entsteht durch Gesetz oder durch vertragliche Vereinbarung



## Die gesamtschuldnerische Haftung

- Gesamtschuldverhältnisse im Baurecht

An der Durchführung eines Bauvorhabens sind mehrere Baubeteiligte beteiligt. Das Bauvorhaben wird dann ein Erfolg, wenn all diese Beteiligten koordiniert und fehlerfrei zusammenarbeiten. Mängel bzw. Pflichtverletzungen von einzelnen am Bau Beteiligten wirken sich häufig auch auf den Leistungsbereich anderer Baubeteiligter aus. Baumängel fallen deshalb regelmäßig nicht nur in den Verantwortungsbereich eines Beteiligten, sondern in den Verantwortungsbereich mehrerer Baubeteiligter.

## Die gesamtschuldnerische Haftung

Welche Fallgestaltungen/Gesamtschuldverhältnisse fallen Ihnen dabei ein?



## Die gesamtschuldnerische Haftung

- Gesamtschuld mehrerer Unternehmer

Fall 1: Estrichleger und Fliesenleger

Fall 2: Rohbauer und Maler

Fall 3: Rohbauer 1 und Rohbauer 2 (Haupt- und Nachunternehmer)

## Die gesamtschuldnerische Haftung

- Gesamtschuld von Architekt und Unternehmer

Fall 1: Planender Architekt und Bauunternehmer

Fall 2: Bauleitender Architekt und Bauunternehmer



## Die gesamtschuldnerische Haftung

- Gesamtschuld von planendem und bauleitendem Architekten

- Gesamtschuld von Architekt und Sonderfachmann

## Die gesamtschuldnerische Haftung

- Rechtsfolgen der Gesamtschuld

Im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und seinen Schuldnern führt die Annahme einer Gesamtschuld dazu, dass der Gläubiger von jedem Schuldner volle Erfüllung verlangen kann. Von welchem Schuldner sich der Gläubiger befriedigen lässt, steht in seinem Belieben. Er kann also nur den Gesamtschuldner zur Leistung auffordern und ggf. verklagen, der ihm am solventesten erscheint.

Warum ist das in der Praxis häufig der Architekt?



## Die gesamtschuldnerische Haftung

Weil er kraft Gesetzes dazu verpflichtet ist, eine Berufshaftpflichtversicherung einzudecken.

Gibt es diese Möglichkeit, den Architekten primär in Anspruch zu nehmen, auch in den Fällen, in denen klar auf der Hand liegt, dass die Hauptverant-wortlichkeit für den Mangel nicht beim Architekten, sondern beim Unternehmer liegt?

Ja, und genau das ist das Problem.

## Die gesamtschuldnerische Haftung

- Gesamtschuldnerausgleichsanspruch

Befriedigt einer der Gesamtschuldner den Gläubiger, wächst ihm ein Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB zu. Hiernach kann jeder Gesamtschuldner von dem anderen einen Ausgleich in Höhe des Anteils seiner Mitverantwortung verlangen.



## Die gesamtschuldnerische Haftung

- Dabei sind nach § 426 Abs. 1 BGB die Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist. Die im Einzelfall anzusetzenden Quote richtet sich nach dem Maß der Verursachung durch die Gesamtschuldner. Dabei ist nach § 254 BGB (Mitverschulden) zu berücksichtigen, inwieweit der Mangel und eventuelle Schäden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Gesamtschuldner verursacht worden sind.

## Die gesamtschuldnerische Haftung

Die Details der Quotierung sind schwierig. Verkürzt lässt sich festhalten:

- Treffen ein Planungsfehler des Architekten und ein Ausführungsfehler des Unternehmers zusammen, so liegt der Schwerpunkt der Haftung regelmäßig beim Architekten.
- Plant der Architekt falsch und erkennt der Unternehmer dies, unterlässt aber eine Bedenkenanzeige, haften Architekt und Unternehmer regelmäßig hälftig.
- Treffen Ausführungsfehler des Unternehmers und Objektüberwachungsfehler des Architekten zusammen, so liegt der Schwerpunkt der Haftung regelmäßig beim Unternehmer.



