

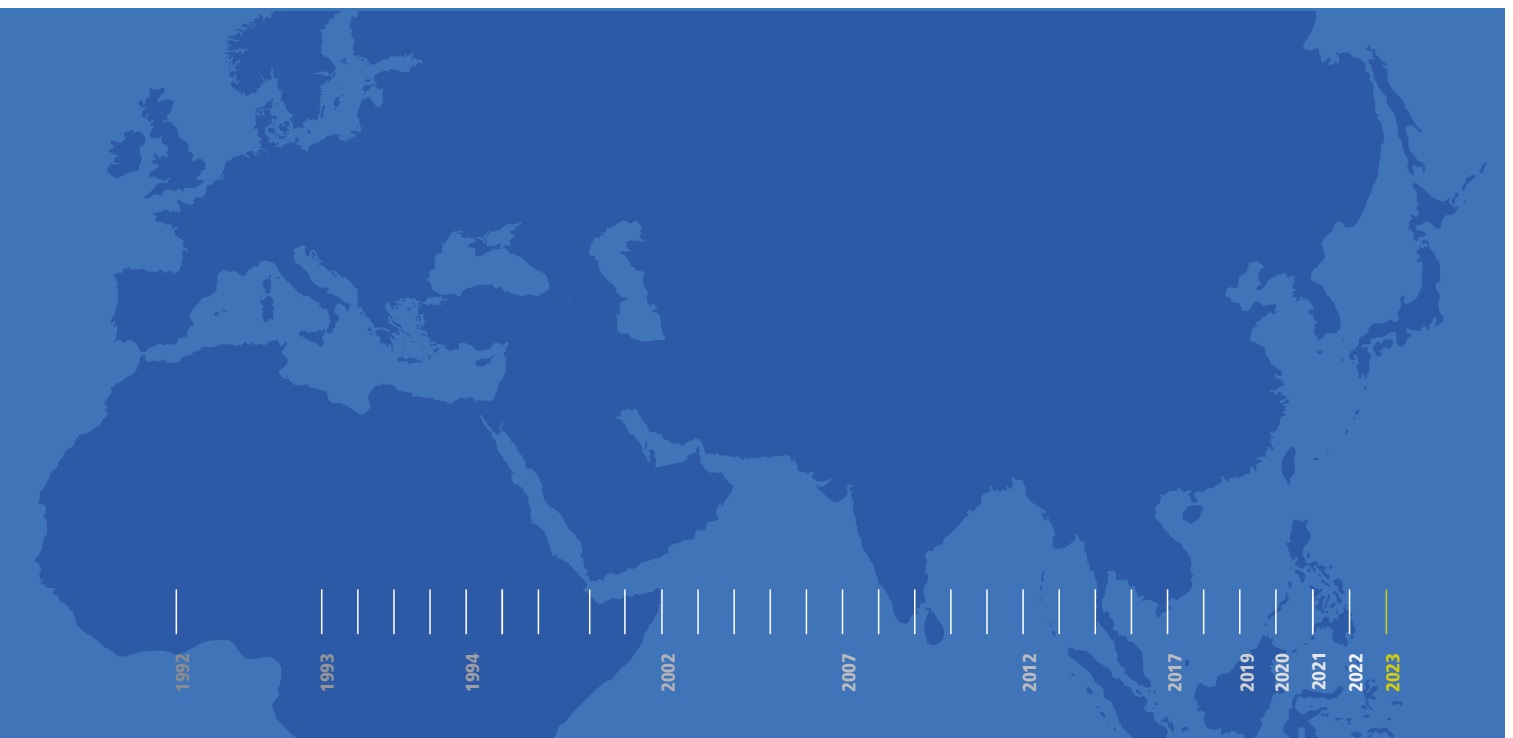
Publikationen

zur rechtlichen Zusammenarbeit

6/2023

შედარებითი სამართლის
ქართულ - გერმანული ჟურნალი

Deutsch-Georgische Zeitschrift
für Rechtsvergleichung



Gefördert durch:



Bundesministerium
der Justiz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



6/2023

Deutsch-Georgische
ZEITSCHRIFT FÜR
RECHTSVERGLEICHUNG

შედეგობითი
სამართლის

ქართულ-გერმანული ჟურნალი



Juristische Fakultät der Staatlichen Universität Tiflis

Die vorliegende Publikation wird durch finanzielle Unterstützung der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V (IRZ) herausgegeben.

Seit ihrer Gründung im Jahr 1992 berät die Deutsche Stiftung für internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) ihre Partnerstaaten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz bei der Reformierung ihrer Rechtssysteme und der Justizwesen. Rechtsstaatlichkeit und Demokratisierung sind Voraussetzung, um grundrechtliche Freiheiten zu wahren, stabile staatliche und gesellschaftliche Strukturen zu stärken sowie wirtschaftliches Wachstum anzuregen. Diesen Entwicklungsprozess zu unterstützen ist Aufgabe der IRZ, wobei die Bedürfnisse des jeweiligen Partnerstaats immer im Mittelpunkt stehen.

Die Zusammenarbeit mit Georgien basiert auf einer gemeinsamen Erklärung zwischen dem georgischen Justizministerium und dem Bundesministerium der Justiz von 2005 und wurde im Jahr 2006 aufgenommen. Die Schwerpunkte der Tätigkeit liegen in der Umsetzung internationaler Abkommen in georgisches Recht, in der Beratung im Straf- und Strafvollzugsrecht sowie der Aus- und Fortbildung von Rechtsanwenderinnen und Rechtsanwendern.

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
INTERNATIONALE RECHTLICHE
ZUSAMMENARBEIT E.V.



Gefördert durch:



Bundesministerium
der Justiz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



BSH
Think Legally.

MG
LAW

in collaboration with
Andersen Global in Georgia

ISSN 2587-5191 (print)

ISSN 2667-9817 (online)

© Juristische Fakultät der Staatlichen Universität Tiflis, 2023

© Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) 2023

© Autoren, 2023

www.lawjournal.ge

Schriftleitung

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili
Assoz. Prof. Lado Sirdadze
Prof. Dr. Olaf Muthorst
Assoz. Prof. Dr. Tamar Zarandia

Herausgeber

Prof. Dr. Dr. hc Tiziana J. Chiusi
Prof. Dr. Olaf Muthorst
Notar Justizrat Richard Bock
Richter Wolfram Eberhard
Prof. Dr. Arkadiusz Wudarski
Richter Dr. Timo Utermark
Rechtsanwalt Dr. Max Gutbrod
Prof. Tanel Kerikmäe
Prof. Dr. Giorgi Khubua
Prof. Dr. Lasha Bregvadze
Prof. Dr. Irakli Burduli
Prof. Dr. Zviad Gabisonia
Frank Hupfeld
Khatuna Diasamidze
Assoz. Prof. Dr. Sulkhan Gamqrelidze
Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili
Assoz. Prof. Dr. Shalva Papuashvili
Assoz. Prof. Lado Sirdadze
David Maisuradze
Rechtsanwalt Giorgi Zhorzholiani
Rechtsanwalt Temur Bigvava
Rechtsanwalt Zviad Batiashvili
Khatia Papidze
Dr. Archil Chochia
Rechtsanwalt Gocha Oqreshidze
Demetre Egnatashvili
Rechtsanwalt Ketevan Buadze
Rechtsanwalt Nikoloz Sheqiladze
Tornike Darjania
Assist. Prof. Dr. Temur Tskitishvili
Razhden Kuprashvili
Sulkhan Gvelesiani
Natali Gogishvili

Technische Unterstützung und Layout

David Maisuradze

Arbeitsgruppe

Sopo Zarandia
Nino Kavshbaia
Tatia Jorbenadze
Ana Baiadze
Tilman Sutor

Inhaltsverzeichnis

AUFSÄTZE

Architektenhaftung in Deutschland	7
<i>Ulrich Hagenloch</i>	
Der Kampf um das Justizsystem in Georgien	66
<i>Vakhushti Menabde</i>	

AUSLÄNDISCHE ENTSCHEIDUNGEN

Nelson v. Lewis	72
<i>Appellate Court of Illinois, Fifth District March 3, 1976, Filed No. 75-432</i>	

Architektenhaftung in Deutschland

Ulrich Hagenloch

Präsident des Oberlandesgerichts Dresden im Ruhestand

I. Einleitung

Fragen der Architektenhaftung kommt in der deutschen zivilrechtlichen Praxis eine erhebliche praktische Bedeutung bei. Während bei kleineren Bauprozessen meist nur zwischen dem Auftraggeber (im Regelfall: Bauherrn) und dem bauausführenden Unternehmen Streit besteht, sind in Rechtsstreitigkeit über größere Bauvorhaben häufig auch Architekten und Ingenieure einbezogen. Das kann auch mittelbar dadurch geschehen, dass der Architekt oder Ingenieur nicht selbst Partei des Rechtsstreits ist, sondern in einem gerichtlichen Verfahren zwischen dem Auftraggeber und dem Bauunternehmen inzident darüber zu entscheiden ist, ob dem Architekten oder Ingenieur Fehler unterlaufen sind, die sich der Auftraggeber zurechnen lassen muss.

1. Hierzu sei vorab angemerkt, dass in Deutschland zwischen dem Aufgabenfeld des **Architekten** und jenem des **Ingenieurs** unterschieden wird. Vereinfacht dargestellt, obliegt dem Ingenieur (Statiker, Tragwerksplaner) vor allem, für die technische Stabilität des Bauwerks Sorge zu tragen, während der Architekt mehr für die planerischen und bauüberwachenden Aspekte sowie für die Ästhetik des Bauvorhabens verantwortlich ist. Vor allem bei größeren Bauvorhaben kommen neben dem das Bauvorhaben insgesamt planenden und überwachenden Architekten (Gesamtplaner) häufig noch die **Fachplaner** von einzelnen Gewerken zum Einsatz (dazu unten II. 2). Rechtlich unterschieden sich die Pflichtenstellungen dieser Berufsbilder aber kaum; am ehesten beim Umfang der Sachwalterstellung (dazu unten V. 2. b)). Die nach-

folgend an Hand des Architekten erörterten Rechtsfragen stellen sich deshalb weitgehend in gleicher Weise bei den Ingenieuren und Fachplanern.

2. Die hier behandelten Themen betreffen ausschließlich die Rechtsstellung des vom Auftraggeber betrauten Architekten, vor allem dessen Pflichten als Planer und Bauüberwacher. Die Rechte und Pflichten des für den Auftraggeber tätigen Architekten haben rechtlich nichts mit den Aufgabenbereichen der mit einem Bauvorhaben befassten **öffentlichen Stellen** zu tun. Dies zeigt sich bereits darin, dass die öffentlich-rechtlichen Stellen bei der Prüfung der Genehmigungsfähigkeit der Planungen und bei der von ihnen vorgenommenen Bauaufsicht ausschließlich an die öffentlich-rechtlichen Vorschriften gebunden sind und zumindest schwerpunktmäßig im öffentlichen Interesse handeln. Zwar können diese öffentlich-rechtlichen Vorschriften unter gewissen Voraussetzungen einen sogenannten drittschützenden Charakter haben und im Falle ihrer Verletzung Amtshaftungsansprüche auslösen.¹ Aber selbst ein solcher drittschützender Charakter ändert nichts daran, dass das öffentlich-rechtliche Handeln der Behörden bei der Genehmigung der Pläne und bei der Bauaufsicht rechtlich selbstständig neben dem rein zivilrechtlichen Handeln des Architekten bei der Erstellung der Genehmigungsplanung und bei der von ihm im Interesse des Auftraggebers übernommenen Bauaufsicht steht. Beide Bereiche müssen also streng voneinander getrennt werden. Der einzige Berührungspunkt

¹ BGH, Urteil vom 13. Dezember 2019 - V ZR 152/18 - NZM 2020, 811, juris Rn. 21 ff.; BGH, Urteil vom 26. April 2018 - III ZR 367/16 - BauR 2018, 1270, juris Rn. 23 ff.

liegt darin, dass der Architekt in seinem Rechtsverhältnis zum Auftraggeber zivilrechtlich gehalten ist, die öffentlich-rechtlichen Vorgaben auch seinerseits zu beachten (zur Genehmigungsplanung unten III. 1. b) bb).

3. Erst recht haben die Rechte und Pflichten des für den Auftraggeber handelnden Architekten nichts mit dem sogenannten **Bauleiter** zu tun. Die Bauleitung dient nur der Wahrung der eigenen Belange des Bauunternehmens. Deshalb wird der Bauleiter auch ausschließlich für das Bauunternehmen tätig und von diesem bezahlt. Die Objektüberwachung (Bauüberwachung) des Architekten erfolgt hingegen im Auftrag und im Interesse des Auftraggebers, so dass auch dieser die Kosten trägt (dazu näher unter VI. 3. b) ee)). Der Bauleiter des Bauunternehmens und der bauüberwachende Architekt verfolgen zwar jeweils als Ziel, dass ein mangelfreies Bauvorhaben entsteht. Rechtlich handelt es sich aber um völlig getrennte Bereiche.

4. Im Ausgangspunkt beantwortet sich die Pflichtenstellung des Architekten nach den **Grundsätzen des Werkvertragsrechts**.

Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) enthält seit dem 01.01.2018 in § 650p bis § 650t BGB Sonderregelungen, welche die allgemeinen werkvertraglichen Regelungen und die gesonderten Bestimmungen über Bauverträge (§ 650a bis § 650o BGB) ergänzen. Bis zum Jahreswechsel 2017/2018, dem Inkrafttreten dieser Sonderregelungen, waren auf den Architektenvertrag wegen seines werkvertragsähnlichen Charakters grundsätzlich die allgemeinen Regelungen über das Werkvertragsrecht anwendbar.²

Das georgische ZGB differenziert zwar in Art. 629 ZGB weniger trennscharf als das deutsche Recht zwi-

schen dem Dienst- und dem Werkvertrag. Die Unterscheidung zwischen mehr handlungs- und mehr erfolgsbezogenen Leistungspflichten ist aber auch in Art. 629 ZGB angelegt. Im Ausgangspunkt dürfte sich deshalb der Architektenvertrag auch im georgischen Recht als werkvertragsähnlich einzustufen lassen.

5. Mittelbar wirkt in Deutschland auf das Haftungsrecht auch die Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (HOAI)³ ein. Bei dieser handelt es sich zwar um eine Art öffentlich-rechtliche Honorartabelle (juristischer formuliert: um eine öffentlich-rechtliches Preis-Rahmenrecht). Die HOAI beschreibt in diesem Zusammenhang aber näher, welche sog. **Leistungsbilder** (betreffend die Art des Objekts; Gebäude, Landschaftsbau, Straßenbau usw.) und welche sog. **Leistungsphasen** (betreffend die bei dem jeweiligen Leistungsbild schwerpunktmäßig in Betracht kommenden Aufgabenbereiche; Planung, Bauüberwachung usw.) dem Architekten typischerweise übertragen werden können. Auf die Leistungsphasen der HOAI wird in Architektenverträgen deshalb häufig auch verwiesen, um die Leistungspflichten zu strukturieren und zu konkretisieren.⁴

Als öffentlich-rechtliche Preisregelung besagt die HOAI aber nicht unmittelbar etwas darüber, welche Pflichten einem Architekten obliegen; dies beurteilt sich vielmehr ausschließlich nach den allgemeinen schuldrechtlichen Regelungen (dazu unten II. 2. b) aa)).

II. Geschuldeter Leistungserfolg des Architekten

1. Allgemeine Grundsätze

Die dargelegte Anwendung werkvertraglicher Grundsätze besagt aber nicht, dass der vom Architekten geschuldete Erfolg die Errichtung des Bauwerks als körperliche Sache ist. Einen solchen Erfolg kann der Architekt nicht eigenverantwortlich errei-

² BGH, Urteil vom 22. Oktober 1981 - VII ZR 310/79 - BGHZ 82, 100, juris Rn. 17 ff.; BGH, Urteil vom 14. Juni 1973 - VII ZR 202/72 - NJW 1973, 1458, juris Rn. 6 ff.; Stelzner in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 650p BGB (Stand: 01.02.2023) Rn. 3; in der früheren Rechtsprechung (bis vor etwa 40 bis 50 Jahren) wurde abweichend hiervon meist das Dienstvertragsrecht angewandt; tendenziell hierfür weiterhin: Staudinger/Peters (2019) Vorbemerkung zu §§ 650p ff. Rn. 14

³ https://www.gesetze-im-internet.de/hoai_2013/

⁴ vgl. exemplarisch die unter II. 2. a) noch näher dargestellten Leistungsphasen für das Leistungsbild "Gebäude und Innenräume"; <https://www.hoai.de/hoai/grundleistungen/>

chen (und daher bei interessengerechter Auslegung des Architektenvertrages auch nicht schulden), weil die Mangelfreiheit des Bauvorhabens von vielfältigen Faktoren abhängt, die er nicht beeinflussen kann (Vorgehen der Bauunternehmen, Verhalten des Auftraggebers usw.). Er schuldet deshalb jene Maßnahmen, die notwendig sind, um die vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele (z.B. bestimmte Planungen oder bestimmte Überwachungsmaßnahmen) erreichen zu können (sog. Planungserfolg bzw. Überwachungserfolg).⁵ Vereinfacht formuliert, schuldet er also jene **Leistungsergebnisse, welche die Errichtung eines mangelfreien Bauvorhabens ermöglichen.**

Der Bundesgerichtshof führt hierzu aus:

BGH, Urteil vom 11. Juli 2019 - VII ZR 266/17 - BGHZ 223, 1, juris (Zitate leicht verändert, Hervorhebungen vom Autor:

„Randnummer 20

b) Zu den Leistungsbestimmungen, ... die ... den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistungspflichten bilden, gehören sämtliche Vereinbarungen der Vertragsparteien zur Beschaffenheit der von dem Architekten zu erreichenden Planungs- und Überwachungsziele.

Randnummer 21

aa) Nach § 650p Abs. 1 Satz 1 BGB wird der Architekt durch einen Architektenvertrag verpflichtet, die Leistungen zu erbringen, die nach dem jeweiligen Stand der Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage **erforderlich sind, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen. Mit dieser Formulierung wird zum Ausdruck gebracht, dass der Architektenvertrag typischerweise eine Reihe verschiedener Pflichten umfasst und zwischen dem Planungserfolg und den Planungs- und Leistungsschritten zu unterscheiden ist** (Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen

Mängelhaftung, BT-Drucks. 18/8486, S. 66). **Die auf dieser Grundlage vom Architekten als Hauptleistung zu erfüllenden Pflichten definiert das Gesetz - anders als beispielsweise im Kauf- oder Mietrecht - nicht selbst, sondern verweist auf die Planungs- und Überwachungsziele, die die Parteien vereinbaren. Die vertragliche Vereinbarung ist damit entscheidend dafür, welche Hauptleistungspflichten der Architekt zu erfüllen hat** (MünchKommBGB/Busche, 7. Aufl., § 650p Rn. 9; ...)."

Diese mehr fachspezifische Komponente der Hauptleistungspflichten steht in einer gewissen Wechselwirkung mit der Pflicht zur **Wahrung der wirtschaftlichen Belangen** des Auftraggebers,⁶ so dass der Architekt (abhängig von den entsprechenden Vorgaben des Auftraggebers) bei in etwa gleichwertigen Alternativen im Regelfall gehalten ist, auf eine eher kostengünstige und zeitsparende Ausführung des Bauvorhabens hinzuwirken.

2. Gestaltungsformen der Planungs- und Überwachungserfolge

Welche Planungs- und Überwachungserfolge typischerweise erreicht werden sollen, hängt entscheidend von der **Art des Leistungsbildes** ab.

In der Praxis stehen meist Architektenleistungen im Zusammenhang mit der Errichtung oder mit dem Umbau/Ausbau von Gebäuden im Mittelpunkt. Abhängig vom konkreten Gegenstand des Vorhabens können sich aber auch andere Schwerpunkte ergeben, etwa bei fachplanerischen Leistungen (Planungen der Elektrotechnik, der Belüftungstechnik oder der Heizungstechnik, emissionsschutzrechtliche Planungen usw.), bei landschaftsplanerischen Leistungen, bei verkehrsplanerischen Leistungen oder bei tragwerksplanerischen Leistungen.⁷ Die nachfolgenden Ausführungen orientieren sich schwerpunktmäßig an dem Leistungsbild "Gebäude und Innenräume" und an den dortigen Leistungsphasen (unten e)), da

⁵ BGH, Urteil vom 11. Juli 2019 - VII ZR 266/17 - BGHZ 223, 1, juris Rn. 20 ff.; Schwenker/Rodemann in: Erman BGB, Kommentar, 17. Auflage 2023, § 650p BGB Rn. 4

⁶ dazu OLG Celle, Urteil vom 15. Dezember 2016 - 5 U 97/15 - juris Rn. 28

⁷ vgl. dazu im deutschen Recht die Anlagen 1 bis 15 der HOAI

diese in der gerichtlichen und anwaltlichen Praxis meist im Mittelpunkt steht.

Die **Vertragsfreiheit** eröffnet es, weitergehende Leistungsziele zu vereinbaren. Als Erfolg kann etwa die Errichtung eines Bauwerks zu bestimmten Höchstkosten (vgl. unten VI. 1.)⁸ oder zu bis zu einem bestimmten Termin⁹ vereinbart werden. Selbstredend unterliegt auch der freien Disposition der Parteien, dass dem Architekten nur einzelne Leistungsphasen oder innerhalb der Leistungsphasen nur bestimmte Leistungsteile übertragen werden.

a) exemplarisch: Gestaltungsformen der Planungs- und Überwachungserfolge bei Gebäuden und Innenräumen

Beispielhaft sollen die in Betracht kommenden Gestaltungsformen der Architektenleistung an Hand des für die Praxis besonders bedeutenden Leistungsbildes „Gebäude und Innenräume“ aufgezeigt werden (hier orientiert am Leistungsbild "Gebäude und Innenräume" nach §§ 34 Abs. 4, § 35 Abs. 7, Anlage 10 HOAI).¹⁰ Soweit auf die HOAI nicht Bezug genommen wird, bieten die dort erwähnten Leistungsphasen allerdings lediglich einen gewissen Anhalt dafür, welche Leistungen einem Architekten sinnvoller Weise übertragen werden können, um einen planvollen, koordinierten und auch zeitlich logisch voranschreitenden Planungs- und Baufortschritt zu erreichen. Mit dieser Maßgabe können die nachfolgend erwähnten Leistungsphasen auch in Georgien als eine gewisse Orientierungshilfe dienen. Insbesondere bei eher kleinen Baumaßnahmen wird es häufig genügen, nur einen Teil der genannten Leistungen zu erbringen bzw. zu vereinbaren. Wie bereits erwähnt,¹¹ ist zudem immer erforderlich, dass die einzelnen **Planungs- und Leistungsschritte im konkreten Einzelfall auch erforderlich** sind, um den geschuldeten Planungs- und Überwachungserfolg herbeiführen zu können. Vor al-

lem bei kleineren Bauvorhaben trifft dies meist nur für einen Teil der in den jeweiligen Leistungsphasen erwähnten Planungs- und Leistungsschritte zu. Auch werden bei kleineren Bauvorhaben häufig die nachfolgend genannten Leistungsphasen 1 bis 5, also die Planungsphasen, eher ineinander verschmelzen und die Leistungsphasen 6 und 7 (Auftragsvergabe) und 9 (abschließende Objektbetreuung) ganz oder weitgehend entfallen.

aa) Leistungsphase 1: Grundlagenermittlung

Den ersten Schritt eines Planungsvorhabens bildet die Grundlagenermittlung. Sie betrifft insbesondere die **Klärung der Aufgabenstellung**. Als zusätzliche Leistungen sind etwa eine Mitwirkung bei der Grundstücksauswahl, eine Standortanalyse, die Erstellung eines Raumprogramms oder eine Prüfung der Umweltverträglichkeit denkbar.¹²

Bei einem Wohnungsbauvorhaben wird in dieser Phase etwa zu ermitteln sein, welcher Raumbedarf (Kinderzimmer, Arbeitszimmer etc.?) besteht, welche für die Planung grundlegenden spezifischen Anforderungen der Auftraggeber hat (Zahl der Geschosse, Art des Daches, eher funktional-einfach oder eher luxuriös usw.) und welcher finanzielle Rahmen dem Auftraggeber zur Verfügung steht.

Da der Auftraggeber oft nicht die Sachkunde und die Kreativität besitzt, um die sich stellenden Fragen überhaupt erkennen zu können, darf sich der Architekt nicht lediglich nach den Vorstellungen des Auftraggebers erkundigen. Vielmehr muss er den Auftraggeber aktiv befragen und alle für die weitere Planung relevanten Themen frühzeitig ansprechen. Solches gilt insbesondere für Aspekte, die grundsätzlich gleich zu Beginn geklärt werden müssen, um kosten- und zeitaufwändige spätere Konkretisierungen oder Veränderungswünsche zu vermeiden. Plakatativ formuliert heißt das: Der Architekt darf nicht einfach darauf losplanen.¹³

⁸ BGH, Urteil vom 11. Juli 2019 - VII ZR 266/17 - BGHZ 223, 1, juris Rn. 24

⁹ Schwenker/Rodemann in: Erman BGB, Kommentar, 17. Auflage 2023, § 650p BGB Rn. 4

¹⁰ https://www.gesetze-im-internet.de/hoai_2013/Anlage_10.HTML

¹¹ BGH, Urteil vom 11. Juli 2019 - VII ZR 266/17 - BGHZ 223, 1, juris Rn. 21, auszugsweise wiedergegeben unter II. 1.

¹² BGH, Urteil vom 23. April 2015 - VII ZR 131/13 - BGHZ 205, 107, juris Rn. 25

¹³ OLG Oldenburg, Urteil vom 15. Dezember 1999 - 2 U 187/99 - juris Rn. 23

Zudem ist der Architekt bereits im Rahmen der Grundlagenermittlung gehalten, den **wirtschaftlichen Rahmen für ein Bauvorhaben abzustecken**.¹⁴ Nur so lässt sich sicherstellen, dass im Verlauf des weiteren Planungs- und Bauvorhabens nicht Änderungen erforderlich werden, weil der Auftraggeber andere Kostenvorstellungen hat als der Architekt (vgl. auch II. 2. b) bb)).

bb) Leistungsphase 2: Vorplanung (Projekt und Planungsvorbereitung)

(1) Der Architekt hat bei der Vorplanung und bei allen nachfolgenden Planungsphasen vorauszu-denken und Umstände, die zu Planänderungen oder zu Änderungen beim zeitlichen Ablauf führen können, so früh wie möglich zu erkennen und zu berücksichtigen. Denn: Jede Planänderung und jede Störung in der zeitlichen und technischen Koordinierung kosten Zeit und Geld und laufen daher den Interessen des Auftraggebers zuwider.

(2) Teil der Leistungsphase 2 können insbesondere **Abstimmungen mit den Leistungen der beteiligten Fachplaner** sowie Hinweise auf Zielkonflikte sein. Des Weiteren kann es um die **Darstellung und Bewertung von Varianten**, um die Fertigung von maßstabsgerechten Zeichnungen, um die Bereitstellung der Arbeitsergebnisse als Grundlage für die Koordination und Integration von den Leistungen der anderen an der Planung fachlich Beteiligten gehen. Als zusätzliche Leistungen kommen etwa die Erstellung eines Finanzplans oder die Fertigung von Digital- oder Präsentationsmodellen in Betracht (vgl. zu den erforderlichen Maßnahmen das unter II. 4. b) bb) auszugsweise wiedergegebene Urteil des Bundesgerichtshofs vom 23. April 2015 - VII ZR 131/13 - BGHZ 205, 107, juris Rn. 28)

cc) Leistungsphase 3: Entwurfsplanung (System- und Integrationsplanung)

Die Entwurfsplanung dient vor allem als **Grundla-**

ge für die weiteren Leistungsphasen und für die Vorbereitung von etwa erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen. In sie fließen die Beiträge der anderen Fachplaner ein. Dies geschieht etwa, abhängig von Art und Größe des Objekts, durch detailgenaue Zeichnungen unter Berücksichtigung aller fachspezifischen Anforderungen (bei Gebäuden in Deutschland meist im Maßstab 1:100, bei Innenräumen im Maßstab 1:50 bis 1:20) und ggf. durch eine Objektbeschreibung. Des Weiteren sind in dieser Phase ggf. die ursprüngliche Kostenschätzung zu einer Kostenberechnung fortzuschreiben und die Terminplanung zu aktualisieren.

dd) Leistungsphase 4: Genehmigungsplanung

In dieser Phase geht es um das **Erarbeiten und das Zusammenstellen der Unterlagen für die öffentlich-rechtlichen Genehmigungen** und um etwa erforderlich werdende Anpassungen. Auf Einzelheiten wird unter III. 1. b) bb) eingegangen.

ee) Leistungsphase 5: Ausführungsplanung

In der Leistungsphase 5 wird die Ausführungsplanung mit allen für die **Ausführung notwendigen zeichnerischen und textlichen Einzelangaben** erarbeitet. Die Planungsunterlagen und Leistungsbeschreibungen müssen als Grundlage für die weiteren Leistungsphasen und für die weiteren Leistungen der anderen Fachplaner geeignet sein. Sind verschiedene Gewerke betroffen, erfordert dies in der Regel eine an den jeweiligen Gewerken orientierte Ausführungsplanung, also etwa eine für die Elektroinstallation und eine gesonderte für die Heizungsinstallation. Hierzu sind Ausführungs-, Detail- und Konstruktionszeichnungen zu erstellen, soweit dies nach Art und Größe des Objekts unter Berücksichtigung aller fachspezifischen Anforderungen erforderlich ist (in Deutschland zum Beispiel bei Gebäuden durch Ausführungszeichnungen im Maßstab 1:50 bis 1:1 und bei Innenräumen im Maßstab 1:20 bis 1:1).

Des Weiteren ist die Kostenermittlung ggf. den weiteren Entwicklungen anzupassen.

ff) Leistungsphase 6: Vorbereitung der Vergabe (Ausschreibung der Leistung)

¹⁴ BGH, Urteil vom 11. November 2004 - VII ZR 128/03 - BauR 2005, 400, juris Rn. 30; BGH, Urteil vom 17. Januar 1991 - VII ZR 47/90 - BauR 1991, 366, juris Rn. 7; OLG Hamm, Urteil vom 15. März 2018 - 21 U 22/17 - juris Rn. 80

Im Mittelpunkt dieser Leistungsphase steht das **Erstellen von Leistungsbeschreibungen mit Leistungsverzeichnissen**, getrennt nach den jeweiligen Leistungsbereichen. Als besondere Leistung kann ggf. (etwa wenn atypische Unsicherheiten über den Kostenrahmen oder über die Lieferfähigkeit benötigter Produkte bestehen) auch erforderlich sein, alternative Leistungsbeschreibungen zu erstellen, um gegen spätere "Überraschungen" und Verzögerungen gefeit zu sein.

Insbesondere bei kleineren Bauvorhaben werden diese Leistungen häufig nicht oder nur in begrenztem Umfang vereinbart. Stattdessen kommt es dann zu sog. **funktionalen Auftragsvergaben** oder zu einer **konkludenten Übertragung von Planungsleistungen auf das Bauunternehmen** (dazu unten IV. 1).

gg) Leistungsphase 7: Mitwirkung bei der Vergabe

Wird diese Leistungsphase dem Architekten übertragen, sind zunächst **Angebote einzuholen bzw. die Leistungen auszuschreiben**. Sind Fachplaner beteiligt, muss deren Mitwirkung an der Vergabe koordiniert werden. Die eingegangenen Angebote sind sodann zu prüfen und zu bewerten. Enthalten die eingegangenen Angebote zusätzliche oder teilweise abweichende Leistungen, etwa weil der Bieter diese für sachgerecht oder notwendig hält, sind diese Änderungen oder Erweiterungen inhaltlich zu prüfen und preislich zu bewerten. Dem schließen sich im Regelfall die Erstellung von Vergabevorschlägen, ggf. die Dokumentation des Vergabeverfahrens sowie die Mitwirkung bei der Auftragserteilung an.

hh) Leistungsphase 8: Objektüberwachung (Bauüberwachung) und Dokumentation

Die Leistungsphase 8 umfasst die **Betreuung des Bauvorhabens während dessen Realisierung**. Die Pflichten des Architekten sichern in dieser Phase des Bauvorhabens ab, dass die anderen Beteiligten, vor allem also **die Bauunternehmen, durch ein koordiniertes und fehlerfreies Vorgehen ein mangelfreies**

Bauvorhaben in der vereinbarten Zeit und ohne vermeidbare zusätzliche Kosten errichten.¹⁵

Die Schwerpunkte der den Architekten bei der Objektüberwachung (Bauüberwachung/Bauaufsicht) treffenden Pflichten liegen zum einen bei der zeitlichen und inhaltlichen **Koordination** der Leistungen der am Bau Beteiligten und zum andern bei der Bauüberwachung im engeren Sinne (**Kontrolle der Arbeiten der Bauunternehmen**). Zudem können dem Architekten gewisse Pflichten als **Sachverwalter** seines Auftraggebers insoweit erwachsen, als er dessen in Zusammenhang mit der Ausführung des Bauvorhabens stehenden sonstigen (vor allem wirtschaftlichen) Interessen wahrzunehmen hat.

Der Architekt muss **die Arbeiten der Bauunternehmen in angemessener und zumutbarer Weise überwachen und sich durch Kontrollen vergewissern, dass seine Anweisungen sachgerecht erledigt werden**.¹⁶ Sind mit der Objektüberwachung für deren Fachbereiche Fachplaner betraut, ist deren Tätigkeit zu koordinieren. Eine wichtige Aufgabe des Architekten kann bei der Objektüberwachung auch darin liegen, den Terminplan zuständig zu überwachen und fortzuschreiben, etwa durch ein Balkendiagramm, um die Leistungen der jeweils an der Realisierung des Objekts Beteiligten jederzeit aufeinander abstimmen zu können. Parallel hierzu ist der Bauablauf ggf. zu dokumentieren, etwa in einem Bautagebuch.

Dem schließen sich, soweit vereinbart, die Vornahme eines gemeinsamen Aufmaßes mit den Bauunternehmen, die Rechnungsprüfung samt Prüfung der Aufmäße und eine Kostenkontrolle durch einen Vergleich zwischen der Leistungsabrechnung und den Vertragspreisen an. Zugleich sind ggf. die vertraglichen Abnahmen der jeweiligen Leistungen und, soweit erforderlich, die öffentlich-rechtlichen Abnahmen vorzubereiten und durchzuführen. Ergänzend können eine systematische Zusammenstellung der Dokumentation, der zeichnerischen Darstellungen und der rechnerischen Ergebnisse des Objekts hinzu

¹⁵ OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. November 2019 - I-23 U 208/18 - BauR 2021, 574 juris Rn. 26

¹⁶ OLG Köln, Urteil vom 13. April 2022 - I-11 U 22/21 - juris Rn. 100

kommen. Dies kann einschließen, dass die Verjährungsfristen für Mängelansprüche aufzulisten sind. Haben sich bei der Abnahme Mängel ergeben, obliegt es dem Architekten im Regelfall zudem, deren Beseitigung zu überwachen.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Ausführungen in Abschnitt V. verwiesen.

ii) Leistungsphase 9: Objektbetreuung

Als zeitlich letzte Aufgabe des Architekten kann die der Abnahme nachfolgende Objektbetreuung vereinbart werden. Diese umfasst beispielsweise die fachliche Bewertung von Gewährleistungsansprüchen, eine Objektbegehung zur Mängelfeststellung vor Ablauf der Verjährungsfristen sowie die Mitwirkung bei der Freigabe von Sicherheitsleistungen für etwaige Gewährleistungsansprüche. Auf diese Leistungsphase wird im Folgenden nur vereinzelt eingegangen.

b) inhaltliche Ausgestaltung der einzelnen Leistungsschritte

Wie bereits dargelegt, besagt die soeben gegebene Übersicht nur, welche Aufgaben einem Architekten bei dem Leistungsbild "Gebäude und Innenräume" typischerweise übertragen werden können. Ob und inwieweit ihm diese Aufgaben übertragen wurden, richtet sich nach dem (ggf. durch Auslegung zu ermittelnden) Inhalt des Architektenvertrages.

aa) allgemeine Kriterien

Haben die Vertragspartner im Architektenvertrag auf die Bestimmungen der HOAI Bezug genommen, bringen sie im Regelfall konkludent zum Ausdruck, dass die in dieser Leistungsphase beschriebenen Maßnahmen vom Architekten geschuldet sind.¹⁷ Aber auch ohne eine solche ausdrückliche Bezugnahme bieten die in der HOAI enthaltenen Beschreibungen der jeweiligen Leistungsphasen einen gewissen Anhalt für die geschuldeten Leistungen, da sich aus ihnen ergibt, welche Leistungen als grundsätzlich sinnvoll oder geboten erscheinen. Insoweit bieten

die Leistungsphasen der HOAI auch in Georgien eine gewisse Orientierungshilfe. Entscheidend bleibt aber immer, ob diese Leistungen auch für die Durchführung eines Bauvorhabens der vorliegenden Art als erforderlich anzusehen sind.

Der Auftraggeber muss deshalb nicht konkret darlegen, weshalb aus seiner Sicht die Leistung gerade für sein konkretes Bauvorhaben notwendig war. Es genügt vielmehr, dass sich die betreffende Maßnahme für Bauvorhaben der vorliegenden Art, also bei einer typisierenden Betrachtung, als notwendig erweist.

So hat der Bundesgerichtshof etwa zur Führung eines Bautagebuches ausgeführt:

BGH, Urteil vom 28. Juli 2011 - VII ZR 65/10 - BauR 2011, 1677, juris:

„Randnummer 16:

....Der Beklagte war nicht gehalten, konkret zur Erforderlichkeit des Bautagebuches für die einzelnen Baumaßnahmen vorzutragen. Insbesondere musste er nicht darlegen, welche Angaben er den Bautagebüchern hat entnehmen wollen. Denn die Erforderlichkeit des Führens eines Bautagebuchs für die jeweiligen Baumaßnahmen ergibt sich ohne weiteres aus dem Sinn und Zweck des Bautagebuches. Das Bautagebuch hat den Zweck, das Baugeschehen mit allen wesentlichen Einzelheiten zuverlässig und beweiskräftig festzuhalten. Diese Dokumentation kann insbesondere bei Störungen des Bauablaufs oder Auseinandersetzungen mit anderen Baubeteiligten von großer Bedeutung sein (...). Dieses Dokumentationsinteresse besteht nicht nur bei Neubauten, sondern auch bei Bauten im Bestand, also bei Modernisierungsmaßnahmen, Instandsetzung und Ausbau. Gerade bei diesen Maßnahmen kann es von großer Wichtigkeit sein, Abweichungen vom vorausgesetzten Bestand und sich daraus ergebende Probleme zu dokumentieren, weil sie erfahrungsgemäß Grundlage von Nachtragsforderungen der Bauunternehmer sein können.“

¹⁷ BGH, Urteil vom 24. Juni 2004 - VII ZR 259/02 - BGHZ 159, 376, juris Rn. 29; BGH, Urteil vom 28. Juli 2011 - VII ZR 65/10 - BauR 2011, 1677, juris Rn. 14

bb) Abwägung der Planungsziele

Architekten verstehen sich nicht selten als schöpferische Gestalter von Architektur, die sich mit ihren planerischen Ideen einem sichtbaren Wettbewerb stellen wollen.¹⁸ Dieses kreative Bestreben von Architekten ändert aber nichts daran, dass nicht der Architekt, sondern der Auftraggeber die Planungsziele eines Bauvorhabens bestimmt; wenn auch in Abstimmung mit dem Architekten. Ausgangspunkt der Planung müssen daher stets die vom Auftraggeber gesteckten äußeren Rahmenbedingungen sein. Nur innerhalb dieser Grenzen bleibt für die Kreativität des Architekten Raum.

Als grober Anhalt kann dienen, dass bautechnisch als Planungsziel eine mit den anerkannten Regeln der Technik und mit den öffentlich-rechtlichen Vorgaben übereinstimmende Konzeption des zu planenden Objekts vereinbart und geschuldet ist (dazu unten III. 1.). Weitere (ausdrücklich oder konkludent vereinbarte) Planungsziele können sich aus den spezifischen Funktionsanforderungen des zu planenden Objekts, aus den gestalterisch-ästhetischen Vorstellungen des Auftraggebers, aus dem erstrebten Qualitätslevel sowie vor allem aus dem verfügbaren Kostenrahmen¹⁹ und aus dem Gebot einer wirtschaftlich vernünftigen Vorgehensweise ergeben. Aus diesem Grunde hat der Architekt bereits bei der Grundlagenermittlung die Kostenvorstellungen seines Auftraggebers zu erfragen, um hierdurch den wirtschaftlichen Rahmen des Vorhabens abstecken zu können.²⁰

Welche Gewichtung diesen Aspekten bei der Abwägung der einzelnen Planungsziele zukommt, hängt stark von den Umständen des Einzelfalles ab. Auch können auf Grund der spezifischen Funktion des Objekts oder der spezifischen Vorstellungen des Auftraggebers andere Faktoren ein erhebliches Ge-

wicht erlangen. Es ist die Aufgabe des Architekten, diese konfligierenden einzelnen Planungsziele - **aber stets unter Berücksichtigung der Vorgaben des Auftraggebers - zu einem optimalen Ausgleich zu bringen.** Allerdings ist dem Architekten hierbei im Regelfall ein gewisser Bewertungsspielraum zuzubilligen.

cc) Überwachungsziele

Das zentrale Überwachungsziel liegt im Regelfall darin, dass der Architekt innerhalb des ihm übertragenen Aufgabenbereichs **kontrolliert, dass die einzelnen Leistungen von den Bauunternehmen und den Fachplanern fach- und zeitgerecht erbracht werden.** Nur dann kann er etwaigen Fehlentwicklungen umgehend entgegenwirken (dazu unten V.). Aber auch in der Planungsphase können sich bereits Überwachungsziele ergeben, vor allem in Bezug auf die Leistungen der eingeschalteten Fachplaner (dazu unten VII. 1. b).

dd) Leistungsvergabe/Dokumentationen

Mit der Vorbereitung und mit der Mitwirkung an der Vergabe sowie mit den diversen Dokumentationspflichten werden keine eigenständigen Planungs- und Überwachungsziele umgesetzt. Vielmehr sind dies Maßnahmen, die der Erreichung der ihnen übergeordneten Planungs- und Überwachungserfolge dienen. Dies ändert allerdings nichts daran, dass die Mitwirkung an der Vergabe sowie die diversen Dokumentationspflichten als eigenständige Hauptleistungspflichten verstanden werden.²¹

Praktische Folge dessen ist zum einen, dass die Haftung unmittelbar an die Verletzung dieser Hauptleistungspflichten anknüpft (zur Vergabe unten IV.). Zum andern ergibt sich daraus, dass insoweit im Regelfall rechtlich selbstständig geschuldete Teilleistungen vorliegen, also aus den sogleich unter II. 3.) dargelegten Gründen bei Leistungsstörungen eine Minderung des Werklohnanspruchs in Betracht kommt.²² Dieses Minderungsrecht besteht also auch dann,

¹⁸ vgl. Gratz, AnwZert BauR 19/2013 Anm. 1 unter A.

