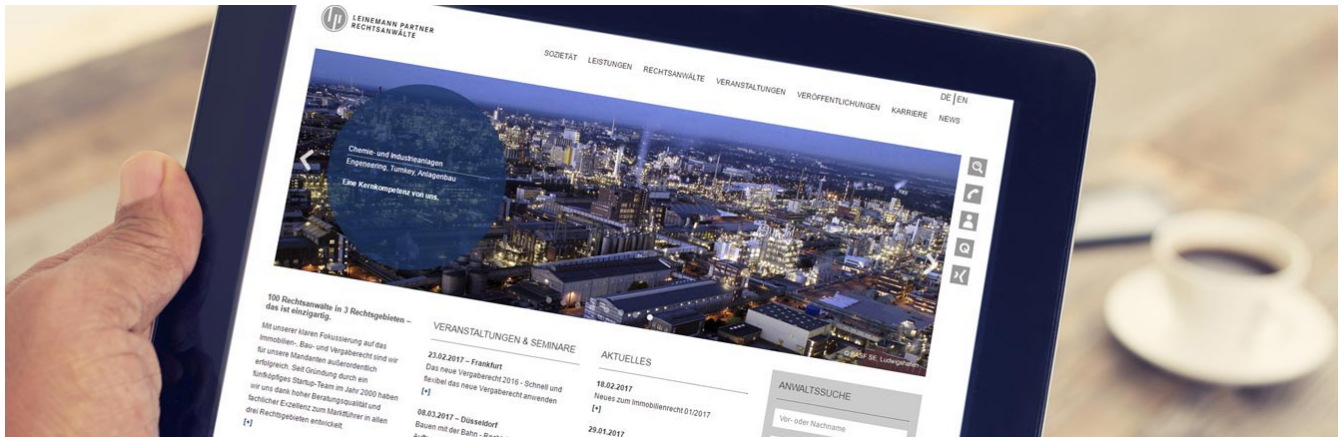




Neues zum Baurecht 05/2020



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 5. Ausgabe 2020 unseres Informationsdienstes "Neues zum Baurecht".

Sollten Sie weitergehende Fragen haben, können Sie uns gerne unter [baurecht\(at\)leinemann-partner.de](mailto:baurecht(at)leinemann-partner.de) schreiben oder Ihren persönlichen Berater ansprechen. Viele weitere Urteile, Bücher, Seminare und Veranstaltungen zum Thema finden Sie auch auf unserer [Website](#).

Wir möchten Sie außerdem noch auf unser Seminar "**Nachträge und Bauzeit aus mangelhafter Ausschreibung - Ansprüche nach BGB-Bauvertragsrecht 2018 und VOB 2019**" am **13.01.2021** aufmerksam machen. Sie können sich direkt [online anmelden](#).

Wir wünschen eine spannende Lektüre und ein schönes Weihnachtsfest!

Themen

Julia Barnstedt, Hamburg

Auch der Anscheinsbeweis für eine mangelhafte Bauüberwachung hat Grenzen!

Danilo Rosendahl, Berlin

Auch gegen den Architekten besteht kein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe der fiktiven Mangelbeseitigungskosten

Igor Zarva, LL.M., Berlin

Nachträgliche Sonderzuständigkeit der Baukammer durch Widerklage



Julia Barnstedt, Hamburg

Auch der Anscheinsbeweis für eine mangelhafte Bauüberwachung hat Grenzen!

OLG Schleswig, Urteil vom 25.03.2020 - 12 U 162/19

Die von der obergerichtlichen Rechtsprechung scheinbar postulierte unbeschränkte Haftung der Objektüberwacher auch für Ausführungsfehler hat mit der zuletzt ergangenen Entscheidung des OLG Schleswig (Urteil v. 25.03.2020 – 12 U 162/19) bereits Risse bekommen. Auch das OLG Dresden setzt mit seinem Urteil vom 04.06.2019, Az.: 10 U 1545/14 wieder deutliche Akzente zugunsten einer eingeschränkten Haftung der Planer, insbesondere wenn der Auftraggeber aus Gründen der Kostenersparnis Leistungsphase 8 eingespart hat und das ausführende Unternehmen ein ausgewiesenes Fachunternehmen ist.

