

baurecht

Zeitschrift für das gesamte öffentliche und private Baurecht

in Verbindung mit der ARGE Baurecht
im Deutschen Anwaltverein

in Zusammenarbeit mit der Deutschen
Gesellschaft für Baurecht

HERAUSGEBER

Karl-Heinz Keldungs, Düsseldorf,
Vors. Richter am OLG a.D.

Dr. Oliver Koos, Frankfurt,
Rechtsanwalt

Prof. Stefan Leupertz, Kleve,
Richter am BGH a.D.

Rüdiger Pamp, Karlsruhe,
Vors. Richter am BGH

Björn Retzlaff, Berlin,
Vors. Richter am KG

Jens Saurenhaus, Münster,
Vors. Richter am OVG

Dr. Burkhard Siebert, Wiesbaden,
Bauindustrieverband Hessen-
Thüringen



Heft 3
März 2026
Seiten 495–634
57. Jahrgang
Art.-Nr. 24515603

3

AUS DEM INHALT:

Aufsätze

Dellen/Eschenbruch Der Bauvertrag – ein digitales Modell? • S. 497

Schmeel Die bewilligte Hypothek- Alternative zur Bausicherheit des
§ 650f BGB? • S. 508

Lüttgau Der „Wohnungsbauturbo“- Praxisfragen • S. 513

Rechtsprechung

Festsetzung der Größe der Grundflächen (BVerwG, Urt. v. 16.09.2025 –
4 CN 2.24) • S. 536

Festsetzung zum Anteil von Dauerwohnungen bei Errichtung von
Wohngebäuden in einem Sondergebiet (BVerwG, Beschl. v.
10.11.2025 – 4 BN 12.25) • S. 539

Sofortige Räumung eines Hochhauskomplexes wegen
Brandschutzmängeln (OVG NRW, Urt. v. 12.11.2025 – 7 A 2985/21)
• S. 553

Verjährungsbeginn beim Heimfallanspruch i.S.v. § 36 Abs. 1 WEG
(BGH, Urt. v. 05.12.2025 – V ZR 238/24) • S. 570

§ 16 Abs. 5 SO Bau 2004 sieht kein Anhörungsrügeverfahren
entsprechend § 321a ZPO vor (BGH, Beschl. v. 09.10.2025 –
I ZB 20/25) • S. 604

Zulässiges Grundurteil (BGH, Urt. v. 11.12.2025 – VII ZR 124/24)
• S. 611

Werner Verlag

Die Zeitschrift baurecht digital nutzen auf Wolters Kluwer Online

So funktioniert's

- Öffnen Sie shop.wolterskluwer-online.de/code und melden Sie sich mit Ihren Wolters Kluwer Online-Nutzerdaten an.
- Geben Sie den unten abgebildeten Freischaltcode ein.
- Die Zeitschrift steht Ihnen ab sofort zur Online-Nutzung zur Verfügung.
- Bei Rückfragen kontaktieren Sie uns gerne unter Tel. 02233/3760-7050



Ihr Freischaltcode:
WZ9FNLW8M

Auch im Handel erhältlich



Wolters Kluwer

shop.wolterskluwer-online.de →



Björn Retzlaff

Mangelbeseitigung ist kein Vorteil

Mit seinem Urt. v. 27.11.2025 (VII ZR 112/24) hat der Bundesgerichtshof eine in langdauernden Mängelprozessen immer wieder kontrovers diskutierte Frage entschieden: Hat der Besteller eines Bauwerks Vorteilsausgleich zu leisten, wenn ihm durch die Beseitigung eines Mangels auf Kosten des Unternehmers eine deutlich verlängerte Nutzungsdauer des Werks verschafft wird?

Entdeckung, Aufklärung und Beseitigung eines Baumangels sind häufig eine langwierige Geschichte. Die auf Rechnung des verantwortlichen Unternehmers durchgeführte Sanierung kann – je nach den Maßnahmen, die im Einzelfall erforderlich sind – zur Folge haben, dass der Besteller viele Jahre nach der Fertigstellung nicht nur die Mangelbeseitigung, sondern zugleich eine „kostenlose Verjüngungskur“ für das Bauwerk erhält und damit in der Gesamtschau eine längere Nutzungsdauer, als er ursprünglich erwarten durfte. Da man als Rechtsanwender stets den Satz im Hinterkopf hat, ein Geschädigter dürfe nicht schlechter, aber eben auch nicht besser stehen, als er ohne das schädigende Ereignis stünde: Handelt es sich bei einer solchen verlängerten Nutzungsdauer nicht um einen Vorteil, für den der Besteller dem Unternehmer einen Ausgleich zu leisten hat?