¹⁹ OLG Hamm, Urteil vom 21. Juli 2011 - I-24 U 151/04 - BauR 2012, 1981, juris Rn. 26

²⁰ BGH, Urteil vom 23. April 2015 - VII ZR 131/13 - BGHZ 205, 107, juris Rn. 25, auszugsweise wiedergegeben unter II. 4. b) bb); BGH, Urteil vom 21. März 2013 - VII ZR 230/11 - BGHZ 197, 93, juris Rn. 9

²¹ vgl. zum Bautagebuch: BGH, Urteil vom 28. Juli 2011 - VII ZR 65/10 - NJW-RR 2011, 1463, juris Rn. 17

²² BGH, Urteil vom 28. Juli 2011 - VII ZR 65/10 - NJW-RR 2011, 1463, juris Rn. 17, für Bautagebuch

wenn die Leistung des Architekten trotz der Defizite bei den einzelnen Leistungsschritten im Endergebnis zu einem mangelfreien Planungs- und Überwachungserfolg geführt hat.

3. Konkret geschuldete Planungs- und Überwachungserfolge:

Während zweifelsfrei ist, dass der Architekt nicht die mangelfreie Erstellung des körperlich-gegenständlichen Bauobjekts schuldet, bereitet der Rechtspraxis gewisse Schwierigkeiten, den nach den jeweiligen Vertragsgestaltung konkret geschuldeten Planungs- und Überwachungserfolg zu ermitteln.

a) Rechtliche Einordnung der einzelnen Leistungsschritte:

*Grundsätzlich ist für die Erfüllung der werkvertraglichen Hauptleistungspflichten nur entscheidend, dass das letztlich entstandene Werk den vertraglichen Anforderungen genügt. Unerheblich ist hingegen, wie das Werk entstanden ist und in welcher Weise die einzelnen Arbeitsschritte vorgenommen wurden. Dies beruht darauf, dass das **Werkvertragsrecht im Regelfall nur auf das entstandene End-Ergebnis ausgerichtet** ist.*

Dieser geschuldete Gesamterfolg ist aber beim Architektenvertrag nicht die Mangelfreiheit des Bauvorhabens (dazu oben II. 1.), so dass die von den Bauunternehmen einerseits und vom Architekten andererseits geschuldeten Leistungsergebnisse nicht inhaltsgleich sind. Deshalb besagt auch die Mangelfreiheit des Bauvorhabens nicht unmittelbar etwas darüber, ob auch die Werkleistung des Architekten fehlerfrei ist. Vielmehr ist dies durch eine Auslegung des Architektenvertrages zu ermitteln.

Es kann deshalb dazu kommen, dass das Bauvorhaben vertragsgemäß erstellt wurde, die Leistung des Architekten aber dennoch mangelhaft ist. In einer solchen Situation können zwar dem Auftraggeber mangels eines Schadens gegen den Architekten keine Schadenersatzansprüche zustehen können. Unabhängig hiervon kommt aber ggf. eine Minderung der Honorarforderung in Betracht.

b) rechtliche Selbstständigkeit der einzelnen Leistungsschritte:

Maßgebend hierfür ist, wie sich die einzelnen Leistungsschritte und die im Endergebnis erstrebten Planungs- und Überwachungserfolge zueinander verhalten. Anders formuliert: Es geht darum, ob der werkvertragliche Vergütungsanspruch entgegen dem werkvertraglichen Grundprinzip (dazu oben a)) gemäß § 634 BGB (vergleichbar mit Art. 645 ZGB i.V.m. Art. 642 ZGB) wegen eines Mangels bei den einzelnen Leistungsschritten gemindert werden kann; und zwar selbst dann, wenn sich dieser Mangel auf den Ablauf des Bauvorhabens und auf die von den Bauunternehmen geschuldete Leistung nicht nachteilig auswirkt und damit das mit dem Abschluss des Architektenvertrages letztendlich verfolgte Ziel (nicht zu verwechseln mit dem geschuldeten Planungserfolg) erreicht wurde. Insoweit zeigt sich, dass der Architektenvertrag zwar werkvertragsähnlich ist, aber auch dienstvertragliche Komponenten enthält.

Der Bundesgerichtshof führt hierzu aus:

BGH, Urteil vom 24. Juni 2004 - VII ZR 259/02 - BGHZ 159, 376, juris (Zitate leicht verändert; Hervorhebungen vom Autor):

"Randnummer 28

*Der vom Architekten geschuldete Gesamterfolg ist im Regelfall nicht darauf beschränkt, daß er die Aufgaben wahrnimmt, die für die mangelfreie Errichtung des Bauwerks erforderlich sind. Umfang und Inhalt der geschuldeten Leistung des Architekten sind, soweit einzelne Leistungen des Architekten, die für den geschuldeten Erfolg erforderlich sind, nicht als selbständige Teilerfolge vereinbart worden sind, durch Auslegung zu ermitteln. Nach dem Grundsatz einer interessengerechten Auslegung sind die durch den konkreten Vertrag begründeten Interessen des Auftraggebers an den Arbeitsschritten zu berücksichtigen, die für den vom Architekten geschuldeten Werkerfolg erforderlich sind. **Der Auftraggeber wird im Regelfall ein Interesse an den Arbeitsschritten haben, die als Vorgaben aufgrund der Planung des Architekten für die Bauunternehmer erforderlich sind, damit diese die Planung vertragsgerecht umsetzen können.** Er*

wird regelmäßig ein Interesse an den Arbeitsschritten haben, die es ihm ermöglichen zu überprüfen, ob der Architekt den geschuldeten Erfolg vertragsgemäß bewirkt hat, die ihn in die Lage versetzen, etwaige Gewährleistungsansprüche gegen Bauunternehmer durchzusetzen, und die erforderlich sind, die Maßnahmen zur Unterhaltung des Bauwerkes und dessen Bewirtschaftung zu planen.

Randnummer 29

Eine an den Leistungsphasen des § 15 HOAI (Hinweis des Autors: Die HOAI ist hier in der damals geltenden Fassung der HOAI 2002 zitiert. Gemeint ist damit inhaltlich die Objektplanung) orientierte vertragliche Vereinbarung begründet im Regelfall, daß der Architekt die vereinbarten Arbeitsschritte als Teilerfolg des geschuldeten Gesamterfolges schuldet. Erbringt der Architekt einen derartigen Teilerfolg nicht, ist sein geschuldetes Werk mangelhaft."

Zu einer vertragswidrig unterbliebenen Kostenermittlung äußert sich der Bundesgerichtshof u.a. wie folgt:

BGH, Urteil vom 11. November 2004 - VII ZR 128/03 - NJW-RR 2005, 318, juris (Zitate leicht verändert, Hervorhebungen vom Autor):

„Randnummer 52

b) ... Der vom Architekten geschuldete Gesamterfolg ist im Regelfall nicht darauf beschränkt, daß er die Aufgaben wahrnimmt, die für die mangelfreie Errichtung des Bauwerkes erforderlich sind. **Vielmehr können auch Teilerfolge vereinbart sein.** Inwieweit das der Fall ist, ist durch die Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Dabei sind die durch den Vertrag begründeten Interessen des Bestellers an den Arbeitsschritten zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 24. Juni 2004 – VII ZR 259/02- soeben auszugsweise wiedergegeben). Vereinbaren die Parteien, daß der Architekt die in § 15 Abs. 2 HOAI (Hinweis des Autors: Die HOAI ist hier in der damals geltenden Fassung der HOAI 2002 zitiert) genannten Kostenermittlungen schuldet, so sind diese als Teilerfolge geschuldet (...). Sie müssen grundsätzlich in den Leistungsphasen erbracht werden, denen sie in der HOAI zugeordnet sind. An-

derndfalls würden sie ihren Zweck regelmäßig nicht mehr erfüllen können. Dieser besteht darin, eine vom Planungsstand abhängige Information über die voraussichtlichen Kosten des Bauwerks zu erhalten...

Randnummer 53

c) Danach kommt eine **Minderung der Vergütung der Beklagten ... in Betracht.** Die Minderung der Honoraransprüche wegen des Fehlens der Kostenschätzung, Kostenberechnung und des Kostenanschlages kann nicht deshalb versagt werden, weil der Kläger den Beklagten keine Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt hat. Auch wenn, wofür viel spricht, § 634 Abs. 1 BGB anwendbar ist, kann der Kläger Schadensersatz oder Minderung verlangen. Die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist entbehrlich. Eine etwa erforderliche Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist nicht Voraussetzung für die Minderung wegen eines Mangels der Architektenleistung, wenn der Besteller das Interesse an der Leistung deshalb verloren hat, weil die Leistung ihren vertraglich vorgesehenen Zweck nicht mehr erfüllen kann. Das ist für die Kostenschätzungen, Kostenberechnungen und Kostenanschläge, die erst nach Durchführung des Bauvorhabens und meist zu Zwecken der Honorarberechnung vorgelegt werden, ohne weiteres anzunehmen. ..."

In einer früheren Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof hierzu allerdings eine andere Auffassung vertreten und ausgeführt, der Architekt sei in der Art seiner Aufgabenerfüllung, insbesondere im Umfang der ihm obliegenden Aufsichtsleistung, frei. Dementsprechend sei sein Honoraranspruch allein objekt-, nicht dagegen zeit- oder tätigkeitsbezogen. Das finde seine Rechtfertigung darin, dass es dem Auftraggeber (im Regelfall: Bauherrn) im Ergebnis lediglich auf die ordnungsgemäße Errichtung des Bauwerks ankomme. Für den Auftraggeber sei in der Regel ohne Interesse, wie der Architekt den angestrebten Erfolg herbeiführe und welchen Arbeitseinsatz er dazu für erforderlich halte.²³

²³ BGH, Urteil vom 11. März 1982 - VII ZR 128/81 - BGHZ 83, 181, juris Rn. 14

Führt die unterbliebene oder unvollständig erbrachte Teilleistung zu einem Schaden, für den der Architekt eintrittspflichtig ist, muss der Auftraggeber den Minderungsbetrag in die der Ermittlung der Schadenshöhe dienende bilanzielle Betrachtung einstellen. Dies hat der Bundesgerichtshof bislang allerdings nur für den Fall entschieden, dass die Erbringung der Teilleistung nicht insgesamt unterblieben ist, sondern dem Architekten „nur“ eine mangelhafte oder unvollständige Erbringung der Teilleistung vorzuhalten war.²⁴

Bei einer vollständig unterbliebenen Teilleistung kann aber die Rechtslage nicht anders sein. Auch dann ist die in Folge der Minderung des Honoraranspruchs ersparte Vergütung nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung auf den Schadenersatzanspruch anzurechnen. Denn nur so kann bei einem Vergleich zwischen der tatsächlichen und der hypothetischen Vermögenslage (in die das bei vertragsgemäßem Vorgehen verdiente Honorar als zusätzlicher Aufwand einzustellen wäre) die erlittene Vermögens einbuße sachgerecht ermittelt werden.

Der Bundesgerichtshof begründet seine Rechtsauffassung wie folgt:²⁵

BGH, Urteil vom 11. März 1982 - VII ZR 128/81 - BGHZ 83, 181, juris (Zitate leicht verändert):

"Randnummer 16

...Dagegen wirkt sich diese (Hinweis des Autors: inzwischen aufgehobene) Vorschrift auf die Höhe der Gebührenforderung nicht aus, wenn einzelne Teilleistungen der Gesamtarchitektur zwar unvollständig ausgeführt werden, das Bauwerk aber als einheitliche Leistung errichtet wird (BGHZ 45, 372, ...).

Randnummer 17

3) Wie bereits in dem Senatsurteil ... (Hinweis des

Autors: BGH, Urteil vom 11. März 1982 - VII ZR 128/81 - BGHZ 83, 181, juris Rn. 18) angedeutet, kann nichts anderes gelten, wenn das Werk des Architekten bei nur unvollständig erbrachten Teilleistungen zwar insgesamt entstanden ist, aber Fehler aufweist. Derartige Mängel berechtigen den Bauherrn zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen, lassen jedoch die Honorarforderung des Architekten zunächst unberührt.

Randnummer18

Die gegenteilige Auffassung hätte zur Folge, daß die durch unvollständige Teilleistungen verursachten Mängel doppelt berücksichtigt würden, nämlich einmal bei der Kürzung des Vergütungsanspruchs, zum anderen bei den in aller Regel auf Schadensersatz gerichteten Gewährleistungsansprüchen des Bauherrn. Erhält dieser im Wege des Schadensersatzes einen Ausgleich für die Schlechterfüllung des Architektenvertrages, so besteht weder ein Bedürfnis noch ein Grund, ihn durch eine Herabsetzung des Architektenhonorars zusätzlich zu begünstigen (...). In diesem Falle steht der Bauherr aufgrund der Schadensersatzleistung des Architekten im Ergebnis so, als sei ordnungsgemäß erfüllt worden. Das verpflichtet ihn andererseits, die ... geschuldete Vergütung vollständig zu entrichten oder sich von ihr durch Aufrechnung mit seinen Schadensersatzansprüchen zu befreien.

Randnummer19

Weist das Architektenwerk allerdings aus Verschulden des Architekten so schwerwiegende Mängel auf, daß es nicht nachbesserungsfähig und deshalb für den Auftraggeber wertlos ist, braucht keine Vergütung gezahlt zu werden (...). Erforderlich ist mithin, daß die Gesamtleistung des Architekten abgenommen wird oder zumindest abgenommen werden kann."

4. Umfang der übertragenen Aufgabenbereiche

Ausgangspunkt für die Haftungsfrage muss immer sein, welche vertraglichen Haupt-Leistungspflichten dem Architekten übertragen wurden. Maßgeblich ist also zunächst, welche (wie es in § 650p Abs. 1 BGB

²⁴ BGH, Urteil vom 11. März 1982 - VII ZR 128/81 - BGHZ 83, 181, juris Rn. 18

²⁵ rechtsdogmatisch differenziert diese Entscheidung allerdings nicht trennscharf zwischen einer rein bilanziellen Betrachtung und Aspekten der Vorteilsausgleichung („so besteht weder ein Bedürfnis noch ein Grund...“)

heißt) "Planungs- und Überwachungsziele" zwischen dem Architekten und seinem Auftraggeber vereinbart sind. Dieser übertragene Leistungsumfang ist, soweit keine ausdrücklichen Vereinbarungen bestehen, durch eine **interessengerechte Auslegung** zu ermitteln. Es gibt keine Vermutung dafür, dass dem Architekten ein sog. **Vollauftrag**, gemeint im Sinne einer vollständigen Übertragung aller Leistungsphasen, erteilt wird.²⁶

a) Auslegungskriterien:

Exemplarisch sollen die hierbei in Betracht kommenden Auslegungskriterien an Hand eines Urteils des OLG Düsseldorf aufgezeigt werden.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 1. Juli 2016 - I-22 U 22/16 - BauR 2017, 1704, juris (Abkürzungen teilweise ausgeschrieben; Zitate leicht verändert, Hervorhebungen vom Autor):

"Randnummer 91

a. Rückschlüsse (Hinweis des Autors: gemeint auf den jeweiligen Vertragsumfang) sind - insbesondere bei nur mündlicher Beauftragung - aus den jeweiligen Umständen des Einzelfalles zu ziehen (...), wobei ... die allgemeinen rechtsgeschäftlichen Grundsätze des BGB zur Feststellung bzw. Auslegung von (auch konkludenten) Willenserklärungen bzw. Verträgen gelten (...). ...

Randnummer 92

b. Dabei kommen die folgenden wesentlichen **Fallgruppen** in Betracht:

Randnummer 93

aa. Wird dem Architekten der Auftrag erteilt, einen Bauantrag zu stellen oder die Baugenehmigung einzuholen, wird man regelmäßig davon auszugehen haben, dass dem Architekten (nur) die Leistungsphasen 1-4 (Grundlagenermittlung bis Genehmigungsplanung [Hinweis des Autors: dazu Erläuterungen unter II. 2.

a)] beauftragt worden sind (...)).

Randnummer 94

bb. Wird dem Architekten ein Planungsauftrag erteilt, wird dies regelmäßig als Planungsauftrag im engeren Sinne zu verstehen sein, der die eigentlichen "Planungs-Leistungsphasen" umfasst, d.h. die Leistungsphasen 1-5 (Grundlagenermittlung bis Ausführungsplanung ...). Nur bei entsprechenden Umständen kann dies im Sinne eines Planungsauftrages im weiteren Sinne für die Leistungsphasen 1-7 (Grundlagenermittlung bis Mitwirkung bei der Vergabe) zu verstehen sein, da die Bauausführung (im Gegensatz zur Planung) und die damit verbundenen Architektenleistungen erst mit der Leistungsphase 8 (Objektüberwachung) beginnen (...).

Randnummer 95

c. Außerdem sind die beiden Grundsituationen zu unterscheiden, ob es sich um eine "beginnende Zusammenarbeit" zwischen Architekten und Bauherrn handelt, bei der der Architekt regelmäßig nur mit den Leistungsphasen 1 und 2 - etwa im Sinne einer Machbarkeitsstudie - betraut wird (...) oder ob der Bauherr bereits hinreichend zu erkennen gibt, mit dem Architekten ein bestimmtes Bauvorhaben realisieren zu wollen, so dass dem Architekten in einem solchen Fall sämtliche Grundleistungen übertragen werden (vgl. BGH, Urteil vom 29.11.1959, VII ZR 120/58, BGHZ 31, 224; ...).

Randnummer 96

d. Als sonstige Umstände im Rahmen der Auslegung sind dabei insbesondere die Finanzierung des Bauvorhabens, der Abschluss des Erwerbsvorgangs des Baugrundstücks und der Verwirklichungswille des Bauherrn zu berücksichtigen (...), wobei eine unstrittige Inangriffnahme der Genehmigungsplanung regelmäßig Vorbringen des Bauherrn zu einer angeblich gleichwohl bestehenden Unentschlossenheit auf seiner Seite erfordert (...).

Randnummer 97

Außerdem können für einen weitergehenden Auftragsumfang solche Planungsschritte des Architekt

²⁶ BGH, Urteil vom 4. Oktober 1979 - VII ZR 319/78 - NJW 1980, 122, juris Rn. 13; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 1. Dezember 2022 - 12 U 199/21 - juris Rn. 136; OLG Düsseldorf, Urteil vom 1. Juli 2016 - I-22 U 22/16 - BauR 2017, 1704, juris Rn. 90

sprechen, die dieser im Einvernehmen mit dem Bauherrn bereits über das Stadium der Vorplanung (Entwurfs-/Genehmigungsplanung) hinaus entwickelt (...), soweit es sich nicht um ein sog. unzulässiges Vorpreschen des Architekten handelt (vgl. BGH, Urteil vom 26.07.2007, VII ZR 42/05, BauR 2007, 1762;....).

Randnummer 98

e.aa. Bei der **stufenweisen Beauftragung** eines Architekten (vgl. BGH, Urteil vom 18.09.1997, VII ZR 300/96, BauR 1997, 1065; OLG Braunschweig, Urteil vom 24.08.2006, 8 U 154/05, BauR 2007, 903;...) liegt ein wirksamer Architektenvertrag (bzw. mehrere Einzelverträge) nur hinsichtlich der jeweils beauftragten Stufe vor; die weiteren Stufen stehen ggf. unter einer aufschiebenden Bedingung (BGH, Urteil vom 27.11.2008, VII ZR 211/07, NJW-RR 2009, 447; ...). Diese Möglichkeit wählen vielfach vorsichtige Auftraggeber, wenn noch nicht abschließend feststeht, ob das Bauvorhaben tatsächlich durchgeführt wird oder Ungewissheit besteht, ob das Bauvorhaben genehmigungsfähig ist, oder die Leistungsfähigkeit des Architekten zunächst überprüft werden soll (...).

Randnummer 99

bb. Entsprechendes wie für die "stufenweise Beauftragung" gilt für den Fall einer sog. Areal-Bebauung bzw. "abschnittweisen Beauftragung", wenn dem Architekten - im Sinne einer aufschiebenden Bedingung bzw. eines Optionsvertrages - nur ein Gebäude in Auftrag gegeben wird und die Aufträge für weitere Gebäude von dem Verkaufserfolg abhängig gemacht werden (BGH, Urteil vom 27.11.2008, VII ZR 211/07, BauR 2009, 264; BGH, Urteil vom 18.12.2008, VII ZR 189/06, BauR 2009, 523; ...).

Randnummer 100

cc. Von der stufenweisen Beauftragung bzw. einem Optionsvertrag ist das sog. "**Abrufen**" von **Leistungsstufen** zu unterscheiden, wobei dem Architekten die entsprechenden Leistungen bereits mit Abschluss des Architektenvertrages in Auftrag gegeben werden und lediglich die Fälligkeit einzelner Leistungsphasen von einem Abruf des Auftraggebers abhängig gemacht wird (...).

Randnummer 101

dd. Der Architektenvertrag bzw. sein konkreter Umfang kann schließlich durch zahlreiche Umstände (z.B. die Finanzierbarkeit bzw. eine Finanzierungszusage, Grundstückserwerb, Findung eines Ankermieters) **aufschiebend bedingt** sein, wobei - wie oben ausgeführt - auch die sog. "stufenweise Beauftragung" einen Fall der aufschiebenden Bedingung darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 27.11.2008, VII ZR 211/07, NJW-RR 2009, 447;...).

Randnummer 102

Dabei muss der Architekt die Behauptung des Bauherrn, es sei eine aufschiebende Bedingung vereinbart worden, widerlegen, da er alle Umstände des Klagegrundes, die einen unbedingten (Honorar-)Anspruch ergeben, beweisen muss (sog. Leugnungstheorie, vgl. BGH, Urteil vom 17.10.1984, VIII ZR 181/83, NJW 1985, 497; ...). Voraussetzung dafür ist indes, dass der Bauherr seinerseits (im Rahmen seiner Bestreitens- bzw. sekundären Darlegungslast) substantiiert vorträgt, wann und unter welchen Umständen eine aufschiebende Bedingung vereinbart worden sein soll (...).

Randnummer 103

ee. **Es ist jeweils eine Frage der Gesamtumstände, welche der vorstehenden Arten der Beauftragung des Architekten im Einzelfall vorliegt** (vgl. BGH, Urteil vom 26.03.1992, VII ZR 198/91, BauR 1992, 505;...)."

b) Vertragsgestaltung bei noch unklarem Planungserfolg:

Eine zentrale Problematik bei der Ermittlung des Vertragsinhalts liegt häufig darin, dass im Zeitpunkt der Beauftragung des Architekten der letztlich geschuldete Planungserfolg noch nicht feststeht. Das Ziel eines Planungsauftrages kann deshalb in der ersten Stufe auch sein, den letztlich geschuldeten Planungserfolg erst im Verlauf des Planungsvorhabens Schritt für Schritt zu entwickeln.

aa) Stufenweise Beauftragung:

Einer solchen Situation kann zum einen dadurch

Rechnung getragen werden, dass die Beauftragung des Architekten stufenweise erfolgt, der Architekt also mit den zeitlich nachfolgenden Planungsphasen immer erst betraut wird, wenn durch die bereits realisierten Leistungsphasen für die weiteren Planungsziele eine hinreichend klare Grundlage geschaffen wurde.²⁷

bb) Weitergehende Beauftragung:

Wird trotz zunächst eher unklarer Planungsziele ein auch spätere Leistungsphasen umfassender Architektenvertrag geschlossen, wirft dies zwei Fragen auf:

- Welche Bestimmtheitsanforderungen sind zu wahren, um von einer wirksamen Einigung ausgehen zu können.

- Wie ist rechtlich einzuordnen, dass sich die Notwendigkeit ergibt, den letztlich geschuldeten Planungs- und Überwachungserfolg in einem dynamischen Prozess zu konkretisieren.

Die Rechtsprechung hält es grundsätzlich für möglich, dass die Partner des Architektenvertrages im Zeitpunkt des Vertragsschlusses weder die Planungs- und Überwachungsziele näher bestimmen noch die Planungs- und Leistungsschritte detailliert beschreiben.²⁸ Zu den rechtlichen Mindestvoraussetzungen an eine wirksame Vertragsgestaltung dieser Art und zu ihrer rechtlichen Einordnung führt der Bundesgerichtshof aus:

BGH, Urteil vom 23. April 2015 - VII ZR 131/13 - BGHZ 205, 107, juris (Zitate leicht verändert, Hervorhebungen vom Autor):

"Randnummer 24

a) Ein Vertrag nach §§ 145 ff. BGB (Hinweis des Autors: vgl. im georgischen Recht Art. 327 ZGB) setzt grundsätzlich voraus, dass im Zeitpunkt des Ver-

tragsschlusses die geschuldeten Leistungen bestimmt sind oder nach objektiven Maßstäben ermittelt werden können, also bestimmbar sind (vgl. zur Leistung des Architekten: BGH, Urteil vom 8. Februar 1996 - VII ZR 219/94 - BauR 1996, 412...).

Randnummer 25

Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses waren die Pflichten der Klägerin zur Grundlagenermittlung ... hinreichend bestimmt. Die Grundlagenermittlung beinhaltet u.a. die Klärung der Aufgabenstellung und die Beratung zum gesamten Leistungsbedarf. Dabei sollen die Probleme, die sich aus der Bauaufgabe, den Planungsanforderungen und den Zielvorstellungen ergeben, untersucht, analysiert und geklärt werden. Dazu gehören das Abfragen und Besprechen der Wünsche, Vorstellungen und Forderungen des Auftraggebers (BGH, Urteile vom 10. Juli 2014 - VII ZR 55/13 - BauR 2014, 1801, Rn. 10; BGH, Urteil vom 20. Juni 2013 - VII ZR 4/12 - BauR 2013, 1472). Zudem hat der Architekt die Kostenvorstellungen zu erfragen, um den wirtschaftlichen Rahmen des Vorhabens abzustecken (BGH, Urteil vom 21. März 2013 - VII ZR 230/11 - BGHZ 197, 93, Rn. 9).

...

Randnummer 27

b) aa) Die weiteren ... (Hinweis des Autors: die Leistungsphasen 2 ff. [vgl. II. 2. a] betreffenden) ... Pflichten der Klägerin waren im Zeitpunkt des Vertragsschlusses weder bestimmt noch objektiv bestimmbar.

Randnummer 28

Die Leistungsphase 2 betrifft die Vorplanung. Diese schließt nach § 15 Abs. 2 Nr. 2 HOAI (2002) die Analyse der Grundlagen ein. Darunter ist die Erfassung, Zergliederung und Eingliederung aller in Leistungsphase 1 erarbeiteten oder durch den Auftraggeber vorgegebenen Ergebnisse zu verstehen (...). Darauf aufbauend sind die Zielvorstellungen des Auftraggebers abzustimmen, ein Planungskonzept zu entwickeln, Vorverhandlungen über die Genehmigungsfähigkeit zu führen und eine Kostenschätzung zu erstellen. Sind bei Vertragsschluss die Aufgabenstellung

²⁷ vgl. zur stufenweisen Beauftragung das soeben unter II. 4. a) auszugsweise wiedergegebene Urteil des OLG Düsseldorf, dort Rn. 98

²⁸ BGH, Urteil vom 11. Juli 2019 - VII ZR 266/17 - BGHZ 223, 1, juris Rn. 23; BGH, Urteil vom 23. April 2015 - VII ZR 131/13 - BGHZ 205, 107, juris Rn. 24 ff.

und der Leistungsbedarf derart ungeklärt wie im Streitfall, ist die Leistungspflicht des Architekten im Rahmen der Leistungsphase 2 weder von den Vertragsparteien bestimmt noch objektiv bestimmbar.

Randnummer 29

In einem solchen Fall sind erst Recht die weiteren Leistungspflichten entsprechend den Leistungsphasen 3 bis 9 nach § 15 Abs. 2 HOAI (2002) im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht bestimmt oder objektiv bestimmbar, da diese auf der Vorplanung aufbauen.

Randnummer 30

bb) Die fehlende Bestimmtheit des Vertragsinhalts im Zeitpunkt des Vertragsschlusses führt aber nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages, wenn, was das Berufungsgericht nicht erwogen hat, die Vertragsparteien eine (stillschweigende) Vereinbarung getroffen haben, nach der der Mutter der Beklagten ein Leistungsbestimmungsrecht hinsichtlich des Inhalts der Leistungspflichten der Klägerin zustand (§§ 315, 316 BGB) (Hinweis des Autors: Diese Regelungen des BGB sind in den Grundzügen mit Art. 325 ZGB vergleichbar)..

Randnummer 31

Die Regelungen der §§ 315 ff. BGB ermöglichen es den Vertragsparteien, die Konkretisierung der geschuldeten Leistung vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu lösen, indem einer Vertragspartei (§§ 315, 316 BGB) oder einem Dritten ... aufgrund einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung vorbehalten bleibt, den Leistungsinhalt zu bestimmen (...)."

cc) Sonderfragen bei weitergehender Beauftragung:

(1) Erweist sich im Verlauf des Planungsprozesses, dass der zunächst ins Auge gefasste Planungserfolg objektiv unerreichbar ist, scheidet ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht aus, weil sich dieses nicht mehr in dem vertraglich vereinbarten Rahmen bewegen würde. Es hängt dann von den Umständen des Einzelfalles ab, ob die Vertragspartner nach Treu und Glauben verpflichtet sind, das Vertragsverhältnis so

anzupassen, dass objektiv realisierbare Planungserfolge geschuldet werden.²⁹ Ist das nicht der Fall, sind auf das Vertragsverhältnis die allgemeinen Grundsätze der Leistungsstörung bei einem Dauerschuldverhältnis anwendbar.

(2) Erweist sich nach dem Ergebnis der Grundlagenermittlung, dass der Auftraggeber seine Vorstellungen nicht verwirklichen kann, eröffnet § 650r BGB dem Auftraggeber im deutschen Recht inzwischen ein (ohne Begründung auszuübendes) Sonderkündigungsrecht. Da das georgische Recht (ebenso wie das deutsche Recht bis Jahresende 2017) ein solches Sonderkündigungsrecht nicht kennt, verbleibt dem Auftraggeber in Georgien lediglich das allgemeine Kündigungsrecht nach Art. 636 ZGB.³⁰

III. Haftung bei Planungsfehlern

1. Allgemeine Grundsätze

Der Architekt schuldet eine Planung, mit welcher die vereinbarten Planungserfolge herbeigeführt werden können (vgl. die Ausführungen unter II. 1.).

a) Vorstellungen des Auftraggebers:

Ein Architektenvertrag erfordert daher insbesondere in den Planungsphasen ein kooperatives Miteinander zwischen dem Architekten und dessen Auftraggeber.

Der Architekt hat mit seiner spezifischen Sachkunde den Auftraggeber zu beraten; und zwar grundsätzlich nicht nur in fachlich-technischer Hinsicht, sondern auch in Bezug auf etwaige wirtschaftliche Konsequenzen der vom Auftraggeber geäußerten Vorstellungen. Ist allerdings der Auftraggeber in diesem Sinne sachkundig beraten und aufgeklärt, kommt es dem Auftraggeber zu, das Ziel der Planung zu konkretisieren. Ist die Planung des Architekten geeignet, dieses Ziel in technisch und wirtschaftlich

²⁹ vgl. auch Schwenker/Rodemann in: Erman BGB, Kommentar, 17. Auflage 2023, § 650p BGB Rn. 4

³⁰ vgl. zum deutschen Recht (§ 648 BGB): Stelzner in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 650r BGB (Stand: 01.02.2023) Rn. 12

sachgerechter Weise zu verwirklichen, verhält er sich vertragskonform. Hieran ändert nichts, wenn ein vom hinreichend aufgeklärten Auftraggeber gewolltes Konzept technisch (etwa wegen hoher statischer Anforderungen) besonders aufwändig oder als eher teuer erscheint.

b) Bedeutung der anerkannten Regeln der Technik:

Im Regelfall, vor allem bei Standard-Bauvorhaben, kann davon ausgegangen werden, dass die anerkannten Regeln der Technik die Mindest-Anforderungen an die Planung bilden.³¹ Ein Architektenwerk ist deshalb grundsätzlich mangelhaft, wenn es nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht.³²

Eine technische Regel gilt dann als allgemein anerkannt, wenn sie unter den technischen Fachleuten eine allgemeine wissenschaftliche Anerkennung gefunden hat sowie in der Praxis erprobt und bewährt ist.³³

aa) Abweichen von den anerkannten Regeln der Technik:

Allerdings ist es den Vertragspartnern durch die Vertragsfreiheit eröffnet, eine von den Regeln der Technik abweichende Planungsleistung zu vereinbaren. Hierbei sind zwei Konstellationen zu unterscheiden:

(1) Aus der spezifischen Art des Bauvorhabens kann sich ergeben, dass eine vertragsgerechte Planung ein Abweichen von den allgemein anerkannten Regeln der Technik zwingend erfordert. Dies gilt insbesondere für gewerbliche Sonderbauten oder für Wohngebäude mit spezifischen Nutzeranforderungen, wie etwa für ein behindertengerechtes Woh-

nen.³⁴ Allerdings haben sich in der Praxis für derartige Sonderbauten häufig gesonderte Standards entwickelt, denen unter den genannten Voraussetzungen der Charakter einer anerkannten Regel der Technik zukommen kann.

(2) Der Architekt kann auch auf Grund von Vorgaben des Auftraggebers verpflichtet sein, von den anerkannten Regeln der Technik abzuweichen. Die geschuldete "Zielerreichung" wird nämlich innerhalb des rechtlich zulässigen Rahmens (dazu sogleich unter bb)) durch den Auftraggeber bestimmt.

Der Architekt muss aber in aller Deutlichkeit die Risiken aufzeigen, wenn ein Auftraggeber die sich aus den anerkannten Regeln der Technik ergebenden Mindest-Anforderungen unterschreiten will.³⁵

Kennt der Auftraggeber die Tragweite eines Abweichens von den technischen Standards nicht, entfällt deshalb eine Pflichtverletzung des Architekten nicht bereits dadurch, dass der Auftraggeber einer hinter den allgemein anerkannten Regeln der Technik zurückbleibenden Ausführung des Bauvorhabens zustimmt.³⁶

Von den Umständen des Einzelfalles hängt ab, ob der Architekt eine Planung schuldet, die ganz oder teilweise über dem qualitativen oder gestalterischen Level der anerkannten Regeln der Technik liegt; so etwa, wenn der Auftraggeber zu erkennen gibt, dass ihm an einem gediegenen oder gar luxuriösen Bauvorhaben gelegen ist.

bb) Genehmigungsplanung, Grenzen des Planungsspielraums:

Den äußeren Handlungsrahmen jedweder bautechnischen Konzeption bilden die **öffentlich-rechtlich rechtlichen Vorgaben.**³⁷ Gleiches gilt für die

³¹ im Einzelnen: BGH, Urteil vom 10. Juli 2014 - VII ZR 55/13 - NJW 2014, 3511, Rn. 17 f., auszugsweise wiedergegeben nachfolgend unter 2. c)

³² OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. Oktober 2020 - I-21 U 57/17 - juris Rn. 78; OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.02.2001 - 22 U 130/00 - juris Rn. 3; OLG Dresden, Urteil vom 09.06.2010 - 1 U 745/09 - juris Rn. 42

³³ OLG Rostock, Beschluss vom 23. September 2020 - 4 U 86/19 - BauR 2021, 1479, juris Rn. 4

³⁴ vgl. zu den Planungsanforderungen bei behindertengerechter Wohnung: OLG Hamm, Urteil vom 28. Januar 2021 - I-21 U 54/19 - NJW-RR 2021, 675, juris Rn. 37 ff.

³⁵ OLG Dresden, Urteil vom 9. Juni 2010 - 1 U 745/09 - juris Rn. 24

³⁶ vgl. BGH, Urteil vom 14.11.2017 - VII ZR 65/14 - NJW 2018, 391, juris Rn. 29; BGH, Urteil vom 7. März 2013 - VII ZR 134/12 - BauR 2013, 952, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 4. Juni 2009 - VII ZR 54/07 - BGHZ 181, 225, Rn. 14

³⁷ vgl. zur Genehmigungsfähigkeit: OLG Frankfurt, Urteil vom 15.

(in aller Regel bereits in den öffentlich-rechtlichen Vorgaben berücksichtigten) Belange der allgemeinen Verkehrssicherung, so etwa für die Gefahr sich lösender Bauteile.

Das heißt allerdings nicht, dass es einem Architekten von vornherein verwehrt wäre, die Grenzen für eine öffentlich-rechtliche Genehmigungsfähigkeit auszuloten. Vor allem bei Standard-Bauvorhaben ist zwar im Regelfall davon auszugehen, dass die Vertragspartner eine Planung erstreben, bei der ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit mit den öffentlich-rechtlichen Vorgaben nicht bestehen können. Dies entspricht im Regelfall schon deshalb dem mutmaßlichen Willen der Vertragspartner, weil alle im öffentlich-rechtlichen Genehmigungsverfahren aufkommenden Zweifel zu einer Verzögerung und zu einem zusätzlichen Abstimmungsbedarf, ggf. auch zu Planänderungen, führen. Hieran wird ein Auftraggeber aber zumindest bei Standard-Bauvorhaben im Regelfall kein Interesse haben.

Es kann aber, vor allem beim Sonderbau und bei gewerblichen Bauvorhaben, sehr wohl Situationen geben, bei denen der Auftraggeber nicht von vornherein den öffentlich-rechtlich sichersten Weg beschreiten will. Ist sich der Auftraggeber auf Grund entsprechender Hinweise des Architekten des Risikos eines solchen Vorgehens bewusst, ist der Architekt berechtigt, eine entsprechende risikobehaftete Planung zu erstellen. Er wird dann aber im Regelfall auch Vorkehrungen für den Fall treffen müssen, dass die vorgelegte Planung öffentlich-rechtlich nicht gebilligt wird.

Die Ausführungen zu den öffentlich-rechtlichen Schranken des Planungsspielraums gelten grundsätzlich auch für die nachbar- und eigentumsrechtlichen Bestimmungen. Da diese aber innerhalb der durch die Zivilrechtsordnung gezogenen Grenzen dispositiv sind, kann eine Planung, die in Rechte Dritter eingreift, dennoch vertragsgemäß sein. Voraussetzung hierfür ist, dass der insoweit im Regelfall sachkundigere Architekt den Auftraggeber über die rechtliche Problematik belehrt und sich bei dessen Billigung so

früh wie möglich bemüht, die zivilrechtliche Problematik zu beseitigen, etwa durch die Vereinbarung von Grunddienstbarkeiten.

Ein die Objektplanung und die Vergabe übernehmender Architekt hat darüber hinaus sicherzustellen, dass es zu keinen Verstößen gegen das Vergaberecht kommt.³⁸ Gleichmaßen hat der Architekt jene Vorgaben zu beachten, die zum Schutz von Arbeitnehmern bei Arbeitsräumen zu beachten sind, etwa zu Raumhöhen, Beleuchtungen oder Belüftungen.³⁹

cc) inhaltliche Anforderung an Ausführungspläne, Leistungsbeschreibungen usw.:

Ausführungspläne, Ausführungszeichnungen und Leistungsbeschreibungen hat der Auftraggeber den Bauunternehmen in jenem Umfang und in jener Detailgenauigkeit zu überlassen, die notwendig sind, um eine mangelfreie Werkleistung erbringen und einen reibungslosen Ablauf sicherstellen zu können.⁴⁰

Dies kann es bei technisch eher anspruchsvollen Werkleistungen auch deren genaue Beschreibung einschließen; insbesondere wenn das entsprechende Wissen bei den Bauunternehmen nicht ohne Weiteres vorausgesetzt werden kann.⁴¹

Soweit sich der Auftraggeber zur Erfüllung dieser Obliegenheit (dazu unten VII. 3. b) aa) und ff)) der Hilfe des Architekten bedient, hat der Architekt Ausführungsunterlagen zu erstellen, die diesen Anforderungen genügen. Das heißt, dass die berechtigten Erwartungen im Rechtsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und den Bauunternehmen auf den Inhalt der Leistungspflicht des Architekten ausstrahlen.

Der Architekt kann im Rahmen der Ausführungs-

³⁸ Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 16. Dezember 2022 - 7 U 40/22 - BauR 2023, 1285, juris Rn. 41 ff.

³⁹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. Oktober 2020 - I-21 U 57/17 - juris Rn. 80

⁴⁰ vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 1969 - VII ZR 8/68 - WM 1970, 354, juris Rn. 41 Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 8. Juli 2022 - 1 U 97/21 - NJW 2022, 2940, juris Rn. 31

⁴¹ KG Berlin, Urteil vom 1. Februar 2019 - 21 U 70/18 - BauR 2019, 1818, juris Rn. 26, für nicht brennbares Wärmedämmverbundsystems bei einer Brandwand

planung auch gehalten sein, durch detaillierte Vorgaben sicherzustellen, dass bei den Fachplanungen und bei der Bauausführung die Anforderungen des öffentlichen Baurechts beachtet werden. Der Architekt darf sich nicht ohne Weiteres darauf verlassen, dass etwa eingeschaltete Fachplaner oder die bauausführenden Unternehmen aus ihrer eigenen Verantwortung heraus die öffentlich-rechtlichen Vorgaben beachten.⁴²

dd) Koordinierungspflichten im Rahmen einer Gesamtplanung:

Insbesondere bei Großbauvorhaben kann es zu den Pflichten des Gesamtplaners zählen, die Fortentwicklung der einzelnen Planungsschritte aufeinander abzustimmen. Dies erfordert klare Zuständigkeiten sowie eine klare Ausgestaltung und Überwachung von Schnittstellen zwischen den unterschiedlichen Beteiligten, vor allem zwischen der Planung und der Ausführung, sowie exakte Terminvorgaben. Anders lassen sich zumindest Großprojekte nicht sachgerecht bewältigen.⁴³

c) Rechtsfolgen eines Planungsfehlers:

Da der Architekt als Erfolg seiner Planungsleistung nicht die Errichtung eines mangelfreien Bauvorhabens schuldet (dazu oben II. 1.), kann bei einer Verletzung seiner Leistungspflicht auch die ihn treffende werkvertragliche Gewährleistung nicht auf die Beseitigung der Mängel am Bauvorhaben gerichtet sein.⁴⁴ Der Umfang eines Nachbesserungsanspruchs kann nämlich seiner Art gemäß nicht über den Umfang des Hauptleistungsanspruchs hinausgehen. Das heißt in den Worten des Bundesgerichtshofs, dass „die Herstellung des geschuldeten Werks die Reichweite der Nacherfüllung“ bestimmt.⁴⁵

Gleiches gilt, soweit dem Auftraggeber ein Schadenersatzanspruch zusteht. Denn auch eine Naturalrestitution kann nicht auf die Herbeiführung eines Zustandes gerichtet sein, der auch ohne pflichtwidriges Verhalten nicht geschuldet gewesen wäre.