## Die gesamtschuldnerische Haftung

- Theorie und Praxis – Die Realität zum Gesamtschuldnerausgleich

Legt man die vorstehenden Ausführungen zugrunde, so erscheint die Situation in der Theorie für den Architekten nicht sonderlich problematisch zu sein. Er haftet zwar ggf. neben anderen Baubeteiligten für Pflichtverletzungen bzw. aufgetretene Mängel, kann aber im Fall seiner Inanspruchnahme bei den weiteren für den Mangel verantwortlichen Beteiligten Regress nehmen.

## Die gesamtschuldnerische Haftung

Das große Problem in der Praxis besteht allerdings darin, dass oft bereits der Schadenersatzprozess, der sich nur gegen den Architekten richtet, in I. Instanz beim Landgericht zwischen drei und fünf Jahren dauert. Muss dann das Verfahren in der II. Instanz fortgesetzt werden, vergeht schnell ein weiteres Jahr. Bis der Architekt bzw. dessen Haftpflichtversicherer folglich tatsächlich Regressansprüche gegen die weiteren Baubeteiligten geltend machen kann, vergehen nicht selten fünf bis sieben Jahre. Wenn der Architekt jetzt Ansprüche im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs gegen weitere Beteiligte gerichtlich geltend macht, hat sich der ursprüngliche Schaden in aller Regel allein aufgrund der aufgelaufenen Zinsen bereits erheblich erhöht. In vielen Fällen ist das aber nicht das Hauptproblem. Dieses liegt vielmehr darin, dass die weiteren Beteiligten nach dieser langen Zeitspanne überhaupt nicht mehr greifbar sind (Insolvenz, Liquidation, etc.).



## Die Abnahme

Inhalt:

- Begriff / Wesen der Abnahme
- Abnahmeformen
- Bedeutung/ Rechtwirkung der Abnahme
- Teilabnahme
- Zustandsfeststellung
- Abnahme beim Architektenvertrag

# Die Abnahme

**I. Begriff / Wesen der Abnahme**

Der juristische Begriff Abnahme bezeichnet allgemein eine Erklärung, dass eine Sache oder ein Zustand bestimmten Kriterien entspricht, so insbesondere, dass ein Werk als erfüllungstauglich bestätigt wird (Wikipedia).

Im baurechtlichen Bereich ist die Abnahme demgemäß die Entgegennahme und die Anerkennung der Leistung als (im wesentlichen) mangelfreie und vertragsgemäße Leistung.

**In welchen, für die Durchführung von Bauvorhaben relevanten Vorschriften finden sich Regelungen zur Abnahme?**



# Die Abnahme

§ 640 BGB ist die zentrale Norm. Sie lautet:

1) Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden. Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.

(2) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.

# Die Abnahme

Daneben finden sich umfangreiche Vorschriften in § 12 VOB/B. Diese lauten:

(1) Verlangt der Auftragnehmer nach der Fertigstellung - gegebenenfalls auch vor Ablauf der vereinbarten Ausführungsfrist - die Abnahme der Leistung, so hat sie der Auftraggeber binnen 12 Werktagen durchzuführen; eine andere Frist kann vereinbart werden.

(2) Auf Verlangen sind in sich abgeschlossene Teile der Leistung besonders abzunehmen.

(3) Wegen wesentlicher Mängel kann die Abnahme bis zur Beseitigung verweigert werden.

(4) 1. Eine förmliche Abnahme hat stattzufinden, wenn eine Vertragspartei es verlangt. Jede Partei kann auf ihre Kosten einen Sachverständigen zuziehen. Der Befund ist in gemeinsamer Verhandlung schriftlich niederzulegen. In die Niederschrift sind etwaige Vorbehalte wegen bekannter Mängel und wegen Vertragsstrafen aufzunehmen, ebenso etwaige Einwendungen des Auftragnehmers. Jede Partei erhält eine Ausfertigung.