Für bestimmte Konstellationen hatte die Rechtsprechung einen solchen Vorteilsausgleich bereits in der Vergangenheit klar verneint: So ist kein Ausgleich angezeigt, wenn das Werk durch die Sanierung überhaupt erst bestimmungsgemäß für den Besteller nutzbar wird. Hier führt die Mangelbeseitigung genau genommen gar nicht zu einer Verlängerung der Nutzungsdauer, tatsächlich wird diese nur in die Zukunft verschoben. Ebenso wenig muss es einen Vorteilsausgleich geben, wenn die *nutzungsverlängernde späte Sanierung* darauf zurückzuführen ist, dass der Unternehmer jahrelang seine Verantwortlichkeit für den Mangel in Abrede gestellt hat. Es wäre widersinnig, würde ein solches Verhalten nachträglich mit einer Haftungsmilderung belohnt.

Wie aber ist es, wenn keiner dieser Fälle vorliegt und die *nutzungsverlängernde späte Sanierung* darauf zurückzuführen ist, dass der Mangel erst nach einiger Zeit zutage trat und die Nutzbarkeit des Bauwerks bis dahin überhaupt nicht beeinträchtigte? So verhält es sich insbesondere, wenn der Mangel nur die Haltbarkeit des Bauwerks mindert und sich dies nur in einem schleichenden Prozess zeigt – typisches Beispiel: Herstellungsmängel bei Asphalt- oder Betonfahrbahnen. Hier kann es sein, dass die Sanierung die Nutzungsdauer eines bis dahin hinreichend nutzbaren Werks in der Gesamtschau in einem Umfang verlängert, wie es sie ohne die Sanierung nicht gegeben hätte. Wenn sich zudem der Unternehmer im Prozess der Mangelaufklärung konstruktiv verhalten hat: Könnte ein Vorteilsausgleich dann nicht angezeigt sein?

Nein – so heißt es in der genannten Entscheidung. Seine auf den ersten Blick strenge Aussage begründet der VII. Zivilsenat überzeugend mit der Rechtsnatur des Nacherfüllungsanspruchs: Dieser dient dazu, dem Besteller ohne Wenn und Aber das geschuldete mangelfreie Werk zu verschaffen, das er

bisher noch nicht erhalten hat. Deshalb soll er bei der erstmaligen Erreichung dieses Ziels nicht mit einem Abzug von Vorschuss- oder Erstattungsanspruch oder – im Falle der Nacherfüllung in Natur durch den Unternehmer – einer zusätzlichen Zahlungspflicht belastet werden.

Das bedeutet, salopp gesprochen: Wenn der Besteller im Ergebnis durch die Mangelbeseitigung ein neu hergestelltes und somit länger nutzbares Werk erhält, dann ist es eben so. Und der Satz, dass ein Geschädigter durch die Schadensbeseitigung nicht besser gestellt werden dürfe, als er ohne den Schaden stünde, lässt sich eben nicht eins zu eins auf das Recht der Mängelhaftung übertragen und auch nicht vollkommen wertungsfrei anwenden.

Weiterhin möglich ist allerdings der Vorteilsausgleich wegen „Sowieso-Kosten“; dies betont der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung. Aber bei der Anrechnung von Sowieso-Kosten handelt es sich um nichts anderes als die Zahlung einer hypothetischen Mehrvergütung: Der Besteller muss sich einen Ausgleich dafür anrechnen lassen, dass er durch die Mangelbeseitigung ein Werk erhält, für das er auch bei von vornherein mangelfreier Herstellung mehr hätte bezahlen müssen. Bei der sanierungsbedingten Nutzungsverlängerung ist es anders: In puncto Beschaffenheit des Werks erhält der Besteller hier nicht mehr als das, was er mit dem Werkvertrag auch bezahlt hatte.

In der Rechtsanwendung ist das strenge, aber überzeugende Urteil des Bundesgerichtshofs gut umsetzbar. Denn wer – abweichend vom Bundesgerichtshof – einen Ausgleich für die sanierungsbedingte Verlängerung der Nutzungsdauer gewähren wollte, müsste diese auch beziffern. Das ist vor allem dann nicht einfach, wenn man es mit einem Fall im Graubereich zwischen den Lehrbuchbeispielen zu tun hat, bei dem sich der Haltbarkeitsmangel zwar schon vor der Sanierung in Form einer Funktionsminderung gezeigt hat, aber eben „nur ein bisschen“: Müsste diese Beeinträchtigung des Bestellers den anzurechnenden Vorteil nicht wieder schmälern? Im konkreten Fall könnte es einen nicht unerheblichen weiteren Aufklärungsbedarf bedeuten, wenn dieser Frage nachgegangen werden müsste.