Scheidet aber hinsichtlich des durch den Planungsfehler ausgelösten Mangels am Bauvorhaben eine Nacherfüllung von vornherein aus, ist zwangsläufig auch **kein Raum für eine Aufforderung zur Nachbesserung.**⁴⁶ Vielmehr ist jedweder Gewährleistungs- und Schadenersatzanspruch auf **Zahlung in Geld** bzw. auf Freistellung von Zahlungsansprüchen Dritter gerichtet.⁴⁷ Aus diesem Grund weicht auch in unzulässiger Weise vom gesetzlichen Leitbild ab, wenn in einem Architektenvertrag als Allgemeine Geschäftsbedingung vorgesehen ist, dass der Auftraggeber die Beseitigung eines vom Architekten am Bauwerk verursachten Schadens auf Verlangen dem Architekten überlassen müsse.⁴⁸

Hat sich ein Mangel der Planung allerdings noch nicht im Bauwerk niedergeschlagen, ist dem Architekten vor der Geltendmachung anderer Gewährleistungsansprüche eine **Nacherfüllung seiner fehlerhaften Planungsleistung** zu ermöglichen.⁴⁹

Sind sowohl der Architekt als auch wegen eines Ausführungsfehlers das Bauunternehmen für den Mangel am Bauvorhaben verantwortlich, kann diese Beschränkung auf Zahlungs- oder Freistellungsansprüchen zu Konflikten mit den gegen das bauausführende Unternehmen gerichteten Ansprüchen führen,

⁴² OLG Düsseldorf, Urteil vom 1. Juli 2022 - I-22 U 67/21 - BauR 2023, 1012, juris Rn. 63

⁴³ BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 - VII ZR 42/05 - BGHZ 173, 314, juris Rn. 35

⁴⁴ BGH, Urteil vom 16. Februar 2017 - VII ZR 242/13 - NJW 2017, 1669, juris Rn. 23; BGH, Urteil vom 8. Juli 2010 - VII ZR 171/08 - NJW 2010, 3573, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 - VII ZR 65/06 - BauR 2007, 2083, juris Rn. 15

⁴⁵ BGH, Urteil vom 7. Februar 2019 - VII ZR 63/18 - BGHZ 224, 271, juris Rn. 32

⁴⁶ BGH, Urteil vom 28. Januar 2016 - VII ZR 266/14 - BGHZ 208, 372, juris Rn. 37, auszugsweise wiedergegeben unter III. 2. c) (2); BGH, Urteil vom 10. Juli 2014 - VII ZR 55/13 - NJW 2014, 3511, juris Rn. 18, auszugsweise wiedergegeben unter III. 2. c) (4); BGH, Urteil vom 8. Juli 2010 - VII ZR 171/08 - NJW 2010, 3573, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 - VII ZR 65/06 - BauR 2007, 2083, juris Rn. 15

⁴⁷ BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17 - BGHZ 218, 1, juris Rn. 59, nachfolgend unter 2. c) (1)) teilweise wiedergegeben

⁴⁸ BGH, Urteil vom 16. Februar 2017 - VII ZR 242/13 - NJW 2017, 1669, juris Rn. 18 ff.

⁴⁹ BGH, Urteil vom 29. September 1988 - VII ZR 182/87 - BauR 1989, 97, juris Rn. 35; OLG Frankfurt, Urteil vom 11. Mai 2020 -29 U 56/19 - juris Rn. 114

weil diese vorrangig auf Nacherfüllung gerichtet sind. Hierauf wird unter VII. 2. c) näher eingegangen.

Ist das Bauvorhaben in seinem vom Planungsfehler betroffenen Bereich bereits verwirklicht, stellt sich die Frage, inwieweit der Auftraggeber an einer Nachbesserung der fehlerhaften Planung ein rechtsschutzwürdiges Interesse hat. Der Bundesgerichtshof hat das in einer älteren Entscheidung verneint.⁵⁰ Allerdings dürfte der Auftraggeber ein berechtigtes Interesse zumindest dann haben, wenn er nach einer erfolgten Beseitigung des Mangels des Bauvorhabens eine Dokumentation des durch die Nachbesserung entstandenen Zustandes benötigt; es etwa, wenn es um den Verlauf von Elektro-, Heizungs- und Wasserleitungen und von Abflussrohren geht.

2. Schadensersatzanspruch, Verschulden, Schadensermittlung:

Verletzt der Architekt eine seiner Hauptleistungspflichten schuldhaft, ist er nach den allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen schadenersatzpflichtig. Soweit in den nachfolgend behandelten gerichtlichen Entscheidungen die Haftung aus § 635 BGB (a.F.) hergeleitet wird, ist diese Anspruchsgrundlage durch eine Gesetzesänderung überholt. Inhaltliche Veränderungen sind damit aber nicht verbunden.

Der Schwerpunkt der nachfolgenden Ausführungen liegt nicht bei der (meist eher unproblematischen) Anspruchsgrundlage, sondern bei Fragen des Verschuldens und bei Fragen der Schadensberechnung. In diesen Bereichen stimmen das georgische Recht (Schadenersatzanspruch aus Art. 394 ZGB, Aufwendungsersatzanspruch aus Art. 643 ZGB) und das deutsche Recht im Ergebnis weitgehend überein, so dass die nachfolgenden Ausführungen auch eine Grundlage für die Fortentwicklung des georgischen Rechts der Architektenhaftung bilden können. Die allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätze werden im Folgenden als bekannt vorausgesetzt, so dass

⁵⁰ vgl. BGH, Beschluss vom 1. Februar 1965 - GSZ 1/64 - BGHZ 43, 227 - juris Rn. 16, wonach eine Nachbesserung der Pläne dann "zu nichts führen" würde, weil durch die bloße Änderung eines fehlerhaften Planes der Mangel am Bauvorhaben nicht behoben werde

weitgehend nur auf jene schadensrechtliche Aspekte eingegangen wird, die für das Recht der Architektenhaftung typisch sind.

a) Verschulden:

Ein Architekt handelt schuldhaft, wenn er nicht über jene Fachkenntnisse verfügt, die für die Durchführung der von ihm übernommenen Aufgaben erforderlich sind.⁵¹ Sind für die Planung des Bauvorhabens spezifische Fachkenntnisse notwendig, ist nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln, ob dem mit der Gesamtplanung betrauten Architekten auch diese Fachplanungen übertragen sind oder ob der Auftraggeber die Fachplaner im eigenen Namen zu beauftragen hat.⁵²

Ist dem Gesamtplaner auch die Fachplanung übertragen und erweist sich (von vornherein oder im nachhinein), dass ihm die erforderlichen Fachkenntnisse (möglicherweise) fehlen, gibt es für ihn zwei Handlungsoptionen. Entweder beauftragt er im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einen Fachplaner; dieser ist dann sein Erfüllungsgehilfe, so dass er für dessen Versäumnisse eintrittspflichtig ist (§ 278 BGB; Art. 396 ZGB). Oder er informiert seinen Auftraggeber hiervon und wirkt darauf hin, dass dieser im eigenen Namen und auf eigene Rechnung die notwendigen Fachplaner hinzuzieht.⁵³

Letzteres entbindet ihn jedoch nicht von der eigenen Verantwortlichkeit. Er haftet dann weiterhin dafür, dass er den Fachplaner sorgfältig auswählt und sachgerecht unterrichtet sowie dessen Planungen nach dem Maß der von ihm als Architekten zu erwartenden Kenntnisse überprüft (vgl. Ausführungen unter VII. 1. b)).⁵⁴

⁵¹ BGH, Urteil vom 10. Juli 2003 - VII ZR 329/02 - BauR 2003, 1918, juris Rn. 26; OLG Köln, Urteil vom 30. Oktober 2015 - 19 U 53/13 - juris Rn. 111

⁵² BGH, Urteil vom 19. Dezember 1996 - VII ZR 233/95 - BauR 1997, 488, juris Rn. 17

⁵³ BGH, Urteil vom 14. Februar 2001 - VII ZR 176/99 - BGHZ 147, 1, juris Rn. 18; OLG Köln, Urteil vom 30. Oktober 2015 - 19 U 53/13 - juris Rn. 111

⁵⁴ BGH, Urteil vom 14. Februar 2001 - VII ZR 176/99 - BGHZ 147, 1, juris Rn. 18; Urteil vom 19. Dezember 1996 - VII ZR 233/95 - NJW 1997, 217, juris Rn. 18; OLG Köln, Urteil vom 30. Oktober

b) Sowieso-Kosten, verlängerte Nutzungsdauer:

Ein spezifisches Problem bei Planungsfehlern eines Architekten (ebenso bei Fehlern im Rahmen der Leistungsvergabe; dazu unten IV. 4.) bilden die sog. **Sowieso-Kosten**. **Hierbei handelt es sich um jene zur Schadensbeseitigung erforderlichen Kosten, die bei einer ordnungsgemäßen Planung ebenfalls angefallen wären.** Nach ständiger Rechtsprechung muss sich der Auftraggeber diese Kosten nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung anspruchsmindernd anrechnen lassen.⁵⁵

Hat beispielsweise ein Architekt fälschlich an Stelle einer Brandschutztüre eine gewöhnliche Stahltüre geplant, handelt es sich bei den Aufwendungen für den Ausbau der Stahltüre und für den Einbau der Brandschutztüre um einen grundsätzlich erstattungsfähigen Schaden. Der geschädigte Auftraggeber muss sich aber diejenigen Mehrkosten anrechnen lassen, die auf dem Einbau einer teureren Türe und ggf. auf deren (wegen des größeren Gewichts einer Brandschutztüre) stärkeren Verankerung im Mauerwerk beruhen. Diese zusätzliche Kosten hätte er nämlich auch dann aufwenden müssen, wenn er von vornherein richtig geplant, also von Anfang an eine Brandschutztüre vorgesehen hätte.

Die Ermittlung dieser Sowieso-Kosten kann allerdings mit erheblichen faktischen Schwierigkeiten verbunden sein, insbesondere wenn Pauschalpreise vereinbart wurden oder wenn die einzelnen Rechnungsposten aus anderen Gründen nicht eindeutig der vom Fehler betroffenen Leistung zugeordnet werden können. In solchen Sachlagen wird eine gewisse Schadensschätzung, unter Berücksichtigung der den Schädiger bei einer Vorteilsausgleichung treffenden Darlegungs- und Beweislast, erforderlich.

Entsteht durch eine Mangelbeseitigung eine deutlich **verlängerte Nutzungsdauer**, ist (aber eher ausnahmsweise) eine Anrechnung dieses Nutzungsvor-

teiles zu erwägen, wenn der Mangel sich verhältnismäßig spät auswirkt und der Auftraggeber bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen musste.⁵⁶ Solches kann beispielsweise in Betracht kommen, wenn sich Straßenbelagsarbeiten als mangelhaft erweisen, der betroffene Straßenabschnitt aber über einen Zeitraum von fast vier Jahren zweckentsprechend und ohne erkennbare Einschränkungen genutzt werden konnte und sich durch die Erneuerung des Straßenbelags dessen Nutzungsdauer verlängert.⁵⁷

Auf die Haftungsfragen bei mehreren Beteiligten wird unter VII. eingegangen.

c) Beispiele für die Schadensermittlung aus der Rechtsprechung:

(1) BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17 - BGHZ 218, 1 (Zitate leicht verändert, Hervorhebungen vom Autor):

Schwerpunkt: allgemeine schadensrechtliche Grundsätze, Folgeschäden, Schadensermittlung bei unterbliebener Mangelbeseitigung

Aus den Gründen:

"Randnummer 58

b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schuldet der Architekt dem Besteller gemäß § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 BGB Schadensersatz wegen der von ihm zu vertretenden Planungs- oder Überwachungsfehler, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben. Bei dem gegen den Architekten gerichteten Schadensersatzanspruch wegen Mängeln des Bauwerks, die auf seine Planungs- oder Überwachungsfehler zurückzuführen sind, handelt es sich der Sache nach um einen Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB, denn die Mängel des Bauwerks können nicht durch Nacherfüllung der Architektenleistung noch beseitigt werden. Mit dem Schadensersatzanspruch neben der Leistung gemäß § 280

2015 - 19 U 53/13 - juris Rn. 111

⁵⁵ BGH, Urteil vom 27. September 2018 - VII ZR 45/17 - NJW 2019, 421, juris Rn. 81; BGH, Urteil vom 18. Januar 1990 - VII ZR 171/88 - BauR 1990, 360, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 - VII ZR 169/82 - BGHZ 91, 20, juris Rn. 31

⁵⁶ BGH, Urteil vom 27. September 2018 - VII ZR 45/17 - NJW 2019, 421, juris Rn. 86; BGH, Urteil vom 13. September 2001 - VII ZR 392/00 - BauR 2002, 86, juris Rn. 22

⁵⁷ BGH, Urteil vom 27. September 2018 - VII ZR 45/17 - NJW 2019, 421, juris Rn. 85 f.

Abs. 1 BGB kann Schadensersatz für Schäden beansprucht werden, die an anderen Rechtsgütern des Bestellers oder an dessen Vermögen eintreten (vgl. BGH, Urteil vom 16. Februar 2017 - VII ZR 242/13, BauR 2017, 1061 Rn. 23...).

Randnummer 59

Dieser Schadensersatzanspruch ist auf Zahlung eines Geldbetrags gerichtet. Hat der Architekt die von ihm geschuldeten Planungs- oder Überwachungsleistungen mangelhaft erbracht und hat der Besteller deswegen das bei einem Dritten in Auftrag gegebene Bauwerk nicht so erhalten wie als Ziel der vom Architekten geschuldeten Mitwirkung vereinbart, ist das hierdurch geschützte Interesse des Auftraggebers an einer entsprechenden Entstehung des Bauwerks verletzt. **Der Schaden des Bestellers besteht darin, dass er im Ergebnis ein Bauwerk erhält, das hinter dem im Architektenvertrag als Ziel vereinbarten Bauwerk zurückbleibt.** Für den sich daraus ergebenden Vermögensnachteil hat der Architekt Schadensersatz in Geld zu leisten. Nach § 249 Abs. 1 BGB muss der Architekt den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn er nicht mangelhaft geleistet hätte. **Hätte der Architekt die von ihm geschuldeten Architektenleistungen mangelfrei erbracht, wäre es dem Auftraggeber möglich gewesen, das Bauwerk wie gewünscht, insbesondere ohne Mängel, durch den Bauunternehmer entstehen zu lassen. Der Architekt hat dem Besteller als Schadensersatz daher die Mittel zur Verfügung zu stellen, die dieser zur Kompensation des verletzten Interesses benötigt** (vgl. BGH, Urteil vom 16. Februar 2017 - VII ZR 242/13, aaO Rn. 24....).

Randnummer 60

c) Auch im Verhältnis zum Architekten scheidet hinsichtlich der von ihm zu vertretenden Planungs- oder Überwachungsfehler, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, ein Zahlungsanspruch in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten betreffend das Bauwerk aus.

Randnummer 61

aa) Eine solche Bemessung lässt sich ... mit der bisherigen Rechtsprechung des Senats, wonach ein

Mangel selbst ein Vermögensschaden in Höhe der notwendigen Mängelbeseitigungskosten sei, ohnehin nicht begründen. Denn es geht im Verhältnis zum Architekten nicht um die Bemessung eines Mangelschadens, weil der Architekt nicht die Errichtung des Bauwerks selbst schuldet (vgl. BGH, Beschluss vom 1. Februar 1965 - GSZ 1/64, BGHZ 43, 227, juris Rn. 10). Mängel des Architektenwerks sind nur die Defizite in Planung oder Überwachung.

Randnummer 62

bb) Für die Frage, wie der durch die im Bauwerk verwirklichten Planungs- oder Überwachungsfehler (Mängel des Architektenwerks) verursachte Schaden vermögensmäßig zu bemessen ist, können die obigen Erwägungen betreffend das Verhältnis des Bestellers zum Bauunternehmer entsprechend herangezogen werden. Danach ist die Schadensbemessung auch im Verhältnis zum Architekten daran auszurichten, welche Dispositionen der Besteller zur Schadensbeseitigung trifft, und sie hat einen vollen Ausgleich bei Vermeidung einer Überkompensation zu erreichen.

Randnummer 63

cc) Nach diesen Maßstäben gilt hinsichtlich dieser Schäden Folgendes:

Randnummer 64

(1) Lässt der Besteller den Mangel des Bauwerks nicht beseitigen, kann er seinen Schaden im Wege einer Vermögensbilanz nach dem Minderwert des Bauwerks im Vergleich zu dem hypothetischen Wert des Bauwerks bei mangelfreier Architektenleistung bemessen oder gegebenenfalls - bei Veräußerung des Objekts - nach dem konkreten Mindererlös (...).

Randnummer 65

Hat der durch die mangelhafte Architektenleistung verursachte Mangel des Bauwerks - wie hier - zur Folge, dass eine Störung des Äquivalenzverhältnisses des Bauvertrags vorliegt, kann der Besteller stattdessen seinen Schaden auch in der Weise bemessen, dass er ausgehend von der mit dem Bauunternehmer vereinbarten Vergütung den mangelbedingten Minderwert des Werks des Bauunterneh-

mers ermittelt (...). Denselben Vermögensschaden hat der Architekt, vermittelt durch den Mangel des Werks des Bauunternehmers, durch seine mangelhafte Architektenleistung verursacht und deshalb zu ersetzen.

Randnummer 66

(2) Lässt der Besteller den Mangel des Bauwerks beseitigen, sind die von ihm aufgewandten Kosten als Schaden gemäß § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 BGB zu ersetzen. Denn ihm ist in Höhe der Aufwendungen ein Vermögensschaden entstanden, den er ohne die mangelhafte Architektenleistung nicht gehabt hätte. Vor Begleichung der Kosten kann der Besteller zudem Befreiung von den eingegangenen Verbindlichkeiten verlangen.

Randnummer 67

Hierin erschöpft sich der Vermögensschaden des Bestellers jedoch nicht. **Er muss nunmehr auch Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung der Arbeiten am Bauwerk tragen, die ohne die mangelhafte Architektenleistung nicht entstanden wären.** Nach § 634 Nr. 2, § 637 BGB werden dem Besteller im Verhältnis zu dem mangelhaft leistenden Bauunternehmer die Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung durch die Gewährung eines Vorschussanspruchs abgenommen. Diese für das Werkvertragsrecht getroffene Wertung des Gesetzgebers ist auch für Planungs- oder Überwachungsfehler des Architekten, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, zu berücksichtigen. Ein umfassender Ausgleich des verletzten Interesses des Bestellers im Rahmen des Schadensersatzanspruchs gemäß § 634 Nr. 4, § 280 BGB wegen Planungs- oder Überwachungsfehlern, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, erfordert danach auch die Überwälzung der Vorfinanzierung auf den Architekten in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags an den Besteller.

Randnummer 68

(3) Architekt und Bauunternehmer haben insoweit gegenüber dem Besteller gemeinsam für die Mängel des Bauwerks und den hierdurch entstandenen Scha-

den (wegen §§ 254, 278 BGB gegebenenfalls in unterschiedlicher Höhe - Hinweis des Autors: dazu sogleich kurze Erläuterung) einzustehen, wenn jeder von ihnen seine Pflichten mangelhaft erfüllt hat (vgl. BGH, Beschluss vom 1. Februar 1965 - GSZ 1/64, BGHZ 43, 227, juris Rn. 12).

Hierzu sei ergänzend angemerkt, dass der Bundesgerichtshof diese Ausführungen zur Schadensermittlung bei einer unterbliebenen Mangelbeseitigung in späteren Entscheidungen bekräftigt hat.⁵⁸ Die unter Randnummer 68 der Entscheidung angetippte Thematik, ob der Architekt hinsichtlich der Planungsleistungen im Rechtsverhältnis mit dem bauausführenden Unternehmen Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers (im Regelfall: Bauherrn) ist und sich dieser daher den Planungsfehler des Architekten als Mitverschulden seines Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen muss (vgl. im georgischen Recht Art. 396, 415 ZGB), wird unter VII. 3. b) näher behandelt.

(2) BGH, Urteil vom 28. Januar 2016 - VII ZR 266/14 - BGHZ 208, 372 (Zitate leicht verändert, Hervorhebungen vom Autor):

Leitsätze:

1. Der Schaden des Architekten wegen eines sich im Bauwerk seines Auftraggebers bereits verkörperten Planungsmangels des vom Architekten beauftragten Fachplaners liegt darin, dass dem Auftraggeber gegen den Architekten aufgrund des Planungsmangels Schadensersatzansprüche zustehen. Von diesen Ansprüchen hat ihn der Fachplaner im Wege des Schadensersatzes freizustellen. (Rn. 26)

2. ...

3. Das Recht des Architekten, den Honoraranspruch des von ihm beauftragten Fachplaners wegen Mängeln der von diesem erbrachten Planungsleistung zu mindern, wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass er sein Honorar von seinem Auftraggeber vollständig

⁵⁸ BGH, Urteil vom 24. September 2020 - VII ZR 91/18 - NJW-RR 2020, 1471, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 21. November 2019 - VII ZR 278/17 - NJW-RR 2020, 404, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 8. November 2018 - VII ZR 100/16 - NJW-RR 2019, 211, juris Rn. 15 f.

erhalten hat.(Rn. 36)

Sachverhalt (stark verkürzt und vereinfacht)

Die J. KG als Bauherrin beauftragte den beklagten Architekten mit der Erbringung von Planungsleistungen für ein Betriebsgebäude. Der Beklagte beauftragte seinerseits die Klägerin als Fachplanerin mit Planungsleistungen für die Gewerke Heizung/Lüftung/Sanitär (im Folgenden: HLS) sowie Elektrotechnik.

Bei der Planung der Heizungsanlage legte die Klägerin einen unzutreffenden k-Wert (Wärmedämmwert) zugrunde. Die Heizleistung der Heizungsanlage ist deshalb nicht ausreichend. Eine Nachbesserung würde Kosten in Höhe von ca. 70.000 € verursachen. Eine solche Nachbesserung der Heizungsanlage ist aber weder erfolgt noch wurde der Beklagte von der J. KG insoweit in Anspruch genommen. Zwischenzeitlich sind die Forderungen der J. KG gegen den Beklagten auch verjährt. Die Honorarforderung des Beklagten hat die J. KG in vollem Umfang beglichen.

Die Klägerin macht im Rechtsstreit ihren Honoraranspruch geltend. Der Beklagte hält sich wegen der Planungsmängel zu einer Minderung des Honoraranspruchs in Höhe von 50 % berechtigt. Im Übrigen rechnet er mit Schadensersatzansprüchen aufgrund der Mangelhaftigkeit der Planungsleistung der Klägerin auf.

Aus den Gründen:

"Randnummer 25

bb) Die vom Beklagten in der Klageerwidernung ... erklärte Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch wegen mangelhafter Planungsleistungen der Klägerin hat die Klageforderung nicht zum Erlöschen gebracht. Der vom Beklagten zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzanspruch ist mit dem geltend gemachten Honoraranspruch nicht gleichartig im Sinne von § 387 BGB (Hinweis des Autors: Im deutschen Recht ist durch diese Bestimmung ausdrücklich vorgegeben, dass eine Aufrechnung die Gleichartigkeit der Ansprüche erfordert).

...

Randnummer 26

(1) Dem Beklagten steht wegen der von der Klägerin mangelhaft erbrachten Planungsleistungen im Bereich HLS kein auf Zahlung gerichteter Schadensersatzanspruch wegen der Mängel an der Heizungsanlage, sondern lediglich ein Freistellungsanspruch zu. **Eine Aufrechnung mit einem Freistellungsanspruch gegen den von der Klägerin geltend gemachten Zahlungsanspruch kommt nicht in Betracht, weil es an der gemäß § 387 BGB erforderlichen Gleichartigkeit der Forderungen fehlt (...).** Der Schaden des Beklagten liegt darin, dass er infolge der mangelhaften Leistung der Klägerin mit Verbindlichkeiten belastet wird, weil seiner Auftraggeberin aufgrund des Planungsmangels, der sich im Bauwerk bereits verkörpert hat, Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten zustehen. Von diesen Ansprüchen hat ihn die Klägerin im Wege des Schadensersatzes freizustellen. Die bisherige Rechtsprechung des Senats zur Leistungskette im Verhältnis zwischen Werkunternehmern (vgl. ...; BGH, Urteil vom 28. Juni 2007 - VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83; ...; BGH, Urteil vom 20. Dezember 2012 - VII ZR 209/11, BauR 2013, 624...) ist ... auf den Ersatz von durch Mängel der Planung bedingte Folgeschäden nicht anwendbar. **(Hinweis des Autors: Nach dieser Rechtsprechung, die auch unter Rn. 35 angesprochen wird, kann in einer werkvertraglichen Leistungskette ein Nachunternehmer, der von seinem Auftraggeber wegen Mängeln am Werk nicht mehr in Anspruch genommen wird, nach dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung gehindert sein, seinerseits Ansprüche wegen dieser [dann auf beiden Leistungsebenen identischen] Mängel gegen seinen Auftragnehmer geltend zu machen).**

...

Randnummer 28

2. Der Revision des Beklagten verhilft auch eine etwaige Umdeutung seiner Aufrechnungserklärung in eine **Einrede eines Zurückbehaltungsrechts** nach §§ 273, 274 BGB wegen eines Anspruchs auf Freistellung von Schadensersatzansprüchen seiner Auftraggeberin nicht zum Erfolg. Denn dieser Anspruch des Beklagten ist entfallen, weil solche Ansprüche seiner Auftragnehmer

berin im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht verjährt waren. (Hinweis des Autors: Es folgen Ausführungen dazu, unter welchen Voraussetzungen auch wegen einer verjäherten Forderung ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden kann; vgl. dazu auch BGH, Urteil vom 12. März 1984 - II ZR 82/83, VersR 1984, 580, juris Rn. 23; BGH, Urteil vom 28. Juni 2007 - VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83, Rn. 23, wonach vom Schuldner im Regelfall verlangt werden, dass er sich gegenüber seinem Gläubiger auf die Einrede der Verjährung beruft).

...

Randnummer 34

3. Dagegen kann mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung eine Minderung des klägerischen Honoraranspruchs nicht verneint werden, soweit diese die von der Klägerin für Planungsleistungen im Bereich HLS geltend gemachte Honorarforderung betrifft. Der Beklagte hat sich gegenüber dem Honoraranspruch der Klägerin ... auf eine Minderung von 50 % berufen. Das Berufungsgericht geht rechtsfehlerhaft davon aus, dass der Geltendmachung der Minderung der Rechtsgedanke des Vorteilsausgleichs entgegenstehe.

Randnummer 35

a) Die Rechtsprechung des Senates zur Leistungskette (...; Hinweis des Autors: siehe dazu die Erläuterungen unter Rn. 26 am Ende) beruht auf der normativen, von Treu und Glauben geprägten schadensrechtlichen Wertung, dass dem Hauptunternehmer, jedenfalls dann, wenn er wegen des Mangels nicht mehr in Anspruch genommen werden kann, ungerichtfertigte, ihn bereichernde Vorteile zufließen, wenn er gleichwohl als Schadensersatz die Mängelbeseitigungskosten vom Nachunternehmer fordern (...) oder dessen Vergütung in Höhe der Mängelbeseitigungskosten mindern kann (...). Darauf kommt es im Fall der Minderung wegen des Minderwerts der Fachplanung nicht an, weil dieser zum Folgeschaden am Bauwerk keinerlei Bezug hat.

Randnummer 36

b) Auch der Umstand, dass der Beklagte von seiner Auftraggeberin wegen seiner Planungsleistungen in voller Höhe bezahlt worden ist, führt nicht dazu, ihm sein Recht auf Minderung gegenüber der Klägerin zu versagen. Das Recht des Beklagten, den Honoraranspruch der Klägerin wegen Mängeln der Planungsleistung zu mindern, wird durch das Verhalten der Auftraggeberin des Beklagten nicht berührt, weil insoweit zwei selbständige Schuldverhältnisse in Rede stehen, die grundsätzlich unabhängig voneinander zu beurteilen sind.

Randnummer 37

c) Auch die übrigen Voraussetzungen der Minderung gemäß § 634 Nr. 3, §§ 636, 638 BGB liegen vor, insbesondere ist - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung entbehrlich. Eine solche ist nicht Voraussetzung für die Minderung wegen eines Mangels der Architektenleistung, wenn der Auftraggeber das Interesse an der Leistung deshalb verloren hat, weil die Leistung ihren vertraglich vorgesehenen Zweck nicht mehr erfüllen kann (BGH, Urteil vom 11. November 2004 - VII ZR 128/03, BauR 2005, 400, juris Rn. 53 ... Nachdem die fehlerhafte Planung der Klägerin sich bereits im Bauwerk konkretisiert hat, kann eine Nachbesserung nicht mehr zu dem geschuldeten Erfolg führen. Der Beklagte musste sich daher nicht darauf verweisen lassen, dass er eine Neuplanung mit zutreffendem k-Wert gegebenenfalls zur Beseitigung der Mängel an der Heizungsanlage der Bauherrin verwenden kann."

(3) BGH, Urteil vom 14. Januar 2016 - VII ZR 271/14 - NJW 2016, 1089 (Zitate leicht verändert, Hervorhebungen vom Autor):

Schwerpunkt: Fragen der Drittschadensliquidation, wenn die durch einen Planungsfehler entstandenen Mängelbeseitigungskosten von einem Dritten getragen werden.⁵⁹

⁵⁹ dazu aus georgischer Sicht: Rusiashvili, in: Kommentar zum georgischen Zivilgesetzbuch, Band III, L. Chanturia (Hrsg), Art. 408 Rn. 25 ff.; Rusiashvili/Egnatashvili, Fallbuch zum gesetzlichen Schuldverhältnissen, Tbilisi 2016, S. 199 f.; Rusiashvili, Fallbuch zum Schuldrecht AT, Tbilisi 2020, S. 44 ff.)

Sachverhalt in Stichworten:

Die Klägerin hat den beklagten Architekten mit der Planung einer Industriehalle betraut. In Folge eines Planungsfehlers hat der Hallenfußboden Mängel aufgewiesen. Die Beseitigung dieser Mängel hat der Pächter der Industriehalle in Auftrag gegeben. Er hat nach den pachtvertraglichen Vereinbarungen diese Kosten für die Mangelbeseitigung zu tragen, kann sie also nicht von der Klägerin ersetzt verlangen. Die Klägerin nimmt jetzt den Architekten auf Ersatz der Kosten für die Mangelbeseitigung in Anspruch.

Orientierungssatz:

1. Hat der im Rahmen der Erweiterung einer Industriehalle beauftragte Architekt schuldhaft durch sein fehlerhaftes Architektenwerk die Mangelhaftigkeit des Hallenfußbodens verursacht, so dass dieser komplett saniert werden muss, sind die Sanierungskosten aber von dem Hallenpächter (der auch die Sanierungsarbeiten in Auftrag gegeben hat) im Rahmen der ihm obliegenden (Instandhaltungs- und Instandsetzungs-)Pflichten aus dem Pachtvertrag vollständig getragen worden, ist dem Grundstückseigentümer (Auftraggeber) kein eigener Schaden entstanden. Bei dieser Sachlage würden dem Grundstückseigentümer ungerechtfertigte Vorteile zufließen, wenn er Ersatz eines eigenen Schadens in Form der Sanierungskosten erhalten könnte.

2. An dieser normativen von Treu und Glauben geprägten schadensrechtlichen Wertung ändert im Streitfall die Erwägung nichts, dass dem Ersatzpflichtigen solche Vorteile grundsätzlich nicht zugute kommen sollen, die sich der Ersatzberechtigte durch Abschluss eines - den Ersatzpflichtigen nichts angehenden - Vertrags mit einem Dritten erarbeitet hat. Im Streitfall geht es nicht um eine nachträgliche Beseitigung oder -verminderung eines bereits eingetretenen Schadens aufgrund eines derartigen vom Ersatzberechtigten geschlossenen Vertrags. Vielmehr hat sich bei dem Grundstückseigentümer unter Berücksichtigung der bereits zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses bestehenden Vereinbarung im Pachtvertrag hinsichtlich der Sanierungskosten von vornherein keine Vermögenseinbuße verwirklicht.

3. Ein Schadensersatzanspruch hinsichtlich der Sanierungskosten kommt aber nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation in Betracht. Der Schaden ist bei dem Pächter eingetreten, der selbst keinen eigenen vertraglichen oder gesetzlichen Anspruch auf Ersatz der entstandenen Sanierungskosten hat. Dabei handelt es sich um eine bloße - zufällige - Verlagerung des Schadens. Eine die Zulässigkeit der Drittschadensliquidation hindernde Schadenshäufung kann im Streitfall nicht mit der Erwägung angenommen werden, dass bei dem Grundstückseigentümer ein Schaden in Form der von dem Architekten schuldhaft verursachten Mängel des Architektenwerks eingetreten sei.

4. Bei einer Drittschadensliquidation, bei der der nach dem Vertrag Ersatzberechtigte Leistung an sich verlangt, ist es dessen Sache, die grundsätzlich den Schädiger nichts angeht, die Ersatzleistung an den geschädigten Dritten weiterzuleiten. Nur wenn feststeht, dass der geschädigte Dritte tatsächlich nichts davon erhalten würde, ist es gerechtfertigt, den Anspruch zu versagen. Das Vorliegen eines solchen Ausnahmefalls ist vom Schädiger zu beweisen.

Aus den Gründen (nur einige rechtliche Grundzüge; Zitate leicht verändert, Hervorhebungen vom Verfasser):

"Randnummer 22

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein Schadensersatzanspruch des Bestellers aufgrund einer normativen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) geprägten schadensrechtlichen Wertung zu verneinen sein, wenn dem Besteller durch dessen Erfüllung ungerechtfertigte, ihn bereichernde Vorteile zufließen würden (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 1. August 2013 - VII ZR 75/11, BGHZ 198, 150 Rn. 22...).

Randnummer 23

b) Aufgrund einer entsprechenden normativen von Treu und Glauben geprägten schadensrechtlichen Wertung ist im Streitfall ein eigener Schaden der Klägerin, soweit es um die entstandenen Kosten der Sanierung des Hallenfußbodens geht, zu verneinen, weil

sich bei der Klägerin unter Berücksichtigung der Vereinbarung im Pachtvertrag ...hinsichtlich dieser Kosten von vornherein keine Vermögenseinbuße verwirklicht hat.

...

Randnummer 25

An der vorstehenden normativen von Treu und Glauben geprägten schadensrechtlichen Wertung ändert im Streitfall die Erwägung nichts, dass dem Ersatzpflichtigen solche Vorteile grundsätzlich nicht zugute kommen sollen, die sich der Ersatzberechtigte durch Abschluss eines - den Ersatzpflichtigen nichts angehenden - Vertrags mit einem Dritten erarbeitet hat (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 1967 - VIII ZR 150/65, BGHZ 49, 56, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 25. April 1996 - VII ZR 157/94, BauR 1996, 735, juris Rn. 18; BGH, Beschluss vom 1. Juni 2010 - VI ZR 346/08, NJW-RR 2010, 1683 Rn. 17). Im Streitfall geht es nicht um eine nachträgliche Beseitigung oder -verminderung eines bereits eingetretenen Schadens aufgrund eines derartigen vom Ersatzberechtigten geschlossenen Vertrags. Vielmehr hat sich bei der Klägerin unter Berücksichtigung der bereits zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses bestehenden Vereinbarung im Pachtvertrag ... hinsichtlich der Sanierungskosten von vornherein keine Vermögenseinbuße verwirklicht.

Randnummer 26

5. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann indes ein Schadensersatzanspruch der Klägerin hinsichtlich der entstandenen Sanierungskosten nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation nicht verneint werden.

Randnummer 27

a) Aufgrund einer Vertragspflichtverletzung kann der Vertragspartner den daraus entstehenden Schaden grundsätzlich nur insoweit geltend machen, als er bei ihm selbst eingetreten ist (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 1997 - IX ZR 41/97, NJW 1998, 1864, juris Rn. 6). In besonders gelagerten Fällen lässt die Rechtsprechung allerdings eine Drittscha-

densliquidation zu, bei der der Vertragspartner den Schaden geltend machen kann, der bei dem Dritten eingetreten ist, der selbst keinen Anspruch gegen den Schädiger hat. Für die Zulassung einer Drittschadensliquidation ist der Gesichtspunkt maßgebend, dass der Schädiger keinen Vorteil daraus ziehen soll, wenn ein Schaden, der eigentlich bei dem Vertragspartner eintreten müsste, zufällig aufgrund eines zu dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisses auf diesen verlagert ist (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1983 - V ZR 300/81, WM 1983, 416, juris Rn. 17). Die Anwendung der Grundsätze der Drittschadensliquidation scheidet aus, wenn die Drittschadensliquidation zu einer dem allgemeinen Vertragsrecht widersprechenden Schadenshäufung führen würde (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juni 1985 - VII ZR 23/84, BGHZ 95, 128, juris Rn. 29; ...).

Randnummer 28

b) Nach diesen Maßstäben kommt im Streitfall ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte hinsichtlich der entstandenen Sanierungskosten nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation in Betracht. ...

...

Randnummer 31

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

Randnummer 32

Bei einer Drittschadensliquidation, bei der der nach dem Vertrag Ersatzberechtigte Leistung an sich verlangt, ist es dessen Sache, die grundsätzlich den Schädiger nichts angeht, die Ersatzleistung an den geschädigten Dritten weiterzuleiten (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 1997 - IX ZR 41/97, NJW 1998, 1864, juris Rn. 7). Nur wenn feststeht, dass der geschädigte Dritte tatsächlich nichts davon erhalten würde, ist es gerechtfertigt, den Anspruch zu versagen. Das Vorliegen eines solchen Ausnahmefalls ist vom Schädiger zu beweisen (...).

(4) BGH, Urteil vom 10. Juli 2014 - VII ZR 55/13 - NJW 2014, 3511 (Zitate leicht verändert, Hervorhe-

bungen vom Autor):

Schwerpunkt: Beratungspflichten des Architekten bei der Grundlagenermittlung; Schadensermittlung, wenn in Folge einer fehlerhaften Beratung das Bauvorhaben anders ausgeführt wird, als vom Auftraggeber an sich gewollt; vertragliche Vereinbarung der Beschaffenheit; Bedeutung der anerkannten Regeln der Technik; Schadensermittlung, wenn objektiv vorhandener Mangel erst nach einer aus anderen Gründen erfolgten Mangelbeseitigung erkannt wird.

Sachverhalt (stark verkürzt und insoweit etwas verändert, als zur vereinfachten Darstellung streitiger Sachverhalt als unstrittig dargestellt wird):

Der Beklagte beauftragte den klagenden Architekten in einer schriftlichen Vertragsurkunde mit der Planung eines Wohnhauses, das im Stil eines "Toskanahauses" zweigeschossig ausgeführt werden sollte. Nachdem das Wohnhaus bis zum Dachstuhl errichtet war, ließ der Beklagte den Rohbau wieder vollständig abreißen. Anlass hierfür war, dass seine ursprünglichen Vorstellungen auf eine eingeschossige Bauweise gerichtet waren. Auf die vereinbarte zweigeschossige Bauweise hatte er sich nur eingelassen, weil ihm der Kläger mitgeteilt hatte, dass eine eingeschossige Bauweise nicht genehmigungsfähig sei. Diese Auskunft des Klägers war aber unzutreffend; auch eine eingeschossige Bauweise wäre genehmigungsfähig gewesen. Erst durch den Abriss des Gebäudes erkannte der Beklagte, dass die Bodenplatte vom bauausführenden Unternehmen in Stahlfaserbeton ausgeführt war. Diese Betonqualität entsprach nicht den anerkannten Regeln der Technik. Mit der Klage begehrt der Kläger sein Honorar. Der Beklagte macht widerklagend die durch die Errichtung und die durch den Abbruch des Rohbaus entstandenen Kosten geltend. Deren Ersatz schulde der Kläger sowohl wegen der zweigeschossigen Planung als auch wegen der fehlerhaften Ausführung der Bodenplatte. Diesen Mangel der Bauleistung hätte der Kläger im Rahmen der Objektüberwachung (Bauaufsicht) erkennen müssen.

Aus den Gründen:

"Randnummer 9

1. Rechtsfehlerhaft hält das Berufungsgericht das Vorbringen des Beklagten für unerheblich, der Kläger habe ihn darüber getäuscht, dass eine eingeschossige Bauweise in dem Baugebiet nicht zu verwirklichen gewesen sei und er sich nur aus diesem Grund mit der vom Kläger vorgeschlagenen zweigeschossigen Bauweise einverstanden erklärt habe. Trifft dieses Vorbringen zu, wovon im Revisionsverfahren zugunsten des Beklagten auszugehen ist, steht dem Beklagten dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch wegen der im Zusammenhang mit der Planung, Errichtung und dem Abriss des Gebäudes aufgewendeten Kosten gemäß § 634 Nr. 4, §§ 636, 280, 281 BGB zu. Zu einem solchen Schadensersatzanspruch kann auch eine fehlerhafte Grundlagenermittlung führen (BGH, Urteil vom 20. Juni 2013 - VII ZR 4/12, BauR 2013, 1472 Rn. 16 ...).

Randnummer 10

*a) Die vom Kläger erbrachte Planungsleistung war mangelhaft. Nach den getroffenen Feststellungen war der Kläger unter anderem mit der Grundlagenermittlung beauftragt. Die Grundlagenermittlung schließt eine Beratung zum gesamten Leistungsbedarf ein (vgl. § 15 Abs. 2 Nr. 1 HOAI). Dabei sollen die Probleme, die sich aus der Bauaufgabe, den Planungsanforderungen und den Zielvorstellungen des Bestellers ergeben, untersucht, analysiert und geklärt werden. Dazu gehört das Abfragen und Besprechen der Wünsche, Vorstellungen und Forderungen des Bestellers (BGH, Urteil vom 20. Juni 2013 - VII ZR 4/12, aaO Rn. 16; ... **Der Architekt hat den Besteller dabei über die Genehmigungsfähigkeit des in Aussicht genommenen Bauvorhabens vollständig und richtig zu informieren.** Verletzt der Architekt diese Pflicht und erklärt sich der Besteller aus diesem Grund damit einverstanden, dass der Architekt ein anderes Gebäude als das ursprünglich gewollte plant, ist der Architekt dem Besteller zum Schadensersatz gemäß § 634 Nr. 4, §§ 636, 280, 281 BGB verpflichtet. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann ein Schadensersatzanspruch des Bestellers nicht mit Hinweis darauf abgelehnt werden, dass das geplante Gebäude dem im Vertrag vereinbarten entspricht und insoweit eine Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit nicht vorliegt. **Stimmt der Besteller der Planung eines Ge-***

bäudes mit einer bestimmten Bauweise nur deswegen zu, weil er aufgrund einer falschen Auskunft des Architekten davon ausgeht, das von ihm ursprünglich gewollte Haus sei nicht genehmigungsfähig, ist die Planungsleistung des Architekten mangelhaft. Der Schaden besteht in diesem Fall darin, dass der Besteller Aufwendungen für ein Gebäude tätigt, das er ohne die mangelhafte Grundlagenermittlung des Architekten und die darauf beruhende Planung nicht hätte errichten lassen. Der Besteller kann als Schadensersatz vom Architekten diejenigen Kosten erstattet verlangen, die ursächlich auf die mangelhafte Planungsleistung zurückzuführen sind. Hierzu gehören neben dem an den Architekten gezahlten Honorar und den aufgewendeten Baukosten auch die Kosten, die der Besteller zur Beseitigung des von ihm ursprünglich nicht gewollten Gebäudes aufwendet. Ein noch nicht erfüllter Honoraranspruch des Architekten entfällt.