2. Die förmliche Abnahme kann in Abwesenheit des Auftragnehmers stattfinden, wenn der Termin vereinbart war oder der Auftraggeber mit genügender Frist dazu eingeladen hatte. Das Ergebnis der Abnahme ist dem Auftragnehmer alsbald mitzuteilen.

(5) 1. Wird keine Abnahme verlangt, so gilt die Leistung als abgenommen mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung.

2. Wird keine Abnahme verlangt und hat der Auftraggeber die Leistung oder einen Teil der Leistung in Benutzung genommen, so gilt die Abnahme nach Ablauf von 6 Werktagen nach Beginn der Benutzung als erfolgt, wenn nichts anderes vereinbart ist. Die Benutzung von Teilen einer baulichen Anlage zur Weiterführung der Arbeiten gilt nicht als Abnahme.

3. Vorbehalte wegen bekannter Mängel oder wegen Vertragsstrafen hat der Auftraggeber spätestens zu den in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Zeitpunkten geltend zu machen.

(6) Mit der Abnahme geht die Gefahr auf den Auftraggeber über, soweit er sie nicht schon nach § 7 trägt.



# Die Abnahme

Beiden Regelungen ist ausdrücklich zu entnehmen, dass der Auftraggeber dazu verpflichtet ist, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen. Der Auftragnehmer hat folglich einen Anspruch auf Abnahme. Die Abnahme ist eine Hauptpflicht des Auftraggebers und kann vom Auftragnehmer ggf. auch selbständig eingeklagt werden. Beim BGB-Vertrag ist sie sofort, beim VOB-Vertrag innerhalb von 12 Werktagen nach dem Abnahmeverlangen vom Auftraggeber durchzuführen.

# Die Abnahme

## II. Abnahmeformen

Der Begriff der Abnahme ist vielschichtig. Abnahme im Sinne des § 640 BGB bzw. des § 12 VOB/B ist nur die sogenannte rechtsgeschäftliche Abnahme.

Im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Abnahme wird zwischen förmlicher, konkludenter und fiktiver Abnahme unterschieden.

**Was steckt hinter diesen Begriffen?**



# Die Abnahme

**Die förmliche Abnahme**

In vielen Bauverträgen findet sich Regelungen die in etwa wie folgt lauten:

*"Es findet eine förmliche Abnahme statt."*

Bei der förmlichen Abnahme wird die Abnahme durch vertragliche Festlegungen in einer bestimmten Art und Weise durchgeführt und letztlich vom Auftraggeber ausdrücklich erklärt. Üblicherweise findet eine gemeinsame Überprüfung der Bauleistung während eines Abnahmetermins statt, in dem ein Abnahmeprotokoll erstellt wird.

**Welche Inhalte müssen in ein solches Abnahmeprotokoll zwingend aufgenommen werden?**

# Die Abnahme

- Der Umstand, dass abgenommen wurde bzw. dass die Abnahme verweigert wurde
- Der Zeitpunkt der Abnahme
- Bei der Abnahme festgestellte Mängel
- Vorbehalte wegen bekannter Mängel
- Vorbehalt einer Vertragsstrafe



# Die Abnahme

**Die konkludente Abnahme**

Haben die Parteien im Bauvertrag keine förmliche Abnahme vereinbart, wird in der Regel eine stillschweigende Abnahme durchkonkludentes Handeln erfolgen. Eine solche wird angenommen, wenn sich aus dem Verhalten des Auftraggebers ergibt, dass er die Leistung des Auftragnehmers als im wesentlichen vertragsgerecht billigt (BGH, IBR 2014, 216). Eine konkludente Abnahme ist sowohl im Rahmen eines BGB-Vertrages, als auch im Rahmen eines VOB-Vertrages möglich. Die Billigung des Werkes muss für den Auftragnehmer als solche deutlich erkennbar sein; rein interne Vorgänge des Auftraggebers genügen nicht (BGH, NJW 1974, 95 f.).

**Der Auftraggeber vereinbart mit dem Auftragnehmer einen Abnahmetermin zu dem er allerdings unentschuldigt nicht erscheint. Kann dann von einer konkludenten Abnahme ausgegangen werden?**

## Die Abnahme

In der Regel nicht. Es müssen vielmehr weitere Umstände - etwa ein längerer Zeitablauf – hinzutreten. Auch in den Fällen, in denen der Auftraggeber die Abnahme ausdrücklich abgelehnt hat, scheidet eine konkludente Abnahme regelmäßig ist.