Vor diesem Hintergrund hat der BGH eine klare und in der Praxis gut handhabbare Entscheidung getroffen, die in der Schlussphase von so manchem lang dauernden Mängelprozess noch Bedeutung erlangen wird.

VRiKG Björn Retzlaff, Berlin
Mitherausgeber

INHALT 3 · 2026

Editorial
BauR-news
Impressum

Nachruf

Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Andreas
Jurgeleit (1960 – 2026) verstorben 495

Aufsätze

Der Bauvertrag – ein digitales Modell?
Alexander Dellen/Klaus Eschenbruch 497

Die bewilligte Hypothek- Alternative
zur Bausicherheit des § 650f BGB?
Günter Schmeel 508

Der „Wohnungsbauturbo“- Praxisfragen
Thomas Lüttgau 513

Rechtsprechung

Öffentliches Baurecht

Bauplanungsrecht

Nieders. OVG 21.10.2025 – 12 KN 4/25
Normenkontrollantrag gegen Konzentrations-
flächenplanung für Windenergie, Feststellung
nach § 5 Abs. 2 WindBG 524

Nieders. OVG 06.10.2025 – 1 KN 116/23
Antragbefugnis bei eigentumsähnlichem Recht,
Erkennbarkeit von Grunddienstbarkeiten
im Rahmen der Abwägung

Nieders. OVG 12.12.2025 – 1 MN 112/25
Artenschutzrechtliche Kompensations-
maßnahmen

BVerwG 16.09.2025 – 4 CN 2.24
Festsetzung der Größe der Grundflächen

BVerwG 10.11.2025 – 4 BN 12.25
Festsetzung zum Anteil von Dauerwohnungen
bei Errichtung von Wohngebäuden in einem
Sondergebiet

I OVG Rh-Pf 18.09.2025 – 1 C 10343/24.OVG
V Bekanntmachung nach ergänzendem Verfahren,
Ausfertigung durch ausgeschlossenen
Bürgermeister 540

Nieders. OVG 09.12.2025 – 1 LA 46/25
Funktionslosigkeit eines Bebauungsplans bei
ausschließlicher Wohnnutzung im Mischgebiet 545

Bauordnungsrecht

OVG NRW 17.12.2025 – 7 A 763/23
Abstandsflächenrecht, grenzständige Bebauung
außerhalb der überbaubaren Grundstücksfläche 546

OVG NRW 17.12.2025 – 7 A 1989/23
Abstandsflächenrecht, Anbausicherung,
Treu und Glauben 549

OVG NRW 12.11.2025 – 7 A 2985/21
Sofortige Räumung eines Hochhauskomplexes
wegen Brandschutzmängeln 553

OVG NRW 26.11.2025 – 7 A 1988/23
Untersagung von Nutzungen zu Prostitutionsz-
wecken 562

Immissionsschutzrecht

Nieders. OVG 12.12.2025 – 12 MS 43/24
Genehmigung für Windenergieanlagen,
Rückbaupflicht, Standsicherheit 565

Privates Baurecht

Bauvertragsrecht (inkl. Bauträgerrecht)

BGH 05.12.2025 – V ZR 238/24
Verjährungsbeginn beim Heimfallanspruch
i.S.v. § 36 Abs. 1 WEG 570

OLG Stuttgart 22.10.2024 – 10 U 34/24
Durchgriffsfälligkeit berührt nur die Fälligkeit des
Werklohns 573

KG 18.03.2025 – 21 U 110/24
Einvernehmliche Prognose als Grundlage
für die Höhe des Sicherungsanspruchs 582

OLG Braunschweig 31.07.2025 – 8 U 193/22
Voraussetzungen für das Bestehen eines
Nacherfüllungsanspruchs 588

Architekten- und Ingenieurrecht

OLG Naumburg 07.06.2024 – 2 U 93/23
Notwendige Angabe von Kündigungsgründen
im Kündigungsschreiben

592

OLG Naumburg 29.04.2025 – 2 U 40/25
Gesamtschuldnerische Haftung von Objekt-
und Fachplaner

600

Bauprozessrecht

BGH 09.10.2025 – I ZB 20/25
§ 16 Abs. 5 SO Bau 2004 sieht kein Anhörungs-
rügeverfahren entsprechend § 321a ZPO vor

604

BGH 11.12.2025 – VII ZR 124/24
Zulässiges Grundurteil

611

KG 27.05.2025 – 21 W 8/25

Aussetzung des Verfahrens wegen vorgreiflicher
Rechtsfrage

614

KG 11.07.2025 – 7 W 11/25

Kostenentscheidung im selbstständigen
Beweisverfahren infolge Nichteinzahlung
eines ergänzenden Vorschusses

621

Sonstiges

OLG Frankfurt 15.09.2025 – 29 U 50/24
Haftung für Sturz eines Turmdrehkrans auf
das Nachbargrundstück