Randnummer 11

b) Nach dem für das Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Vorbringen des Beklagten hat dieser ein zweigeschossiges "Toskanahaus" nur deswegen errichten lassen, weil der Kläger ihn auf Nachfrage unzutreffend dahin informiert hatte, dass ein eingeschossiges Haus in dem Baugebiet nicht genehmigungsfähig sei. Dem Beklagten steht daher dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4, §§ 636, 280, 281 BGB in Höhe der Kosten zu, die er im Zusammenhang mit dem Abschluss und der Ausführung des Bauvertrags sowie dem Abriss des Gebäudes aufgewendet hat. Der Kläger kann von dem Beklagten ferner kein Honorar für die von ihm bis zur Kündigung erbrachten Leistungen beanspruchen, weil diese infolge der mangelhaften Planungsleistung für den Beklagten ohne Wert gewesen sind. Einer Fristsetzung zur Beseitigung des Mangels der Architektenleistung bedurfte es nicht, weil sich der Mangel bereits in der Bauausführung verwirklicht hatte (vgl. BGH, Urteil vom 8. Juli 2010 - VII ZR 171/08, BauR 2010, 1778, Rn. 11 ...; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 - VII ZR 65/06, BauR 2007, 2083...).

...

Randnummer 17 (Hinweis des Autors: Die nachfolgenden Ausführungen betreffen nicht mehr die Frage eines Planungsfehlers, sondern der vertragsgerechten Ausführung des Bauvorhabens und der entsprechenden Pflichten des Architekten bei der Objektüberwachung)

... Soweit das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Sachverständigen F. davon ausgehen will, dass eine mit den allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht im Einklang stehende Ausführung der Bodenplatte mit Stahlfaserbeton nicht stets einen Mangel darstellt, sondern eine solche Bauausführung im Einzelfall als ordnungsgemäß angesehen werden kann, ist dem nicht zu folgen. **Ein Werk ist mangelhaft, wenn es nicht die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Es ist anzunehmen, dass die Beachtung der allgemein anerkannten Regeln der Technik, sofern nicht ein anderer Standard vereinbart worden ist, als Mindeststandard geschuldet ist. Entspricht die Werkleistung dem nicht, liegt ein Werkmangel vor** (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2013 - VII ZR 134/12, BauR 2013, 952, Rn. 9; BGH, Urteil vom 21. April 2011 - VII ZR 130/10, NZBau 2011, 415, Rn. 11; BGH, Urteil vom 14. Mai 1998 - VII ZR 184/97, BGHZ 139, 16 ...). Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, dass hinsichtlich der Ausführung des Bauwerks **ein gegenüber dem üblichen Standard geringerer Qualitätsstandard vereinbart** worden ist. Danach ist die Annahme des Berufungsgerichts nicht haltbar, eine nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechende Ausführung der Sohlplatte stelle keinen Mangel des Gebäudes dar.

Randnummer 18

... Da sich der in einer fehlerhaften Überwachung der Ausführung der Bodenplatte liegende Mangel der Architektenleistung nach Errichtung des Rohbaus bereits im Bauwerk verkörpert hat und ohne Beseitigung des Bauwerks nicht behoben werden kann, steht dem Besteller wegen dieses Mangels gegen den Architekten ein Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4, §§ 636, 280, 281 BGB zu, ohne dass es einer Fristsetzung wegen des Mangels bedarf. Dieser Anspruch ist auf Ersatz der für die Errichtung des Gebäudes und für

dessen Abriss aufgewendeten Kosten gerichtet. Die für die Errichtung des Gebäudes angefallenen Kosten sind, wenn das Gebäude zur Beseitigung eines Mangels abgebrochen werden muss, als nutzlose Aufwendungen erstattungsfähig. Der Beklagte kann zudem die Leistung des Architekten insgesamt als für ihn unbrauchbar zurückweisen und braucht hierfür keine Vergütung zu entrichten (...).

...

Randnummer 20

*Ist danach anzunehmen, dass der Kläger in Bezug auf eine mangelhafte Ausführung der Sohlplatte des Gebäudes seine Pflicht zur Bauüberwachung verletzt hat, kann der Schadensersatzanspruch des Beklagten nicht mit der Begründung abgelehnt werden, es fehle an der Ursächlichkeit der Mangelhaftigkeit der Sohlplatte für die vom Beklagten aufgewendeten Kosten, weil der Beklagte diesen Mangel erst nach Abriss des Gebäudes festgestellt habe. **Die Kausalität zwischen einem Überwachungsfehler des Architekten, der zu einem Mangel des Bauwerks geführt hat, und dem Schaden, der dem Besteller in Gestalt der zur Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen entsteht, ist nach objektiven Kriterien zu beurteilen. Sind die vom Besteller ergriffenen Maßnahmen zur Beseitigung des Mangels objektiv erforderlich, kommt es nicht darauf an, ob der Besteller den Mangel vor der Ausführung der Mängelbeseitigung erkannt hat.***

IV. Haftung wegen Fehlern bei der Leistungsvergabe

Hat es der Architekt übernommen, für den Auftraggeber an der Leistungsvergabe mitzuwirken (dazu Leistungsphasen 6 und 7; oben II. 2. a) ff) und gg)), hängt der Umfang der Leistungspflichten des Architekten von der konkreten Vertragsgestaltung ab.

1. Allgemeine Grundsätze

Sind die dem Architekten im Rahmen der Leistungsvergabe obliegenden Pflichten nicht ausdrücklich festgelegt, richten sie sich im Regelfall nach dem Rechtsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und den bauausführenden Unternehmen. Dies gilt insbeson-

dere dann, wenn der Architekt diese Pflichten kennt oder aus den Gesamtumständen erkennen kann.⁶⁰ Maßgebend für den Inhalt und den Umfang einer Leistungsbeschreibung ist der mit ihr verfolgte Zweck:

Mit einer Ausschreibung soll das Vergabeverfahren u.a. transparent gemacht werden, um ein günstiges Kosten-Nutzen herbeizuführen. Diesen Zweck erfüllt die Ausschreibung aber nur, wenn sie für die Bieter eine **ausreichende Kalkulationsgrundlage schaffen** kann.⁶¹ Bei der Leistungsvergabe ist daher die Leistung so eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Unternehmen die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, wiedergegeben sogleich unter 2.).

Anders als einem öffentlichen Auftraggeber bleibt es einem **privaten Auftraggeber** grundsätzlich unbenommen, auf jedwede Form von Ausschreibung und von transparentem **Vergabeverfahren zu verzichten**. Die Vertragsfreiheit ermöglicht ihm auch, das Bauunternehmen um die (ggf. konkludente) Erstellung eines **Angebots nach eigenen Planungen** und sogar um die Durchführung des Bauvorhabens nach gewissen eigenen Vorstellungen zu ersuchen. Dies kann einschließen, dass dem Bauunternehmen (soweit die für eine Bestimmtheit des Vertragsgegenstands zu stellenden Grundanforderungen gewahrt sind) in gewissem Umfang konkludent ein Leistungsbestimmungsrecht gewährt wird.⁶² Sofern sich ein privater Auftraggeber allerdings entschließt, die Auftragsvergabe über eine Ausschreibung durchzuführen, sind neben der Fehlerfreiheit der Planungsunterlagen zumindest die in § 7 Abs. 1 der VOB/A niedergelegten Kriterien, also eine eindeutige und vollständige Leistungsbeschreibung,

⁶⁰ in Deutschland ist das insbesondere hinsichtlich der einen öffentlichen Auftraggeber bindenden Vorgaben der VOB/A (dazu sogleich unter 2.) von Belang; vgl. BGH, Urteil vom 28. Februar 2002 - VII ZR 376/00 - NJW 2002, 1954, juris Rn. 18; BGH, Urteil vom 27. Juli 2006 - VII ZR 202/04 - BGHZ 168, 368, juris Rn. 42, für die technischen Bedingungen in VOB/C

⁶¹ BGH, Urteil vom 21. März 2013 - VII ZR 122/11 - NJW 2013, 1957, juris Rn. 16, auszugsweise sogleich wiedergegeben unter 3. (1)

⁶² dazu oben II. 3. b) bb) bei Planungsauftrag an Architekten

ein generelles Leitbild für die Art und Weise einer ordnungsgemäßen Ausschreibung.

Eine Zwischenform stellen die sog. **funktionalen Ausschreibungen** bzw. funktionalen Auftragsvergaben dar. Bei diesen gibt der Auftraggeber als Ziel die Erstellung eines seiner Planung, meist der Genehmigungsplanung, entsprechenden Werks vor. Er überlässt es aber dem Bieter bzw. dem Bauunternehmen zumindest im Wesentlichen, in welcher Weise dieses Ziel verwirklicht wird. Bei einer derartigen funktionalen Ausschreibung schuldet der Auftraggeber im Regelfall keine oder eine allenfalls rudimentäre Leistungsbeschreibung und keine Ausführungsplanung. Es liegt dann im Aufgabenbereich des Bauunternehmens, auf der Grundlage der Vorgaben des Auftraggebers die für eine funktionierende und zweckentsprechende Bauausführung notwendigen Einzelheiten selbst zu ermitteln.⁶³

Mit einer funktionalen Ausschreibung bzw. eine funktionale Auftragsvergabe ist daher auch verbunden, dass sich das **Risiko der Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung auf das Bauunternehmen verlagert**.⁶⁴ Erst recht gilt dies, wenn der Auftraggeber auf jede Form der Leistungsbeschreibung verzichtet und dem Bauunternehmen überlässt, eigenverantwortlich dafür Sorge zu tragen, dass er den geschuldeten Leistungserfolg sachgerecht herbeiführt; d.h. in technisch einwandfreier und möglichst kostengünstiger Weise.

2. Grundzüge der VOB/A

Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen⁶⁵ hat eine Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen herausgegeben.

In deren Teil A (VOB/A)⁶⁶ sind Regelungen zu den Leistungsbeschreibungen und zu den Vergabeunterlagen enthalten sind. Diese Regelungen der VOB/A sind über eine Verweisungskette für öffentliche Auftraggeber bindend. Sie lauten auszugsweise (stark gekürzt, Hervorhebungen vom Autor):

§ 7 Leistungsbeschreibung

(1) 1. Die Leistung ist **eindeutig und so erschöpfend** zu beschreiben, dass alle Unternehmen die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können.

2. Um eine **einwandfreie Preisermittlung** zu ermöglichen, sind alle sie beeinflussenden Umstände festzustellen und in den Vergabeunterlagen anzugeben.

3. Dem Auftragnehmer darf **kein ungewöhnliches Wagnis** aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann.

...

6. Die für die Ausführung der Leistung wesentlichen Verhältnisse der Baustelle, z. B. Boden- und Wasserverhältnisse, sind so zu beschreiben, dass das Unternehmen ihre Auswirkungen auf die bauliche Anlage und die Bauausführung hinreichend beurteilen kann.

...

(3) Bei der Beschreibung der Leistung sind die verkehrsüblichen Bezeichnungen zu beachten.

§ 7a

Technische Spezifikationen

(1) Die technischen Anforderungen ... an den Auftragsgegenstand müssen allen Unternehmen gleich-

⁶³ vgl. BGH, Urteil vom 13. März 2008 - VII ZR 194/06 - BGHZ 176, 23, juris Rn. 18, auszugsweise sogleich wiedergegeben unter 3. (2)

⁶⁴ BGH, Urteil vom 23. Januar 1997 - VII ZR 65/96 - BauR 1997, 464, juris Rn. 16

⁶⁵ Bei dem Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen handelt es sich um einen Verein, der u.a. die Grundsätze für die Vergabe und Abwicklung von öffentlichen Bauaufträgen entwickelt. Vereinsmitglieder sind Vertreter der öffentlichen Auftraggeber sowie der Spitzenorganisationen der Wirtschaft und der Technik

⁶⁶ https://www.verwaltungsvorschriften-im-inter-net.de/bsvwbund_31012019_BWI781063060120180001604634.htm

ermaßen zugänglich sein.

(2) Die technischen Spezifikationen sind in den Vergabeunterlagen zu formulieren: (Hinweis des Autors: Es folgt eine Auflistung nationaler und europäischer Normen und technischer Bewertungen)

...

2. oder in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen, die so genau zu fassen sind, dass sie den Unternehmen **ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln** und dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags ermöglichen;

3. oder in Kombination der Nummern 1 und 2, das heißt

...(Hinweis der Autors: Es folgen umfangreiche weitere Kriterienkataloge)

§ 8 Vergabeunterlagen

(1) Die Vergabeunterlagen bestehen aus

1. dem Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe ..., gegebenenfalls Teilnahmebedingungen... und

2. den Vertragsunterlagen (...).

... (Hinweis des Autors: Wird in der Folge weitergehend konkretisiert)".

Diese Pflicht zur eindeutigen und vollständigen Beschreibung bezieht sich aber nur auf den **Leistungsgegenstand** als solchen. Er erstreckt sich grundsätzlich nicht auf die Art der zu verwendenden **Baumaterialien**. Deren sachgerechte Auswahl liegt im Regelfall im ausschließlichen Verantwortungsbereich des Bauunternehmens, das hierfür auch über die erforderliche Sachkunde zu verfügen hat. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen unter VII. 3. b) aa) Bezug genommen.

3. Beispiele aus Rechtsprechung

Die konkreten Anforderungen sollen exemplarisch durch einige Beispiele verdeutlicht werden:

(1) BGH, Urteil vom 21. März 2013 - VII ZR 122/11

- NJW 2013, 1957 (Zitate leicht verändert, Hervorhebungen vom Autor):

Schwerpunkt: Hinweis auf Bodenkontamination bei Ausschreibung

"Randnummer 16

a) Ein Bieter darf die Leistungsbeschreibung einer öffentlichen Ausschreibung nach der VOB/A im Zweifelsfall so verstehen, dass der Auftraggeber den Anforderungen der VOB/A an die Ausschreibung entsprechen will (vgl. BGH, Urteil vom 22. Dezember 2011 - VII ZR 67/11, BGHZ 192, 172 Rn. 15; ... **Danach sind die für die Ausführung der Leistung wesentlichen Verhältnisse der Baustelle, wie z.B. Bodenverhältnisse, so zu beschreiben, dass der Bewerber ihre Auswirkungen auf die bauliche Anlage und die Bauausführung hinreichend beurteilen kann.** (Hinweis des Autors: Es folgen Hinweise auf technische Standard) ...Sowohl nach ... als auch nach ... ist in der Leistungsbeschreibung eine Schadstoffbelastung nach den Erfordernissen des Einzelfalls anzugeben (vgl. BGH, Urteil vom 22. Dezember 2011 - VII ZR 67/11, BGHZ 192, 172 Rn. 22). Die ausdrückliche Angabe einer Bodenkontamination ist allerdings nicht in jedem Fall zwingend; sie kann unterbleiben, wenn sich aus den gesamten Vertragsumständen klar ergibt, dass eine derartige Kontamination vorliegt (vgl. BGH, Urteil vom 22. Dezember 2011 - VII ZR 67/11, BGHZ 192, 172 Rn. 22). Denn in solchen Fällen ist den in § 9 VOB/A a.F. zum Schutz des Bieters enthaltenen Ausschreibungsgrundsätzen Genüge getan, weil dieser auch ohne Angaben in der Ausschreibung **eine ausreichende Kalkulationsgrundlage hat.**"

(2) BGH, Urteil vom 13. März 2008 - VII ZR 194/06 - BGHZ 176, 23 (Zitate leicht verändert)

Leitsatz

1. Fordert der Auftraggeber ein funktionales Angebot des Auftragnehmers zur Erstellung einer technischen Anlage für ein Bauwerk unter Vorlage der von ihm bis zu diesem Zeitpunkt erstellten Bauwerksplanung, so wird diese grundsätzlich Gegenstand des Angebots...

2. Soweit nach Vertragsschluss vom Auftraggeber angeordnete Änderungen der Bauwerksplanung Änderungen der technischen Leistungen zur Folge haben, ist das als Änderung des Bauentwurfs anzusehen ... und kann zu einem geänderten Vergütungsanspruch des Auftragnehmers führen

3. Die Parteien können vereinbaren, dass der Auftragnehmer auch solche Mehrleistungen ohne Anspruch auf Mehrvergütung zu erbringen hat, die dadurch entstehen, dass der Auftraggeber nach Vertragsschluss die dem Vertrag zugrunde liegende Planung ändert. Wegen der damit übernommenen Risiken sind an die Annahme einer solchen Vereinbarung strenge Anforderungen zu stellen

4. Mit der bei einer Ausschreibung technischer Leistungen üblichen Formulierung "nach Erfordernis" wird regelmäßig zum Ausdruck gebracht, dass es Sache des Auftragnehmers ist, auf der Grundlage der dem Vertrag zugrunde liegenden Planung die für eine funktionierende und zweckentsprechende Technik notwendigen Einzelheiten zu ermitteln. Damit wird der funktionale Charakter der Ausschreibung zum Ausdruck gebracht

5. Es besteht keine Auslegungsregel, dass ein Vertrag mit einer unklaren Leistungsbeschreibung allein deshalb zu Lasten des Auftragnehmers auszulegen ist, weil dieser die Unklarheiten vor der Abgabe seines Angebots nicht aufgeklärt hat (im Anschluss an BGH, Urteil vom 25. Juni 1987, VII ZR 107/86, BauR 1987, 683, ...; BGH Urteil vom 25. Februar 1988, VII ZR 310/86, BauR 1988, 338, ...).

6. Zur Bestimmung der Anforderungen an eine Lüftungsanlage, wenn sich aus der zugrunde liegenden Planung weder die vereinbarte Beschaffenheit der zu belüftenden Räumlichkeiten noch die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung ergibt ...

Sachverhalt (stark verkürzt):

Die Beklagte hat die Klägerin unter Vorlage eines Grundrisses über die Raumaufteilung um die Angabe eines Angebots für den Einbau einer Lüftungsanlage wie folgt gebeten:

"...Planung, Lieferung und Einbau einer mechanischen Lüftungsanlage je nach Erfordernis für Bistro und Bistro-Küche. ...". Die Klägerin hat hierauf ein Angebot abgegeben und ihre Leistung wie folgt beschrieben: "Bistro- und Bürobereich komplett, incl. Hygieneausstattung".

Der zu diesem Zeitpunkt vorliegende Grundriss des Objekts wies ein Bistro, eine Bistroküche und ein Bistolager aus. Ein Küchenausstattungsplan, in dem die zum Einsatz kommenden Geräte enthalten sind, lag noch nicht vor. Der Beklagte legte in der Folge einen geänderten Grundriss und gleichzeitig eine Küchenplanung vor. Danach waren im vergrößerten Bistro verschiedene Küchengeräte vorgesehen. Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Klägerin schulde die für die letzte Planung erforderliche Lüftungsanlage zu den im Angebot enthaltenen Preisen.

Zu der Entscheidung vorab:

Eine derartige **funktionale Auftragsvergabe**, die mehr das Ziel, aber nicht den Weg beschreibt, ist nicht von vornherein fehlerhaft. Allerdings muss der Architekt vor einer solchen funktionalen Auftragsvergabe sicherstellen, dass diese dem Willen des Auftraggebers entspricht und sich dieser der Risiken einer solchen Auftragsvergabe bewusst ist. Letztlich muss ein privater Auftraggeber also abwägen, ob er die (nicht selten erheblichen) Kosten für eine vollständige Leistungsschreibung sparen und stattdessen die Risiken einer unvollständigen Auftragsvergabe in Kauf nehmen will.

Diese Risiken liegen nicht nur darin, dass ohne eine vollständige Leistungsbeschreibung die Gefahr einer Fehlleistung des (mit der inzident übertragenen Planung dann ev. fachlich überforderten) Bauunternehmens ansteigt. Vielmehr führt eine rein funktionale Auftragsvergabe zumindest tendenziell auch dazu, dass über den Vertragsgegenstand Unklarheiten und spätere Streitigkeiten entstehen können. Diese beschränken sich auch nicht auf die im o.a. Leitsatz angesprochenen Fragen, sondern betreffen oft auch die Frage, was überhaupt Gegenstand der geschuldeten Leistung ist. Anschaulich kann dies an Hand einiger Passagen aus dem o.a. Urteil aufgezeigt werden:

"Randnummer 32

... Welche Leistungen durch die Leistungsbeschreibung erfasst sind, ist durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung der Parteien zu ermitteln... Dabei sind das gesamte Vertragswerk und dessen Begleitumstände zugrunde zu legen (BGH, Urteil vom 27. Juli 2006 - VII ZR 202/04, BGHZ 168, 368; BGH, Urteil vom 22. April 1993 - VII ZR 118/92, BauR 1993, 595 ...). Neben dem Wortlaut der Ausschreibung sind die Umstände des Einzelfalles, unter anderem die konkreten Verhältnisse des Bauwerks zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 28. Februar 2002 - VII ZR 376/00, BauR 2002, 935, ...; BGH, Urteil vom 18. April 2002 - VII ZR 38/01, BauR 2002, 1394, ...).

...

Randnummer 44

*Soweit es um die Ausstattung der Küche mit Küchengeräten geht, lässt sich eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht feststellen. Ebenso wenig lässt sich ein nach dem Vertrag vorausgesetzter Verwendungszweck feststellen, der über die Verwendung als Bistro-Küche hinausgeht. Der Vertrag enthält keine Anhaltspunkte dafür, in welcher Weise die Küche genutzt werden sollte. Es kommt deshalb darauf an, wie eine Bistro-Küche gewöhnlich genutzt wird. Hinsichtlich der Beschaffenheit der Geräte kommt es darauf an, **welche Beschaffenheit** der Küchengeräte **üblich ist und die Beklagte** nach Art der Küche **erwarten durfte**. Der gewöhnliche Gebrauch ist nach allgemeiner, gewerblicher Verkehrssitte unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu ermitteln, wobei es auf die örtlichen Gegebenheiten ankommen kann (BGH, Urteil vom 5. Juli 2001 - VII ZR 399/99, BauR 2001, 1731...)."*

(3) OLG Köln, Urteil vom 28. November 2019 - I-7 U 166/18 - juris (Zitate leicht verändert; Hervorhebungen vom Autor):

Hinweis des Autors: Ausgangspunkt der nachfolgenden Ausführungen ist, dass das Oberlandesgericht einen Fehler des bauausführenden Unternehmens bejaht, weil dieses bei der Ausführung von Straßenbauarbeiten für eine Busspur nicht berücksichtigt hat,

dass der Busverkehr wegen der engen Spurführung bei zugleich starker Belastung höchste Anforderungen an die Verformungsresistenz des Fahrbahnuntergrundes stellt. Zu der Verantwortlichkeit der Auftraggeberin (im Urteil Klägerin) bzw. des von ihr mit der Planung und Vergabe betrauten Architekten führt das Oberlandesgericht sodann aus:

"Randnummer 40

*Allerdings hat das Landgericht rechtsfehlerhaft unberücksichtigt gelassen, dass der Sachverständige zugleich einen Planungsfehler bzw. Ausschreibungsfehler der Klägerin festgestellt hat. Die Klägerin hat nach den Feststellungen des Sachverständigen ... gegen ihre Verpflichtung zur eindeutigen und klaren Leistungsbeschreibung ... verstoßen und **den Untergrund nicht**, wie erforderlich, **hinreichend untersucht**. Hierbei handelt es sich zugleich (aufgrund des Unterlassens der gebotenen Untersuchungen) um einen Planungsfehler.*

Randnummer 41

Mängel der Planung und der sonstigen Ausführungsunterlagen können jedoch ein Mitverschulden des Auftraggebers gemäß § 254 BGB begründen, wobei sich der Auftraggeber die Fehler seiner Architekten und Sonderfachleute als die seiner Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen muss (vgl. BGH, Urteil vom 11.10.1990, VII ZR 228/89 - NJW-RR 1991, 276; Pastor in Werner/Pastor, Der Bauprozess, 16. Aufl. 2018, Rn. 2043). Maßstab für die Abwägungen der jeweiligen Beiträge von Auftragnehmer und Auftraggeber zu den entstandenen Schäden ist der Gedanke des Vertrauensschutzes. Grundsätzlich trägt dabei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes der Auftragnehmer die höhere Verantwortung, weil er mit der gebotenen Prüfung die Mängel hätte verhindern können und damit die eigentliche Ursache für die weiteren Schäden setzt (vergleiche BGH, aaO; ...). Eine höhere Verantwortlichkeit des Auftraggebers kann jedoch dann geboten sein, wenn die Ausschreibung von einem Fachingenieurbüro erstellt wurde und der Auftragnehmer nicht über entsprechende weitgehende Fachkenntnisse für das in Betracht kommende Werk verfügt (...)."

Die letztgenannten Ausführungen wird ergänzend angemerkt, dass unter VII. 4. a) näher auf die Frage eingegangen wird, ob und wann dem Auftraggeber ein Verschulden des von ihm mit der Vergabe beauftragten Architekten als ein solches seines Erfüllungsgehilfen anrechnen lassen muss. Unter VII. 2. und 4. b) wird zudem näher behandelt, ob bei solchen Sachlagen hinsichtlich der gegen den Architekten und gegen das Bauunternehmen gerichteten Ansprüche eine Gesamtschuldnerschaft besteht und welche Gesichtspunkte beim Ausgleich zwischen den Gesamtschuldnern zu berücksichtigen sind.

4. Rechtsfolgen einer fehlerhaften Vergabe

Ob sich der Werklohnanspruch des Architekten mindert, wenn er die Vergabe entgegen seiner vertraglichen Verpflichtung unvollständig ausführt, richtet sich nach den unter II. 3. dargelegten Grundsätzen. Ist dem Architekten die Durchführung der Vergabe übertragen, ist im Zweifel davon auszugehen, dass die dafür notwendigen Schritte rechtlich selbstständig geschuldete Leistungsteile sind. Bei einer unvollständigen Leistungserbringung ist sein Werklohnanspruch daher im Regelfall zu mindern; und zwar unabhängig davon, ob das Leistungsdefizit zu irgendwelchen nachteiligen Konsequenzen geführt hat oder nicht.

Entsteht in Folge einer unvollständigen Leistungsbeschreibung im Rechtsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Bauunternehmen ein Anspruch auf Mehrvergütung,⁶⁷ stellt sich häufig die Frage, ob es sich bei diesen Mehrkosten ganz oder teilweise um sog. Sowieso-Kosten handelt. Hierzu wird auf die Ausführungen unter III. 2. b) Bezug genommen.

Wegen der sonstigen schadensrechtlichen Fragen wird auf die Ausführungen unter II. 2. verwiesen. Die mit der Haftung mehrerer Beteiligter verbundenen Themen (Mitverschulden, Architekt als Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers, Gesamtschuld) werden in Abschnitt VII. behandelt.

⁶⁷ was sich nach den vertraglichen Regelungen zwischen dem Auftraggeber und dem Bauunternehmen richtet; vgl. Leitsätze 2 und 3 des Urteils des BGH vom 13. März 2008 - VII ZR 194/06 - BGHZ 176, 23, unter 1. b) auszugsweise wiedergegeben

V. Haftung für Fehler bei der Objektüberwachung (Bauüberwachung)

1. Pflichtenstellungen

Ist dem Architekten die Objektüberwachung (Bauüberwachung/Bauaufsicht) übertragen, treffen ihn die bereits dargelegten Pflichten im Bereich Koordination und Bauüberwachung im engeren Sinne (Kontrolle der Arbeiten der Bauunternehmen). Hierzu wird zunächst auf die Ausführungen unter II. 2. a) hh) Bezug genommen. Über diese beiden zentralen Aufgabenbereiche hinaus ergibt sich aus der Objektüberwachung zudem eine **Sachwalterstellung** des Architekten, also die Pflicht im Zusammenhang mit der Objektüberwachung stehende wirtschaftliche Belange des Auftraggebers wahrzunehmen.

2. Bauüberwachungsfehler

Haftungsfragen stellen sich im Rahmen der Objektüberwachung zum einen bei Störungen im zeitlichen und inhaltlichen Zusammenwirken der einzelnen Bauunternehmen (**Koordinierungsfehler**) und zum andern bei einer unzulänglichen Überwachung der bauausführenden Unternehmen (**Bauüberwachungsfehler im engeren Sinne**). Letzteres betrifft vor allem Fallgestaltungen, bei denen dem Bauunternehmen ein Mangel an der Bauausführung unterläuft und diese fehlerhafte Leistung des Bauunternehmers von dem bauüberwachenden Architekten nicht oder jedenfalls nicht rechtzeitig erkannt wird.

a) Bauüberwachung im engeren Sinne

Das Ausmaß der Überwachungspflicht des mit der Bauüberwachung betrauten Architekten hängt von den jeweiligen **Umständen des Einzelfalles** ab.⁶⁸

Der Architekt ist nicht verpflichtet, sich ständig auf der Baustelle aufzuhalten.⁶⁹ Er muss die Arbeiten jedoch **in angemessener und zumutbarer Weise überwachen** und sich durch **häufige Kontrollen** vergewis-

⁶⁸ BGH, Urteil vom 6. Dezember 1984 - VII ZR 305/83 - BauR 1985, 229, juris Rn. 18

⁶⁹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. November 2019 - I-23 U 208/18 - BauR 2021, 574, juris Rn. 26; OLG Hamm, Urteil vom 27. Februar 2014 - I-21 U 159/12 - BauR 2014, 1338, juris Rn. 84

sern, dass seine **Anweisungen sachgerecht erledigt** werden.⁷⁰

Maßgebend für die Intensität der notwendigen Überwachung sind insbesondere **die Bedeutung sowie die Schwierigkeit und die Gefahrträchtigkeit der einzelnen Bauabschnitte** bzw. Bauleistungen.⁷¹ Deshalb bedürfen eher alltägliche Arbeiten mit geringem Fehlerrisiko keine intensiven Überwachung, so etwa das Einhängen von Türen in die fachgerecht erstellten Türrahmen und Türangeln.

Zu den eher intensiv zu überwachenden Baumaßnahmen zählen Betonierungs- und Bewehrungsarbeiten (Verstärkung von Betonbauteilen zur Erhöhung der Tragfähigkeit durch den Einbau von Verbundwerkstoffen, insbesondere durch im Stahlbeton eingegossenen Armierungsstahl).⁷² Das heißt allerdings nicht, dass der Architekt gehalten ist, den häufig langwierigen Betoniervorgang zeitlich und räumlich lückenlos zu überwachen.⁷³ Als besonders risikobehaftet gelten auch die Unterfangung des Giebel eines entkernten Gebäudes, erst recht bei schlechter Bausubstanz,⁷⁴ sonstige Altbausanierungen,⁷⁵ die Abdichtung gegen

drückendes Wasser mittels einer Dickbeschichtung⁷⁶ und die Ausführung der Drainage.⁷⁷

Ebenso kann eine vertiefte Überwachungspflicht entstehen, wenn Baumaßnahmen ausgeführt werden, deren Vertragsgerechtigkeit nach ihrer Vornahme nicht oder nur noch mit einem unverhältnismäßigen Aufwand überprüft werden kann. Dies betrifft vor allem Bauleistungen, die **durch nachfolgende Arbeiten überdeckt** werden und danach zumindest rein visuell nicht mehr überprüft werden können, wie etwa Bewehrungsarbeiten oder Arbeiten an der Drainage. Des Weiteren wird die Kontrollpflicht erhöht, wenn sich im Verlauf der Bauausführung Anhaltspunkte für Mängel ergeben.⁷⁸

Handwerkliche Selbstverständlichkeiten bei gängigen Bauarbeiten, deren Beherrschung durch den Bauunternehmer vorausgesetzt werden kann, muss der Architekt hingegen grundsätzlich nicht im Einzelnen überwachen.⁷⁹ Hiervon unberührt bleibt jedoch, dass die fachgerechte Vornahme solcher (nicht spezifisch risikobehafteten) Arbeiten stichprobenartig zu überprüfen und einer Endkontrolle zu unterziehen ist.⁸⁰ Zudem muss der Architekt zumindest stichprobenartig die Eignung der gelieferten und eingesetzten **Materialien** kontrollieren.⁸¹

⁷⁰ BGH, Urteil vom 10. Februar 1994 - VII ZR 20/93 - BGHZ 125, 111, juris Rn. 11; OLG Köln, Urteil vom 13. April 2022 - I-11 U 22/21 - juris Rn. 100; Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 13. Oktober 2021 - 2 U 29/20 - BauR 2022, 1527, juris Rn. 102, auszugsweise sogleich wiedergegeben unter 2. c) (2)

⁷¹ BGH, Urteil vom 10. Februar 1994 - VII ZR 20/93 - BGHZ 125, 111, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 6. Juli 2000 - VII ZR 82/98 - BauR 2000, 1513, juris Rn. 15; OLG Köln, Urteil vom 13. April 2022 - I-11 U 22/21 - juris Rn. 100; OLG Frankfurt, Urteil vom 5. Juli 2021 - 29 U 110/20 - NJW-RR 2021, 1384, juris Rn. 33; OLG Düsseldorf, Urteil vom 1. Dezember 1993 - 19 U 21/93 - juris Rn. 24; vgl. auch OLG Oldenburg, Urteil vom 24. März 2022 - 14 U 50/17 - juris Rn. 63; Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 13. Oktober 2021 - 2 U 29/20 - BauR 2022, 1527, juris Rn. 102, auszugsweise sogleich wiedergegeben unter 2. c) (2)

⁷² OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. April 2016 - I-21 U 102/15 - BauR 2017, 1718, juris Rn. 55

⁷³ OLG Hamm, Urteil vom 30. Oktober 2007 - 21 U 57/07 - BauR 2008, 1023, juris Rn. 43

⁷⁴ OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. Januar 2016 - I-22 U 92/15 - BauR 2016, 1946, juris Rn. 110

⁷⁵ BGH, Urteil vom 18. Mai 2000 - VII ZR 436/98 - NJW 2000, 2500, juris Rn. 24

⁷⁶ BGH, Urteil vom 15. Juni 2000 - VII ZR 212/99 - NJW 2000, 2991, juris Rn. 20; OLG Frankfurt, Urteil vom 19. April 2021 - 29 U 177/19 - juris, Orientierungssatz 2, sogleich wiedergegeben unter 2.c) (1)

⁷⁷ OLG Frankfurt, Urteil vom 19. April 2021 - 29 U 177/19 juris, Orientierungssatz 2, sogleich wiedergegeben unter 2.c) (1)

⁷⁸ BGH, Urteil vom 10. Februar 1994 - VII ZR 20/93 - BGHZ 125, 111, juris Rn. 11; OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. November 2019 - I-23 U 208/18 - BauR 2021, 574, juris Rn. 26

⁷⁹ OLG Köln, Urteil vom 13. April 2022 - I-11 U 22/21 - juris Rn. 100; Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 13. Oktober 2021 - 2 U 29/20 - BauR 2022, 1527, juris Rn. 102, auszugsweise sogleich wiedergegeben unter 2. c) (2); OLG Stuttgart, Urteil vom 9. Juli 2019 - 10 U 14/19 - juris Rn. 233

⁸⁰ Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 24. Oktober 2019 - 12 U 47/19 - juris Rn. 39; KG Berlin, Urteil vom 16. Dezember 2015 - 21 U 81/14 - juris Rn. 34

⁸¹ Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 13. Oktober 2021 - 2 U 29/20 - BauR 2022, 1527, juris Rn. 104; OLG Stuttgart, Urteil vom 9. Juli 2019 - 10 U 14/19 - juris Rn. 233

Trotz der weitreichenden Verantwortung des bauüberwachenden Architekten dürfen die Anforderungen an seine Prüfungspflichten indessen nicht überspannt werden. Sie müssen ihre Grenze dort finden, wo eine **entsprechende Sachkunde von ihm nicht mehr erwartet werden kann**.⁸² Allerdings muss der mit der gesamten Objektüberwachung betraute Architekt dann sicherstellen, dass ein entsprechend qualifizierter Spezialist mit der Überprüfung solcher Sondergewerke betraut und dessen Tätigkeit koordiniert wird.⁸³

Nach den allgemeinen Grundsätzen des **Anscheinsbeweises** kann bei einer allgemeinen Lebenserfahrung aus dem Vorliegen eines Bauausführungsfehlers des Bauunternehmens auf eine Verletzung der Bauüberwachungspflicht des Architekten geschlossen werden.⁸⁴ Dies gilt insbesondere, wenn es sich um einen Mangel in der Bauausführung handelt, der vom Architekten im Rahmen der Objektüberwachung typischerweise erkannt werden kann.⁸⁵ In der Praxis haben diese Grundsätze des Anscheinsbeweises eine erhebliche Bedeutung.

b) Koordinierungsfehler/Sachwalterstellung:

Dem Auftraggeber obliegt es, die **Leistungen der Bauunternehmen**⁸⁶ oder (bei der Einschaltung von Fachplanern) der einzelnen **Fachplaner**⁸⁷ **aufeinander**

der abzustimmen. Diese im Rechtsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und den Bauunternehmen bzw. den Fachplanern bestehende Obliegenheit (dazu unten VII. 3. b) bb) und ff) führt gemäß den dargelegten generellen Grundsätzen zu einer korrespondierenden Pflicht des Architekten in dessen Rechtsverhältnis zum Auftraggeber. Das heißt, dass auch insoweit die berechtigten Erwartungen im Rechtsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und den Bauunternehmen bzw. den Fachplanern auf den Inhalt der Leistungspflicht des Architekten ausstrahlen (vgl. oben III. 1. b) cc)).

Dieser Koordinierungspflicht wohnen sowohl Elemente der Bauüberwachung im engeren Sinne als auch der Planung inne. Sie wird daher teilweise als bauüberwachende Aufgabe mit planendem Charakter verstanden.⁸⁸ Der Bundesgerichtshof differenziert hingegen mehr danach, ob der Fehler des Architekten eher im organisatorisch-konzeptionellen Bereich liegt, etwa weil Balkendiagramme von vornherein nicht erstellt werden (dann im Regelfall Planungsfehler), oder in einer eher nachlässigen Vorgehensweise, etwa weil der Architekt Verzögerungen bei der Bauausführung nicht rechtzeitig erkennt und daher die nachfolgenden Bauhandwerker nicht mehr zeitlich sachgerecht eintakten kann (dann im Regelfall Bauüberwachungsfehler).⁸⁹ Da diese Abgrenzung ohne größere praktische Relevanz ist, soll sie hier nicht vertieft werden.

Insbesondere in sensiblen Bereichen kann es zudem erforderlich sein, dass der Architekt nicht nur den Einsatz der Bauunternehmen koordiniert, sondern jenen der zur Bauüberwachung eingeschalteten **Fachplaner**. Zudem hat er zu überprüfen, ob diese Fachplaner die auf ihren jeweiligen Fachgebieten tätigen Bauunternehmen hinreichend kontrollieren.⁹⁰ Geschieht dies, kann der mit der gesamten Bauüberwachung betraute Architekt davon befreit sein, die Bauausführung auf den Sachgebieten der jeweiligen

⁸² OLG Düsseldorf, Urteil vom 1. Dezember 1993 - 19 U 21/93 - juris Rn. 24

⁸³ OLG Stuttgart, Urteil vom 24. April 2012 - 10 U 7/12 - BauR 2014, 865, juris Rn. 35, 40

⁸⁴ BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - VII ZR 77/08 - BauR 2010, 1959, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 16. Mai 2002 - VII ZR 81/00 - NJW 2002, 2708, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06 - BGHZ 179, 55, juris Rn. 23; OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. April 2016 - I-21 U 102/15 - BauR 2017, 1718, juris Rn. 56

⁸⁵ OLG Oldenburg, Urteil vom 24. März 2022 - 14 U 50/17 - juris Rn. 72; Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 17. Februar 2022 - 8 U 1133/20 - juris Rn. 58; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 27. Juni 2018 - 4 U 203/16 - BauR 2019, 1640, juris Rn. 42

⁸⁶ dazu: BGH, Urteil vom 15. Dezember 1969 - VII ZR 8/68 - WM 1970, 354, juris Rn. 41; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 8. Juli 2022 - 1 U 97/21 - NJW 2022, 2940, juris Rn. 32

⁸⁷ dazu: BGH, Beschluss vom 31. Juli 2013 - VII ZR 59/12 - NJW 2013, 3180, juris Rn. 11

⁸⁸ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 8. Juli 2022 - 1 U 97/21 - NJW 2022, 2940, juris Rn. 32

⁸⁹ BGH, Urteil vom 15. Dezember 1969 - VII ZR 8/68 - WM 1970, 354, juris Rn. 33

⁹⁰ OLG Oldenburg, Urteil vom 24. März 2022 - 14 U 50/17 - juris Rn. 63; OLG Stuttgart, Urteil vom 24. April 2012 - 10 U 7/12 - BauR 2014, 865, juris Rn. 35, 40

Fachplaner selbst vertieft zu überwachen; also etwa in Bezug auf die Lüftungstechnik oder die elektrotechnische Ausgestaltung eines Serverraums.

Die **Sachwalterstellung** des mit der Objektüberwachung betrauten Architekten schließt ein, dass er im Rahmen seines jeweils übernommenen Aufgabengebiets die Ursachen sichtbar gewordener **Mängel des Bauwerks** unverzüglich und umfassend **aufklärt** und seinen Auftraggeber über das Ergebnis seiner Ursachenforschung, sowie über etwaige rechtliche Verantwortlichkeiten umfassend unterrichtet. Diese Pflicht endet mit der Fertigstellung des Bauvorhabens nicht, so dass er auch danach seinem Auftraggeber bei der Untersuchung und Behebung eines Baumangels zur Seite zu stehen hat.⁹¹ Diese Pflicht besteht auch unabhängig davon, ob dem Architekten eine Objektbetreuung im Sinne der Leistungsphase 9 (dazu II. 2. a) aa)) übertragen ist oder nicht.⁹² Wegen der damit verbundenen verjährungsrechtlichen Fragen wird auf die Ausführungen in Abschnitt VIII. verwiesen.