## Die Abnahme

Der Auftraggeber zieht in sein neu errichtetes Haus ohne Abstimmung mit dem Auftragnehmer ein.

**Liegt eine konkludente Abnahme vor ?**

# Die Abnahme

Die Rechtsprechung hat den Einzug in ein Gebäude bzw. die Ingebrauchnahme der Werkleistung, auch im Rahmen der Inbetriebnahme einer Anlage, grundsätzlich als konkludente Abnahme gewertet (BGH,NJW 1975, 1701; 1985, 731).

**Wie ist die Situation allerdings, wenn die Bauherren nur deshalb in ihr neues Haus einziehen, weil sie nach einer erheblicher Überschreitung der Bauzeit aus ihrer bisherigen Wohnung endgültig ausziehen müssen und keine neue Bleibe haben?**



# Die Abnahme

Die Rechtsprechung hat immer wieder entschieden, dass ein Einzug aufgrund einer Notlage regelmäßig keine Billigung des Werkes als im Wesentliche vertragsgerecht bedeutet ( BGH, NJW 1975, 1701; OLG Celle, NJW 1961, 495).

Der Einzug in das neue Haus kann auch dann nicht als Abnahme gewertet werden, wenn der Auftraggeber zuvor bereits wegen Mängeln zurecht die Abnahme verweigert hat und die Mängel fortbestehen (BGH, NJW 2001, 1818 ff.).

# Die Abnahme

**Die fiktive Abnahme**

Weil die Abnahme von Auftraggebern immer wieder zu Unrecht verweigert wird, hat der Gesetzgeber im BGB in § 640 Abs. 1 Satz 3 eine Abnahmefiktion geschaffen. Vergleichbare Regelungen existieren auch in § 12 Abs. 5 VOB/B.

**Was versteht man unter einer fiktiven Abnahme und wie unterscheidet sie sich von der konkludenten Abnahme ?**

Dr. Markus Bermanseder

# Die Abnahme

Unter einer fiktiven Abnahme versteht man den Eintritt der Abnahmewirkung ohne bzw. auch gegen den Willen des Auftraggebers. Eine fiktive Abnahme liegt vor, wenn die in den jeweiligen Vorschriften genannten sogenannten äußeren Tatsachen gegeben sind. Anders als bei der konkludenten Abnahme ist eine hierüber hinausgehende eigene Handlung des Auftraggebers, aus der sich – wie dargestellt – dessen Billigung entnehmen lässt, nicht erforderlich.

Dr. Markus Bermanseder

# Die Abnahme

§ 640 Abs. 1 Satz 3 BGB lautet:

*....der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obschon er hierzu verpflichtet ist."*

Nach dem Willen des Gesetzgebers wird folglich eine Gleichstellung der unterlassenen Abnahme mit der vorgenommenen Abnahme herbeigeführt mit der Folge, dass nach fruchtlosem Fristablauf sämtliche Abnahmewirkungen auch bei der unterlassenen Abnahme eintreten. Voraussetzung für eine solche Gleichstellung der unterlassenen und der vorgenommenen Abnahme sind:



# Die Abnahme

- Zunächst mit der Auftraggeber zur Abnahme verpflichtet sein. Das von ihm erbrachte Werk muss vertragsgemäß sein und darf keine wesentlichen Mängel haben.
- Darüber hinaus muss eine vom Auftragnehmer bestimmte angemessene Frist abgelaufen sein. Wie lang eine solche Frist ist, hängt jeweils von den Umständen des Einzelfalles, also etwa dem Umfang der erbrachten Leistungen, der Schwierigkeit, sie im Detail nachzuprüfen, etc. ab.

# Die Abnahme

## III. Bedeutung/ Rechtswirkungen der Abnahme

Die Abnahme ist der Dreh- und Angelpunkt des Bauvertrages. Sie beendet das Erfüllungsstadium und eröffnet die Gewährleistungsphase einer Bauleistung.