624

Fachbeirat: Prof. Dr. Beckmann, Münster, Rechtsanwalt • Prof. Dr. Kniffka, Hamm, Vors. Richter am BGH a.D. • Prof. Dr. Reidt, Berlin, Rechtsanwalt • Prof. Dr. Uechtritz, Stuttgart, Rechtsanwalt

Mitarbeiter für privates Baurecht: Rechtsanwalt Dr. Althoff, Dresden • Rechtsanwalt Bröker, Essen • Rechtsanwalt Prof. Dr. Döring, Stuttgart • Dr.-Ing. Drittler, Wienhausen • Richter am BGH a.D. Dr. Eick, Karlsruhe • Rechtsanwalt Prof. Dr. Englert, Schrobenhausen • Rechtsanwalt Frank, Lübeck • Prof. Dr. Glöckner, LL.M. (USA), Universität Konstanz • Richterin am BGH Graßnack, Karlsruhe • Rechtsanwalt Groß, Kiel • Richter am BGH Halfmeier, Karlsruhe • Rechtsanwalt Dr. Handschumacher, Dresden • Rechtsanwalt Dr. Hebel, Potsdam • Rechtsanwältin Heerdt, Hamburg • Rechtsanwalt Dr. Hildebrandt, Hamburg • Rechtsanwalt Dr. Jousen, Berlin • Prof. Dr.-Ing. Kattenbusch, Bochum • Rechtsanwältin Prof. Dr. Kirberger, Dresden • Rechtsanwalt Dr. Krause-Allenstein, Hamburg • Rechtsanwalt Prof. Dr. Leinemann, Berlin • Rechtsanwalt Luz, Würzburg • Rechtsanwalt Prof. Dr. Moufang, Frankfurt/M. • Rechtsanwältin Dr. Oberhauser, München • Rechtsanwalt Prof. Dr. Preussner, Konstanz • Rechtsanwältin Rath, Frankfurt/M. • Prof. Dr.-Ing. Reister, Sachverständiger für Baubetrieb, Zweibrücken • Vors. Richter am OLG Dr. Rodemann, Düsseldorf • Rechtsanwalt Roquette, LL.M., Berlin • Richterin am BGH Sacher, Karlsruhe • Rechtsanwalt Dr. Saerbeck, Hamm • Rechtsanwalt Schilling, Frankfurt/M. • Rechtsanwalt Dr. Schmidt, Köln • Rechtsanwalt

Prof. Dr. Schmidt, Schwerin • Rechtsanwalt Dr. Schmitz, München • Rechtsanwalt Schwenker, Hannover • Dipl.-Ing. Seifert, Architekt, Würzburg • Rechtsanwalt Sienz, München • Rechtsanwalt Sturmberg, Köln • Rechtsanwalt Dr. Vogel, München • Prof. Dr. Voit, Universität Marburg • Rechtsanwalt Prof. Dr. Werner, Köln

Mitarbeiter für öffentliches Baurecht: Rechtsanwalt Prof. Dr. E. Beckmann, Bochum • Rechtsanwalt Prof. Dr. M. Beckmann, Münster • Präsident des OVG a.D. Dr. Bertrams, Münster • Ltd. Regierungsbaudirektor a.D. Dr.-Ing. Boeddinghaus, Dortmund • Rechtsanwalt Prof. Dr. Dolde, Stuttgart • Prof. Dr. Dr. Durner, Bonn • Rechtsanwalt Dr. Fischer, Mannheim • Professor Dr. Hellermann, Bielefeld • Stadtrechtsdirektor Dr. Köster, Münster/Warendorf • Rechtsanwalt Dr. Krist, Koblenz • Richter am BVerwG a.D. Dr. Lemmel, Berlin • Rechtsanwalt Mampel, Düsseldorf • Rechtsanwalt Dr. Oerder, Köln • Vors. Richter am BVerwG a.D. Dr. Paetow, Leipzig • Vors. Richter am VGH Graf zu Pappenheim, München • Richterin am BVerwG Dr. Philipp, Leipzig • Ltd. Regierungsdirektor Dr. Scheidler, Neustadt a.d. Waldnaab • Vizepräsident des BGH Dr. Schlick, Karlsruhe • Vors. Richter am OVG a.D. Dr. Schulte, Münster • Richter am BGH Seiters, Karlsruhe • Rechtsanwalt Dr. Seltner, Berlin • Präsident des VG Sennekamp, Freiburg • Ltd. Stadtrechtsdirektor Dr. Stühler, Reutlingen • Vizepräsident des VG a.D. Stumpe, Mannheim • Rechtsanwalt Tyczewski, Hamm • Vizepräsident des VG a.D. Upmeyer, Münster • Richter am BGH Dr. Wurm, Karlsruhe