Eine derartige umfassende Sachwalterstellung kommt im Regelfall nicht den Fachplanern⁹³ und erst recht nicht den bauausführenden Unternehmen⁹⁴ zu. Gleiches gilt für Architekten, den nur Aufgaben innerhalb der Leistungsphasen 1 bis 6 (dazu oben), also nur von der Grundlagenermittlung bis zur Vorbereitung der Vorgabe, übertragen sind.⁹⁵ Andererseits steht einer Sachwalterstellung nicht entgegen, dass dem Architekten die Vergabe und eine allgemeine Objektbetreuung nicht obliegen, ihm also die Leis-

tungsphasen 4 und 9 nicht übertragen sind.⁹⁶

c) Beispiele aus Rechtsprechung:

Exemplarisch sollen die konkreten Anforderungen an Hand von zwei Entscheidungen aufgezeigt werden:

(1) OLG Frankfurt, Urteil vom 19. April 2021 - 29 U 177/19 - juris (Hervorhebungen vom Autor) :

Orientierungssatz:

*1. Der bauüberwachende Architekt hat dafür zu sorgen, dass das Bauwerk plangerecht und frei von Mängeln entsteht und zur Vollendung kommt. Um den geschuldeten Werkerfolg zu erreichen, ist der bauüberwachende Architekt verpflichtet, **die auszuführenden Arbeiten der Unternehmen in angemessener und zumutbarer Weise zu überwachen und sich durch Kontrollen zu vergewissern, dass seine Anweisungen sachgerecht erledigt werden.** Zwar ist der Architekt nicht verpflichtet, sich ständig auf der Baustelle aufzuhalten. Bei wichtigen oder bei kritischen Baumaßnahmen, die erfahrungsgemäß ein **höheres Mängelrisiko** aufweisen, ist der Architekt aber zu erhöhter Aufmerksamkeit und zu einer **intensiveren Wahrnehmung der Bauaufsicht** verpflichtet. Zu diesen Überwachungsintensiven Bauabschnitten gehören im Hinblick auf ihre Schadensträchtigkeit und die gesteigerten Anforderungen an Baumaterial und Bauausführung insbesondere Abdichtungs- und Isolierungsarbeiten. Zeigt sich insoweit ein schwerwiegender Mangel am Bauwerk, so spricht ein **Anscheinsbeweis** für eine Verletzung der Bauüberwachungspflicht des Architekten. In einem solchen Fall ist es Sache des Architekten, den Beweis des ersten Anscheins dadurch auszuräumen, dass er seinerseits darlegt, was er oder sein Erfüllungsgehilfe an Überwachungsmaßnahmen geleistet haben. Ist die schuldhaftige Verletzung der Bauaufsichtspflicht eines Architekten für einen Bauwerksschaden mitursächlich, so führt dies zur vollen Haftung des Architekten gegenüber dem Auftraggeber.*

2. Der Architekt verletzt seine Bauüberwachungs-

⁹¹ BGH, Urteil vom 10. Januar 2019 - VII ZR 184/17 - BauR 2019, 850, juris Rn. 20; BGH, Urteil vom 10. Oktober 2013 - VII ZR 19/12 - BauR 2014, 127, juris Rn. 34; BGH, Urteil vom 28. Juli 2011 - VII ZR 4/10 - NJW 2011, 3086, juris Rn. 10 ff.; BGH, Urteil vom 23. Juli 2009 - VII ZR 134/08, BauR 2009, 1607, juris Rn. 10

⁹² BGH, Urteil vom 26. September 2013 - VII ZR 220/12 - NJW 2013, 3513, juris Rn. 25

⁹³ BGH, Urteil vom 28. Juli 2011 - VII ZR 4/10 - NJW 2011, 3086, juris Rn. 11 ff; BGH, Urteil vom 27. September 2001 - VII ZR 320/00 - NJW 2002, 288, juris Rn. 21

⁹⁴ Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 2. März 2023 - 12 U 78/22 - NJW-RR 2023, 799, juris Rn. 27

⁹⁵ BGH, Urteil vom 26. September 2013 - VII ZR 220/12 - NJW 2013, 3513, juris Rn. 25

⁹⁶ BGH, Urteil vom 26. September 2013 - VII ZR 220/12 - NJW 2013, 3513, juris Rn. 25

pflicht, wenn er den Einbau der Abdichtung und der Drainage nicht intensiv überwacht, weil es sich hierbei um schadensträchtige Bauteile handelt. Ferner verletzt er seine Kontrollpflichten wenn er nicht darauf achtet, dass ein Schichtstärkenprotokoll vorliegt (Hinweis des Autors: Das Schichtdickenprotokoll dokumentiert bei Abdichtungen die Dicke und den Aufbau der Feuchtigkeitsabdichtung). Ein solches muss geführt werden, um die ausreichende Schichtstärke zu dokumentieren. Das Schichtstärkenprotokoll ist zwar von dem Unternehmer zu führen, der Architekt hat dies aber zu kontrollieren und zu überprüfen. Das Unterlassen einer solchen qualitätssichernde Maßnahme stellt einen Verstoß gegen technische Regeln dar und es gilt die Vermutung, dass ein Schaden, dem die Regel vorbeugen soll, durch den Regelverstoß mit verursacht worden ist, hier also die stellenweise unzureichende Stärke durch undokumentierte Arbeitsweise. Zudem ist der Architekt verpflichtet, bei nachträglicher Kontrolle das Fehlen des Schichtstärkenprotokolls und die Neuerstellung incl. Dokumentation zu verlangen. Allein schon aus der unterbliebenen Beanstandung des fehlenden Schichtstärkenprotokolls ergibt sich, dass der Architekt für eine regelkonforme Dickbeschichtung pflichtwidrig nicht gesorgt hat und damit haftet.

(2) Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 13. Oktober 2021 - 2 U 29/20 - BauR 2022, 1527, juris (Zitate leicht verändert, Hervorhebungen vom Autor):

"Randnummer 102

(a) Der die Bauaufsicht führende Architekt hat dafür zu sorgen, dass der Bau plangerecht und frei von Mängeln errichtet wird. Er ist dabei nicht verpflichtet, sich ständig auf der Baustelle aufzuhalten. Er muss allerdings die Arbeiten in angemessener und zumutbarer Weise überwachen und sich durch häufige Kontrollen vergewissern, dass seine Anweisungen sachgerecht erledigt werden. Bei wichtigen oder kritischen Baumaßnahmen, die erfahrungsgemäß ein hohes Mängelrisiko aufweisen, ist der Architekt zu erhöhter Aufmerksamkeit verpflichtet. Besondere Aufmerksamkeit hat der Architekt auch solchen Baumaßnahmen zu widmen, bei denen sich im Verlauf der Bau-

ausführung Anhaltspunkte für Mängel ergeben (z.B. BGH, Urteil vom 10. Februar 1994 - VII ZR 20/93 - BGHZ 125, 111 ...). **Handwerkliche Selbstverständlichkeiten** bei allgemein üblichen gängigen Bauarbeiten, deren Beherrschung durch den Bauunternehmer vorausgesetzt werden kann, **muss der Architekt grundsätzlich nicht im Einzelnen überwachen** (z.B. KG, Urteil vom 15.02.2006, 24 U 29/05...; OLG Köln, Urteil vom 30.04.2003, 13 U 207/01 ...).

Randnummer 103

Bei der Herstellung eines WDVS (Hinweis des Autors: Wärmedämmverbundsystems) geht es nicht um bauliche Leistungen einfacher Art, sondern um ein technisch anspruchsvolles, kompliziertes und „sensibles“ Gewerk, das neben Windkräften auch thermischen Faktoren ausgesetzt ist und das deshalb zur Vermeidung von Rissen und insbesondere zur Gewährleistung der Standsicherheit einer besonderen Fixierung bedarf. In der allgemeinen bauaufsichtlichen Zulassung wird das einzuhaltende Vorgehen detailliert beschrieben; deshalb ist darauf zu achten, dass die Zulassungsvorgaben strikt eingehalten werden (z.B. OLG Nürnberg, Urteil vom 20. Juni 2012 - 6 U 1643/09 ... Rz. 83, 84). Zwar gelten Putzarbeiten allgemein als nicht besonders überwachungsbedürftig, weil es sich bei dem Aufbringen von Putz grundsätzlich um eine handwerkliche Selbstverständlichkeit handelt (z. B. OLG Dresden, Urteil vom 28. Januar 2010, 10 U 1414/08, ... Rz. 30 ff. zu Innenputzarbeiten; OLG Rostock, Urteil vom 11. November 2008, 4 U 27/06, ... Rz. 133 zu Putz im Treppenhaus; KG Berlin, Urteil vom 15. Februar 2006, 24 U 29/05...Rz. 28 ff. zu Deckenputz). Allerdings geht es bei den in den genannten Entscheidungen betroffenen Putzarbeiten vorwiegend um optische Fragen, während die Putzstärken bei einem WDVS auch wegen der eingebetteten Gewebeeinlage wichtig für dessen Funktion sind, weshalb man hier - abweichend - von einer Überwachungspflicht des Architekten auch hinsichtlich des Putzes eines WDVS ausgehen muss."

d) Rechtsfolgen des Bauüberwachungsfehlers:

Wegen der schadensrechtlichen Fragen wird auf die Ausführungen unter III. 2. verwiesen. Die mit der

Haftung mehrerer Beteiligter verbundenen Themen (Mitverschulden, Architekt als Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers, Gesamtschuld) werden in Abschnitt VII. behandelt.

VI. Haftung bei Bausummenüberschreitung und sonstigen Abweichungen von vertraglichen Vorgaben

1. Bausummengarantie/Bausummenobergrenze

a) Bausummengarantie:

Erweist sich, dass ein Bauvorhaben teurer wird, als vom Architekten veranschlagt, stellt sich zunächst die Frage, ob der Architekt eine rechtsgeschäftliche Bausummengarantie übernommen hat. Eine solche kann ein Architekt zwar grundsätzlich eingehen; und zwar in verschiedenen Abstufungen, wie diese etwa für "Festpreisvereinbarungen" im Rechtsverhältnis zwischen einem Auftraggeber und einem Bauunternehmen (Generalunternehmer) anerkannt sind. Angesichts der Unwägbarkeiten von Bauvorhaben ist eine derartige (verschuldensunabhängige) rechtsgeschäftliche Garantie für den Architekten aber mit sehr großen Risiken verbunden. Dies ist auch für den Auftraggeber erkennbar, so dass die Annahme eines solchen Einstandswillens nur ganz ausnahmsweise in Betracht kommt.⁹⁷

b) Bausummenobergrenze:

Von dieser Bausummengarantie ist die **Vereinbarung einer verbindlichen Obergrenze** der Baukosten zu unterscheiden.⁹⁸ Ob diese Baukostenobergrenze im Sinne eines absoluten Wertes oder eher eines obersten Kostenrahmens zu verstehen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Im Regelfall wird

dem Architekten aber bei einer vertraglich vereinbarten Obergrenze der Baukosten **kein Toleranzspielraum** zuzubilligen sein.⁹⁹ Ansonsten würde die Vereinbarung einer Baukostenobergrenze im Regelfall ihres Sinnes entleert, weil sie sich dann in ihren Rechtsfolgen kaum noch von den allgemeinen gesetzlichen Folgen bei einer Fehleinschätzung der Kosten unterscheiden würde (dazu sogleich 2.).

Überschreiten die Baukosten diese Obergrenze, erwächst dem Auftraggeber (im Regelfall: Bauherrn), anders als bei der Garantie, kein rechtsgeschäftlicher Erfüllungsanspruch. Vielmehr begründet eine Baukostenobergrenze die vertragliche Pflicht des Architekten, das Bauvorhaben so zu planen und zu betreuen, dass die Baukostenobergrenze nicht überschritten werden kann. **Die Einhaltung des Kostenlimits ist also Teil der vertragsgerechten Beschaffenheit des von ihm geschuldeten Werks.**¹⁰⁰ Das bedeutet, dass ein Überschreiten dieser Grenze zu einem **vertraglichen Schadenersatzanspruch** führt.¹⁰¹

Nach gefestigter Rechtsprechung folgt aus der Vereinbarung einer Bausummenobergrenze zudem, dass der Architekt sein Honorar nur auf der Grundlage des vereinbarten Höchstbetrages abrechnen darf.¹⁰² Würde diese Mehrkosten als anrechenbare Kosten berücksichtigt, stünde dem Architekten nämlich aufgrund der Mangelhaftigkeit seines Werkes eine höhere Vergütung zu als bei einer vertragsgerechten Leistung.¹⁰³

⁹⁷ Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 17. Juli 2007 - 9 U 164/06 - juris Rn. 64; Gratz, AnwZert BauR 19/2022 Anm. 1 unter B. II.; vgl. auch OLG Hamm, Urteil vom 21. Juli 2011 - I-24 U 151/04 - BauR 2012, 1981, juris Rn. 24; OLG Köln, Urteil vom 12. Januar 2007 - 19 U 128/06 - BauR 2008, 697, juris Rn. 21 f.

⁹⁸ dazu: BGH, Urteil vom 21. März 2013 - VII ZR 230/11 - BGHZ 197, 93, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 13. Februar 2003 - VII ZR 395/01 - BauR 2003, 1061, juris Rn. 9

⁹⁹ BGH, Urteil vom 21. März 2013 - VII ZR 230/11 - BGHZ 197, 93, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 13. Februar 2003 - VII ZR 395/01 - BauR 2003, 106, juris Rn. 17; BGH, Urteil vom 23. Januar 1997 - VII ZR 171/95 - BauR 1997, 494, juris Rn. 10

¹⁰⁰ BGH, Urteil vom 21. März 2013 - VII ZR 230/11 - BGHZ 197, 93, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 13. Februar 2003 - VII ZR 395/01 - BauR 2003, 106, juris Rn. 9

¹⁰¹ BGH, Urteil vom 6. Oktober 2016 - VII ZR 185/13 - BauR 2017, 134, juris Rn. 16

¹⁰² BGH, Urteil vom 23. Januar 2003 - VII ZR 362/01 - BauR 2003, 566, juris Rn. 15; Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 6. Juli 2011 - 1 U 408/09 - NJW-RR 2011, 1465, juris Rn. 90; OLG Stuttgart, Urteil vom 30. März 2009 - 10 U 6/09 - BauR 2010, 1260 - juris Rn. 44; Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 20. Juni 2013 - 1 U 1032/12 - juris Rn. 22, 24

¹⁰³ BGH, Urteil vom 23. Januar 2003 - VII ZR 362/01 - BauR 2003,

Im Ergebnis ist die Rechtsprechung mit der Annahme einer vertraglich vereinbarten Bausummenobergrenze eher **zurückhaltend**. Der Auftraggeber muss hierfür in irgendeiner Art zum Ausdruck bringen, dass ein bestimmter Kostenrahmen nicht überschritten werden soll. Hierfür genügt nicht, dass lediglich Kostenzusammenstellungen übergeben werden.¹⁰⁴ Auch kann eine zunächst geschlossene Vereinbarung über eine Bausummenobergrenze konkludent aufgehoben oder angepasst werden, wenn der Auftraggeber im Wissen um die kostenmäßige Relevanz eine Veränderung derjenigen planerischen Vorstellungen begehrt, die der Ermittlung der Bausummenobergrenze zu Grunde liegen.¹⁰⁵

Sind dem Auftraggeber für die Durchführung des Bauvorhabens finanzielle Grenzen gesetzt, entstehen zwischen dem (ggf. konkludenten) Abschluss einer Vereinbarung über eine Bausummenobergrenze und der Pflicht, die Kosten eines Bauvorhabens zutreffend zu ermitteln (dazu sogleich 2.), eher fließende Übergänge. Die präzise rechtliche Einordnung ist bei derartigen Fallgestaltungen meist entbehrlich. Ist nämlich dem Architekten erkennbar, dass der Auftraggeber eine über der Kostenermittlung liegende tatsächliche Bausumme nicht finanzieren kann, ist er im Regelfall auch ohne Vereinbarung einer Bausummenobergrenze gehalten, die ermittelten Gesamtbaukosten (ohne Toleranzbereich) einzuhalten (dazu unten 2. a) bb)).

Für die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Pflichtverletzung des Architekten ist der Auftraggeber darlegungs- und beweispflichtig. Er hat deshalb auch darzulegen, dass die tatsächlich erfolgte Ausführung des Bauvorhabens der Vereinbarung der Bausummenobergrenze zu Grunde lag, also keinen späteren Planänderungen erfolgt sind¹⁰⁶.

Wegen der Anrechnung eines durch die Bausummenüberschreitung etwa entstandenen Mehrwerts wird auf die Ausführungen unter V. 2. b) verwiesen.

2. Folgen eines Abweichens von der Kostenermittlung

Liegen die tatsächlichen Kosten eines Bauvorhabens höher als vom Architekten zunächst geschätzt oder ermittelt¹⁰⁷ und ist eine vertragliche Vereinbarung über eine Bausummenobergrenze nicht geschlossen, stellen sich im wesentlichen zwei Fragen:

- Wann ist überhaupt davon auszugehen, dass dem Architekten ein Fehler unterlaufen ist.
- Wenn ja: Wie ist der Schaden zu ermitteln, insbesondere wenn der Auftraggeber durch das Bauvorhaben einen Vermögenswert erlangt hat, der über die Kostenschätzung bzw. Kostenermittlung des Architekten liegt.

a) Pflichtverletzung des Architekten:

Ist dem Architekten eine Kostenschätzung und/oder Kostenermittlung (im Folgenden nur noch Kostenermittlung) ausdrücklich oder (durch eine Bezugnahme auf die Leistungsphasen) übertragen, schuldet er dem Auftraggeber eine sachgerechte Beratung. Die schuldhaftige Verletzung dieser Beratungspflicht löst dem Grunde nach eine Schadenersatzpflicht aus.¹⁰⁸

aa) Allgemeine Kriterien:

Ein Beratungsfehler des Architekten kann bereits darin liegen, dass er durch eine sehr niedrige ursprüngliche Kostenschätzung den Entschluss des Auftraggebers zur Errichtung des Vorhabens nachhaltig gefördert hat, obwohl er aufgrund des Wis-

566, juris Rn. 15

¹⁰⁴ OLG Oldenburg, Urteil vom 7. August 2018 - 2 U 30/18 - NJW 2019, 1377, juris Rn. 58

¹⁰⁵ OLG Celle, Urteil vom 15. Dezember 2016 - 5 U 97/15 - juris Rn. 28; LG Karlsruhe, Urteil vom 10. August 2018 - 10 O 569/16 - juris Rn. 79

¹⁰⁶ OLG Celle, Urteil vom 15. Dezember 2016 - 5 U 97/15 - juris Rn. 28; allerdings zweifelhaft, da es dem Architekten dann obliegt, auf die entstehenden Mehrkosten hinzuweisen, dazu unten 2. a)

¹⁰⁷ vgl. zu der laufenden Fortschreibung der Kostenschätzung bzw. der Kostenermittlung oben unter II. 2. a)

¹⁰⁸ BGH, Beschluss vom 7. Februar 2013 - VII ZR 3/12 - BauR 2013, 982, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 11. November 2004 - VII ZR 128/03 - BauR 2005, 400, juris Rn. 28

sens um die begrenzten Finanzierungsmöglichkeiten des Auftraggebers verpflichtet war, die Kostenermittlung besonders sorgfältig vorzunehmen.¹⁰⁹

Von einer Pflichtverletzung ist aber auch auszugehen, wenn zwar die Kostenermittlung im Zeitpunkt ihrer Vornahme sachgerecht war, sich in der Bauausführungsphase aber eine drohende Überschreitung des Kostenrahmens abzeichnet und der Architekt weder seinen Auftraggeber hierüber in Kenntnis setzt noch durch eine kostengünstigere Planung reagiert.¹¹⁰ Der Architekt kann auch gehalten sein, seinen Auftraggeber darüber aufzuklären, dass die Kostenermittlung wegen der verbleibenden Unsicherheiten keine geeignete Grundlage ist, um den Finanzierungsrahmen bei Kredit- oder Förderanträgen abstecken zu können.¹¹¹

Veranlasst der Auftraggeber nach Abschluss der Kostenermittlung Umgestaltungen der ursprünglichen Bauplanung, genügt der Architekt im Regelfall seinen Sorgfaltspflichten, wenn er seinen Auftraggeber hinreichend deutlich darauf hinweist, dass die erweiterten oder veränderten Planungswünsche den vorgegebenen Kostenrahmen sprengen.¹¹²

An die Erfüllung dieser Pflicht sind nicht geringe Anforderungen zu stellen. Es gehört nämlich zu den wichtigsten Aufgaben des Architekten, die Baukosten des Bauvorhabens im Planungsverfahren richtig zu ermitteln und diese Kostenermittlung im Rahmen der Bauausführung so umzusetzen, dass es zu keinen oder jedenfalls zu keinen unvermeidbaren Kostenüberschreitungen kommt. Daraus folgt zugleich, dass er bei der Umsetzung der Planungsvorgaben (etwa

beim Ausbaustandard) den wirtschaftlichen Belangen des Auftraggebers, vor allem also auch den Kosten-Obergrenzen, ein besonderes Gewicht beizumessen hat.¹¹³

bb) Toleranzbereich:

Von den Umständen des Einzelfalles hängt ab, ob und ggf. in welchem Umfang dem Architekten bei der Kostenermittlung ein Toleranzbereich (Toleranzrahmen) zuzubilligen ist.¹¹⁴ So ist etwa von Belang, ob die Kostenermittlung in einer eher frühen oder in einer eher fortgeschrittenen Phase der Planung erfolgt und wie streng der Kostenrahmen vereinbart ist; etwa durch die Verwendung von Begriffen wie "ungefähr", "ca." oder ohne solche relativierende Formulierungen.¹¹⁵ Ebenso wirkt sich aus, ob nach der Art des Bauvorhabens der Umfang etwaiger Kostenüberschreitungen eher beherrschbar ist, wie etwa bei typisierten Standardbauvorhaben, oder ob es sich um Objekte mit typischerweise eher unkalkulierbaren Entwicklungen handelt, wie etwa bei der Sanierung von Altbauten¹¹⁶.

Schließlich kann es mit entscheidend darauf ankommen, ob der Auftraggeber über einen eher unbegrenzten Finanzrahmen verfügt oder ob er, dem Auftraggeber erkennbar, einen bestimmten finanziellen Rahmen nicht überschreiten kann. Ist dies der Fall, hat der Architekt alles Zumutbare zu unternehmen, um die Kosten in dem gerade noch finanzierbaren Rahmen zu halten. Dies schließt ein, dass er den Auftraggeber auf drohende Kostenüberschreitungen hinweist und ihm aufzeigt, wie durch Umplanungen Kosteneinsparungen möglich sind.

¹⁰⁹ OLG Hamm, Urteil vom 15. März 2018 - 21 U 22/17 - juris Rn. 79

¹¹⁰ vgl. BGH, Urteil vom 21. Mai 2015 - VII ZR 190/14 - BauR 2015, 1515, juris Rn. 22; BGH, Urteil vom 24. Juni 1999 - VII ZR 196/98 - BauR 1999, 1319, juris Rn. 30; BGH, Urteil vom 3. Juli 1997 - VII ZR 159/96 - BauR 1997, 1067, juris Rn. 10, für Kostenanstieg um über 40% innerhalb weniger Monate

¹¹¹ BGH, Urteil vom 11. November 2004 - VII ZR 128/03 - BauR 2005, 400, juris Rn. 29

¹¹² BGH, Urteil vom 21. März 2013 - VII ZR 230/11 - BGHZ 197, 93, juris Rn. 11; BGH, Beschluss vom 7. Februar 2013 - VII ZR 3/12 - BauR 2013, 982, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 3. Juli 1997 - VII ZR 159/96 - BauR 1997, 1067, juris Rn. 10

¹¹³ OLG Celle, Urteil vom 15. Dezember 2016 - 5 U 97/15 - juris Rn. 28

¹¹⁴ BGH, Urteil vom 16. Dezember 1993 - VII ZR 115/92 - NJW 1994, 856, juris Rn. 7

¹¹⁵ vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 25. März 2014 - I-23 U 166/12 - BauR 2016, 2120, juris Rn. 15; OLG Stuttgart, Urteil vom 20. Dezember 2018 - 14 U 44/18 - NJW-RR 2019, 628 - juris Rn. 34, für Flächenangaben, dazu unten 3.

¹¹⁶ OLG Koblenz, Beschluss vom 9. November 2012 - 5 U 1228/11 - juris Rn. 24, wonach bei einer Altbausanierung von einer Pflichtverletzung nur ausgegangen werden kann, wenn sich die Kostenermittlung als ein "Fehlgriff in Oktave" erweist

Von vornherein ist dem Architekten ein solcher Toleranzrahmen nicht zuzubilligen, wenn die Kostenüberschreitung nicht mit den Unwägbarkeiten einer künftigen Kostenentwicklung¹¹⁷ oder mit Unsicherheiten über den Umfang der erforderlich werdenden Baumaßnahmen erklärt werden kann, sondern Folge eines groben Fehlers bei der Ermittlung der Berechnungsgrundlagen ist.¹¹⁸ Dies gilt etwa bei einem Übersehen der Mehrwertsteuer,¹¹⁹ bei einer völlig unrealistischen Annahme zur Kubatur¹²⁰ oder bei der Annahme von völlig unrealistischen Kubikmeterpreisen von Baustoffen.¹²¹ Bei solchen Sachlagen ist nämlich ohne Weiteres plausibel, dass die Kostenüberschreitung nicht schicksalhaft ist, sondern zumindest mit auf einer Fehlleistung des Architekten beruht.

Da der Umfang des Toleranzrahmens von den Umständen des Einzelfalles abhängt, verbieten sich typisierende Betrachtungen. Als grobe Daumenregel mag aber eine Toleranzschwelle im Bereich von 30 % - 40 % dienen.¹²²

cc) Beispiel aus Rechtsprechung:

Exemplarisch sollen diese Fragen an Hand des nachfolgenden Urteilsauszugs aufgezeigt werden.

OLG Hamm, Urteil vom 15. März 2018 - 21 U 22/17 - juris (Zitate leicht verändert, Hervorhebungen vom Autor):

¹¹⁷ zu diesen: Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 24. April 2009 - 1 U 76/04 - juris Rn. 52

¹¹⁸ BGH, Urteil vom 7. November 1996 - VII ZR 23/95 - BauR 1997, 335, juris Rn. 4

¹¹⁹ BGH, Urteil vom 7. November 1996 - VII ZR 23/95 - BauR 1997, 335, juris Rn. 4

¹²⁰ OLG Hamm, Urteil vom 15. März 2018 - 21 U 22/17 - juris Rn. 83, sogleich auszugsweise wiedergegeben unter cc)

¹²¹ BGH, Urteil vom 7. November 1996 - VII ZR 23/95 - BauR 1997, 335, juris Rn. 4; OLG Frankfurt, Urteil vom 15. Dezember 2011 - 12 U 71/10 - NJW 2012, 1739, juris Rn. 53

¹²² vgl. OLG Hamm, Urteil vom 15. März 2018 - 21 U 22/17 - juris Rn. 83; OLG Köln, Urteil vom 12. Januar 2007 - 19 U 128/06 - BauR 2008, 697, juris Rn. 21 f. für Kostenüberschreitung um mehr als ein Drittel; eine Kostenüberschreitung um 16 % hat der Bundesgerichtshof nicht ohne weiteres genügen lassen: BGH, Urteil vom 16. Dezember 1993 - VII ZR 115/92 - NJW 1994, 856, juris Rn. 7

„Randnummer 79

... Ein **Beratungsfehler** des Architekten kann insbesondere darin liegen, dass er durch eine sehr **niedrige anfängliche Kostenschätzung** den Entschluss des Bauherrn zur Errichtung des Vorhabens nachhaltig gefördert hat, obwohl er aufgrund des Wissens um die geplante Finanzierung zu besonderer Sorgfalt im Hinblick auf die Kostenermittlung verpflichtet war (OLG Frankfurt, NZBau 2012, 306, 308).

aa) Randnummer 80

Der Architekt ist gegenüber seinem Auftraggeber gehalten, stets dessen **wirtschaftliche Belange zu beachten**. Hierzu gehört insbesondere eine zutreffende Beratung über die voraussichtlich entstehenden Baukosten. Schon im Rahmen der Grundlagenermittlung trifft den Architekten die Pflicht, den wirtschaftlichen Rahmen des Bauherrn abzustecken. Auch im Rahmen der Vorplanung hat der Architekt den wirtschaftlichen Rahmen abzustecken und ihm bekannte Kostenvorstellungen des Auftraggebers bei seiner Planung zu berücksichtigen (OLG Hamm, BauR 2012, 530, 531;...). Der Architekt ist verpflichtet, die Planungsvorgaben des Auftraggebers zu den Herstellungskosten des Bauwerks zu beachten. Dabei muss er nicht nur genau vereinbarte Baukostenobergrenzen einhalten, sondern muss stets die ihm bekannten **Kostenvorstellungen des Auftraggebers bei seiner Planung berücksichtigen** (BGH NJW 2013, 1593). Eine Haftung des Architekten kann sich sowohl aufgrund schuldhaft **unzutreffender Kostenschätzungen**, die Grundlage einer Investitionsentscheidung des Bauherrn geworden sind, ergeben als auch infolge unterbliebener oder **unrichtiger Information über eine Verteuerung des Bauwerks (...)**.

Randnummer 81

Hier war den Beklagten unstreitig aufgrund der vom Kläger auch schriftlich gemachten Angaben bekannt, dass dieser auf eine Darlehensfinanzierung angewiesen war und beabsichtigte, eine bestehende Finanzierungslücke mittels Eigenleistungen zu schließen. Der Wunsch, fehlendes Eigenkapital durch die Erbringung von Eigenleistungen zu ersetzen, hing ersichtlich nicht davon ab, ob das Bauvorhaben als frei-

stehendes Einfamilienhaus oder als Anbau verwirklicht würde. Der Kläger teilte den Beklagten ausdrücklich mit, dass er die **Finanzierung auf Grundlage der auf ca. 210.000 € lautenden Kostenschätzung geplant** habe, und die Beklagten nahmen dazu ausdrücklich Stellung, indem sie die vorliegende Kostenschätzung als in den Summen noch darstellungsfähig bezeichneten. Sie waren daher, unabhängig von ihrerseits gegebenen Hinweisen auf Unsicherheiten der Schätzung, zu besonderer Sorgfalt bei der Kostenermittlung verpflichtet.

bb) Randnummer 82

Gemessen an diesen grundlegenden Anforderungen war die Kostenschätzung der Beklagten, die Grundlage der Entscheidung des Klägers für die Realisierung des Bauvorhabens wurde, mangelhaft.

Randnummer 83

Im Rahmen der Kostenschätzung wird zwar dem Architekten **regelmäßig eine Toleranz von 30–40% eingeräumt**, und die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Überschreitung des Toleranzrahmens trifft den Auftraggeber (OLG Schleswig, NJW-Spezial 2009, 477; ...). Bei **groben Pflichtverletzungen**, wie z.B. dem Übersehen der MwSt. oder völlig unrealistischen Annahmen zur Kubatur, wird indes **regelmäßig eine Toleranz nicht zugebilligt** (BGH NJW-RR 1997, 402;...).

...

Randnummer 85

Ein grober Fehler, hinsichtlich dessen eine Toleranz nicht zugebilligt werden kann, liegt hier vor, denn die Kostenschätzung ist bereits in sich offenkundig falsch. Das ausgewiesene Ergebnis lässt sich weder mathematisch noch systematisch aus den dargestellten Rechenoperationen ableiten (Hinweis des Autors: wird im Folgenden näher ausgeführt)....".

b) Schadensfragen:

Die Ermittlung des Schadens richtet sich nach den allgemeinen schadensrechtlichen Prinzipien. Wichtig ist, dass einerseits grundsätzlich die **Wertsteigerung**

am Grundstück¹²³ und andererseits (falls geltend gemacht) die **Finanzierungs-Mehrkosten¹²⁴ grundsätzlich in die Schadensermittlung mit einzustellen sind.**

aa) Kausalität:

Nach allgemeinen schadensrechtlichen Prinzipien ist Voraussetzung für eine Schadenersatzpflicht, dass die Pflichtverletzung des Architekten kausal für den Schaden ist. Das erfordert, dass der Auftraggeber bei einer sachgerechten Kostenermittlung das Bauvorhaben entweder überhaupt nicht in Angriff genommen oder umgeplant hätte, um den Kostenrahmen einzuhalten.

Hierfür ist der Auftraggeber entsprechend den allgemeinen schadensrechtlichen Prinzipien darlegungs- und beweisbelastet. Es besteht insoweit keine Vermutung dafür, dass er bei einem rechtzeitigen Wissen um den tatsächlichen Kostenrahmen von der Durchführung des Bauvorhabens Abstand genommen oder eine kostengünstigere Konzeption gewählt hätte.¹²⁵ Allerdings kann hierfür ein Indiz bilden, wenn der Auftraggeber einen den Kostenrahmen übersteigenden Betrag entweder überhaupt nicht oder allenfalls unter erheblichen Beeinträchtigungen seiner allgemeinen Lebensführung hätte finanzieren können.

bb) Schadensermittlung:

Zu den allgemeinen Grundsätzen der Schadensberechnung führt der Bundesgerichtshof aus:

BGH, Urteil vom 21. Mai 2015 - VII ZR 190/14 - BauR 2015, 1515 (Zitate leicht verändert, Hervorhebungen vom Autor):

¹²³ BGH, Urteil vom 21. Mai 2015 - VII ZR 190/14 - BauR 2015, 1515, juris Rn. 23

¹²⁴ BGH, Urteil vom 16. Dezember 1993 - VII ZR 115/92 - NJW 1994, 856, juris Rn. 18

¹²⁵ BGH, Urteil vom 23. Januar 1997 - VII ZR 171/95 - BauR 1997, 494, juris Rn. 22; OLG Hamm, Urteil vom 11. Januar 2022 - I-24 U 65/20 - BauR 2023, 1418, juris Rn. 31 f., sogleich auszugsweise unter bb) wiedergegeben; OLG Köln, Urteil vom 30. Oktober 2014 - 24 U 76/14 - juris Rn. 39; OLG Oldenburg, Urteil vom 15. Januar 2013 - 2 U 49/12 - BauR 2013, 1712, juris Rn. 15

"Randnummer 19

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Überschreitung einer mit dem Architekten vereinbarten Bausumme kann zwar ein Schaden in den überschießenden Baukosten bestehen. **Der Bauherr erleidet jedoch insoweit keinen Schaden, als der zu seinen Lasten gehende Mehraufwand zu einer Wertsteigerung des Objekts geführt hat** (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 2004 - VII ZR 128/03, BauR 2005, 400, ..., juris Rn. 41; BGH, Urteil vom 7. November 1996 - VII ZR 23/95, BauR 1997, 335, ..., juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 16. Dezember 1993 - VII ZR 115/92, BauR 1994, 268, ..., juris Rn. 17;...). **Um diesen Schaden festzustellen, ist die Vermögenslage des Bauherrn mit und ohne die Pflichtverletzung des Architekten zu vergleichen** (BGH, Beschluss vom 7. Februar 2013 - VII ZR 3/12, BauR 2013, 982 Rn. 16). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schadensberechnung ist, wie auch sonst bei der Ermittlung eines Schadens, der Schluss der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung (BGH, Urteil vom 7. November 1996 - VII ZR 23/95, BauR 1997, 335 f., juris Rn. 8 ff.).

Randnummer 20

Führen diese Maßstäbe zur Schadensberechnung unter Berücksichtigung etwaiger Vorteile im Einzelfall zu einem Ergebnis, das dem Zweck des Ersatzanspruchs zuwiderläuft, das heißt, dem Geschädigten nicht mehr zuzumuten ist und den Schädiger unangemessen entlastet, ist ein Vorteilsausgleich, dessen Grundsätze aus Treu und Glauben entwickelt wurden, zu begrenzen (BGH, Urteil vom 7. November 1996 - VII ZR 23/95, BauR 1997, 335, ... juris Rn. 12)."

Diese einhellige und gefestigte Rechtsprechung zur Anrechnung der Wertsteigerung erfährt in der Literatur allerdings vereinzelt Kritik. Ihr wird entgegen gehalten, dass die Wertschöpfung dem Auftraggeber aufgedrängt sei und ihre Anrechnung daher nicht nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung, sondern nach den Grundsätzen der aufgedrängten Bereicherung zu erfolgen habe.¹²⁶

Teil dieser Gegenüberstellung der tatsächlichen

¹²⁶ Staudinger/Höpfner (2021) BGB § 249 Rn. 180

und der hypothetischen Vermögensbilanzen sind jene Finanzierungskosten, die auf die den Toleranzrahmen übersteigenden Teil der Mehrkosten entfallen, also der sog. **Nachfinanzierungsschaden**.¹²⁷ Die im Zeitpunkt der Schadensermittlung noch nicht fälligen Zinsen sind hierbei mit ihrem Kapitalisierungsbetrag zu bemessen. Wird der Schaden, wie grundsätzlich möglich (vgl. unten c)), nicht durch die Gegenüberstellung zweier Gesamt-Vermögensbilanzen, sondern durch eine Gegenüberstellung der vom Schadensereignis betroffenen Einzelpositionen ermittelt, sind auf die anteiligen Finanzierungskosten die durch sie geschaffenen Vorteile im Regelfall anzurechnen.¹²⁸

Hat ein Auftraggeber das Bauvorhaben während dessen Ausführung abgebrochen, weil er in Folge der Fehler bei der Kostenermittlung in ein finanzielles und persönliches Desaster geraten ist, kann es ausnahmsweise angebracht sein, von einer Anrechnung der Wertsteigerung abzusehen. Auf diese und auf weitere Fragen der Schadensbemessung wird im folgenden Urteil eingegangen.

OLG Hamm, Urteil vom 11. Januar 2022 - I-24 U 65/20 - juris (Zitate leicht verändert, Hervorhebungen vom Autor):

Sachverhalt (stark vereinfacht):

Der Auftraggeber (im Urteil: Kläger) hat erwogen, einen im Familienbesitz befindlichen Altbau zu sanieren und zu einem Wohnhaus auszubauen. Da er nur begrenzte finanzielle Mittel hatte, wollte er einen erheblichen Teil der Gewerke in Eigenleistung erbringen. Der Architekt (im Urteil: Beklagter) ermittelte Gesamtkosten von 600.000.- DM (306.775,13 €), die der Auftraggeber angesichts des Einsatzes erheblicher Eigenleistungen gerade noch hätte finanziell bewältigen können. Während der Ausführung des Bauvorhabens ergab sich, dass dieser finanzielle Rahmen nicht einzuhalten war und der Auftraggeber die Gesamt-

¹²⁷ BGH, Urteil vom 16. Dezember 1993 - VII ZR 115/92 - NJW 1994, 856, juris Rn. 18; OLG Hamm, Urteil vom 15. März 2018 - 21 U 22/17 - juris Rn. 131; OLG Zweibrücken, Urteil vom 25. Juli 2014 - 2 U 33/13 - juris Rn. 72. ff.

¹²⁸ BGH, Urteil vom 16. Dezember 1993 - VII ZR 115/92 - NJW 1994, 856, juris Rn. 18; OLG Oldenburg, Urteil vom 7. August 2018 - 2 U 30/18 - BauR 2019, 1184, juris Rn. 34

kosten nicht finanzieren konnte. Der Auftraggeber hat daraufhin die weitere Ausführung des Bauvorhabens abgebrochen. Er hatte bis zu diesem Zeitpunkt unter Einschluss seiner Eigenleistungen bereits einen Gesamtaufwand von 345.635,31 € erbracht. Der gerichtliche Sachverständige stellte fest, dass das Bauvorhaben in der vom Architekten gefertigten Planung rund 800.000.- DM, also rund 409.000.- €, gekostet hätte. Des Weiteren ermittelte der Sachverständige, dass die bis zum Abbruch der Bauarbeiten erbrachten Gesamtkosten von 345.635,31 € zu einer Wertsteigerung von lediglich 33.600.- € geführt hätten. Dies beruht im Wesentlichen darauf, dass wegen des Abbruchs der Bauarbeiten eine Bauruine entstanden ist, für die ein Markt und ein Interesse potentieller Erwerber kaum vorhanden ist.

Der Auftraggeber hat Schadenersatzansprüche von insgesamt 166.169,86 € geltend gemacht und dazu im Wesentlichen vorgetragen, dass er bei einer zutreffenden Kostenermittlung von der Sanierung des Altbaus abgesehen und stattdessen einen Neubau errichtet hätte. Dieser sei von ihm von vornherein erwogen worden und hätte Gesamtkosten von rund 342.000.- € ausgelöst. Der Architekt habe ihm aber von einem Neubau abgeraten. Sein Schaden liege daher in der Differenz seiner jetzigen Vermögenslage mit jener, die sich bei Durchführung des Neuvorhabens ergeben hätte. Die Wertsteigerung des Grundstücks sei nicht in Abzug zu bringen, da das abgebrochene Bauvorhaben zu einem "Sanierungsfall" geführt habe. In die Gesamtbilanz sei auch einzustellen, dass die Finanzierung wesentlich teurer gewesen sei als bei der Errichtung eines Neubaus.

In einem Grundurteil hatte das Oberlandesgericht die Schadenersatzpflicht des Architekten bereits festgestellt und hierbei auch ausgeführt, dass von der Vereinbarung einer Bausummenobergrenze auszugehen sei und daher ein Toleranzrahmen ausscheide.

Aus den Gründen:

"Randnummer 28

b) Das Landgericht hat bei der Bestimmung der Schadenshöhe - im Ausgangspunkt - zu Recht auf die entstandenen Mehrkosten unter Berücksichtigung der

durch die Baumaßnahmen entstandene Wertsteigerung abgestellt.

Randnummer 29

aa) Eine zwingende Schadensbemessung nach dieser Methode lässt sich der Rechtsprechung allerdings nicht entnehmen. Die von dem Landgericht zitierten höchst- und obergerichtlichen Entscheidungen stellen in erster Linie darauf ab, dass der geschädigte Auftraggeber sich eine Wertsteigerung im Wege des Vorteilsausgleichs anrechnen lassen muss (...) und davon, dass der Schaden bei einer Baukostenüberschreitung grundsätzlich in den über den vorgesehenen Baukosten liegenden tatsächlichen Kosten liege.

Randnummer 30

Demgegenüber ist die Frage der richtigen Schadensbemessung allerdings im Ausgangspunkt allgemeiner zu beantworten. **Die Anknüpfung an die überschießenden Baukosten stellt nur eine Möglichkeit der Schadensbestimmung dar, wobei die Wertsteigerung des Objekts infolge des Mehraufwands grundsätzlich im Wege des Vorteilsausgleichs abzuziehen ist; die Schadensbemessung ist aber insbesondere dann nicht auf diese Methode beschränkt, wenn davon auszugehen ist, dass der Auftraggeber bei zutreffender Beratung von der Baumaßnahme vollständig abgesehen hätte** (vgl. BGH, Urteil vom 21.05.2015 - VII ZR 190/14, NJW-RR 2015, 1048; BGH, Urteil vom 07.07.1988 - VII ZR 72/87, NJW-RR 1988, 1361; OLG Oldenburg, Urteil vom 07.08.2018 - 2 U 30/18, NJW 2019, 1377; ...). Vielmehr ist für die Bemessung des Schadens ein **Vergleich der Vermögenslagen mit bzw. ohne den haftungsbegründenden Fehler unter Berücksichtigung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung vorzunehmen** (vgl. BGH, Urteil vom 07.02.2013 - VII ZR 3/12, BauR 2013, 982; ...).

Randnummer 31

bb) Dies zu Grunde gelegt ist für die Bemessung des Schadens maßgeblich, wie sich der Geschädigte für den Fall, dass er richtig beraten worden wäre, verhalten hätte.