Sachverhalt:

Der Auftraggeber verlangt von dem mit den Leistungsphasen 1 - 7 beauftragten Architekten (A) und von dem mit den statischen Berechnungen für die Tragwerksplanung beauftragten Tragwerksplaner (T) Schadensersatz wegen des Teileinsturzes eines historischen Gebäudes im Zuge der Ausführung von Sanierungsarbeiten. Die Planung sah vor, die Kelleraußenwand durchzubrechen und zu unterfangen, wobei T die Tragkraft der Doppel-T-Träger, die das Gewicht der Gebäudeaußenwand tragen sollten, berechnet hatte. Im Zuge des Durchbruches brachen die im Bereich des Baubehelfs befindliche Gebäudeaußenwand nebst Außenwand des Seitenhauses sowie die Geschossdecken und der Dachstuhl ein. A und T lehnten jegliche Haftung ab.

Dem folgte das OLG und wies die Klage ab. Die Berechnung der T-Träger durch T war für den Einsturz nachweislich nicht ursächlich. Zum Hinweis auf mögliche Risiken bei der Bauausführung war T nicht verpflichtet. Er durfte davon ausgehen, dass das überregional tätige, renommierte Bauunternehmen mit einschlägiger Erfahrung bei der Altbausanierung mit den Arbeiten zur fachgerechten Herstellung des Mauerdurchbruchs vertraut ist. Hinsichtlich des A wurde nicht bewiesen, dass er beauftragt war, die Ausführung des Objekts zu überwachen. Mit der teilweisen Anwesenheit des A bei der Ausführung und Teilnahme an Baustellenberatungen habe dieser keine Bauüberwachung übernommen.

Fazit:

Der Streit ist für die Planer gut ausgegangen. Um Haftung aus nicht schriftlich beauftragten Leistungsphasen und besonderen Leistungen aber zu vermeiden, sollten insofern Leistungen aber gar nicht erst erbracht werden. Werden solche Leistungen an Planer herangetragen, sollte daher

entweder auf eine ergänzende förmliche Beauftragung hingewirkt werden oder auf jegliche Leistungserbringung verzichtet werden.



Danilo Rosendahl, Berlin

Auch gegen den Architekten besteht kein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe der fiktiven Mangelbeseitigungskosten

Der Auftraggeber (AG) kann von dem Architekten keinen Schadensersatz in Höhe der fiktiven Mangelbeseitigungskosten verlangen, wenn sich zwar die von dem Architekten zu vertretenden Planungs- und/oder Überwachungsfehler im Bauwerk verwirklicht haben, der AG aber nicht beabsichtigt, die Baumängel beseitigen zu lassen.

BGH, Urt. v. 24.09.2020 – VII ZR 91/18 und BGH, Beschl. v. 08.10.2020 - VII ARZ 1/10

1. Ausgangslage

a) BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13

Die lange und kontrovers diskutierte Frage, ob der AG vom Auftragnehmer (AN) schon vor der Abnahme Kostenvorschuss für die Beseitigung von Baumängeln verlangen kann, hat der BGH im Januar 2017 dahingehend entschieden, dass Gewährleistungsrechte – und damit auch der Anspruch auf Kostenvorschuss gem. § 637 Abs. 3 BGB – grundsätzlich erst mit/nach der Abnahme geltend gemacht werden können. Denn bis zur Abnahme kann der AN grundsätzlich frei wählen, wie er den Anspruch des AG auf mangelfreie Herstellung aus § 631 Abs. 1 BGB erfüllt. Könnte der AG bereits während der Erfüllungsphase Mängelrechte aus § 634 BGB geltend machen, wäre das mit einem Eingriff in diese Rechte des AN verbunden. Allerdings ist der AG – so der BGH – in der Erfüllungsphase nicht schutzlos gestellt. Neben dem Anspruch auf Erfüllung stehen dem AG unter bestimmten Voraussetzungen auch die Rechte des allgemeinen Leistungsstörungsrechts zu, also u.a. Schadensersatz. Da Ansprüche aus der Erfüllungsphase (bis zur Abnahme) und Gewährleistungsansprüche (ab der Abnahme) nicht nebeneinander bestehen, muss sich der AG also entscheiden, ob er Ansprüche aus der Erfüllungsphase oder aber Gewährleistungsansprüche geltend machen will, wofür wiederum grundsätzlich die Abnahme erforderlich ist.