BauR-news

■ Blackstone gibt vier Milliarden Euro für NRW-Rechenzentrum

Für mehr als vier Milliarden Euro will die amerikanische Investmentgesellschaft Blackstone ein großes Rechenzentrum auf einem ehemaligen Kraftwerksgelände im westfälischen Lippetal bauen. QST, die auf Rechenzentrums-Immobilien spezialisierte Tochtergesellschaft von Blackstone, ist einer der größten Anbieter auf dem Markt, bislang allerdings in Deutschland nicht präsent. Für eine Fläche von rund 30 ha hat der Investor im Dezember 2025 einen Kaufvertrag mit der kommunalen Industriegebiet Westfalen GmbH unterzeichnet, die hälftig der Stadt Hamm und der angrenzenden Gemeinde Lippetal gehört und die das Brachgelände vermarktet. „Von dem Infrastruktureffekt, der durch ein Rechenzentrum solcher Größe ausgelöst wird, kann die gesamte westfälische Region profitieren“, sagt Hammes Oberbürgermeister Marc Herter (SPD). Zwar gibt es nach Zahlen der German Datacenter Association mehr als 2000 Rechenzentren in Deutschland, doch haben sich längst Cluster in Städten wie Frankfurt oder München gebildet. Der Bauboom in der Branche führt aber dazu, dass sich Unternehmen vermehrt auch dezentral umschaun: In Nordrhein-Westfalen etwa plant der amerikanische Technologiekonzern Microsoft große Rechenzentren im früheren Braunkohletagebauegebiet im Rheinischen Revier.

Quelle: Frankfurter Allgemeine

■ Baugenehmigungen für Wohnungen von Januar bis November 2025

Im Zeitraum von Januar bis November 2025 wurde in Deutschland der Bau von 215.500 Wohnungen in neuen sowie bereits bestehenden Gebäuden genehmigt. Das waren 11,3 % oder 21.900 Wohnungen mehr als von Januar bis November 2024. In neu zu errichtenden Wohngebäuden wurden von Januar bis November 2025 insgesamt 175.200 Wohnungen

genehmigt, das waren 13,9 % oder 21.400 Neubauwohnungen mehr als im Vorjahreszeitraum. Dabei stieg die Zahl der Baugenehmigungen für Einfamilienhäuser um 17,0 % (+5.900) auf 40.700. Bei den Zweifamilienhäusern nahm die Zahl genehmigter Wohnungen um 1,6 % (–200) auf 11.500 ab. In Mehrfamilienhäusern, der zahlenmäßig stärksten Gebäudeart, genehmigten die Bauaufsichtsbehörden 114.800 Neubauwohnungen. Das war ein Anstieg um 13,5 % (+13.700) gegenüber dem Vorjahreszeitraum. Die Zahl der genehmigten Wohnungen in Wohnheimen stieg im Vergleich zum Vorjahreszeitraum um 32,9 % (+2.000) auf 8.200 Wohnungen. In neuen Nichtwohngebäuden wurden von Januar bis November 2025 insgesamt 3.500 Wohnungen (–15,7 %; –700) genehmigt. Als Umbaumaßnahme in bestehenden Wohn- und Nichtwohngebäuden wurden von Januar bis November 2025 insgesamt 36.800 Wohnungen genehmigt, das waren 3,1 % oder 1.100 Wohnungen mehr als im gleichen Zeitraum des Jahres 2024.

Quelle: Pressemitteilung Nr. 018 vom 16.01.2026 des Statistischen Bundesamtes

■ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2024/1799 zur Förderung der Reparatur von Waren

Ziel des Gesetzesentwurfs ist die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2024/1799 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.06.2024 über gemeinsame Vorschriften zur Förderung der Reparatur von Waren und zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinien (EU) 2019/771 und (EU) 2020/1828 (ABl. L, 2024/1799, 10.07.2024; 2024/90789, 09.12.2024 – nachfolgend: Rechtsauf-Reparatur-Richtlinie oder Richtlinie).

Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten der Europäischen Union in ihrem Art. 22, bis zum 31.06.2026 die Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen und zu veröffentlichen, die

erforderlich sind, um der Richtlinie nachzukommen. Ziel der Richtlinie ist, das Funktionieren des Binnenmarkts zu verbessern und gleichzeitig ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erzielen sowie die Wirtschaft stärker kreislaufforientiert auszurichten. Um die vorzeitige Entsorgung brauchbarer Waren, die von Verbrauchern gekauft wurden, zu verringern und die Verbraucher dazu anzuregen, ihre Waren länger zu nutzen, sollen die Bestimmungen über die Reparatur von Waren gestärkt werden. Mit der Richtlinie werden somit im Zusammenhang mit dem europäischen Grünen Deal die Ziele verfolgt, einen nachhaltigen Konsum, eine Kreislaufwirtschaft und den grünen Wandel zu fördern. Die Recht-auf-Reparatur-Richtlinie verfolgt einen Vollharmonisierungsansatz, der es den Mitgliedstaaten der Europäischen Union nicht erlaubt, strengere oder weniger strenge Verbraucherschutzvorschriften vorzusehen, es sei denn, diese sind ausdrücklich in der Richtlinie zugelassen (Art. 16 Nr. 2 Buchstabe b und c der Richtlinie).