Randnummer 32

(1) **Für die Frage, wie sich der Bauherr bei einer richtigen Kostenschätzung/Beratung durch den Architekten verhalten hätte, ist er darlegungs- und beweisbelastet**, wobei die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens in Fällen wie dem vorliegenden nicht greift (...) ...

Randnummer 33

(2) (a) Der Kläger behauptet zwar, er hätte im Falle einer richtigen Beratung durch den Beklagten von den Sanierungsmaßnahmen hinsichtlich des Altbaus insgesamt abgesehen und das seinem Bruder gehörende Nachbargrundstück zum Preis von 150.000 DM erworben und auf diesem einen Neubau errichtet. Im Verhältnis zu den nach seinen finanziellen Möglichkeiten maximalen Sanierungskosten von 600.000 DM entstehende Mehrkosten aufgrund Grundstückserwerb und Neubauerrichtung hätten durch eine Vermietung des Altbaus finanziert werden können. Es sei ihm deshalb ein ganz erheblicher Schaden entstanden, da er die Sanierungskosten zu 100 % erspart hätte. Den aufzuwenden Grundstückserwerbs- und Neubauerrichtungskosten wären der Wert des dann entstandenen Neubaus sowie die für diesen Fall realisierbaren Mieteinnahmen aus der Vermietung des Altbaus gegenzurechnen.

Randnummer 34

(b) Nach der durchgeführten Beweisaufnahme ist dem Kläger der Beweis, dass er diesen Weg gegangen wäre, indes nicht gelungen; der Senat ist nach der erforderlichen Gesamtwürdigung aller in der Verhandlung zu Tage getretenen Umstände und Beweisergebnisse nicht davon überzeugt, dass der Kläger von den Sanierungsmaßnahmen abgesehen und einen Neubau errichtet hätte....

(Hinweis des Autors: wird weiter ausgeführt)....

Randnummer 45

(3) (a) Der weitere Schritt des Landgerichts, die Wertsteigerung des Gebäudes im Wege des Vorteilsausgleichs von dem Schadensbetrag abzuziehen entspricht im Grundsatz der höchstrichterlichen Rechtsprechung, wobei das Landgericht allerdings zu be-

rücksichtigen gehabt hätte, in welchem Umfang die durch die Sanierung eingetretene **Wertsteigerung des Gebäudes gerade auf die aufgewendeten Mehrkosten** in Höhe von 38.860,18 EUR (entspricht 11,2 % der Gesamtsanierungskosten) **zurückzuführen** gewesen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 21.05.2015 - VII ZR 190/14, NJW-RR 2015, 1048; ...; Urteil vom 13.07.1970 - VII ZR 189/68, NJW 1970, 2018: "... als der zu seinen Lasten gehende Mehraufwand zu einer Werterhöhung ... geführt hat" ...).

Randnummer 46

(b) Es kann allerdings dahinstehen, auf welche Weise diese auf die Mehrkosten zurückzuführende Wertsteigerung zu ermitteln wäre, denn die Grundsätze des Vorteilsausgleichs finden im vorliegenden Fall ausnahmsweise keine Anwendung.

Randnummer 47

Die Grundsätze des Vorteilsausgleichs sind aus Treu und Glauben entwickelt worden; der Vorteilsausgleich findet somit dort seine Grenze, wo das Ergebnis dem Zweck des Ersatzanspruchs zuwiderläuft, das heißt dem Geschädigten nicht mehr zuzumuten ist und den Schädiger unangemessen entlastet (vgl. BGH, Urteil vom 07.11.1996 - VII ZR 23/95, NJW-RR 1997, 402 m.w.N.; OLG München, Urteil vom 15.01.2013 - 9 U 3704/11, juris Rn. 92). Ein solcher Fall ist anzunehmen. So steht dem Gesamtsanierungsaufwand in Höhe von 676.003,90 DM (= 345.635,31 EUR) nach den nachvollziehbaren Ausführungen des Landgerichts im Zeitpunkt der letzten landgerichtlichen mündlichen Verhandlung eine Gesamtwertsteigerung von ohnehin nur 33.600 EUR gegenüber - wobei gemessen für die letzte mündliche Verhandlung vor dem Senat (vgl. BGH, Urteil vom 21.05.2015 - VII ZR 190/14, NJW-RR 2015, 1048; ...) wegen des fortlaufenden Wertverlusts des Gebäudes eine noch geringere Wertsteigerung anzunehmen wäre. ... Maßgeblich gegen eine Berücksichtigung der Wertsteigerung spricht jedoch schließlich, dass ... die tatsächlichen Sanierungskosten eine unverhältnismäßige finanzielle und psychische Belastung für die Familienmitglieder des Klägers bedeutet haben. Ein Vorteilsausgleich ist nach allem dem geschädigten Kläger

nicht zumutbar."

In gleicher Weise hat das Oberlandesgericht Nürnberg von einer Anrechnung der Wertsteigerung abgesehen, wenn diese von den Auftraggebern "mit hohen Schulden, einer überdurchschnittlich langen Bauphase, jahrelangen Geldsorgen und erheblichen Einschränkungen in ihrer gewohnten und gewünschten Lebensführung erkaufte" worden ist.¹²⁹

c) Beispiel für Schadensberechnung:

Für die Berechnung des Schadens gibt es grundsätzlich zwei Modelle,¹³⁰ die aber stets zum selben Ergebnis führen müssen. Ist das Bauvorhaben trotz der Kostenüberschreitung vollständig ausgeführt worden, kann der Schaden meist am einfachsten durch die Differenz zwischen den über dem Toleranzbereich liegenden Mehrkosten und der durch diese Mehrkosten entstandenen Wertschöpfung (anteiligen Wertsteigerung des Grundstücks) ermittelt werden.¹³¹ Dieser (sich auf die betroffenen Rechnungsposten beschränkende) Rechenweg wird nachfolgend noch verdeutlicht. Der andere Weg, der insbesondere bei einem abgebrochenen Bauvorhaben nahe liegt, besteht in einer bilanziellen Gesamtbetrachtung zwischen dem tatsächlichen und dem hypothetischen Kausalverlauf.¹³²

Ausgangspunkt der Schadensermittlung ist bei jedem dieser beiden Rechenmodelle, ob und in welchem Umfang dem Architekten ein Toleranzrahmen zuzubilligen ist. Wie bereits dargelegt, liegt nämlich ein Schaden nur in den über dem Toleranzbereich liegenden Mehrkosten; im Regelfall abzüglich der durch diese Mehrkosten geschaffenen Wertschöpfung.

Innerhalb der Schadensberechnung wirft beson-

dere Schwierigkeiten auf, dass für die Anrechnung nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung die auf die Mehrkosten zurückzuführende Wertsteigerung zu ermitteln ist. In der Regel ist es aber bei einem Bauvorhaben nur begrenzt möglich, die Wertsteigerung isoliert den einzelnen Gewerken zuzuordnen.

Im Regelfall wird deshalb eine eher typisierende Betrachtung erforderlich. Dieser wird die Annahme zu Grunde gelegt, dass alle Gewerke einen gleichen Anteil an der insgesamt durch das Bauvorhaben entstandenen Wertschöpfung haben. Das kann dann zu folgender Schadensermittlung führen:¹³³

Kostenermittlung des Architekten	1.000.000.- Lari
Tatsächliche Gesamtkosten	1.500.000.- Lari
Kostenermittlung zzgl. Toleranzschwelle von 30 %	<u>1.300.000.- Lari</u>
Von Baumehrkosten als Schaden anrechenbar	200.000.- Lari

Wird des weiteren unterstellt, dass der Verkehrswert des Objekts 1.100.000.- Lari beträgt und dass die auf die (den Toleranzbereich übersteigenden) Mehrkosten von 200.000.- Lari entfallende Wertschöpfung nicht konkret bestimmten Gewerken zugeordnet werden kann, würde das vorstehend dargelegte Berechnungsmodell zu folgendem Ergebnis führen:

Der Gesamtaufwand von 1.500.000.- Lari hat zu einer Wertschöpfung (Wertsteigerung des Grundstücks) von 1.100.000.- Lari geführt. Die Wertschöpfungsquote beträgt also 73,33 % des Aufwandes (Relation von 1.100.000.- Lari zu 1.500.000.- Lari). Wird diese Quote mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auf den im Ausgangspunkt ersatzpflichtigen Mehraufwand von 200.000.- Lari übertragen, folgt daraus, dass dieser zu einer anteiligen Wertschöpfung von 146.666.67 Lari (73,33 % von 200.000.- Lari) geführt

¹²⁹ OLG Nürnberg, Urteil vom 24. September 2019 - 6 U 521/17 - juris Rn. 67

¹³⁰ dazu OLG Hamm, Urteil vom 11. Januar 2022 - I-24 U 65/20 - juris Rn. 29, soeben auszugsweise wiedergegeben

¹³¹ OLG Hamm, Urteil vom 11. Januar 2022 - I-24 U 65/20 - juris Rn. 29, soeben auszugsweise wiedergegeben

¹³² BGH, Urteil vom 21. Mai 2015 - VII ZR 190/14 - BauR 2015, 1515, juris Rn. 19; OLG Hamm, Urteil vom 11. Januar 2022 - I-24 U 65/20 - juris Rn. 29, soeben auszugsweise wiedergegeben

¹³³ Die Mehrkosten bei der Finanzierung sowie die durch diese Mehrkosten entstandene Wertschöpfung werden außer Betracht gelassen

hat. Dieser Betrag ist als Vorteilsausgleich auf den Schaden von 200.000.- Lari anzurechnen, so dass sich ein Schadenersatzbetrag von 53.333,33 Lari ergibt.

3. Abweichen von sonstigen Planungszielen

Eine vergleichbare Thematik stellt sich, wenn dem Architekten vertragliche Vorgaben zur Erreichung anderer Planungsziele quantitativen Charakters gemacht werden. Dies gilt etwa, wenn dem Architekten vorgegeben wird, eine bestimmte Wohnfläche oder ein bestimmtes Raumvolumen zu erreichen oder nicht zu überschreiten.¹³⁴ Insoweit wird daher sowohl wegen des rechtlichen Charakters solcher Angaben als auch wegen der Schadensfragen (bindende Grenze oder Toleranzrahmen, Schadensberechnung usw.) auf die obigen Ausführungen unter 1. und 2. verwiesen.

VII. Haftungsfragen bei mehreren Beteiligten

Bauvorhaben zeichnen sich typischerweise dadurch aus, dass mehrere Beteiligte zusammenwirken haben, um das Bauvorhaben realisieren zu können. Hierdurch steht auch der Architekt, der zumindest faktisch das verbindende Glied in der Kette aller am Bau Beteiligter ist, in vielfältigen tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen zu den Bauunternehmen und zu den Fachplanern. Hieraus resultieren vor allem folgende juristischen Fragestellungen:

1. Rechtsstellung des Architekten bei Leistungen Dritter

Insbesondere bei größeren oder technisch anspruchsvollen Bauvorhaben ist neben dem für die Gesamtplanung verantwortlichen Architekten meist auch ein Tragwerksplaner (Statiker) tätig. Nicht selten kommen auch Fachplaner für Sondergewerke, etwa für die Elektrotechnik, für die Lüftungstechnik oder für die Heizungstechnik zum Einsatz. Zudem kann es im Zuge der Durchführung des Bauvorhabens zu einem Wechsel in der Person des für die jeweiligen Leistungsphasen verantwortlichen Architekten kom-

men.

a) Dritter als Erfüllungsgehilfe des Architekten:

Mit der Einschaltung eines Fachplaners oder eines sonstigen Dritten sind keine spezifischen juristischen Probleme verbunden, wenn der Architekt diese Dritten im eigenen Namen beauftragt und sie daher gemäß § 278 BGB (vergleichbar mit Art. 396 ZGB) Erfüllungsgehilfen des Architekten sind (vgl. unter III. 2. a)).

Hierfür genügt aber nicht, dass der Dritte im Auftrag des Architekten handelt. Vielmehr ist gemäß den allgemeinen Voraussetzungen von § 278 BGB, Art. 396 ZGB zusätzlich erforderlich, dass der Dritte eine Leistung erbringt, die der Architekt gegenüber seinem Auftraggeber als Leistungspflicht oder als Obliegenheit zu erbringen hat.¹³⁵ Hieran fehlt es beispielsweise, wenn der Architekt aus Vorsicht „überobligationsmäßig“ ein Bodengutachten einholt, obwohl er im Rechtsverhältnis zu seinem Auftraggeber ein solches Bodengutachten nicht schuldet.¹³⁶ In solchen atypischen Situationen obliegen dem Architekten zwar hinsichtlich dieses Gutachtens die allgemeinen eigenen Verhaltens- und Kontrollpflichten (dazu sogleich unter b)). Er muss sich aber nicht die Versäumnisse des Fachplaners wie eigene Fehler zurechnen lassen.

b) Kontrollpflichten des Architekten:

Bauen die Leistungen des Architekten auf die Vorleistungen anderer Planer auf, können sich deren Fehler in der Planung des Architekten fortsetzen. So wird sich etwa ein Mangel der Tragwerksplanung in der Regel in der Genehmigungs- und in der Ausführungsplanung des Architekten niederschlagen und auch bei diesen zu einem Fehler führen. Eine ähnliche Situation ergibt sich, wenn ein Fachplaner seine Leistungen auf den Planungsgrundlagen des Gesamtplaners aufbaut oder wenn ein (von planenden Architekten personenverschiedener) bauüberwachender Architekt die Unterlagen des planenden Architekten benötigt,

¹³⁴ vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 20. Dezember 2018 - 14 U 44/18 - NJW-RR 2019, 628, juris Rn. 34

¹³⁵ BGH, Urteil vom 19. Dezember 1996 - VII ZR 233/95 - BauR 1997, 488, juris Rn. 17; Eichberger, AnwZert BauR 6/2023 Anm. 2 Abschnitt B I.

¹³⁶ BGH, Urteil vom 19. Dezember 1996 - VII ZR 233/95 - BauR 1997, 488, juris Rn. 17

um die Bauüberwachung sachgerecht vornehmen zu können. Es stellt sich deshalb die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Architekt oder Fachplaner gehalten ist, die Vorleistung auf ihre Mangelfreiheit zu überprüfen, bevor er sie zur Grundlage seiner weiteren eigenen Planungen macht.

Die hierzu ergangene deutsche Rechtsprechung wird nachfolgend an Hand von Planungen aufgezeigt, mit denen der Architekt auf die bautechnischen Vorgaben des Tragwerkplaners aufbaut. Sie gelten sinngemäß jedoch auch für andere Vorleistungen Dritter; beispielsweise wenn (spiegelbildlich hierzu) ein Statiker seine tragwerksplanerische Leistung auf eine fehlerhafte Planung des Architekten aufbaut.¹³⁷

Der Architekt darf sich grundsätzlich auf die Berechnungen eines Statikers verlassen. Er muss sich jedoch vergewissern, dass sie **auf der Grundlage zutreffender und vollständiger bautechnischer Vorgaben** vorgenommen worden sind. Er muss sie zudem auf solche **Fehler oder Unvollständigkeit überprüfen**, die für ihn als Architekten auch ohne Spezialkenntnisse erkennbar sind.¹³⁸

Der Architekt trägt hingegen nicht die (Mit-)Verantwortung für Bereiche, die einem Fachplaner in Auftrag gegeben wurden, wenn die konkrete fachspezifische Frage nicht zum Wissensbereich des Architekten gehört; denn vom Architekten kann eine Mitprüfung neben den Fachplanern nur dort erwartet werden, wo er über die notwendigen fachspezifischen Kenntnisse verfügt.¹³⁹ Hiervon unberührt bleibt, dass der Architekt selbst dann die Tätigkeit der Fachplaner koordinieren muss und zu überprüfen hat, ob sie ihrer Pflicht zur Bauüberwachung hinsichtlich der Sondergewerke nachkommen.¹⁴⁰

2. Gesamtschuldnerische Haftung von Architekt und anderen am Bauvorhaben Beteiligten

Tragen für einen Mangel des Bauvorhabens sowohl der Architekt wegen eines Planungs-, wegen eines Ausschreibungs- oder wegen eines Bauüberwachungsfehlers als auch das Bauunternehmen wegen eines Bauausführungsfehlers Verantwortung, stellt sich die Frage, wie sich die gegen die jeweiligen Schuldner gerichteten Ansprüche zueinander verhalten, vor allem ob eine Gesamtschuld vorliegt. Vergleichbare Fragen stellen sich, wenn es in anderen Fallgestaltungen zu einem multi-kausal verursachten Mangel an einem Bauvorhaben kommt.

a) Grundsätzliche Problematik:

Die spezifische juristische Problematik liegt dabei darin, dass die beiden Ansprüche zumindest zunächst nicht inhaltsgleich sind. Wie bereits dargelegt, stellen sich die dem Architekten zurechenbaren Baumängel im Rechtsverhältnis zu seinem Auftraggeber als Folgeschaden dar. Damit scheidet eine Nachbesserung aus und ist seine Gewährleistungshaftung von vornherein auf Schadenersatz in Geld gerichtet (dazu oben III. 1. c)). Die Gewährleistungsansprüche gegen das Bauunternehmen sind hingegen nach den werkvertraglichen Regelungen im Regelfall zunächst auf Nacherfüllung (Nachbesserung) gerichtet. Das wirft in Bezug auf eine gesamtschuldnerische Haftung zwei Problemstellungen auf:

- Hindert die zunächst unterschiedliche Art des Anspruchs eine gesamtschuldnerische Haftung bzw. kann eine Gesamtschuld erst ab jenem Zeitpunkt in Betracht kommen, zu dem sich der Anspruch auf Nacherfüllung (Nachbesserung) in einen Anspruch auf Schadenersatz in Geld umwandelt und damit beide Ansprüche inhaltsgleich sind?

- Würde das Recht des Bauunternehmens auf Nachbesserung unterlaufen, wenn der Auftraggeber den Architekten auf Schadenersatz in Anspruch nimmt, bevor sich der Gewährleistungsanspruchs gegen das Bauunternehmen in einen Anspruch auf Geldzahlung umgewandelt hat? Zur Erläuterung: Würde bei einer Gesamtschuld der Architekt von seinem Auftraggeber auf Schadenersatz in Anspruch ge-

¹³⁷ OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. Juni 2007 - I-21 U 38/05 - juris Rn. 35

¹³⁸ OLG Köln, Urteil vom 14. April 2021 - I-16 U 118/20 - NJW-RR 2021, 1027, juris Rn. 35; OLG Stuttgart, Urteil vom 24. April 2012 - 10 U 7/12 - BauR 2014, 865, juris Rn. 41; OLG Köln, Urteil vom 17. August 2011 - I-11 U 16/11 - juris Rn. 8

¹³⁹ OLG Köln, Urteil vom 14. April 2021 - I-16 U 118/20 - NJW-RR 2021, 1027, juris Rn. 35

¹⁴⁰ OLG Oldenburg, Urteil vom 24. März 2022 - 14 U 50/17 - juris Rn. 63

nommen, stünde ihm gegen das Bauunternehmen ein Anspruch auf Gesamtschuldnerausgleich zu. Dieser Anspruch könnte aber seiner Art gemäß allein auf Zahlung in Geld oder auf Freistellung von den auf Geld gerichteten Schadenersatzansprüchen des Auftraggebers des Architekten gerichtet sein. Dies würde aber damit kollidieren, dass dem Bauunternehmen zunächst ein Recht auf Nachbesserung zusteht.

Hierzu sei vorab angemerkt, dass sich die deutsche Rechtsprechung trotz dieser Probleme für eine gesamtschuldnerische Haftung entschieden hat. Der letztgenannten Thematik hat sich in Deutschland inzwischen der Gesetzgeber zumindest teilweise angenommen und in § 650t BGB folgendes bestimmt:

"§ 650t Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer

Nimmt der Besteller (Hinweis des Autors: der Auftraggeber) den Unternehmer (Hinweis des Autors: Architekten) wegen eines Überwachungsfehlers in Anspruch, der zu einem Mangel an dem Bauwerk oder an der Außenanlage geführt hat, kann der Unternehmer die Leistung verweigern, wenn auch der ausführende Bauunternehmer für den Mangel haftet und der Besteller dem bauausführenden Unternehmer noch nicht erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat."

Da es in Georgien keine vergleichbare gesetzliche Regelung gibt, wird § 650t BGB im Folgenden ausgeblendet und die Rechtslage so dargestellt, wie sie bis zum Inkrafttreten von § 650t BGB in Deutschland war.

b) Generelle Voraussetzungen für Gesamtschuld:

Als Leitentscheidung gilt in Deutschland der nachfolgende Beschluss des Bundesgerichtshofs.

BGH, Beschluss vom 1. Februar 1965 - GSZ 1/64 - BGHZ 43, 227 - juris (ohne Zitate; die erwähnten Bestimmungen des BGB sind inzwischen überwiegend geändert, Hervorhebungen vom Autor):

"Randnummer 10

... Das vom Architekten versprochene Werk be-

steht im allgemeinen in Bauplanung, Oberleitung und örtlicher Aufsicht (...). Der von dem Architekten auf Grund des mit ihm geschlossenen Vertrages geschuldete Erfolg ist jedoch nicht das Bauwerk selbst als körperliche Sache (...). Er schuldet einen gegenständlichen Erfolg nur insoweit, als ihm die Planung übertragen worden ist. Hinsichtlich der Oberleitung und örtlichen Bauaufsicht hat er durch zahlreiche ihm obliegende Einzelleistungen dafür zu sorgen, daß das Bauwerk plangerecht und frei von Mängeln entsteht und zur Vollendung kommt (...). Der einzelne Bauunternehmer schuldet dagegen nur die mangelfreie Herstellung des von ihm versprochenen Einzelwerkes, also des Mauerwerkes, der Fußböden usw.

Randnummer 11

1. Der Architekt schuldet hiernach, solange nicht Leistungsstörungen den Inhalt der Verpflichtungen verändern, im Sinne des § 421 BGB (Hinweis des Autors: vergleichbar mit Art. 463 ZGB) etwas anderes als der Unternehmer. Dadurch, daß der eine - Architekt oder Bauunternehmer - die von ihm geschuldete Leistung bewirkt, erfüllt er nicht die Verbindlichkeiten des anderen. Architekt und Bauunternehmer sind deshalb, soweit es sich um die Errichtung des Bauwerkes handelt, keine Gesamtschuldner (...).

2.

Randnummer 12

2. Architekt und Bauunternehmer sind dagegen Gesamtschuldner, wenn sie beide wegen eines Mangels am Bauwerk auf Schadensersatz in Geld wegen Nichterfüllung nach § 635 BGB haften. Auch in bezug auf die Erfüllung dieser Verbindlichkeit besteht zwischen ihnen die von der bisherigen Rechtsprechung insoweit für notwendig erachtete rechtliche Zweckgemeinschaft, die nicht nur zufällig und absichtslos zustande gekommen ist. Der Zweck dieser Gemeinschaft ist es, daß Architekt und Bauunternehmer jeder auf seine Art für die Beseitigung desselben Schadens einzustehen haben, den der Bauherr dadurch erlitten hat, daß jeder von ihnen seine vertraglich geschuldeten Pflichten mangelhaft erfüllt hat. Der Bauherr kann sich nach seinem Belieben an

den einen oder den anderen halten. **Er kann aber die Leistung nur einmal fordern. Die Leistung des einen befreit auch den anderen.** Derjenige, der geleistet hat, kann nach Maßgabe des § 426 BGB (Hinweis des Autors: inhaltlich mit Art. 475 ZGB vergleichbar) von dem anderen Ausgleich verlangen. In welchem Umfang der andere auszugleichen verpflichtet ist, hängt von den jeweiligen Umständen ab. Insbesondere ist nach § 254 BGB (Hinweis: vergleichbar mit Art. 415 ZGB) zu berücksichtigen, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder von dem anderen verursacht worden ist (...). Die Prüfung kann zu dem Ergebnis führen, daß der eine Gesamtschuldner gegenüber dem anderen von der Haftung frei ist (...). Das wird oft so sein, wenn der Mangel auf ein Verschulden des Bauunternehmers bei der Herstellung des Bauwerks zurückzuführen ist und wenn der Architekt nur seine Aufsichtspflichten verletzt hat. Es ist aber auch in diesem Fall nicht so, daß im Innenverhältnis die Ersatzpflicht stets allein den Bauunternehmer trifft. Die Umstände können auch dann so sein, daß die Ersatzpflicht im Innenverhältnis aufzuteilen ist und daß sie in ganz besonderen Fällen auch einmal allein den Architekten treffen kann.

...

Randnummer 16

... was Architekt und Bauunternehmer schulden, (ist) auch dann nicht etwas gänzlich Verschiedenes, wenn der Architekt Geldersatz zu leisten und der Bauunternehmer nachzubessern hat. Die Nachbesserungspflicht des Bauunternehmers kann alsbald in eine Schadensersatzpflicht in Geld übergehen (...). Umgekehrt kann der Architekt zwar in der Regel in Fällen wie hier ... nicht nachbessern; denn das würde zu nichts führen. Durch die bloße Änderung eines etwa fehlerhaften Planes würde der Mangel nicht behoben, und die versäumte Bauaufsicht kann nicht nachgeholt werden...

Randnummer 17

Die Verpflichtungen des Architekten und des Bauunternehmers stehen sich also bei der vorliegenden Sachlage nicht nur deshalb besonders nahe, weil sie durch eine enge Zweckgemeinschaft verbunden

sind, die auf die plangerechte und mangelfreie Errichtung des Bauwerkes gerichtet ist, es wohnt ihnen vielmehr darüber hinaus eine besonders enge Verwandtschaft auch deshalb inne, weil ihre inhaltliche Verschiedenheit hart an der Grenze zur inhaltlichen Gleichheit (Identität) liegt.

Randnummer 18

Wenigstens bei einer solchen Fallgestaltung erscheint es geboten, ... das Erfordernis genauer Identität aufzulockern. ... Unerläßliche Voraussetzung für das Bestehen einer Gesamtschuld nach § 421 BGB ist, daß dem Gläubiger mehrere Schuldner in der Weise haften, daß er sich mit der Leistung eines von ihnen zufrieden geben muß. Das ist auch dann der Fall, wenn, wie hier, der Unternehmer nachzubessern, der Architekt dagegen Schadensersatz in Geld zu leisten hat. Bessert der Unternehmer nach, dann kann der Bauherr den Architekten nicht mehr gemäß § 635 BGB in Anspruch nehmen, weil der Schaden behoben ist. Leistet andererseits der Architekt vollen Ersatz in Geld, dann ist der mit dem § 633 Abs 2 BGB verfolgte Zweck erreicht; denn der Bauherr hat die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Mittel erhalten... "

Die Ausführungen in diesem grundlegenden Beschluss hat der Bundesgerichtshof in der Folge mehrfach bestätigt.¹⁴¹ Sie gelten in gleicher Weise, wenn das Zusammenwirken eines Planungsfehlers des Architekten und eines Ausführungsfehlers des (den Planungsfehler schuldhaft nicht erkennenden) Bauunternehmens¹⁴² oder wenn das Zusammenwirken eines Fehlers des Architekten bei der Leistungsbeschreibung und eines Ausführungsfehlers des (den Fehler bei der Leistungsbeschreibung schuldhaft nicht erkennenden) Bauunternehmens zu einem Mangel des Bauwerks geführt haben.¹⁴³

In dieses Gesamtschuldverhältnis werden auch die

¹⁴¹ BGH, Urteil vom 21. Dezember 2000 - VII ZR 192/98 - BauR 2001, 630, juris Rn. 24; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 - VII ZR 65/06 - BauR 2007, 2083, juris Rn. 14

¹⁴² BGH, Urteil vom 19. Dezember 1968 - VII ZR 23/66 - BGHZ 51, 275, juris Rn. 18; OLG Hamm, Urteil vom 22. September 2022 - I-24 U 65/21 - BauR 2023, 1109, juris Rn. 230

¹⁴³ OLG Hamm, Urteil vom 8. Juli 2020 - I-12 U 74/19 - juris Rn. 84

nachfolgenden Bauunternehmen einbezogen, sofern auch das nachfolgende Bauunternehmen für den vom Architekten (mit-) verschuldeten Fehler (mit-) verantwortlich ist (etwa weil es seine eigene Kontrollpflicht hinsichtlich der Mangelfreiheit der Vorleistung verletzt hat) und die **Mängel** in den Werkleistungen beider Bauunternehmen nur **einheitlich behoben** werden können.¹⁴⁴ Eine solche Lage kann etwa entstehen, wenn sowohl der bauüberwachende Architekt (Bauüberwachungsfehler) als auch der nachfolgend tätig werdende Fliesenleger (Kontrollfehler des Nachunternehmens in Bezug auf die Vorleistung des Estrichlegers) das Fehlen von Dehnungsfugen am vom Estrichleger gefertigten Estrichbelag (Bauausführungsfehler des Vorunternehmens) nicht erkannt haben und es hierdurch in der Folge zu Rissbildungen sowohl im Estrich-, als auch im Fliesenbelag kommt. In einer solchen Situation haften alle drei Schuldner dem Auftraggeber gegenüber für die Kosten der Mangelbeseitigung gesamtschuldnerisch, da die fehlerhaften Werkleistungen von Estrichleger und Fliesenleger aufeinander aufbauen und eine Sanierung durch das nachträgliche Einbringen von Dehnungsfugen nur einheitlich erfolgen kann.¹⁴⁵ Wie noch näher dargelegt, stellt sich bei einem solchen multi-kausalen Geschehen zudem die Frage, ob sich der Auftraggeber sowohl gegenüber dem Estrichleger als auch gegenüber dem Fliesenleger ein Mitverschulden anrechnen lassen muss, weil der von ihm beauftragte Architekt den Estrichleger nicht hinreichend überwacht hat (dazu unten 3. b) ee)) und weil in Folge dieses Überwachungsfehlers die Vorleistung, auf welche der Fliesenleger seine Leistungen aufgebaut hat, mangelhaft war (dazu unten 3. b) dd)).

Eine zur Gesamtschuld führende rechtliche Zweckgemeinschaft liegt auch zwischen dem planenden und dem bauüberwachenden Architekten vor, wenn der planende Architekt einen mangelhaften Plan erstellt und der (personenverschiedene) bauüberwachende Architekt keine hinreichenden Maß-

nahmen ergreift, um die Folgen dieses Planungsfehlers abzuwenden.¹⁴⁶

Eine Gesamtschuld besteht allerdings nicht, wenn die für den Mangel am Bauvorhaben Verantwortlichen nicht auf einer Stufe stehen, also der Leistungszweck der einen Verpflichtung gegenüber dem Leistungszweck der anderen Verpflichtung nachrangig ist.¹⁴⁷ An einer solchen Gleichstufigkeit fehlt es, wenn dem Auftraggeber einerseits gegen dem Architekten ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der vertraglichen Objektbegehungspflicht als Teil der Objektbetreuungspflicht nach Leistungsphase 9 (dazu oben II. 2. a) ii)¹⁴⁸ zusteht und ihm andererseits das Bauunternehmen wegen eines ihm zuzurechnenden Mangels des Bauwerks gewährleistungspflichtig ist.¹⁴⁹ Die Objektbegehung erfolgt nämlich nach Abschluss der Bauarbeiten und kann daher, anders als die Objektüberwachung (Bauüberwachung), von vornherein das Entstehen des Mangels nicht verhindern. Ihr Zweck liegt vielmehr darin, das Vorhandensein eines etwaigen Mangels festzustellen und hierdurch dem Auftraggeber die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen gegen das Bauunternehmen zu ermöglichen.

c) Unterlaufen des Nachbesserungsrechts des bauausführenden Unternehmens:

Zu der bis zum Inkrafttreten von § 650t BGB vorhandenen gewesen Gefahr eines Unterlaufens des Nachbesserungsrechts des Bauunternehmens hat der Bundesgerichtshof folgende Auffassung vertreten.

BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 - VII ZR 5/06 - BauR 2007, 1914, juris (Zitate leicht verändert, Hervorhebungen vom Autor):

¹⁴⁴ BGH, Urteil vom 26. Juni 2003 - VII ZR 126/02 - BGHZ 155, 265, juris Rn. 12; OLG Karlsruhe, Urteil vom 12. April 2022 - 19 U 87/20 - juris Rn. 32

¹⁴⁵ OLG Frankfurt, Urteil vom 24. April 2015 - 13 U 193/12 - juris Rn. 37

¹⁴⁶ BGH, Urteil vom 29. September 1988 - VII ZR 182/87 - BauR 1989, 97, juris Rn. 44; OLG Karlsruhe, Urteil vom 12. April 2022 - 19 U 87/20 - juris Rn. 33

¹⁴⁷ BGH, Urteil vom 1. Dezember 2022 - VII ZR 90/22 - BGHZ 235, 215, juris Rn. 35; BGH, Urteil vom 27. Oktober 2020 - XI ZR 429/19 - NJW 2021, 550, juris Rn. 18

¹⁴⁸ nicht zu verwechseln mit der Objektüberwachungspflicht nach Leistungsphase 8

¹⁴⁹ BGH, Urteil vom 1. Dezember 2022 - VII ZR 90/22 - BGHZ 235, 215, juris Rn. 36

"Randnummer 23

Grundsätzlich haftet der Architekt für Bauaufsichtsfehler dem Auftraggeber auf Schadensersatz, wenn es infolge des Fehlers zu einem Mangel des Bauwerks gekommen ist. Der Schadensersatzanspruch kann in Höhe der Mängelbeseitigungskosten berechnet werden. Der Architekt und der Unternehmer sind im Umfang ihrer Haftung Gesamtschuldner (BGH, Beschluss vom 1. Februar 1965 - GSZ 1/64, BGHZ 43, 227). Dem Auftraggeber steht es grundsätzlich frei, ob er wegen eines Mangels am Bauwerk den Unternehmer oder den Architekten, der seine Aufsichtspflicht verletzt hat, in Anspruch nehmen will.

Randnummer 24

b) Allerdings kann sich die Inanspruchnahme eines Gesamtschuldners als rechtsmissbräuchlich darstellen. Der Gläubiger darf bei seinem Entschluss, gegen welchen Gesamtschuldner er vorgeht, nicht jede Rücksichtnahme auf den anderen vermissen lassen. Er hat vielmehr seine Rechte nach Treu und Glauben auszuüben, § 242 BGB. So kann der Auftraggeber ausnahmsweise gehindert sein, einen Architekten wegen eines Bauaufsichtsfehlers in Anspruch zu nehmen, wenn und soweit er auf einfachere, insbesondere billigere Weise von dem Unternehmer die Beseitigung des Mangels verlangen kann (BGH, Urteil vom 2. Mai 1963 - VII ZR 171/61, BGHZ 39, 261...).

Randnummer 25

Geht es allein um den finanziellen Ausgleich des Schadens, ist einem Gesamtschuldner in der Regel jedoch der Einwand versagt, der Gläubiger hätte sich durch rechtzeitigen Zugriff bei dem anderen Gesamtschuldner befriedigen können und müssen. Etwas anderes kann gelten, wenn der Gläubiger arglistig handelt, wenn also sein Vorgehen im Hinblick auf die besonderen Umstände des Falles sich als Missbrauch seines Rechts darstellen würde, die Leistung nach Belieben von jedem Schuldner zu fordern. Als rechtsmissbräuchliches Verhalten wäre das Verhalten des Gläubigers anzusehen, wenn er sich nur deswegen an einen von mehreren Gesamtschuldnern halten und ihm das Regressrisiko aufbürden würde, weil er aus

missbilligenswerten Motiven die Absicht hat, gerade diesen Schuldner zu belasten (BGH, Urteil vom 22. Januar 1991 - XI ZR 342/89, NJW 1991, 1289; ...).

Ob diese Rechtsprechung zwingend war, mag bezweifelt werden. Eine interessengerechte Auslegung der vertraglichen Regelungen hätte es wohl ermöglicht, dem Auftraggeber auch ohne eine ausdrückliche gesetzliche Norm jene Verhaltenspflichten aufzuerlegen, die jetzt der Gesetzgeber in § 650t BGB von ihm fordert. So hat etwa das Oberlandesgericht Dresden die Auffassung vertreten, dass die Inanspruchnahme des Architekten gegen Treu und Glauben verstößt, wenn der Bauunternehmer bereit ist, den Mangel zu beseitigen.¹⁵⁰

3. Rechtsverhältnisse zwischen mehreren am Bauvorhaben Beteiligten

a) Rechtsfragen bei sich fortressendem Mangel:

Wie bereits ausgeführt, treffen den Architekten grundsätzlich Kontrollpflichten, wenn er seine Leistung auf die Leistung eines Dritten, vor allem eines Fachplaners oder Statikers, aufbaut (dazu oben VII. 1. b)). Eine ähnliche Problematik stellt sich, wenn die Leistungen der anderen am Bauvorhaben Beteiligten in Wechselwirkungen zueinander stehen; so etwa, wenn die Leistungen der Bauunternehmen auf einer mangelhaften Planung des Architekten aufbauen oder wenn sich der bei einer Vorleistung entstandene Mangel (obiges Beispiel: fehlende Dehnungsfugen im Estrichbelag) in den nachfolgenden Gewerken fortsetzt (obiges Beispiel: in Folge dessen eintretende Rissbildung beim nachfolgend aufgetragenen Fliesenbelag).

Die entscheidende Ausgangsfrage ist insoweit, inwieweit diese faktischen Wechselwirkungen zu rechtlichen Pflichten oder Obliegenheiten führen. Von der Beantwortung dieser Frage hängt untrennbar ab, ob der Architekt Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers ist; das heißt, ob sich der Auftraggeber in seinem Rechts-

¹⁵⁰ OLG Dresden, Urteil vom 19.10.2016 - 13 U 74/16 - NJW 2017, 1555, juris Rn. 50

verhältnis zu den anderen am Bauvorhaben Beteiligten das Verschulden des Architekten zurechnen lassen muss.

Ein erheblicher Teil der sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen ist in dem nachfolgend unter c) auszugsweise wiedergegebenen Urteil des Bundesgerichtshofs beantwortet.¹⁵¹ Die wichtigsten Ergebnisse dieser Entscheidung sowie einiger weiterer Urteile sollen vorab wie folgt zusammengefasst werden:

b) Rechtliche Einordnung der faktischen Wechselwirkungen:

Zur rechtlichen Einordnung dieser faktischen Wechselwirkungen hat sich in der deutschen Rechtsprechung eine umfangreiche Kasuistik entwickelt. Die wesentlichen Grundsätze lassen sich wie folgt zusammenfassen:

aa) Fehler des Architekten bei der Planung und Leistungsbeschreibung:

Der Auftraggeber schuldet dem Bauunternehmen grundsätzlich eine mangelfreie Planung und eine mangelfreie Leistungsbeschreibung.¹⁵²

Hinsichtlich der zu verwendenden Baustoffe genügt der Auftraggeber seiner Verpflichtung zur vollständigen Leistungsbeschreibung bereits dadurch, dass er die zu verwendenden Materialien in allgemeiner Weise beschreibt. Weist dieser Baustoff eine generelle Eignung auf, darf er davon ausgehen, dass das Bauunternehmen im Stande ist, sich den konkret erforderlichen Baustoff eigenverantwortlich zu beschaffen.¹⁵³ Deshalb war der Architekt beispielsweise in

dem unter III. 2. c) (4) behandelten Fall¹⁵⁴ nicht verpflichtet, die für die Bodenplatte zu verwendene Art des Betons in der Leistungsbeschreibung zu konkretisieren. Der Fehler des Architekten lag daher nicht bei der Leistungsbeschreibung, sondern darin, dass er im Rahmen der Bauüberwachung die minderwertige Qualität des verwendeten Betons nicht erkannt hat.