Was sind die Rechtsfolgen einer Abnahme?



# Die Abnahme

1. Verjährung der Mängelansprüche

Mit der Abnahme beginnt die Verjährungsfrist für die Ansprüche für Nacherfüllung, Aufwendungsersatz und Vorschuss aus § 634 a Abs. 2 BGB und die Ansprüche auf Schadenersatz bzw. Ersatz für vergebliche Aufwendungen aus § 634 Nr. 4 BGB.

Beim VOB-Vertrag beginnt mit der Abnahme der Lauf der kurzen Gewährleistungsfrist hinsichtlich von Mängelbeseitigungsansprüchen des Auftraggebers nach § 13 Abs. 4 und Abs. 5.

# Die Abnahme

2. Beweislastumkehr

Vor der Abnahme hat der Auftragnehmer zu beweisen, dass er den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hat. Durch die Abnahme erfolgt eine Beweislastumkehr. Nach der Abnahme trägt demgemäß der Auftraggeber die Beweislast für von ihm behauptete Mängel (BGH, BauR 2009, 237).



# Die Abnahme

3. Die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung für die Vergütung

Die Abnahme hat erhebliche Auswirkungen auf den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers. Nach § 641 Abs. 1 BGB ist die Vergütung bei der Abnahme zu entrichten. Die Forderung wird zu diesem Zeitpunkt fällig.

# Die Abnahme

**Teilabnahme**

Das Werk ist beim BGH-Vertrag abzunehmen, wenn es vollständig hergestellt ist. Demgegenüber kennt der VOB-Vertrag eine Teilabnahme. Hier sind in sich abgeschlossene Teile der Leistung auf Verlangen besonders abgenommen (§ 12 Abs. 2 VOB). Eine Teilabnahme kann darüber hinaus auch beim BGB-Vertrag stattfinden, wenn die Parteien Entsprechendes vertraglich vereinbart haben.

Wesentliche Voraussetzung für den Anspruch auf Durchführung einer Teilabnahme ist demgemäß die Frage, ob die abzunehmenden Leistungen in sich abgeschlossene Teile der Gesamtleistung darstellen. Dies ist dann der Fall, wenn sie sich in ihrer Gebrauchsfähigkeit als abgeschlossenes Teilwerk beurteilen lassen und als unabhängig von anderen Teilen anzusehen sind, letztlich also funktionell trennbar sind (Ingenstau/Korbion, § 12 Abs. 2 Rdnr.6).



# Die Abnahme

Die Zustandsfeststellung

§ 4 Abs. 10 VOB/B regelt die sogenannte Zustandsfeststellung.

Was ist damit gemeint?

# Die Abnahme

Der Zustand von Teilen der Leistung ist auf Verlangen gemeinsam von den Vertragsparteien aufzunehmen bzw. festzustellen, wenn diese Teil der Leistung durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden.

Das Ergebnis ist schriftlich niederzulegen.



# Die Abnahme

Die Abnahme beim Architektenvertrag

§ 15 HOAI 2013 enthält eine – in Bezug auf die früheren Vorschriften – wesentliche Veränderung. Er lautet:

*"§ 15 Zahlungen*

*(1) Das Honorar wird fällig, wenn die Leistung abgenommen und eine prüffähige Honorarschlussrechnung überreicht worden ist, es sei denn, es wurde etwas anderes schriftlich vereinbart..."*

Für die Fälligkeit einer Honorarschlussrechnung ist damit nach der HOAI 2013 u.a. erforderlich, dass die vertraglich vereinbarte Architektenleistung vom Auftraggeber abgenommen wird. Die Abnahme ist auch Voraussetzung für den Beginn der werkvertraglichen fünfjährigen Gewährleistungsfrist.

Im Vertrag kann alternativ als Fälligkeitsvoraussetzung auch etwas anderes vereinbart werden.

Herzlichen Dank für Ihre Mitarbeit und Ihre Aufmerksamkeit

Dr. Markus Bermanseder