D.h., ein faktischer Zwang des Bestellers zur Erklärung der Abnahme für ein objektiv nicht abnahmefähiges Werk besteht nach Ansicht des BGH nicht. Zudem kann der AG – worauf der BGH ausdrücklich hinweist – die Abnahme unter Mängelvorbehalt erklären. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz sieht der BGH dann, wenn ein Abrechnungsverhältnis entsteht, z.B., indem der AG durch die Kündigung ausdrücklich zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr weitere Arbeiten des AN am Werk zuzulassen. Dann kann der AG ausnahmsweise Kostenvorschuss trotz fehlender Abnahme verlangen.

Zu diesem Zeitpunkt entsprach es (noch) ständiger Rechtsprechung, dass der AG vom AN statt

Kostenvorschuss auch Schadensersatz in Höhe der fiktiven (Netto-)Mangelbeseitigungskosten verlangen kann (vgl. statt aller BGH, Urt. v. 28.06.2007 - VII ZR 8/06).

b) BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17

Der BGH hat im Februar 2018 mit einem weiteren Grundsatzurteil entschieden, dass für Werkverträge nach dem 01.01.2002 die Schadensberechnung nicht an Hand der fiktiven Mangelbeseitigungskosten erfolgen kann, soweit der AG den Schaden nicht beseitigen lässt. Nach Auffassung des BGH kann der AG von dem AN entweder Kostenvorschuss für die noch auszuführende Mangelbeseitigung oder Freistellung von den zur Mangelbeseitigung eingegangenen Verbindlichkeiten verlangen. Hat der AG den Mangel bereits beseitigt, kann er Schadensersatz in Höhe der für die Mangelbeseitigung aufgewendeten Kosten verlangen. Lässt der AG den Mangel nicht beseitigen, ist die Schadenshöhe – so der BGH – entweder an Hand einer Vermögensbilanz nach dem Minderwert des Bauwerks im Vergleich zu dem hypothetischen Wert des Bauwerks oder - bei Veräußerung des Objekts – auf Grundlage des konkreten Mindererlöses zu berechnen.

Für Architektenleistungen hat der BGH dabei Folgendes klargestellt:

Zwar kann der AG von dem Architekten (nach erfolgter Abnahme) keine Nacherfüllung – und damit keinen Kostenvorschuss gem. § 637 Abs. 3 BGB – verlangen, wenn sich die Mängel der Planung und/oder der Bauüberwachung bereits in dem Werk realisiert haben. Denn Voraussetzung für einen Kostenvorschussanspruch ist die zuvor erfolglos unter Fristsetzung verlangte Nachbesserung, § 637 Abs. 1 BGB. Allein das Überarbeiten der fehlerhaften Planung führt nicht dazu, dass die Baumängel beseitigt sind. Auch kann im Nachgang eine unzureichende Bauüberwachung nicht mehr nachgeholt/nachgebessert werden. Gleichwohl kann der AG nach Ansicht des BGH von dem Architekten Kostenvorschuss verlangen, weil er ansonsten das Vorfinanzierungs- und Insolvenzrisiko des Architekten tragen müsste. Lässt der AG den Mangel allerdings nicht beseitigen, kann er auch von dem Architekten „nur“ Schadensersatz in Höhe entsprechend der Vermögensbilanz oder des konkreten Mindererlöses verlangen. Der BGH hat in dieser Entscheidung allerdings offengelassen, ob dies auch für vor dem 01.01.2002 geschlossene Werkverträge gilt.