Schreibt der Architekt allerdings einen konkreten Baustoff vor, hat er für dessen Eignung einzutreten.¹⁵⁵ Dies gilt selbst dann, wenn der Architekt insoweit die **Empfehlung des künftigen bauausführenden Unternehmens aufgreift**. Der Architekt wird durch eine solche Empfehlung nur dann von seiner eigenen (Mit-) Verantwortlichkeit befreit, wenn das Bauunternehmen durch eine (ggf. konkludente) rechtsgeschäftliche Vereinbarung das damit verbundene Risiko übernimmt.¹⁵⁶

Fehler in der Planung und Leistungsbeschreibung lassen grundsätzlich die **gewährleistungsrechtliche Verantwortlichkeit des Bauunternehmens unberührt**. Denn dieses hat in aller Regel über das für eine mangelfreie Ausführung der von ihm übernommenen Bauleistungen erforderliche Fachwissen zu verfügen.¹⁵⁷ Von seiner eigenen (Mit-) Verantwortlichkeit wird das Bauunternehmen daher in der Regel nur befreit, wenn es den Auftraggeber vor Ausführung seiner Werkleistung in der gebotenen Weise auf Bedenken gegen die planerischen Vorgaben des Architekten oder gegen dessen Leistungsbeschreibung hingewiesen hat.¹⁵⁸ Der Umfang dieser Prüfungs- und Hinweispflicht bestimmt sich in erster Linie nach dem vom

¹⁵¹ BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06 - BGHZ 179, 55,

¹⁵² BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06 - BGHZ 179, 55, juris Rn. 35, unter VII. 4. c) auszugsweise wiedergegeben; BGH, Urteil vom 27. September 2018 - VII ZR 45/17 - BauR 2019, 246, juris Rn. 50; BGH, Urteil vom 16. Oktober 2014 - VII ZR 152/12 - BauR 2015, 523, juris Rn. 24; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 8. Juli 2022 - 1 U 97/21 - BauR 2023, 986, juris Rn. 31

¹⁵³ OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. Januar 2006 - I-22 U 114/05 - juris Rn. 23; vgl. auch BGH, Urteil vom 14. März 1996 - VII ZR 34/95 - BGHZ 132, 189, juris Rn. 16

¹⁵⁴ BGH, Urteil vom 10. Juli 2014 - VII ZR 55/13 - NJW 2014, 3511

¹⁵⁵ BGH, Urteil vom 14. März 1996 - VII ZR 34/95 - BGHZ 132, 189, juris Rn. 16

¹⁵⁶ BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 - VII ZR 169/82 - BGHZ 91, 206, juris Rn. 27 f.; BGH, Urteil vom 12. Mai 2005 - VII ZR 45/04 - BauR 2005, 1314, juris Rn. 25, 30

¹⁵⁷ BGH, Urteil vom 23. Oktober 1986 - VII ZR 48/85 - NJW 1987, 643, juris Rn. 8; OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. Juli 2010 - I-5 U 25/09 - BauR 2010, 2142, juris Rn. 75

¹⁵⁸ BGH, Urteil vom 12. Mai 2005 - VII ZR 45/04 - BauR 2005, 1314, juris Rn. 28; BGH, Urteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 328/03 - BauR 2005, 1016, juris Rn. 40; OLG Hamm, Urteil vom 8. Juli 2020 - I-12 U 74/19 - BauR 2021, 1971, juris Rn. 84; OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. Juli 2010 - I-5 U 25/09 - juris Rn. 75

Bauunternehmen zu erwartenden Fachwissen und nach allen Umständen, die bei hinreichend sorgfältiger Prüfung als bedeutsam erkennbar sind.¹⁵⁹

Sinngemäß sind diese Grundsätze auf das Verhältnis zwischen dem Architekten und dem Fachplaner übertragbar. Hierzu wird auf die Ausführungen unter cc) verwiesen.

bb) Fehler bei der Baukoordination:

Im Rahmen der Baukoordination obliegt es dem Auftraggeber bzw. dem für ihn handelnden Architekten, die Leistungen der Bauunternehmen aufeinander abzustimmen.¹⁶⁰ Insoweit wird auf die Ausführungen unter II. 2. a) hh) und III. 1. a) dd) Bezug genommen.

cc) Auswirkungen von Planungsfehlern auf andere Planungs- und Überwachungsleistungen:

Beauftragt der Auftraggeber einen Architekten mit der gesamten Objektplanung (Gesamtplaner) und einen Fachplaner mit der Planung einzelner Gewerke oder mit der Tragwerksplanung, trifft den Auftraggeber (handelnd durch den Gesamtplaner) grundsätzlich die **Obliegenheit, dem Fachplaner die für seine Planung erforderlichen Pläne und Unterlagen zur Verfügung zu stellen.**¹⁶¹ Sind diese Pläne unvollständig oder fehlerhaft, liegt hierin eine Pflichtverletzung. Allerdings bleibt hiervon unberührt, dass auch der Fachplaner grundsätzlich überprüfen muss, ob die ihm überlassenen Unterlagen fehlerfrei und vollständig sind (dazu oben VII. 1. b)).¹⁶²

Auch einem von planenden Architekten personenverschiedenen, also "nur" mit der Bauüberwachung

betrauten Architekten, schuldet der Auftraggeber mangelfreie Pläne.¹⁶³ Nur an Hand dieser Pläne kann der bauüberwachende Architekt kontrollieren, ob die bauausführenden Unternehmen ihre Werkleistung mangelfrei erbringen.¹⁶⁴

Dies entbindet den bauaufsichtsführenden Architekten allerdings nicht davon, dass er die Mangelfreiheit und Vollständigkeit der ihm überlassenen Pläne gemäß den dargelegten allgemeinen Kriterien (dazu oben aa)) überprüft.¹⁶⁵ Diese jeweiligen Obliegenheiten zur fehlerfreien Information und zur wechselseitigen Kontrolle ändern aber nichts daran, dass bei getrennten Vertragsverhältnissen zum Auftraggeber regelmäßig weder der vom Auftraggeber eingeschaltete Sonderfachmann Erfüllungsgehilfe im Vertragsverhältnis zum Architekten ist (dazu oben III. 2. a)) noch spiegelbildlich der Architekt im Vertragsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Fachplaner.¹⁶⁶

Die vorgenannten Prinzipien gelten nicht, soweit - etwa durch eine funktionale Leistungsbeschreibung (dazu oben IV. 1.) - die Planung vertraglich wirksam auf das Bauunternehmen übertragen worden ist.¹⁶⁷ Zudem scheidet eine haftungsrechtliche (Mit-) Verantwortlichkeit des Auftraggebers aus, wenn er einem von ihm beauftragten Architekten oder Fachplaner Unterlagen überlässt, deren Erstellung der Architekt oder Fachplaner als eigene Leistung schuldet. Dann kann der Architekt nicht erwarten, dass dies in Erfüllung einer vertraglichen Pflicht oder Obliegenheit geschieht.¹⁶⁸ Solches kommt etwa in Betracht, wenn

¹⁵⁹ BGH, Urteil vom 8. November 2007 - VII ZR 183/05 - BGHZ 174, 110, juris Rn. 24; OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. Juli 2010 - I-5 U 25/09 - BauR 2010, 2142, juris Rn. 57

¹⁶⁰ BGH, Urteil vom 15.12.1969 - VII ZR 8/68 - WM 1970, 354, juris Rn. 41; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 8. Juli 2022 - 1 U 97/21 - BauR 2023, 986, juris Rn. 32

¹⁶¹ BGH, Urteil vom 14. Juli 2016 - VII ZR 193/14 - NJW 2016, 3022, juris Rn. 16, für Fachplaner der Außenanlage; BGH, Urteil vom 15. Mai 2013 - VII ZR 257/11 - BGHZ 197, 252, juris Rn. 20 ff., für Angaben zu den Boden- und Grundwasserverhältnissen gegenüber dem Tragwerksplaner

¹⁶² BGH, Urteil vom 15. Mai 2013 - VII ZR 257/11 - BGHZ 197, 252, juris Rn. 22; OLG Karlsruhe, Urteil vom 2. März 2017 - 8 U 152/15 - juris Rn. 37

¹⁶³ BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06 - BGHZ 179, 55, juris Rn. 28 ff., auszugsweise wiedergegeben unter VII. 4. c) (1); OLG Karlsruhe, Urteil vom 2. März 2017 - 8 U 152/15 - BauR 2017, 2192, juris Rn. 26, 38 f.

¹⁶⁴ BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06 - BGHZ 179, 55, juris Rn. 35, auszugsweise wiedergegeben unter VII. 4. c) (1)

¹⁶⁵ OLG Karlsruhe, Urteil vom 2. März 2017 - 8 U 152/15 - BauR 2017, 2192, juris Rn. 26

¹⁶⁶ BGH, Urteil vom 10. Juli 2003 - VII ZR 329/02 - BauR 2003, 1918, juris Rn. 31; BGH, Urteil vom 4. Juli 2002 - VII ZR 66/01, BauR 2002, 1719, juris Rn. 12

¹⁶⁷ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 8. Juli 2022 - 1 U 97/21 - BauR 2023, 986, juris Rn. 33; OLG Düsseldorf, Urteil vom 22.11.2013 - 22 U 32/13 - BauR 2014, 851, juris Rn. 124

¹⁶⁸ BGH, Urteil vom 14. Juli 2016 - VII ZR 193/14 - BauR 2016,

nach einem Architektenwechsel der neu beauftragte Architekt mit Leistungen betraut wird, die bereits von dem früheren Architekten ganz oder teilweise erbracht wurden. Überlässt der Auftraggeber in einer solchen Situation die ihm vorliegenden Unterlagen dem nunmehr beauftragten Architekten, geschieht dies, soweit nichts anderes vereinbart ist, auf der Ebene einer reinen "Gefälligkeit".

dd) mangelfreie Vorleistung:

Nicht abschließend geklärt ist, ob der Auftraggeber den bauausführenden Unternehmen gegenüber für eine mangelfreie Vorleistung Sorge zu tragen hat.

Dies wird in der Rechtsprechung jedenfalls dann verneint, wenn das nachfolgende Unternehmen seine Leistung unabhängig davon mangelfrei erbringen kann, dass die Vorleistung mangelhaft ist. In Folge dessen ist **der Vorunternehmer grundsätzlich nicht Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers in dessen Rechtsverhältnis zum Nachfolgeunternehmer.**¹⁶⁹ Eher offen ist hingegen, ob das auch gilt, wenn die Leistungen dergestalt aufeinander aufbauen, dass sich der Mangel der Vorleistung in der nachfolgenden Leistung zwangsläufig fortsetzt und das nachfolgende Unternehmen den Mangel der Vorleistung selbst der Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht erkennen kann.¹⁷⁰ Wegen des Meinungsstandes hierzu wird auf folgende Ausführungen verwiesen:

Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 8. Juli 2022 - 1 U 97/21 - BauR 2023, 986, juris (Zitate leicht verändert, Hervorhebungen vom Autor):

Sachverhalt (stark verkürzt, bautechnisch vereinfacht und leicht verändert):

Die Beklagte als Bauherrin hat mit der (ihren

1943, juris Rn. 18; OLG Karlsruhe, Urteil vom 2. März 2017 - 8 U 152/15 - BauR 2017, 2192, juris Rn. 40; OLG Karlsruhe, Urteil vom 09. März 2010 - 19 U 100/09 - juris Rn. 65

¹⁶⁹ OLG Hamm, Urteil vom 22. September 2022 - I-24 U 65/21 - BauR 2023, 1109, juris Rn. 214

¹⁷⁰ BGH, Beschluss vom 23. Juni 2005 - VII ZR 204/04 – juris, in Verbindung mit OLG Frankfurt, Urteil vom 22. Juni 2004 - 14 U 76/99 - juris Rn. 67; OLG Hamm, Urteil vom 22. September 2022 - I-24 U 65/21 - BauR 2023, 1109, juris Rn. 214

Werklohn einklagenden) Klägerin einen Vertrag über Abdichtungsarbeiten bei dem Neubau einer Wohnanlage geschlossen. Die Klägerin hatte unter anderem Abdichtungsarbeiten auf Balkonen und Laubengängen zu leisten. Nach der Abnahme kam es in den Wohnungen zu Feuchtigkeiterscheinungen und zur Schimmelbildung. Die Beklagte sieht die Ursache hierfür in einer mangelhaften Bauausführung durch die Klägerin und hat gegen deren Werklohnanspruch mit ihren Schadenersatzansprüchen aufgerechnet.

Nach den Feststellungen der Sachverständigen beruhen die Schäden u.a. auf folgenden Ursachen:

- *Die Klägerin hat die Bitumenabdichtung zum Kalksteinmauerwerk unvollständig ausgeführt. Insbesondere wurde diese an den Seiten der Laubengänge und Balkone nicht ausreichend hochgeführt.*

- *Es fehlen Klemmprofile zum wasserdichten Anschluss an den Türen.*

- *Die von einem anderen Bauunternehmen gefertigte Betonplatte hat im Bereich der Türen ein Gegengefälle in Richtung der Wände aufgewiesen, so dass Regenwasser nicht abgeleitet wurde, sondern auf das Gebäude zulief. Die Klägerin hat dessen ungeachtet die Bitumenabdichtung aufgebracht.*

Die Klägerin hält für diese Mängel die Beklagte für mitverantwortlich. Sie trägt hierzu u.a. vor, dass der Beklagten folgende Fehler anzulasten seien:

- *Die von einem anderen Bauunternehmen gefertigte Betonplatte habe ein Gegengefälle aufgewiesen;*

- *der für die Beklagte tätige Architekt habe bei der Festlegung der Höhe der Bitumenbahnen auf dem Außenmauerwerk die Trittblaghöhe unberücksichtigt gelassen;*

- *es fehlten Vordächer über und Rinnen mit Gitterrosten vor den Türen;*

- *das Wärmedämmverbundsystem sei vor Abschluss der Arbeiten zur Bitumenabdichtung über*

diese hinweg hergestellt worden. Es sei daher gar nicht möglich gewesen, die Bitumenabdichtung vollständig anzubringen.

Bei ihrer Schadensberechnung hat die Beklagte den Aufwand für die Beseitigung des Gegengefälles an der Betonplatte als sog. Sowieso-Kosten unberücksichtigt gelassen.

Aus den Gründen:

„Randnummer 38

... Der Vorunternehmer ist (Ergänzung des Autors: hinsichtlich einer Mangelfreiheit der Vorleistung) jedenfalls in bisherigen Entscheidungen nicht als Erfüllungsgehilfe des Bauherrn angesehen worden (BGH, Urteil vom 10.11.2005, VII ZR 64/04, Rn. 32 ...; BGH, Urteil vom 27.10.1999, VII ZR 185/98, Rn. 20 ...). Der Unternehmer nehme es hin, dass der Bauherr, der ein Bauwerk arbeitsteilig errichten lasse, die Vorleistungen typischerweise nicht selbst erbringe. Der Bauherr verpflichte sich typischerweise nicht, eine mangelfreie Vorleistung zur Verfügung zu stellen. Der Vorunternehmer werde so nicht in den Pflichtenkreis des Bauherrn gegenüber dem Unternehmer einbezogen (...).

Randnummer 39

Nachdem der BGH die Verletzung einer Obliegenheit des Bauherrn statt einer Pflicht gegenüber dem Unternehmer für eine Mithaftung hat ausreichen lassen (Urteil vom 27.11.2008, VII ZR 206/06, Rn. 30f. ...), ist erwogen worden, ob der Vorunternehmer Erfüllungsgehilfe des Bauherrn sei, weil es dem Bauherrn obliege, dem bauausführenden Unternehmen die Vorleistungen zur Verfügung zu stellen, die zur fachgerechten Ausführung der Arbeiten notwendig sind...

Randnummer 40

Dagegen ist eingewandt worden, der Folgeunternehmer wisse, dass er sich nicht auf die Qualität von Vorleistungen verlassen könne, deren Herstellung der Bauherr nur begrenzt beeinflussen könne und nicht überwachen müsse, so dass keine Obliegenheit bestehe. ... Der Schutzzweck der Obliegenheit sei nicht betroffen, da der Unternehmer einerseits für seine Leistung nicht in gleicher Weise auf eine mangelfreie Vor-

leistung angewiesen sei wie auf eine mangelfreie Planung, andererseits der Bauherr die Vorleistungen, anders als die Pläne, dem Unternehmer nicht mit dem Ziel zur Verfügung stelle, dass dieser mangelfrei leisten könne (...).

Randnummer 41

Nach Auffassung des Senats sind dem **Bauherrn mangelhafte Leistungen des Vorunternehmers nicht im Wege des Mitverschuldens zuzurechnen**. Man wird zwar nicht bestreiten können, dass der Bauherr ein Eigeninteresse daran hat, dass alle mit ihren Leistungen aufeinander aufbauender Unternehmer mangelfrei leisten, damit ein mangelfreies Bauwerk entsteht. Auch hat der Nachunternehmer dasselbe Interesse an einer fehlerfreien Planung wie an fehlerfreien Vorleistungen, damit er sein Werk fehlerfrei erbringen kann. Er darf sich auch bei der Planung nicht auf deren Mangelfreiheit verlassen, sondern muss sie ihm Rahmen der von ihm zu erwartenden Fachkenntnisse prüfen. Dennoch kann zwischen der Planung und der Vorleistung differenziert werden mit der Folge, dass in der Zurverfügungstellung einer mangelhaften Vorleistung keine Obliegenheitsverletzung, jedenfalls nicht innerhalb deren Schutzzwecks, gesehen werden kann. Die Bauplanung greift unmittelbar in die Leistung des Unternehmers ein, indem sie ihm vorschreibt, wie er sein Werk zu erbringen hat. Die Vorleistung ist dagegen in der Regel lediglich die Grundlage, auf der der Unternehmer sein Werk erbringt. Das gilt jedenfalls dann, wenn er unabhängig von der Qualität der Vorleistung sein eigenes Werk mangelfrei erbringen kann, und sei es nach Abstimmung mit dem Bauherrn durch die Erbringung zusätzlicher Leistungen. Dann ist nur das Vorhandensein der Vorleistung Voraussetzung für die eigene Leistung, sodass durchaus davon gesprochen werden kann, dass die Interessen von Unternehmer und Bauherrn andere sind als bei der Übergabe der Baupläne.

Randnummer 42

Der Unternehmer haftet aber nicht allein für einen Mangel seines Werks, der auf einem Mangel der Vorleistung beruht, den der vom Bauherrn eingesetzte Architekt im Rahmen der Bauüberwachung

hätte verhindern können und den der Nachunternehmer nicht erkennen konnte (OLG Frankfurt, Urteil vom 22.06.2004, 14 U 76/99, Rn. 67). **Auch sind Fälle denkbar, in denen dem Mangel der Vorleistung Planungs- oder Koordinierungsfehler zugrunde liegen, die dem Bauherrn zurechenbar sind.**"

Aus Sicht des Autors spricht viel dafür, dass der Auftraggeber zwar nicht generell gehalten ist, für eine Mangelfreiheit der Vorleistung Sorge zu tragen. Auch wird man ihm verborgene Mängel der Vorleistung nicht ohne Weiteres zurechnen können, da die fehlende Erkennbarkeit für ihn in gleicher Weise gilt wie für das nachfolgende Unternehmen. Anderes muss aber dann gelten, wenn die Mangelhaftigkeit der Vorleistung ihre Ursache nicht nur in Versäumnissen des Vorunternehmers hat, sondern wenn dem Auftraggeber bzw. dem Architekt als dessen Erfüllungsgehilfe ein eigener Pflichtenverstoß anzulasten ist. Dann hat nämlich das Verhalten des Auftraggebers bzw. seines Erfüllungsgehilfen für die Ausführung der nachfolgenden Gewerke eine Gefahrerhöhung geschaffen. Die - dem Auftraggeber erkennbaren - berechtigten Erwartungen des nachfolgenden Bauunternehmens gehen aber dahin, dass ihm derartige vom Auftraggeber herbeigeführte zusätzliche Risiken nicht auferlegt werden. Dies zeigt sich auch darin, dass die haftungsrechtliche Zurechnung als Folgeschaden unzweifelhaft wäre, wenn das nachfolgende Gewerk nicht von einem anderen bauausführenden Unternehmen erbracht worden wäre, sondern von jenem, das auch das unmittelbar vom Versäumnis des Auftraggebers betroffene Gewerk erstellt hat.

In besonderen Sachlagen kann die Pflicht zur Bauüberwachung auch einschließen, dass der Auftraggeber (über den Architekten als seinen Erfüllungsgehilfen) **den nachfolgenden Bauunternehmer vorsorglich auf spezifische Risiken einer Vorleistung hinzuweisen** hat.¹⁷¹ Solches kann etwa in Betracht kommen, wenn die vom Vorunternehmer verwendeten Materialien (etwa wegen ihrer spezifischen chemischen oder physikalischen Eigenschaften) nicht allseits be-

kannte Auswirkungen auf die nachfolgenden Leistungen haben können oder wenn die Werkleistung des Vorunternehmens als Grundlage für die auf ihr aufbauenden Nachfolgeleistungen nur unter bestimmten Voraussetzungen geeignet ist. Der Auftragnehmer ist dann (über seinen Architekten als Erfüllungsgehilfen) nach Treu und Glauben **ausnahmsweise** verpflichtet, das nachfolgende Bauunternehmen darauf **hinzuweisen, wie bei den nachfolgenden Arbeiten verfahren werden muss.**¹⁷²

ee) Obliegenheit zur Bauüberwachung:

Der Auftraggeber schuldet dem bauausführenden Unternehmen grundsätzlich keine Bauüberwachung.¹⁷³

Jedes Bauunternehmen ist im Regelfall allein dafür verantwortlich, dass es im Stande ist, die von ihm übernommene Werkleistung auf Grund eigenen Fachwissens mangelfrei zu erbringen.¹⁷⁴ Setzt der Auftraggeber einen Architekten zur **Bauüberwachung ein, dient** das deshalb **allein der Wahrnehmung eigener Belange des Auftraggebers.**

Allerdings gilt dies nur, wenn sich der Fehler in der Bauüberwachung darauf beschränkt, dass der Architekt den Bauausführungsfehler nicht erkannt oder andere gegenüber seinem Auftraggeber geschuldete Maßnahmen unterlassen hat. Hat er hingegen im Rahmen der Bauüberwachung aktiv in das Bauge-schehen eingegriffen und hierbei fehlerhaft gehan-

¹⁷¹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. November 2019 - I-23 U 208/18 - BauR 2021, 574, juris Rn. 32, für entsprechende Pflicht des Vorunternehmers

¹⁷² vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.11.2019 - 23 U 208/18 - BauR 2021, 574, juris Rn. 32; OLG München, Urteil vom 17.07.2012 - 3 U 658/11 - NJW-RR 2012, 1232, juris Rn. 4

¹⁷³ nahezu einhellige Rechtsprechung: BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06 - BGHZ 179, 55, juris Rn. 29; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 8. Juli 2022 - 1 U 97/21 - BauR 2023, 986, juris Rn. 36; OLG Köln, Urteil vom 13. Januar 2022 - I-7 U 29/21 - BauR 2022, 1666, juris Rn. 31; OLG Hamm, Urteil vom 8. Juli 2020 - I-12 U 74/19 - BauR 2021, 1971, juris Rn. 93; OLG Düsseldorf, Urteil vom 7. Februar 2020 - I-22 U 548/19 - juris Rn. 196; OLG München, Urteil vom 9. Juni 2015 - 9 U 2530/14 Bau, juris Rn. 35; etwas hinterfragend allerdings: OLG Koblenz, Urteil vom 27. September 2016 - 4 U 674/14 - juris Rn. 168

¹⁷⁴ OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. Juli 2010 - I-5 U 25/09 - juris; OLG München, Urteil vom 9. Juni 2015 - 9 U 2530/14 Bau - juris Rn. 35; OLG Düsseldorf, Urteil vom 7. Februar 2020 - I-22 U 548/19 - juris Rn. 196

delt, hat er als Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers dessen Obliegenheiten verletzt.¹⁷⁵

Ganz ausnahmsweise kann die Vornahme einer Bauüberwachung zu den Obliegenheiten eines Auftraggebers zählen. Solches kommt etwa in Betracht, wenn es sich um ein technisch sehr ungewöhnliches und höchst anspruchsvolles Bauvorhaben handelt oder wenn auf Verlangen des Auftraggebers in der Praxis nicht hinreichend erprobte Baustoffe Verwendung finden soll. In solchen Lagen kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass selbst ein auf dem jeweiligen Fachgebiet besonders erfahrenes und kenntnisreiches Bauunternehmen alle baulich erforderlichen Maßnahmen ohne eine begleitende Unterstützung durch den bauaufsichtsführenden Architekten hinreichend verlässlich ausführen kann.

ff) Obliegenheit oder Leistungspflicht?

Bei den entsprechenden Pflichtenstellungen handelt es sich im Regelfall um **Obliegenheiten, keine Leistungspflichten**. Allerdings kann diese Obliegenheit des Auftraggebers durch die vertragliche Vereinbarung zu einer Leistungspflicht erhoben werden.¹⁷⁶ Daraus folgt, dass der Begünstigte im Regelfall keinen Anspruch auf Vornahme dieser Mitwirkungsobliegenheiten hat und seine Leistung auch nicht wegen einer unterbliebenen Mitwirkung zurückhalten kann.

4. Mitverschulden, Gesamtschuldnerausgleich

a) Architekt als Erfüllungsgehilfe, gespaltenes Gesamtschuldverhältnis:

aa) Erfüllungsgehilfe:

Soweit entsprechende Mitwirkungspflichten und Obliegenheiten bestehen und der Auftraggeber zu deren Erfüllung seinen Architekten einsetzt, ist der **Architekt Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers**.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Fischer, AnwZert BauR 3/2020 Anm. 2 Abschnitt G

¹⁷⁶ BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06 - BGHZ 179, 55, juris Rn. 35, auszugsweise wiedergegeben unter VII. 4. c) (1)

¹⁷⁷ einhellige Rechtsauffassung, siehe etwa: BGH, Urteil vom 27. September 2018 - VII ZR 45/17 - BauR 2019, 246, juris Rn. 50; BGH, Urteil vom 14. Juli 2016 - VII ZR 193/14 - BauR 2016, 1943, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 16. Oktober 2014 - VII ZR

Dies gilt auch unabhängig davon, ob das jeweils „geschuldete“ Verhalten als rechtliche Verpflichtung oder als Obliegenheit zu verstehen ist.¹⁷⁸

Unterläuft dem Architekten in einer solchen Situation ein schadensursächlicher Fehler, wird sein Verschulden dem Auftraggeber in seinem Rechtsverhältnis zum bauausführenden Unternehmen gemäß § 278 Abs. 2 Satz 2, § 254 BGB (vgl. zum georgischen Recht: Art. 396 ZGB, Art. 415 ZGB) **zugerechnet**.¹⁷⁹ Tritt dieser zurechenbare Verursachungsbeitrag des Architekten in dessen Rechtsverhältnis zum Bauunternehmen bei einer wertenden Betrachtung nicht zurück (dazu unter IV. 4. c)), mindert sich nach den Grundsätzen des Mitverschuldens der Schadenersatzanspruch des Architekten um dessen interne Haftungsquote. Hiervon unberührt bleibt jedoch, dass der Architekt der Auftraggeber gegenüber unbegrenzt haftet.

bb) Gespaltene Gesamtschuld

Da zwischen dem Architekten und dem bauausführenden Unternehmen eine gesamtschuldnerische Haftung besteht (dazu oben VII. 2.), **führt ein zuzurechnendes Mitverschulden zu einer betragsmäßigen Aufspaltung des insgesamt geschuldeten Schadenersatzbetrages**. Das heißt, dass der Architekt und das Bauunternehmen gesamtschuldnerisch in Höhe jenes Betrages haften, den sie beide als Schadenersatz schulden, also **in Höhe des um die zuzurechnende Mitverschuldensquote verringerten Schadenersatzbetrages**.¹⁸⁰ Hinsichtlich des Differenzbetrages ist

152/12 - BauR 2015, 523, juris Rn. 24; BGH, Urteil vom 12. März 2015 - VII ZR 173/13 - BauR 2015, 1202, juris Rn. 46 für Projektsteuerer

¹⁷⁸ BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06 - BGHZ 179, 55, juris Rn. 31, auszugsweise wiedergegeben unter VII. 4. c) (1)

¹⁷⁹ BGH, Urteil vom 27. September 2018 - VII ZR 45/17 - BauR 2019, 246, juris Rn. 50; BGH, Urteil vom 14. Juli 2016 - VII ZR 193/14 - BauR 2016, 1943, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 16. Oktober 2014 - VII ZR 152/12 - BauR 2015, 523, juris Rn. 24; BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06 - BGHZ 179, 55, juris Rn. 31, auszugsweise wiedergegeben unter VII. 4. c) (1)

¹⁸⁰ OLG Stuttgart, Urteil vom 30. September 2019 - 10 U 107/19 - BauR 2020, 677, juris Rn. 107; OLG Köln, Urteil vom 19. Dezember 2018 - 11 U 110/16 - BauR 2020, 300, juris Rn. 47;

jener Schuldner, dessen Haftungsquote nicht wegen eines anrechenbaren Mitverschuldens gekürzt wird, in den genannten Beispielfällen also der Architekt, Einzelschuldner.

cc) Mitverschuldensquote:

Die Bemessung der Mitverschuldensquote richtet sich nach denselben Gesichtspunkten wie bei der internen Verteilung im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs. Es wird deshalb insoweit auf die nachfolgenden Ausführungen unter b) verwiesen.

b) Gesamtschuldnerausgleich:

Der Ausgleich der Gesamtschuldner richtet sich nach den allgemeinen zu § 426 BGB (korrespondierend Art. 475 ZGB) entwickelten Kriterien.

Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalles, insbesondere die jeweiligen Aufgaben der Beteiligten und deren Verantwortungsbeitrag. Dabei ist in einer mit § 254 BGB (Art. 415 ZGB) vergleichbaren Weise zu prüfen, inwieweit der Schaden unter Berücksichtigung des jeweiligen Aufgabenbereichs vorwiegend vom Architekten oder dem Bauunternehmer als Gesamtschuldner verursacht und verschuldet worden ist.¹⁸¹ In erster Linie kommt es dabei auf das **Maß der beiderseitigen Verursachungsbeiträge** an. Auf das beiderseitige Verschulden ist erst in zweiter Linie abzustellen.¹⁸² **Entscheidend ist also, wessen pflichtwidriges Verhalten den Eintritt des Schadens in erheblich höherem Maße wahrscheinlich gemacht hat.**¹⁸³

Da die Umstände des Einzelfalles maßgeblich sind, gibt es entgegen einer gelegentlich vertretenen Auffassung auch keinen Grundsatz, wonach ein Ausführungsverschulden des Bauunternehmens das Überwachungsverschulden des Architekten immer überwiege. Ebenso wenig gibt es eine Grundregel, wonach ein Planungsmangel immer ein größeres Gewicht habe als ein Ausführungsmangel.¹⁸⁴

Der Auftraggeber und der Architekt bilden hinsichtlich der ihnen zurechnenden Verursachungsbeiträge im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs eine sogenannte Haftungseinheit. Das heißt, dass ihre Verursachungsbeiträge bei der Abwägung wie ein einziger Beitrag behandelt werden.¹⁸⁵ Mit dieser "Gruppenbildung"¹⁸⁶ wird vermieden, dass es durch parallel wirkende Verursachungsbeiträge¹⁸⁷ zu sachlich nicht gerechtfertigten Verschiebungen der Haftungsquote kommt.¹⁸⁸ Gleichermaßen bilden im Regelfall der Fachüberwacher von Sondergewerken und die von ihm zu überwachenden Bauunternehmen der Sondergewerke gegenüber dem das Bauvorhaben allgemein überwachenden Architekten (Gesamtüberwacher) eine Haftungseinheit.¹⁸⁹

Hat das **Bauunternehmen den Mangel der Werkleistung selbst beseitigt**, kann es in den Gesamtschuldausgleich den Wert seiner Nacherfüllungsleistung einstellen; ansonsten die zur Mangelbeseitigung

NJW-RR 2000, 272, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 20. Januar 1998 - VI ZR 59/97 - NJW 1998, 1137, juris Rn. 8; OLG Köln, Urteil vom 13. Januar 2022 - I-7 U 29/21 - BauR 2022, 1666, juris Rn. 38

¹⁸⁴ OLG Stuttgart, Urteil vom 30. September 2019 - 10 U 107/19 - BauR 2020, 677, juris Rn. 159; OLG Stuttgart, Urteil vom 31. Juli 2018 - 10 U 150/17, juris Rn. 39

¹⁸⁵ BGH, Urteil vom 17. Dezember 2009 - VII ZR 172/08 - NJW 2010, 1592, juris Rn. 23

¹⁸⁶ der haftende Schuldner und sein Erfüllungsgehilfe werden quasi als eine Person behandelt

¹⁸⁷ Zur Erläuterung: in dem Dreiecksverhältnis Auftraggeber - Architekt - Bauunternehmen wirkt beispielsweise ein Planungsfehler des Architekten parallel, weil er sowohl zu dessen eigener (Mit-) Verantwortlichkeit führt als auch über die Zurechnung des Handelns als Erfüllungsgehilfe zu einer Verantwortlichkeit des Auftraggebers

¹⁸⁸ BGH, Urteil vom 17. Dezember 2009 - VII ZR 172/08 - NJW 2010, 1592, juris Rn. 23

¹⁸⁹ LG Wuppertal, Urteil vom 12. Oktober 2018 - 17 O 97/12 - BauR 2019, 692, juris Rn. 69 f.

OLG Stuttgart, Urteil vom 31. Juli 2018 - 10 U 150/17 - BauR 2019, 996, juris Rn. 27; Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 17. Dezember 2015 - 4 U 140/14 - NJW 2016, 3186, juris Rn. 96

¹⁸¹ BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06 - BGHZ 179, 55, juris Rn. 32, auszugsweise wiedergegeben unter VII. 4. c) (1); OLG Köln, Urteil vom 13. Januar 2022 - I-7 U 29/21 - juris Rn. 4; OLG Stuttgart, Urteil vom 30. September 2019 - 10 U 107/19 - BauR 2020, 677, juris Rn. 159

¹⁸² BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06 - BGHZ 179, 55, juris Rn. 32, auszugsweise wiedergegeben unter VII. 4. c) (1)

¹⁸³ BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06 - BGHZ 179, 55, juris Rn. 32, auszugsweise wiedergegeben unter VII. 4. c) (1); BGH, Urteil vom 12. Oktober 1999 - XI ZR 294/98 -

aufgewandten Kosten.¹⁹⁰

Beispielhaft soll eine Abwägungsentscheidung nachfolgend aufgezeigt werden.

OLG Celle, Urteil vom 27. Februar 2019 - 14 U 54/18 - BauR 2020, 1196 (Zitate leicht verändert, Hervorhebungen vom Autor):

"Randnummer 41

a) Der Gesamtschuldner-Innenausgleich zwischen einem Architekten und einem Bauunternehmer richtet sich nach den jeweiligen Verursachungsbeiträgen beider Gesamtschuldner, wobei jeweils diejenige Partei, die eine überwiegende Verursachung eines Mangels am Bauwerk durch die andere Partei behauptet, einen über den jeweiligen Kopfteil hinausgehenden Verursachungsanteil des anderen Gesamtschuldners zu beweisen hat. Im Verhältnis zwischen einem planenden und/oder überwachenden Architekten und einem Bauunternehmer gibt es von vornherein keine Vermutung für ein Übergewicht eines bestimmten Verursachungsanteils (Planungsverschulden, Überwachungsverschulden oder Ausführungsverschulden). **Vielmehr hat die Gewichtung der Haftungs- und Verantwortungsanteile unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalles individuell zu erfolgen.** Die Festlegung der Haftungsverteilungsquote und damit die Bewertung und Gewichtung der einzelnen festgestellten Verursachungsbeiträge ist als Rechtsfrage vom Gericht eigenständig zu entscheiden. Grundlage hierfür können Ausführungen eines Sachverständigen zur Bedeutung eines Mitverursachungsanteils aus (bau-) technischer Sicht sein. (OLG Stuttgart, Urteil vom. 31.07.2018 – 10 U 150/17 ...). Bei der Abgrenzung zwischen mehreren Schadensverursachern ist zu berücksichtigen, dass **Planungsfehler grundsätzlich in den Verantwortungsbereich des (planenden) Architekten, Ausführungsfehler hingegen in den Verantwortungsbereich des (bauausführenden) Unternehmers fallen** (vgl. OLG Celle, Urteil vom 18.05.2017 – 7 U 168/16 ...BauR

2018, 139, juris Rn. 28 f.). Die Überwachungspflicht des bauleitenden Architekten dient regelmäßig nicht dem Schutz des bauausführenden Unternehmens, sondern dem Schutz des Auftraggebers (...). Das kann im Einzelfall gleichwohl eine Quotierung rechtfertigen, bei der der überwiegende Haftungsanteil beim planenden Architekten zu verbleiben hat (OLG Celle – 7 U 168/16 aaO – Quote von 70:30 zu Lasten des planenden Architekten, der als planender und bauüberwachender Architekt im Verhältnis zum bauausführenden Unternehmen gleichsam „doppelt“ für den Mangel verantwortlich war und zudem mit der fehlerhaften Planung die Grundursache für den Schadenseintritt gelegt hat). Eine Alleinhaftung des Planers und bauüberwachenden Architekten ist allerdings ein Ausnahmefall.

Randnummer 42

b) Im hier zu beurteilenden Sachverhalt hat sich indes eine schon **vom Ansatz her verfehlte Planung** lediglich während der Ausführung (und auch der Mangelbeseitigungsversuche) perpetuiert und letztlich zwangsläufig den gesamten Mangel maßgeblich verursacht. Die „reinen“ Ausführungsfehler waren demgegenüber nachrangig und in der Gesamtabwägung zu vernachlässigen. ... (Hinweis des Autors: wird im Folgenden umfassend begründet)."

c) Beispiel aus Rechtsprechung:

(1) Ein erheblicher Teil der vorgenannten Fragen ist im folgenden Urteil vertieft zusammengefasst:

BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06 - BGHZ 179, 55, juris (Zitate stark gekürzt und leicht verändert, Hervorhebungen vom Autor):

"Randnummer 28

a) Ob sich der Bauherr im Vertragsverhältnis zum bauaufsichtsführenden Architekten Fehler des planenden Architekten zurechnen lassen muss, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. ...

Randnummer 29

b) Der Senat hat sich zu dieser Frage noch nicht

¹⁹⁰ BGH, Beschluss vom 1. Februar 1965 - GSZ 1/64 - BGHZ 43, 227 - juris Rn. 20; BGH, Beschluss vom 10. August 2022 - VII ZR 243/19 - BauR 2022, 1812, juris Rn. 21

geäußert. Er hat die Frage der Anwendbarkeit der §§ 254, 278 BGB (Hinweis des Autors: vgl. im georgischen Recht Art. 396, 415 ZGB) auf die am Bau Beteiligten lediglich in anderen Konstellationen erörtert (...). So hat er entschieden, dass der **bauaufsichtsführende Architekt nicht Erfüllungsgehilfe des Bestellers** (Hinweis des Autors: Auftraggebers) in dessen Verhältnis zum planenden Architekten ist (BGH, Urteil vom 29. September 1988 - VII ZR 182/87, BauR 1989, 97, ...). Auch im Verhältnis des Bestellers zum Bauunternehmer ist der bauaufsichtsführende Architekt nicht als Erfüllungsgehilfe angesehen worden; der Bauherr schuldet dem Bauunternehmer eine mangelfreie Planung aber keine Bauaufsicht, dieser könne sich daher nicht auf mangelhafte Bauaufsicht berufen. Dagegen ist der **planende Architekt Erfüllungsgehilfe des Bauherrn in dessen Verhältnis zum Bauunternehmer** (zum planenden Architekten: BGH, Urteil vom 7. März 2002 - II ZR 1/00, BauR 2002, 1536, ...; BGH, Urteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 328/03, BauR 2005, 1016, ...; zum bauaufsichtsführenden Architekten: BGH, Urteil vom 18. April 2002 - VII ZR 70/01, NZBau 2002, 514; BGH, Urteil vom 16. Oktober 1997 - VII ZR 64/96, BGHZ 137, 35, ...).

Randnummer 30

c) Es kommt nicht darauf an, ob ein Besteller dem von ihm beauftragten bauaufsichtsführenden Architekten die Vorlage von Plänen in dem Sinne schuldet, dass die Lieferung fehlerhafter Pläne als Verletzung einer Leistungspflicht einzuordnen wäre. Denn in seinem Vertragsverhältnis zum bauaufsichtsführenden Architekten trifft den Besteller jedenfalls eine Obliegenheit, diesem mangelfreie Pläne zur Verfügung zu stellen. Nimmt der Besteller den bauaufsichtsführenden Architekten wegen eines Bauwerkmanagements in Anspruch, der darauf zurückzuführen ist, dass die gelieferten Pläne mangelhaft sind und der bauaufsichtsführende Architekt dies pflichtwidrig nicht bemerkt hat, muss er sich gemäß §§ 254 Abs. 1, 278 BGB das mitwirkende Verschulden des planenden Architekten als seines Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen.

Randnummer 31

aa) § 254 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass bei der

Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt hat. Dieses Verschulden bedeutet nicht die vorwerfbare Verletzung einer gegenüber einem anderen bestehenden Leistungspflicht, sondern ein Verschulden in eigener Angelegenheit. Es handelt sich um ein Verschulden gegen sich selbst, um die Verletzung einer im eigenen Interesse bestehenden Obliegenheit (...). Nach § 254 Abs. 2 Satz 2 BGB, der sich auch auf § 254 Abs. 1 BGB bezieht (...), ist § 278 BGB entsprechend anwendbar. Dem Geschädigten kann die schuldhaft Mitverursachung des Schadens durch Dritte entgegengehalten werden, wenn er sich dieser Personen zur Erfüllung der ihm aus § 254 Abs. 1 BGB im eigenen Interesse treffenden Obliegenheit bedient hat. Hierfür reicht es aus, wenn die Hilfspersonen bei einer für den entstehenden Schaden kausal gewordenen Handlung oder Unterlassung diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen haben, die nach der Sachlage im eigenen Interesse des Geschädigten geboten war (...).

Randnummer 32

Liegt ein Mitverschulden des Geschädigten in diesem Sinne vor, hängt der Umfang der Ersatzpflicht von einer Abwägung der Umstände des Falles ab, wobei insbesondere auf das Maß der beiderseitigen Verursachung abzustellen ist und erst in zweiter Linie auf das Maß des beiderseitigen Verschuldens. **Es kommt für die Haftungsverteilung wesentlich darauf an, ob das Verhalten des Schädigers oder das des Geschädigten den Eintritt des Schadens in erheblich höherem Maße wahrscheinlich gemacht hat** (BGH, Urteil vom 12. Oktober 1999 - XI ZR 294/98, NJW-RR 2000, 272; BGH, Urteil vom 20. Januar 1998 - VI ZR 59/97, NJW 1998, 1137).

Randnummer 33

bb) Diese Grundsätze gelten auch, wenn der Bauherr durch das schuldhaft Verhalten am Bau Beteiligter geschädigt wurde, dabei aber ihm obliegende Mitwirkungshandlungen nicht oder nur unzureichend erbracht hat.

Randnummer 34

(1) Zur Erfüllung eines Bauvertrages sind in zahlreichen Fällen **Mitwirkungshandlungen** des Bestellers

erforderlich. Sofern sich aus dem Gesetz oder den vertraglichen Vereinbarungen nichts anderes ergibt, handelt es sich bei diesen Mitwirkungshandlungen regelmäßig um **Obliegenheiten des Bestellers** (BGH, Urteil vom 16. Mai 1968 - VII ZR 40/66, BGHZ 50, 175, ...; BGH, Urteil vom 21. Oktober 1999 - VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32, ...; ...).

Randnummer 35

(2) Im Rahmen dieser Mitwirkungshandlungen hat **der Besteller dem Unternehmer zuverlässige Pläne und Unterlagen zur Verfügung zu stellen**. Sind diese mangelhaft, muss er sich ein Verschulden des planenden Architekten gemäß §§ 254 Abs. 1, 278 BGB zurechnen lassen. Der Senat hat schon früher darauf hingewiesen, dass ein mitwirkendes Verschulden des planenden Architekten dann vorliege, wenn Pflichten und Obliegenheiten verletzt worden seien, die den Besteller gegenüber dem Unternehmer träfen, wie z.B. die Lieferung von Plänen (...). Zwar hat der Senat später den Begriff "Obliegenheit" nicht mehr verwendet, sondern ausgeführt, der Besteller "schulde" dem Unternehmer zuverlässige Pläne oder "habe" diese zu stellen (...). Diese Formulierung ändert jedoch nichts daran, dass es sich insoweit jedenfalls um eine Obliegenheit des Bauherrn handelt, die allerdings durch die vertragliche Vereinbarung zu einer Leistungspflicht erhoben werden kann.

Randnummer 36

(3) In gleicher Weise trifft den Besteller regelmäßig die Obliegenheit, **dem bauaufsichtsführenden Architekten einwandfreie Pläne zur Verfügung zu stellen**. Vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung der Parteien hat dieser insoweit zwar keinen durchsetzbaren Anspruch; es handelt sich auch nicht um eine Pflicht des Bestellers, deren Verletzung zu einem Schadensersatzanspruch führen könnte. Der Besteller hat aber den bauaufsichtsführenden Architekten zur Risikominimierung eingesetzt; er will durch diese zusätzliche Sicherungsmaßnahme gewährleisten, dass das Bauwerk mangelfrei errichtet wird. Der bauaufsichtsführende Architekt kann diese Aufgabe nur auf der Grundlage mangelfreier Pläne sinnvoll wahrnehmen. Solche zu übergeben liegt daher im eigenen In-

teresse des Bestellers. Daran ändert sich nichts dadurch, dass der bauaufsichtsführende Architekt verpflichtet ist, die ihm überlassenen Pläne auf Fehler und Widersprüche zu überprüfen (...). Das Interesse des Bestellers, durch Übergabe einwandfreier Pläne die Tätigkeit des bauaufsichtsführenden Architekten möglichst zu erleichtern und auch auf diese Weise auf die Errichtung eines mangelfreien Bauwerks hinzuwirken, wird dadurch nicht geringer. Überlässt er dem bauaufsichtsführenden Architekten fehlerhafte Pläne, verletzt er dieses Interesse im Sinne eines Verschuldens gegen sich selbst.