Quelle: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

■ BSB: Einfaches Bauen nur mit klaren Regeln für Transparenz und Qualität

Der Bauherren-Schutzbund e.V. (BSB) hat am 15.01.2026 seine Stellungnahme zu den gemeinsamen Eckpunkten der Bundesregierung zum „Gebäudetyp E“ veröffentlicht. Darin unterstützen die Verbraucherschützer das Ziel, Baukosten zu senken und neuen Wohnraum zu schaffen. Sie fordern jedoch klare Leitplanken, damit „einfaches Bauen“ nicht zu Lasten von Qualität, Gebrauchstauglichkeit und Verbraucherrechten geht.

Im Zentrum der Debatte steht das „einfache Bauen“ mit dem Gebäudetyp E. Kosteneinsparungen sollen nach den Plänen der Bundesregierung unter anderem dadurch entstehen, dass beim Hausbau von den allgemein anerkannten Regeln der Technik

abgewichen werden kann, ohne dass dies automatisch als Mangel gilt. Aus Sicht des BSB seien diese technischen Standards vor allem im Ein- und Zweifamilienhausbau kein wesentlicher Kostentreiber, sondern vor allem ein Baustein für Qualitätssicherung, Langlebigkeit und Gebrauchstauglichkeit von Wohngebäuden. Die allgemein anerkannten Regeln der Technik seien kein Luxus, auf den man einfach verzichten könne, so der Geschäftsführer des BSB, Henrik Fork-Weigel. Sie seien die Basis dafür, dass Gebäude dauerhaft funktionieren, Schäden vermieden werden und Wohneigentum werthaltig bleibe. Der BSB fordert daher, dass Einsparpotenziale durch Abweichungen von den allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht pauschal behauptet, sondern je Maßnahme nachvollziehbar beziffert und vertraglich transparent ausgewiesen werden. Nur so lasse sich prüfen, ob das Abweichen von Standards überhaupt einen relevanten Preisvorteil bringe; nur so könne die Weitergabe der Einsparungen verbindlich sichergestellt werden.

Der BSB weist darauf hin, dass Verbraucher und Auftragnehmer bereits heute im Rahmen einer Beschaffensvereinbarung die Möglichkeit haben, von den allgemein anerkannten Regeln der Technik abzuweichen. Hierfür sei eine umfassende Aufklärung über die Abweichung und die damit verbundenen Risiken seitens des Unternehmers erforderlich. „Private Bauherren bewegen sich meist als Baulaien in einem Expertenmarkt. Sie müssen sich bei der Vertragsgestaltung auf einen starken Verbraucherschutz verlassen können, um nicht Gefahr zu laufen, übervorteilt zu werden“, so Fork-Weigel. Ein neuer gesetzlicher Standard dürfe daher nicht hinter das heutige Schutzniveau zurückfallen. „Einfaches Bauen“ müsse den bisherigen Verbraucherschutz, insbesondere die Pflicht zur Aufklärung, ausdrücklich und verbindlich sichern.

Quelle: Pressemitteilung des Bauherren-Schutzbund e.V. vom 15.01.2026

Nachruf

Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Andreas Jurgeleit (1960 – 2026) verstorben

Am 29.01.2026 ist Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Andreas Jurgeleit im Alter von 65 Jahren verstorben.