c) BGH, Urt. v. 27.09.2018 – VII ZR 45/17 und BGH, Urt. v. 19.12.2019 – VII ZR 5/19

Im September 2018 hat der BGH sodann entschieden, dass diese geänderte Rechtsprechung nicht auf Werkverträge übertragbar ist, die vor dem 01.01.2002 geschlossen wurden. Zur Begründung heißt es, dass der Gesetzgeber mit der ab dem 01.01.2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsmodernisierung eine Harmonisierung des Schadensersatzrechtes geregelt hat, die auf das „alte“ Schuldrecht nicht übertragbar ist. Folglich kann der AG bei „Altverträgen“ von dem Architekten Schadensersatz in Höhe der fiktiven Mangelbeseitigungskosten verlangen (vgl. Rosendahl, NzB 01/2019). Diese Rechtsprechung hat der BGH im Dezember 2019 bestätigt.

2. Sachverhalt

Ein Bauträger verlangt von seinem planenden Architekten Schadensersatz in Höhe der fiktiven Mangelbeseitigungskosten, weil diverse Flachdächer wegen unzureichender Planung mangelhaft seien. Das OLG Hamm verurteilt den Architekten - vor Bekanntwerden der Grundsatzentscheidung des BGH zur Erstattungsfähigkeit fiktiver Mangelbeseitigungskosten – unter Abzug von Sowieso-Kosten zum Schadensersatz. Der BGH lässt auf die Nichtzulassungsbeschwere des Architekten die Revision hinsichtlich der Anspruchshöhe zu.

3. Urteil

Der BGH hat das Urteil hinsichtlich des Zahlungsantrags insgesamt aufgehoben, allerdings beschränkt auf die Anspruchshöhe. Die Sache wurde an das OLG Hamm zur erneuten Feststellung der Anspruchshöhe zurückverwiesen. Zur Begründung hat der BGH auf seine Grundsatzentscheidung vom 22.02.2018 verwiesen und damit seine Rechtsprechung bestätigt, dass im Verhältnis zum Architekten hinsichtlich der von ihm zu vertretenden Planungs- oder Überwachungsfehler, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, ein Schadensersatzanspruch in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten ausscheidet.

4. Fazit

Der für Bausachen zuständige VII. Zivilsenat des BGH hält damit an seiner Rechtsprechung zu den fiktiven Mängelbeseitigungskosten fest. Das bestätigt der VII. Zivilsenat sodann zwei Wochen später nochmals mit Beschluss vom 08.10.2020 (VII ARZ 1/10), mit dem er die Anfrage des für Kaufsachen zuständigen V. Zivilsenats beantwortet hat, ob er an seiner Rechtsauffassung festhalten wolle.



Igor Zarva, LL.M., Berlin

Nachträgliche Sonderzuständigkeit der Baukammer durch Widerklage

KG, Beschluss vom 19.10.2020 – 2 AR 1038/20

Eine gesetzliche Sonderzuständigkeit nach §§ 72a, 119a GVG ist auch dann begründet, wenn ein unter diese Vorschriften fallender Anspruch erst nachträglich durch eine Klageerweiterung oder eine Widerklage in den Rechtsstreit eingeführt wird. Der Grundsatz der perpetuatio fori (§ 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO) steht dem nicht entgegen, weil er einen unveränderten Streitgegenstand voraussetzt.