Randnummer 37

(4) Einer Zurechnung des Planungsverschuldens wird zu Unrecht entgegengehalten, der Bauüberwacher habe die Aufgabe, den Besteller vor Schäden aus einer fehlerhaften Planung zu bewahren. Er könne nicht auf eine fehlerfreie Planung vertrauen. Der Schutzzweck der Obliegenheit, einwandfreie Pläne zur Verfügung zu stellen, sei verfehlt, wolle man den bauaufsichtsführenden Architekten entlasten. Wollte man ein Mitverschulden annehmen, käme der fehlerhaften planerischen Vorleistung als der eigentlichen Schadensursache immer das Übergewicht zu und die eigenständige Pflicht des bauaufsichtsführenden Architekten, den Besteller gerade vor den Folgen dieses Verstoßes zu schützen, verkäme zur stets nachgeordneten Randpflicht des Architekten. Der eigenständige Aufgabenkreis des bauaufsichtsführenden Architekten hebe ihn über den anderer Baubeteiligter; insoweit sei er Schutzgarant für den Bauherrn (...).

Randnummer 38

Daran ist richtig, dass der bauaufsichtsführende Architekt eine herausgehobene Stellung unter den Baubeteiligten hat. Ihm obliegt es, für eine mangelfreie Realisierung des Bauvorhabens zu sorgen. Dazu gehört auch in den durch die Aufgabe vorgegebenen Grenzen die Prüfung der ihm vorgelegten Pläne, ob diese geeignet sind, das Bauwerk mangelfrei entstehen zu lassen. Diese herausgehobene Stellung rechtfertigt es jedoch nicht, die Mitwirkung des Bestellers im Rahmen der Haftung entgegen §§ 254, 278 BGB gänzlich unberücksichtigt zu lassen. Es ist auch ein

Zweck der Pläne, eine Grundlage für die Leistung des Objektüberwachers zu schaffen, so dass die Anrechnung eines Mitverschuldens keinesfalls eine Zweckverfehlung wäre (...). Insoweit gilt nichts anderes als für den Bauunternehmer, der die Planung ebenfalls im Rahmen des von ihm zu erwartenden Fachwissens überprüfen muss, mag auch die Prüfungskompetenz des bauaufsichtsführenden Architekten deutlich erweitert sein. Die Zurechnung des Mitverschuldens ist, wie auch im Verhältnis zum Bauunternehmer, sachgerecht. Sie führt insbesondere dazu, dass die Rückgriffs- und Insolvenzrisiken unter den Beteiligten angemessen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls verteilt werden. Ob das auch für die Zurechnung des Planungsverschuldens gegenüber anderen Baubeteiligten gilt, muss der Senat nicht entscheiden.

Randnummer 39

(5) Die in der Rechtsprechung geäußerte Besorgnis, Fehler in der Bauüberwachung würden nicht ausreichend schadensrechtlich sanktioniert, ist unbegründet. **Beruhet der Mangel des Bauwerks darauf, dass der planende Architekt fehlerhaft gearbeitet und der bauaufsichtsführende Architekt dies unter Verletzung seiner Bauaufsichtspflicht nicht bemerkt hat, sind diese Umstände bei der Abwägung der beiderseitigen Verursachungsbeiträge im Rahmen von § 254 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen. Die Verletzung der Bauaufsichtspflicht darf dabei nicht vernachlässigt werden.** Der Bundesgerichtshof hat zwar für möglich gehalten, das Gewicht des Planungsfehlers im Verhältnis zum Ausführungsfehler eines Bauunternehmers könne derart überwiegen, dass der Mitverschuldensanteil des Bauunternehmers ganz zurücktrete (BGH, Urteil vom 19. Dezember 1968 - VII ZR 23/66, BGHZ 51, 275, ...). Er hat in einer älteren Entscheidung auch gemeint, der bauaufsichtsführende Architekt werde im Innenverhältnis zum Bauunternehmer oft von der Haftung frei werden, weil er "nur" seine Aufsichtspflicht verletzt habe (BGH, Urteil vom 1. Februar 1965 - GSZ 1/64, BGHZ 43, 227, ...). Der Senat hat jedoch wiederholt auch darauf hingewiesen, dass die Verletzung von Prüfungs- und Hinweispflichten nicht bagatellisiert werden darf, weil diese in der Regel eine gewichtige Ursache für den Schaden am

Bauwerk darstellen (BGH, Urteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 328/03, BauR 2005, 1016...). Der Verursachungsbeitrag des bauaufsichtsführenden Architekten an dem Bauwerksschaden darf deshalb nicht vernachlässigt, sondern muss unter Berücksichtigung seiner besonderen Aufgabenstellung gewichtet werden. Eine andere Beurteilung würde tendenziell dazu führen, dass der bauaufsichtsführende Architekt (nahezu) haftungsfrei wäre, was der Bedeutung seiner Verpflichtung nicht gerecht würde. Ein vollständiges Zurücktreten der Haftung des bauaufsichtsführenden Architekten wird deshalb nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht kommen.

Randnummer 40

(6) Diese Grundsätze gelten entsprechend, wenn Auftraggeber des planenden und des bauaufsichtsführenden Architekten nicht der Bauherr selbst ist, sondern der Bauherr zunächst einem Architekten sämtliche Architektenleistungen übertragen und dieser sodann den Auftrag getrennt nach Planung und Bauleitung an andere Architekten weitergegeben hat."

(2) Ein weiteres Beispiel für die Abwägung der Verursachungsbeiträge bildet das Urteil des OLG Köln (OLG Köln, Urteil vom 28. November 2019 - I-7 U 166/18 - juris, Rn. 41), das unter IV. 3. (3) auszugsweise wiedergegeben ist.

VIII. Sekundärhaftung

Einem umfassend beauftragten Architekten obliegt es im Rahmen seiner Betreuungs- und Sachwalteraufgabe, die **Ursachen für etwaige Mängel des Bauvorhabens zu ermitteln** (dazu oben V. 2. b)) Hierbei hat der Architekt auch abzuklären, ob ihm eigene Planungs- oder Aufsichtsfehler zur Last fallen. Ist das der Fall, muss er seinen Auftraggeber über seine eigene haftungsrechtliche Verantwortlichkeit unterrichten.¹⁹¹

¹⁹¹ zum Ganzen: BGH, Urteil vom 28. Juli 2011 - VII ZR 4/10 - NJW 2011, 3086, juris Rn. 10 ff.; BGH, Urteil vom 23. Juli 2009 - VII ZR 134/08, BauR 2009, 1607, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 27.

Verletzt er diese Pflicht, führt dies zu einem weiteren Schadenersatzanspruch, dem sog. Sekundäranspruch. Dieser Sekundäranspruch ist, anders als die Planungs- und Bauüberwachungspflicht, nicht auf die Herstellung des geschuldeten Architektenwerks gerichtet. Vielmehr leitet er sich aus einer vertraglichen Nebenpflicht ab. Er ist rechtlich selbstständig und unterliegt einer gesonderten (in Deutschland 30-jährigen) Verjährungsfrist.¹⁹² In dieser längeren Verjährungsfrist liegt die praktische Bedeutung dieses rechtlich selbstständigen Sekundäranspruchs.

Voraussetzung für eine solche Sekundärhaftung ist allerdings, dass sich die Pflicht zur Aufklärung über eigene Fehler aus den übernommenen Betreuungsaufgaben ergibt. Derartige Betreuungspflichten folgen für den umfassend beauftragten Architekten bereits daraus, dass er für die Mängelfreiheit des Bauwerks zu sorgen und dem Besteller auch nach Fertigstellung des Bauwerks bei der Untersuchung und Behebung des Baumangels zur Seite zu stehen hat (vgl. oben V. 2.b)).

September 2001 - VII ZR 320/00 - NJW 2002, 288, juris Rn. 21

¹⁹² BGH, Urteil vom 26. Oktober 2006 - VII ZR 133/04 - NJW 2007, 365, juris Rn. 17

Der Kampf um das Justizsystem in Georgien

„Mehrheitsprinzip“ und „Verrechtlichung“ im Dienste der Clan-Regierung

Assoz. Prof. Dr. Vakhushti Menabde
Ilia State University

Die Unabhängigkeit der Justiz ist ein zentrales Thema für Georgien. Trotz enormer internationaler Unterstützung (die Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit hat unter anderem viele Jahre lang die justizielle Reform in Georgien unterstützt), wurde dieses Problem weder nach der Rosenrevolution gelöst, als die revolutionäre Regierung der Versuchung nachgab, die Justiz zu unterwerfen, noch nach der Machtübernahme durch Partei „Georgischer Traum“, die ihr eigenes Modell zur Unterwerfung des Justizapparats schuf (Ironischerweise hat der Parlamentssprecher Georgiens, Shalva Papuashvili, lange Zeit im Rahmen des deutschen Projekts zur Justizreform gearbeitet). In seinem Artikel schreibt der Zivilaktivist und außerordentliche Professor an der Ilia State University, Vakhushti Menabde, über das Modell der „Clan-Regierung“ im Justizsystem. Dieser Artikel war der erste Versuch, die Geschichte und Struktur der „Clan-Regierung“ zu beschreiben. Vakhushti Menabde enthüllt auch die unsichtbaren internen Strukturen der „Schattenregierung“, die nicht nur für die Justiz oder für Georgien typisch sind, sondern auch für die meisten postsowjetischen Länder.

Vorwort

Die Unabhängigkeit der Justiz war schon immer eine zentrale Sorge des innerpolitischen Lebens in Georgien, sie hat aber in den letzten Jahren auch eine außerpolitische Bedeutung gewonnen. Am 16. Juni 2022 hat die Europäische Kommission Georgien zwölf Empfehlungen vorgeschrieben und den Statuserwerb eines EU-Kandidaten davon abhängig erklärt. Eine der Empfehlungen bezog sich auf das Justizsystem.

Heute steht das georgische Justizsystem unter der vollen Kontrolle einer einflussreichen Gruppe von Richtern, dem sogenannten "Clan". Es besteht eine unausgesprochene Vereinbarung zwischen dem Clan und der politischen Regierung, wonach jeder Gerichtsfall, der für die Regierung von der Interesse ist, zugunsten dieser regierenden Partei „Georgischer Traum“ entschieden werden soll. Im Gegenzug greift die Partei fast nie in das Justizsystem ein oder beeinflusst Entscheidungen in den anderen Fällen, die einen Großteil von Fällen bilden. Dies mag das Gefühl erwecken, dass das Justizsystem autonom ist, aber in

Wirklichkeit sind einzelne Richter weit davon entfernt, unabhängig zu sein.

„Georgischer Traum“ kam 2012 an die Macht und regiert seitdem das Land. Die Partei übernahm die Verwaltung des Justizsystems von der „Vereinten Nationalen Bewegung“. „Georgischer Traum“ trug dazu bei, die „Clan-Regierung“ in diesem System zu etablieren und eine unausgesprochene Vereinbarung zu treffen. Das heutige Modell unterscheidet sich vollständig von dem unter der „Vereinten Nationalen Bewegung“. Früher war alles direkt der herrschenden Gruppe untergeordnet. Jetzt genießt der Clan Autonomie, setzt diese jedoch nicht im Interesse der Gesellschaft ein, sondern um seine eigenen Ambitionen zu befriedigen und um eigenen Wohlstandswillen. Die andere Seite der Vereinbarung ist, dass die Clan-Mitglieder in wichtigen Fällen nach den Anweisungen der herrschenden Partei die Urteile fassen müssen.

Der Zweck dieses Artikels ist es, das clan-regierte georgische Justizsystems zu beschreiben, aufzude-

cken, wie es entstanden ist, wie es sich entwickelt hat und wie es heute funktioniert.

1. Der Hintergrund der Reform

In der ersten Hälfte des Jahres 2012, als die „Vereinte Nationale Bewegung“ noch an der Macht war, veröffentlichte die Coalition for an Independent and Transparent Judiciary, die aus über dreißig nichtstaatlichen, Wirtschafts- und Medienorganisationen bestand, einen ausführlichen Bericht, der eine systematische Analyse der katastrophalen Situation des Justizsystems darstellte, das zu dieser Zeit von der herrschenden Regierungsgruppe kontrolliert wurde, mit dem Justizminister Zurab Adeishvili an der Spitze. Die grundlegenden Probleme, die im Bericht herauskristallisiert wurden, waren die „unzureichende Beteiligung des Richterkorps an den Prozessen“ und die „Konzentration von Befugnissen in den Händen einer Regierungsabteilung“. Entsprechend wurden Lösungen für das Problem vorgeschlagen, wie die interne Demokratie gefördert und die Unabhängigkeit der Richter sichergestellt werden könnten, beide Maßnahmen hätten zu einer Distanzierung der politischen Macht vom Justizsystem geführt.

Georgien ist ein Einheitsstaat. Innerhalb des damaligen rechtlichen Rahmens konnte ein gewählter Präsident und die Mehrheit des Einkammerparlaments die Behörden des Justizsystems, die die Befugnisse zur Ernennung und Absetzung von Richtern inne hatten, direkt und frei kontrollieren. Das Hauptproblem war das „Mehrheitsprinzip“ (eine Logik der Verteilung von Befugnissen, bei der die Opposition keinen Einfluss auf die Prozesse nehmen kann).

Basierend auf diesen Prämissen erklärte die damalige oppositionelle Partei „Georgischer Traum“ in ihrem Wahlprogramm ausdrücklich, dass die „Vereinte Nationale Bewegung“ die Kontrolle über das Justizsystem hatte, das zu einer „Unterabteilung der Staatsanwaltschaft“ degradiert wurde. Die neue Regierung setze sofort eine Reform des Justizsystems in Gang, die zu dieser Zeit von der Justizministerin Thea Tsulukiani geleitet wurde.

2. Misserfolg des „georgischen Traums“ und Einlassung auf die Vereinbarung

Das dreistufige System von ordentlichen Gerichten in Georgien besteht aus Stadtgerichten, Berufungsgerichten und Kassationsgerichten. Diese sind insgesamt mit über dreihundert Richtern besetzt. Gemäß der georgischen Verfassung wird das Justizsystem vom Hochrat der Justiz geleitet. Die Mehrheit seiner fünfzehn Mitglieder wird von einer Richterkonferenz gewählt. Von den Laienmitgliedern des Hochrates der Justiz wird eines vom Präsidenten ernannt, fünf vom Parlament (mit einer 3/5-Mehrheit), während der Vorsitzende des Obersten Gerichtshofs ex officio Mitglied ist. Der Hochrat der Justiz ernennt und entlässt Richter der beiden unteren Gerichte. Die Richter des Obersten Gerichtshofs werden vom Parlament auf Vorschlag des Präsidenten und seit 2018 auf Vorschlag des Hochrates der Justiz ernannt.

Die Reform begann im Jahr 2013, und ein „erstes Packet“ von Gesetzen wurde vom Parlament am 1. Mai desselben Jahres genehmigt. Die meisten Änderungen basierten auf den Empfehlungen der Koalition. Allerdings ist es der politischen Regierung nicht gelungen, der Kritik bei ihrem Versuch zu entgehen, das Justizsystem unter ihren Einfluss zu bringen. Die meiste Kritik richtete sich gegen die vorzeitige Abberufung von Richtern und die Ernennung der Richter des Hochrates. In beiden Fällen hatten die Justiz und die parlamentarische Mehrheit entscheidende Stimmen, während der parlamentarischen Minderheit die Möglichkeit genommen wurde, den Prozess zu beeinflussen. Das Mehrheitsprinzip blieb bestehen.

Anstatt institutionelle Garantien zu schaffen, um den Hochrat der Justiz mit Mitgliedern zu besetzen, die unvoreingenommen und daher in der Lage wären, einen Konsens zu finden (damit ein System entstehen könnte, das vollständig frei von externem Einfluss ist und gegen internen Einfluss resistent wäre), entschieden sich die Führer des „georgischen Traums“ von Anfang an, nach „zuverlässigen“ Kandidaten zu suchen, was für den Ruf der Reform abträglich war. Angeblich versuchte die neue Regierung auf diese Weise, das System von Personen zu säubern, die dem

alten Regime loyal waren, und sie durch solche zu ersetzen, die dem neuen Regime loyal sind.

Trotzdem erreichte die parlamentarische Mehrheit nicht ihr Ziel, das Justizsystem zu unterwerfen. Ein paar Wochen nach Verabschiedung des neuen Gesetzes veranstalteten die Richter eine Konferenz und wählten neue Mitglieder des Hochrates der Justiz bei einem Sieg, der von Richtern errungen wurde, die gegenüber dem „georgischen Traum“ oppositionell eingestellt waren. Die Regierung musste den nächsten Schritt in Richtung ihres Ziels unternehmen. Deshalb beschloss sie, den Einfluss der Mehrheit im Hochrates der Justiz zu verringern, ihre Macht zu beschränken und die auf Lebenszeit erfolgende Ernennung von oppositionell gesinnten Richtern zu verzögern.

Am Ende des Jahres 2013 trat die geänderte Verfassung in Kraft. Sie führte die lebenslange Ernennung von Richtern anstelle der zehnjährigen Amtszeit für Richter gemäß der vorherigen Verfassung ein. Die Verfassungsänderungen sahen jedoch eine dreijährige Probezeit vor der lebenslangen Ernennung vor, genau die Lücke, die der georgische Traum ausnutzte. Im Ergebnis war der Hochrat nicht mehr in der Lage, Richter direkt auf Lebenszeit zu ernennen.

Dies war ein wesentlicher Bestandteil der „zweiten Welle“ der Justizreform, die Kritik von Gerichten sowie von internen und externen Beobachtern hervorrief. Gleichzeitig nahmen die Ereignisse am Hochrat eine dramatische Wendung, als eine Konfrontation zwischen den gewählten Richtern und den von den neuen Behörden ernannten Laienmitgliedern begann.

Eine grundlegende Änderung der Strategie der politischen Regierung erfolgte während der dritten Phase der Reform. Im Frühjahr 2015 erarbeitete das Justizministerium ein Paket von Änderungen, von denen drei besondere Aufmerksamkeit verdienen: (1) Gerichtsvorsitzende sollten von den Richtern gewählt werden, (2) das für die Wahl der Laienmitglieder des HCoJ erforderliche Quorum sollte auf eine absolute parlamentarische Mehrheit reduziert werden und (3) die Anzahl der Mitglieder des Obersten Gerichtshofs

sollte auf achtundzwanzig erhöht werden. Die erste dieser Änderungen sollte die vertikale Struktur schwächen, die gegen den „georgischen Traum“ arbeitete; die zweite zielte darauf ab, die Entscheidung über die Hochrat-Mitglieder, die durch das parlamentarische Quotensystem ernannt wurden, von den Vorlieben der politischen Mehrheit abhängig zu machen; die dritte ermöglichte es, ein neues Machtgleichgewicht im Obersten Gericht zu schaffen. Nur die erste Änderung wurde von der Koalition gutgeheißen.

Die erste parlamentarische Anhörung zu den Entwurfänderungen fand im Oktober 2015 statt. Die Beratung der Änderungen wurde bald darauf ausgesetzt und erst einige Monate später fortgesetzt. Es besteht kein Zweifel daran, dass die politische Regierung und die Gruppe von einflussreichen Richtern in diesem Zeitraum eine Einigung erzielten. Bemerkenswert ist, dass das Paket von Änderungen zu diesem Zeitpunkt erheblich verändert wurde, um einflussreichen Richtern mehr Macht zu verleihen. Die „dritte Welle“ der Reform wurde schließlich Anfang 2017 genehmigt.

Zu diesem Zeitpunkt war klar, dass die Konfrontation zwischen den Behörden und dem Clan vorbei war. Es gab eine Vereinbarung, die es den politischen Autoritäten ermöglichte, Einfluss auf das Justizsystem zu nehmen, während eine Gruppe einflussreicher Richter Garantien für Immunität und eine Carte Blanche für die interne Kontrolle erhalten hatte.

Das Hauptziel der „dritten Welle“ der Reform bestand darin, gesetzliche Barrieren zu beseitigen, die dem Clan die Kontrolle über das Justizsystem erschwerten. Alle darauffolgenden Gesetzesreformen – sei es die „vierte Welle“ (2017–2019) oder die gesetzliche Annahme des Verfahrens zur Ernennung der Richter des Obersten Gerichtshofs – dienten nur dazu, die Illusion von Fortschritt zu schaffen. Die führende Rolle in diesem Prozess wechselte vom Justizministerium zum Parlament, das sich für die Verfolgung der „Verrechtlichung“ (d. h. den Ersatz politischer Prozesse durch rechtliche Verfahren und die Verwendung technokratischer Methoden zur Lösung politischer Probleme) aussprach, aber die Mehrheitslogik und das Diktat intakt ließ.

Das war auch die Zeit, als die Verfassungsreform begann (sie wurde Ende 2017 vom Parlament genehmigt). Trotz positiver Veränderungen, wie der Ernennung von Laienmitgliedern des Hochrates auf Grundlage von Konsens, erwiesen sich die vorgeschlagenen Maßnahmen als unzureichend, um einen Durchbruch in der Justizreform zu erzielen, insbesondere da das gesamte Verfassungssystem innerhalb der Mehrheitslogik verblieb.

Eine wichtige Phase der Reform war die Annahme des Verfahrens zur Besetzung der Kassationsgerichte, gefolgt von einem langen und komplexen Prozess der Genehmigung der Richter Kandidaten des Obersten Gerichtshofs zuerst beim Hochrat der Justiz und dann im Parlament, mitten in der Konfrontation zwischen der Regierung-Clan-Koalition auf der einen Seite und der Opposition, der Zivilgesellschaft und internationalen Akteuren auf der anderen Seite. Dieser Prozess verwandelte sich bald in eine Farce, weil "neu erlassene Vorschriften dem 'Clan' nicht im Wege stehen konnten, solche Kandidaten an das Parlament zu schicken, die für sie akzeptabel waren". Das Parlament stimmte vierzehn von zwanzig vom Hochrat nominierten Kandidaten zu.

Alles hatte sich im Kreis gedreht. Ursprünglich gab es die Hoffnung, wenn auch unbegründet, dass der „georgische Traum“ die Kassationsgerichte nicht dem Clan überlassen würde, aber dann wurde offensichtlich, dass der Clan und die Regierung die vakanten Stellen einfach zwischen sich aufgeteilt hatten. Anfangs versuchte die herrschende Gruppe, das System von Personen zu säubern, die dem alten Regime loyal waren, und sie durch solche zu ersetzen, die dem neuen loyal wären. Dann jedoch ergriffen sie Maßnahmen, um die „Clan-Herrschaft“ über das Justizsystem zu garantieren und gleichzeitig die Illusion des Fortschritts zu schaffen.

3. Paradigmenwechsel in der Reform

Die Idee, das Justizsystem den Interessen der politischen Autoritäten zu unterwerfen, war von Anfang an fehlerhaft, aber es dauerte einige Jahre, bis Beobachter dies erkannten. Obwohl der erste Koalitions-

bericht das Mehrheitssystem kritisierte, tat der zweite umfassende Bericht dies nicht.

Das führende Paradigma der justiziellen Reform für Georgien war zunächst die der Verrechtlichung. Die anfängliche Kritik am Justizsystem zielte darauf ab, die politischen Machtstützinstrumente innerhalb des Systems zu identifizieren und zu eliminieren. Nach dem Machtwechsel im Jahr 2012 wurde die Reform jedoch darauf umgelenkt, Verfahren auszuarbeiten und technokratische Elemente zu verbessern. Seit 2014 waren die Hauptbefürworter und Unterstützer dieses Paradigmas die ausländischen Partner Georgiens, der Ombudsmann und die Mehrheit der Zivilgesellschaft, die ihr Modell (angeboten von der Venedig-Kommission (der Europäischen Kommission für Demokratie durch Recht des Europarats), der OSZE und anderen internationalen Organisationen sowie der Expertengemeinschaft) auf der Überzeugung aufbauen, dass die Transparenz und Legitimität justizieller Entscheidungen oder die Einhaltung der Regeln für Berufungen allein dem Land ein unabhängiges Justizsystem bieten können, das dem öffentlichen Interesse dient. Im Gegensatz dazu erwies sich die Strategie der politischen Autoritäten und des Clans, das Justizsystem nach ihren Interessen zu formen, als realistisch. Die politischen Autoritäten und der Clan erkannten recht bald, dass das von der Zivilgesellschaft entwickelte Konzept der justiziellen Reform zu ihren Gunsten funktionieren würde, weil, wie Justizsystemforscherin Sopho Verdzeuli es ausdrückte, "legislative Reformen nur die Formen der Machtausübung konkretisieren und die Logik der Machtverteilung nicht beeinflussen".

Im Zusammenhang mit den verfassungsrechtlichen Änderungen empfahl die Koalition: (1) die Regelung für die Wahl der fünf Laienmitglieder des Hochrates von Justiz durch das Parlament so zu ändern, dass eine "Beteiligung nicht nur der regierenden, sondern auch der oppositionellen politischen Kräfte" sichergestellt wird; (2) die Probezeit für Richter abzuschaffen; (3) die Hochrat-Richter aufgrund einer offenen Abstimmung und begründeter Entscheidungen zu ernennen; (4) die Wahl der Richter des Obersten Gerichtshofs durch das Parlament auf Vorschlag des Hochrates abzuschaffen.

Diese Empfehlungen blieben immer noch im Rahmen des alten Paradigmas der Verrechtlichung und boten weder eine Lösung für das politische Problem der Unterordnung der justiziellen Reform noch einen Weg, das System abzubauen. Die Koalition ging einen langen Weg, bevor es ihr gelang, ihre Vision an die veränderten Realitäten anzupassen. Der Wendepunkt auf diesem Weg ereignete sich Ende 2018, als der Hochrat zehn Kandidaten für Richter am Obersten Gericht aufstellte, und zwar in einer Weise, die alle verärgerte.

Von diesem Moment an begannen der zivile Sektor und die internationale Gemeinschaft stillschweigend frühere Fehler einzugestehen und verlagerten den Fokus von technischen Problemen auf politische. Diese Verschiebung spiegelte sich in ihren Empfehlungen wider. Obwohl der Diskurs der Verrechtlichung weiterhin dominant war, begannen die Empfehlungen mehr und mehr Fragen aufzuwerfen, die das bestehende Machtgefüge infrage stellten. Es wurde vorgeschlagen, über Themen zu diskutieren, die für eine Konsensdemokratie wichtig sind, wie die Entscheidungsfindung des Hochrates bei der Nominierung von Kandidaten durch doppelte Mehrheit (mit Unterstützung von 2/3 der Richtermittglieder und einer 2/3-Mehrheit der Laienmitglieder des Hochrates) oder die Ernennung der Richter des Obersten Gerichts auf der Grundlage eines Konsenses zwischen der regierenden Partei und der Opposition. In diesem Zusammenhang war besonders wichtig der offene Brief von Mitgliedern der Zivilgesellschaft, der offen erklärte: "Es ist irrig anzunehmen, dass die Ausarbeitung von Auswahlverfahren und Kriterien für die Richter am Obersten Gericht die Krise, mit der das Justizsystem konfrontiert ist, beheben könnte. Der einzige Ausweg aus dieser ernststen Situation ist der Rücktritt der Mitglieder des sogenannten 'Clans', zusammen mit ihren 11 Unterstützern im Hohen Rat der Justiz. Erst danach könnten wir wirklich über die Reform des Rates sprechen."

Der letzte Tropfen, der das Fass der Geduld der Zivilgesellschaft in Bezug auf den technokratischen Ansatz zum Überlaufen brachte, war das im September 2020 verabschiedete Gesetz. Das Parlament leitete den Prozess zur Änderung der Regeln für die Zusammen-

setzung des Obersten Gerichtshofs erneut ein und erfasste im Wesentlichen die Empfehlungen zur Verwendung eines meritokratischen Ansatzes bei der Ernennung von Richtern. Die Koalition entschied, dass sie ihren Ansatz grundlegend ändern müsse, weil die bisherige Theorie sich nicht bewährt hatte. "Die Probleme des georgischen Justizsystems stammen nicht aus dem Mangel an Verfahren, sondern aus dem Einfluss der Regierung und der unkontrollierten Macht einer informellen Gruppe", erklärte die Koalition, die sich sechs Jahre lang auf Verfahrensfragen konzentriert hatte.

Eine demokratische Reform des Justizsystems wurde in zwei wichtigen Dokumenten skizziert, die von der Young Lawyers Association of Georgia im Mai und Juni 2021 veröffentlicht wurden. Ein Dokument legte einen konzeptionellen Rahmen fest, der sich von dem bisher führenden Paradigma der justiziellen Reform unterschied. Das andere Dokument enthielt konkrete Empfehlungen zur Reform und eine Beschreibung einer demokratischen Reform, die auf dem Übergang vom Mehrheitsansatz zum konsensualen Ansatz basierte. Interessant ist die Tatsache, dass der Abschnitt des "Charles Michel-Abkommens" (das von Charles Michel, dem Präsidenten des Europäischen Rates, am 19. April 2020 den Behörden und der Opposition Georgiens vorgeschlagene Abkommen) zur georgischen Justiz immer noch im Rahmen des Paradigmas der Verrechtlichung lag und keine expliziten Forderungen nach substantziellen Reformen enthielt.

Sehr bald entwickelte die Koalition ein endgültiges Konzept für die justizielle Reform in dem Dokument mit dem Titel "A New Perspective on Judicial Reform". Das Dokument umfasste vier Punkte. Die ersten beiden bezogen sich auf die konsensuale Zusammensetzung des Hochrates der Justiz und anderer Gerichte, der dritte Punkt forderte eine Untersuchung und Bewertung der "Clan-Herrschaft" durch eine parlamentarische Kommission; der vierte Punkt überlegte die Möglichkeit des "Vettings", d.h. das Wiederherstellen des Vertrauens zu ernannten Richtern durch eine zusätzliche Bewertung und gegebenenfalls den Austausch einiger von ihnen. Die Koalition sah keinen Sinn darin, über andere Themen zu

diskutieren, bevor diese vier gelöst waren. Die Hauptleistung in dieser Zeit bestand darin, dass die Venedig-Kommission in ihrer Resolution, die sich darauf konzentrierte, den Laienmitgliedern eine bedeutende Rolle in der Entscheidungsfindung des Hochrates zu geben, zum ersten Mal die Notwendigkeit eines Konsenses ansprach.

Zusammenfassend muss festgestellt werden, dass die Konfrontation zwischen dem Paradigma der Verrechtlichung und dem politischen Paradigma auch ein Kampf um die justizielle Macht war. Welche Interessen sollte diese justizielle Macht vertreten: die des Volkes oder der Machteliten? In diesem ungleichen Kampf gingen der Clan und die politische Regierung als Sieger hervor, weil sie leise ein Netzwerk der Macht aufbauten, während die Zivilgesellschaft und ihre Verbündeten all ihre Energie auf geringfügige Reformen verwendeten. Es dauerte neun Jahre, bis sie realisierten, dass das Netzwerk der Macht und seine Zentren geändert werden mussten. In dieser Zeit haben sie ihre anfänglichen Vorteile verschwendet.

„Georgischer Traum“ und der Clan hingegen verschwendeten keine Zeit damit, unwichtige Außenposten zu verteidigen, sondern stärkten stattdessen die Machtzentren und Systemkontrollzentren. Sie haben auf viele Forderungen ihrer Gegner im Rahmen des Verrechtlichungsparadigmas eingewilligt, aber im Gegenzug, indem sie über diese Fragen verhandelten, kauften sie sich Zeit, um das System zu stärken und zu vervollständigen.

4. Die Lösung: Konsensdemokratie

Ein komplexes und schwer zu beschreibendes Problem erfordert einen besonderen Ansatz. Daher

hat es einen grundlegenden Paradigmenwechsel im Ansatz der Zivilgesellschaft und internationaler Akteure zur justiziellen Reform in Georgien gegeben.

Heute zweifelt niemand daran, dass die Diskussion technischer Fragen mit der politischen Regierung, wie etwa prozeduralen Verbesserungen, Berufungen, Begründung justizieller Entscheidungen usw., nichts weiter als ein Spiel auf fremdem Terrain ist. Alle Hauptakteure sowohl in Georgien als auch im Ausland sind sich einig, dass die Befreiung des Justizsystems von der Clan-Herrschaft und Regierungs-Untertanenschaft und seine künftige Rückkehr im Dienst des Volkes politisches Nachdenken über die Frage der Macht erfordert.

Dies schafft eine gute Gelegenheit, eine Diskussion über ein demokratisches System im Land zu beginnen. Heute basiert das politische System auf dem Mehrheitsprinzip, was breite Teile der Gesellschaft von der Mitgestaltung von Politiken und der Ausübung von Macht ausschließt. Die oben genannten Ansätze, auf die das Konzept der justiziellen Reform der Koalition und die Vereinbarung vom 19. April setzen, stärken die Unterstützung der Reform im Geiste der Konsensdemokratie in Georgien.

Das Modell der Konsensdemokratie bietet ein Instrument, um das Land dabei zu unterstützen, die Polarisierung zu überwinden, die auf der Logik des Nullsummenspiels basiert. Dieses Modell sollte nicht nur positive Veränderungen im Justizsystem, sondern auch in allen anderen politischen Bereichen des Landes bringen, damit der Staat endlich den Interessen des Volkes und nicht der Eliten dient.

Nelson v. Lewis

Appellate Court of Illinois, Fifth
District March 3, 1976, Filed
No. 75-432

Reporter

36 Ill. App. 3d 130; 344 N.E.2d 268; 1976 Ill. App. LEXIS 1994

JO ANN NELSON, a Minor, by Eric D. Nelson, her Father and Next Friend, Plaintiff-Appellant, v. GEORGE N. LEWIS, Defendant-Appellee

Prior History: APPEAL from the Circuit Court of St. Clair County; the Hon. ROBERT L. GAGEN, Judge, presiding.

Disposition: Affirmed.

Counsel: Fleming & Fleming, of O'Fallon, for appellant.

Vincent J. Hatch, of Brady, Donovan & Hatch, of Belleville, for appellee.

Judges: Mr. PRESIDING JUSTICE KARNS delivered the opinion of the court. JONES and G. J. MORAN, JJ., concur.

Opinion by: KARNS

Opinion

Plaintiff, by her father and next friend, brought an action under the Illinois "dog-bite" statute (Ill. Rev. Stat. 1973, ch. 8, par. 366) for injuries inflicted upon her by defendant's dog. From judgment entered on a jury verdict for the defendant, she appeals.

On the date of her injury, plaintiff Jo Ann Nelson, a 2 1/2-year-old, was playing "crack-the-whip" in defendant's backyard with his daughter and other children. Jo Ann was on the end of the "whip." The testimony shows that after she had been thrown off the whip, Jo Ann fell or stepped on the dog's tail while

the dog was chewing a bone. The dog, a large Dalmatian, reacted by scratching the plaintiff in her left eye. There was no evidence that plaintiff or anyone else had teased or aggravated the dog before the incident, nor was there evidence that the dog had ever scratched, bitten, or attacked anyone else. According to its owner, the dog had not appeared agitated either before or after the incident. As a result of her injuries, Jo Ann incurred permanent damage to a tear duct in her left eye. It was established that Jo Ann's left eye will overflow with tears more frequently and as a result of less irritation than normal, but that her vision in the eye was not affected.

Our statute pertaining to liability of an owner of a dog attacking or injuring persons provides:

"If a dog or other animal, without provocation, attacks or injures any person who is peacefully conducting himself in any place where he may lawfully be, the owner of such dog or other animal is liable in damages to such person for the full amount of the injury sustained." (Ill. Rev. Stat. 1973, ch. 8, par. 366.)

Under this statute there are four elements that must be proved: injury caused by a dog owned or harbored by the defendant; lack of provocation; peaceable conduct of the person injured; and the presence of the person injured in a place where he has a legal right to be. (*Siewerth v. Charleston*, 89 Ill. App. 2d 64, 231 N.E.2d [***3] 644 (1967); *Messa v. Sullivan*, 61 Ill. App. 2d 386, 209 N.E.2d 872 (1965); *Beckert v. Risberg*, 50 Ill. App. 2d 100, 199 N.E.2d 811 (1964) *rev'd on other grounds*, 33 Ill. 2d 44, 210 N.E.2d 207 (1965).) There is no dispute but that the dog caused the plaintiff's injury; the defendant owned the dog; the plaintiff's conduct was peaceable; and she was injured in a place where she had a legal right to be. The issue presented is whether plaintiff's unintentional act constitutes "provocation" within the meaning of the statute.

It appears that this issue has not been passed upon by an Illinois court. The statute does not distinguish between intentional and unintentional acts of provocation and thus, defendant argues, an unintentional act, so long as it provokes an animal or dog, may constitute provocation. Defendant's position, that the mental state of the actor who provokes a dog is irrelevant, is consistent with the commonly understood meaning of provocation. Provocation is defined as an act or process of provoking, stimulation or incitement. (Webster's Third New International Dictionary 1827 (1961).) Thus it would appear that an unintentional act can constitute provocation within the plain meaning of the statute.

Only three reported decisions have considered the question of provocation within the meaning of this statute. In *Siewerth v. Charleston*, the court held there was provocation where the injured boy and his

companion kicked a dog three times. The argument was there raised that provocation meant only an intentional act, but the court did not pass upon this contention as it found the injured boy's acts in kicking the dog clearly intentional and provoking. In *Messa v. Sullivan*, the court found no provocation on the part of the plaintiff where she walked into a hallway patrolled by a watchdog that attacked her on sight. The court held the acts of the plaintiff did not constitute provocation within the intent of the statute and that plaintiff had a right to be on the defendant's premises. While plaintiff argues that in *Messa* the plaintiff did not intend to provoke the dog and there was no provocation found, it appears that the court's holding was based on a determination that plaintiff's actions and conduct were not of a provoking nature, not on any determination of the intent with which plaintiff's acts were done. The court stated that it did not believe "provocation" within the meaning of the statute was intended to apply to a situation where a vicious dog interpreted a visitor's nonthreatening movements as hostile actions calling for attack. Similarly in *Steichman v. Hurst*, 2 Ill. App. 3d 415, 275 N.E.2d 679 (1971), it was held that the acts of a postal carrier in spraying the defendant's dog with a repellent was not provocation. Although language in the decision might be read to mean that absence of intent by the plaintiff to provoke is material, we do not believe that this is an accurate reading of the opinion. In *Steichman* the letter carrier had previous difficulties with defendant's dog and had made several efforts to avoid the dog on the day she was attacked. The court characterized her conduct as "reasonable measures for self protection evoked by the dog's actions and deterring him only momentarily." Thus, the plaintiff's acts, although intentional, did not amount to an incitement or provocation of the dog, triggering the attack.

In the present case, it was admitted that the plaintiff jumped or fell on the dog's tail; that the dog was of a peaceful and quiet temperament; and that the dog was gnawing on a bone when the incident occurred. Under these circumstances, we believe that the Dalmatian was provoked, although the provocation was not intentional.

Plaintiff argues that since her act was unintentional, or that because she was of an age at which she could not be charged with scienter, she did not provoke the dog within the meaning of the act. Although her counsel presents a strong argument for interpreting the instant statute to impose essentially strict liability upon a dog owner for injuries caused to a child of tender years, we cannot agree that the public policy of this State compels the adoption of such a standard.

At common law in Illinois, one injured by a dog could recover from the owner only if he could prove that the dog had manifested a disposition "to bite mankind" and that the dog's keeper or owner had notice of this disposition. (*Chicago & Alton R.R. Co. v. Kuckkuck*, 197 Ill. 304, 64 N.E. 358 (1902); *Domm v. Hollenbeck*, 259 Ill. 382, 102 N.E. 782 (1913); *Klatz v. Pfeffer*, 333 Ill. 90, 164 N.E. 224 (1928).) He could not recover for an injury resulting from his own contributory negligence either by knowingly exposing himself to the dangerous dog (*Chicago & Alton R.R. Co. v. Kuckkuck*) or by provoking the dog. (*Keightlinger v. Egan*, 65 Ill. 235 (1872).) A dog owner's liability rested upon negligence, and he could be liable only if he harbored a "vicious" dog. Thus, one injured by a dog bore a substantial burden of proof.

The instant statute, and its immediate predecessor, substantially eased this burden imposed by the common law. It eliminates the requisite proof that the dog was vicious towards humans and that the owner knew of this disposition, and made irrelevant questions of the injured person's contributory negligence (other than provocation). (*Beckert v. Risberg*, 33 Ill. 2d 44, 210 N.E.2d 207 (1965).) We do not believe, however, that it was meant to impose strict liability on dog owners for all injuries caused by dogs, except those intentionally provoked. Instead this act was apparently drawn to eliminate as much as possible any inquiry into subjective considerations. Whether the injured person was attacked or injured while conducting himself in a peaceful manner in a place where he could lawfully be are all matters which require no inquiry into a person's intent. We believe that the determination of "provocation" should also be made independently of such consider-

ations. A determination of provocation does not require consideration of the degree of willfulness which motivates the provoking cause. Had the legislature intended only intentional provocation to be a bar to recovery we think it would have so specified. Its conclusion apparently was that an owner or keeper of a dog who would attack or injure someone without provocation should be liable. This implies that the intent of the plaintiff is immaterial. Nor do we think that the plaintiff's status as a child of tender years should relieve her of all responsibility for a provoking act. Our Supreme Court in *Beckert v. Risberg*, 33 Ill. 2d 44, 210 N.E.2d 207 (1965), sanctioned a jury instruction in the language of the statute where the plaintiff was a 3-year-old boy. Although the court did not specifically address the issue, it appears by implication that a young child is not exempted from responsibility for his or her acts which provoke a dog under this statute.

We have been referred to decisions from other jurisdictions which permit an injured person to recover for unintentional acts which "provoke" a dog. Two of these cases, however, were decided on common law negligence theories, the courts concluding that these unintentional acts did not constitute contributory negligence. (*Smith v. Pelah*, 2 Strange 1264, 93 Eng. Rep. 1171 (1795); *Fake v. Addicks*, 45 Minn. 37, 47 N.W. 450 (1890).) Another case applied a statute which provided for strict liability for injuries inflicted by a dog unless the injury was voluntarily brought on by plaintiff with full knowledge of the probable consequences. (*Wojewoda v. Rybarczyk*, 246 Mich. 641, 225 N.W. 555 (1929).) These decisions are inapposite in that while they arise from similar factual situations they were decided upon legal theories which placed emphasis upon the injured person's scienter.

Although we believe that the instant statute does not impose liability upon a dog owner whose animal merely reacts to an unintentionally provocative act, the present appeal does not involve a vicious attack which was out of all proportion to the unintentional acts involved. (E.g., *Messa v. Sullivan*.) The Dalmatian here apparently only struck and scratched plaintiff with a forepaw in response to the plaintiff's stepping or falling on its tail while it was gnawing on a bone,

an act which scarcely can be described as vicious. Therefore we hold that "provocation" within the meaning of the instant statute means either intentional or unintentional provocation; that the defendant's dog was provoked by the plaintiff's unintentional acts and did not viciously react to these acts; and

that no reversible error was committed in the trial court.

For the foregoing reasons, the judgment of the Circuit Court of St. Clair County is affirmed.

This decision has been transmitted by Avtandil Sopromadze