Andreas Jurgeleit war im wahrsten Sinne des Wortes ein Kind des Ruhrgebiets, vor allem seiner Heimatstadt Bochum, wo er im September 1960 geboren wurde und bis zuletzt lebte sowie lehrte. Seinen juristischen Berufsweg begann er als Rechtsanwalt, eine Tätigkeit, aus der er sich ein besonderes Grundverständnis für anwaltliche Sicht- und Denkweisen bewahrte, das – wenngleich in der Richterschaft nicht weit verbreitet – auch im Richterberuf von Nutzen ist. Sein Eintritt in den Richterdienst des Landes Nordrhein-Westfalen Anfang 1990 war der Beginn einer ebenso vielseitigen wie sehr erfolgreichen Justizlaufbahn. Ende 1992 zum Richter am Landgericht Essen ernannt, war er von 1992 bis 1994 Lehrbeauftragter an der damaligen Fachhochschule für Rechtspflege NRW (heute Hochschule der Justiz NRW), worin – ebenso wie in der aus seiner Dissertation hervorgegangenen Schrift „Die Haftung des Drittschuldners“ (2. Aufl. 2004) – sein ausgeprägtes Interesse für das Zwangsvollstreckungsrecht und auch bereits die Freude an der Lehre Ausdruck fanden. Es schlossen sich Tätigkeiten unter anderem als Referatsleiter im Justizministerium NRW und in der Landtagsverwaltung NRW an. Beim OLG Hamm, wo er 2001 zum Richter am Oberlandesgericht ernannt worden war, gehörte er verschiedenen Zivilsenaten an. Die Juristische Fakultät der Ruhr-Universität Bochum, an der er neben seinen richterlichen Aufgaben einen Lehrauftrag wahrnahm, verlieh ihm 2009 die Honorarprofessur.

Anfang 2013 wurde Andreas Jurgeleit zum Richter am Bundesgerichtshof ernannt und dort Mitglied

des unter anderem für das Werkvertragsrecht, insbesondere das Bau- und auch für das Architektenrecht zuständigen VII. Zivilsenats. In

den seither vergangenen 13 Jahren ist er einer der maßgeblichen „Köpfe“ namentlich des Bau- und Architektenrechts in Deutschland geworden, zwei Rechtsbereiche, in denen er über den richterlichen Aufgabenbereich hinaus ebenfalls mit Leidenschaft und großem Engagement als Herausgeber und Autor zentraler Publikationen sowie als gefragter Referent bei Fachveranstaltungen prägend gewirkt hat. Nur pars pro toto seien die von ihm als Herausgeber und Mitautor mitverantworteten Standardwerke Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 6. Aufl. 2025, sowie Kniffka/Jurgeleit, Bauvertragsrecht, 4. Aufl. 2022 und Bolz/Jurgeleit, Kommentar zur VOB/B, 2. Aufl. 2025, genannt. Aus der Feder von Andreas Jurgeleit stammt ferner eine große Zahl von – teils aus Vorträgen hervorgegangenen – Aufsätzen, gerade auch in dieser Zeitschrift, die die Fachdiskussion stark beeinflusst haben. Statt aller und lediglich beispielhaft sei auf seine Beiträge zum Teilurteil (BauR 2016, 375) sowie zur Adjudikation (BauR 2021, 863) verwiesen. Auch als anerkannter – eindrucksvoller – Vortragender war Andreas Jurgeleit eine charismatische, einnehmende Persönlichkeit, die es in der fachlichen Diskussion niemals an deutlicher, dabei immer juristisch sehr fundierter, Artikulation ihres Standpunkts hat fehlen lassen. Die in diesem Rahmen nur cursorisch mögliche Würdigung des juristischen Lebenswerks wäre unvollständig, bliebe unerwähnt, dass er – abge-



sehen vom weiterhin bestehenden großen Interesse an dem (ebenfalls vom VII. Zivilsenat bearbeiteten) Zwangsvollstreckungsrecht – einen in 5. Aufl. (2023) vorliegenden Standardkommentar zum Betreuungsrecht herausgegeben und mitverfasst hat. Hierzu passt auch, dass er als gläubiger Christ sich des Weiteren mit juristischen Aspekten religiöser Fragestellungen – etwa zur Sterbehilfe – befasst hat. Bei all dem war Andreas Jurgeleit keineswegs ein allein auf das Juristische fixierter Mensch; auch die sogenannten schönen Seiten des Lebens hat er – dessen Sehnsuchtsort die „Ewige Stadt“ Rom war – stets genießen können.

Der plötzliche und vollkommen überraschende Tod meines mir persönlich verbundenen Senatskollegen Andreas Jurgeleit – am Vortag war er noch an der Senatsberatung beteiligt gewesen – macht völlig fassungslos und ist zutiefst bestürzend; die Endlichkeit unseres Lebens ist uns allen – leider –

äußerst machtvoll vor Augen geführt worden. Dabei hatte Andreas Jurgeleit noch viel vor. Bekanntlich haderte er mit der gesetzlichen Altersgrenze, die ihn mit Ablauf des Monats Januar 2027 in den Ruhestand „gezwungen“ hätte. Es ist ausgeschlossen, dass er danach die Hände in den Schoß gelegt hätte, vielmehr hatte er schon Überlegungen für eine anschließende Tätigkeit angestellt. Umso perplexer ist es, dass er uns nun sogar schon ein Jahr vor der Vollendung seiner Richterlaufbahn hat verlassen müssen. Der Baurechtswelt bleibt nur, mit Respekt und großer Anerkennung von einer eindrucksvollen Persönlichkeit Abschied zu nehmen. Unsere Gedanken sind in diesen Tagen zugleich bei seiner Familie, insbesondere seinen beiden Söhnen.