Im zugrundeliegenden Fall mietete die Klägerin – ein Architekturbüro – eine große Bürofläche an, welche sich noch im Rohbau befand, und untervermietete eine Teilfläche hiervon an die Beklagte. Bei der Beklagten handelte es sich um ein Bauunternehmen, welches die komplette Bürofläche gemäß Vereinbarung mit der Klägerin ausbauen und die beiden Parteien sich die Kosten dafür zur Hälfte teilen sollten. Nachdem die Klägerin die erste Abschlagsrechnung i.H.v. EUR 45.000,00 noch bezahlt hat, kam es zum Streit über die Art des Ausbaus und die Beklagte stellte die Mietzahlungen ein, woraufhin die Klägerin das Mietverhältnis kündigte und Klage vor dem Landgericht Berlin auf Räumung und Zahlung der Mietrückstände erhob. Die Klage ging bei der allgemeinen Zivilkammer (38) ein. Die Beklagte erstellte für die weiter ausgeführten Bauarbeiten eine zweite Abschlagsrechnung i.H.v. EUR 45.000,00 und erhob Widerklage, gerichtet auf den Ausgleich dieser Rechnung durch die Klägerin. Die allgemeine Zivilkammer hat die Sache daraufhin formlos an die Kammer für Streitigkeiten aus Bau- und Architektenverträgen (20) abgegeben, welche sich wiederum für funktional unzuständig erklärte und die Sache an die allgemeine Zivilkammer (38) zurückgab. Letztere legte die Sache sodann dem Kammergericht als dem in Entsprechung mit § 36 Abs. 1 ZPO im Rechtszug höheren Gericht zur Entscheidung des zuständigen Spruchkörpers vor. Das Kammergericht bestimmt nun die Baukammer des Landgerichts als zuständigen Spruchkörper. Es sieht die Voraussetzungen der gesetzlichen Sonderzuständigkeit des § 72a Satz 1 Nr. 2 GVG als gegeben an. Der Anwendungsbereich der Vorschrift erstreckte sich auf Streitigkeiten aus Bau- und Architektenverträgen sowie aus Ingenieurverträgen, soweit sie im Zusammenhang mit Bauleistungen stünden. Hiervon seien nach dem Willen des Gesetzgebers alle Streitigkeiten über Ansprüche umfasst, die aus einem Rechtsverhältnis herrühren, in dem eine Partei eine Verpflichtung zur Planung, Durchführung oder Überwachung von Bauarbeiten übernommen habe.

Die Beklagte, welche sich gewerbsmäßig mit der Ausführung von Bauarbeiten befasse, mache eine Entgeltforderung aus einem mündlich geschlossenen Bauvertrag geltend, was eine Zuständigkeit der Baukammer nach § 72a S. 1 Nr. 2 GVG begründe. Entgegen der Annahme der Baukammer läge hier kein gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch vor, insbesondere da schon die Parteien

selbst nicht von der Gründung einer Gesellschaft ausgingen. Der Entscheidung über die Zuständigkeit der Baukammer stehe auch nicht entgegen, dass diese Zuständigkeit sich erst nachträglich durch die Erhebung der Widerklage ergeben habe. Zwar sehe § 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO vor, dass eine Zuständigkeit des Prozessgerichts durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt werde (sog. „perpetuatio fori“). Allerdings gelte dieser Grundsatz nach allgemeiner Auffassung nur bei einem unveränderten Streitgegenstand und damit gerade nicht im Falle nachträglicher Klageerweiterungen und Widerklagen. Vielmehr könne die vorliegende Konstellation mit der Vorgehensweise bei § 506 ZPO verglichen werden, wo das Gesetz eine nachträgliche Verweisung des Rechtsstreits vom Amts- an das Landgericht ausdrücklich vorsehe. Zudem könne etwaigen Missbrauchsfällen mit einer Abtrennung der Widerklage nach § 145 ZPO begegnet werden, die im zugrundeliegenden Fall jedoch aufgrund des engen Zusammenhangs zwischen Klage und Widerklage nicht sachgerecht wäre.

Fazit:

Die Entscheidung des Kammergerichts einschließlich der zugrunde gelegten Argumentation überzeugt. Die Möglichkeit der sachgerechten Begründung der Sonderzuständigkeit der Baukammer durch nachträgliche Klageerweiterung oder Widerklage trägt entscheidend dazu bei, dass der Grundgedanke der Einführung der Sonderzuständigkeit von Baukammern zum 01.01.2018 - Verbesserung der Qualität der Gerichtsentscheidungen in Bausachen und Schnelligkeit des Bauprozessablaufs – auf lange Sicht Früchte trägt, wovon die Baurechtsgemeinschaft nur profitieren kann.