Rüdiger Pamp
Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof,
Mitherausgeber

Der Bauvertrag – ein digitales Modell?

Vom Papiervertrag zum „sprechenden Vertrag“ und weiteren Anwendungsfällen

von M.Sc. Alexander Dellen, Aachen* und Prof. Dr. Jur. Klaus Eschenbruch, Düsseldorf**



I. Einleitung

Wir haben uns daran gewöhnt, dass Architekten und Ingenieure, Planungsergebnisse in der Form digitaler Modelle übergeben.¹ Die Planungsmodelle sind ein virtuelles Abbild des späteren Gebäudes. Ihre Datenstrukturen können über den gesamten Lebenszyklus der Immobilie fortentwickelt und dementsprechend auch Grundlage eines FM-Modells werden. Entsprechende Planungsmodelle können mit unterschiedlichsten Informationen attribuiert werden. Sie eröffnen eine planerische Gesamtsicht auf den Projektgegenstand und vermeiden zusätzliche Abstimmungsbedürfnisse. Mit ihrer Hilfe können unterschiedliche Anwendungsfälle umgesetzt werden.²

Aber was ist mit dem Bauvertrag? Wir erklären ihn bislang analog und nicht digital. Er wird zumeist in Textform (zumeist als Dokument) entworfen und administriert, wenngleich zunehmend digitale Formate in PDF oder Word verwandt und angewendet werden. Kann nicht auch ein Bauvertrag als Modell verstanden werden, welches diverse Anwendungsfälle im Bereich des Vertragsmanagements eröffnet? Und müssen wir befürchten, dass die digitalen Daten der Bauverträge zukünftig nur noch Attribute von Planungsmodellen werden?

Dieser Beitrag geht der Frage nach, wie sich die Digitalisierung auf das Bauvertragswesen auswirkt, insbesondere ob eine modellbasierte Vertragsgestaltung und ein solches Vertragsverständnis weiter führt und welche Chancen und Möglichkeiten ein solches Verständnis eröffnet.

II. Methoden der Vertragsgestaltung und die Digitalisierung

Methodische Überlegungen zur Bauvertragsgestaltung bleiben ungeachtet der beklagten Effizienzdefizite³ im deutschen Bauvertragsrecht rar. Wissenschaftliche Untersuchungen haben sich in der Vergangenheit vornehmlich mit der Rechts-

natur des Bauvertrages als Unterfall des Werkvertrages und daraus abgeleiteten materiell-rechtlichen Folgeüberlegungen befasst. Die Erklärungsversuche reichen von Nicklisch's komplexen Langzeitverträgen⁴ bis hin zu Segger-Pierings modifikationsoffenen Austauschverträgen.⁵

Die Bauvertragspraxis hat einen ganzen Blumenstrauch von Vertragstypen entwickelt, die in der Praxis auch angewendet werden. Neben den klassischen Austauschverträgen haben sich seit den 70er Jahren relationale Vertragsgestaltungen durchgesetzt. Derartige Vertragskonzepte grenzen sich von klassischen Austauschverträgen dadurch ab, dass sie mit offenen Vertragsregelungen und vertrauensbasierten Steuerungsmechanismen arbeiten. Speziell bei Großprojekten finden derartige Kooperations- und Partneringstrukturen mit partizipatorischen Gewinnabreden Anwendung.⁶ Jüngster Ausdruck

* M.Sc. Alexander Dellen ist Prokurist bei der Formitas AG in Aachen.

** Prof. Klaus Eschenbruch ist Rechtsanwalt bei Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB in Düsseldorf.

1 Eschenbruch/Dellen, Wem gehören die Datenmodelle des Planens?, NZBau 2025, 683.

2 Allgemein zur BIM-Methodik: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, 2. Aufl. 2019, S. 1 f.

3 Vgl. etwa Schuhmann, Vom rechtssicheren zum effizienten Projektvertrag, ZfBR 2012, 9 f.

4 Vgl. Nicklisch, Der Bauvertrag als komplexer Langzeitvertrag, 1987.

5 Vgl. Segger-Piering, Der Bauvertrag, Tübingen 2025.

6 Dazu umfassend Eschenbruch, Der relationale Bauvertrag – ein neues Paradigma für die Bauvertragsgestaltung, BauR 2012, 1323 f.; derselbe in: BauR 2010, 283 (285); auch Mertens, Beck-Online Großkommentar (01.09.2025), § 314 BGB Rdnr. 21.

derartiger Gestaltungsmethoden sind PPP-Verträge oder IPA-Verträge, auch in der Form von Mehrparteienverträgen.⁷

Die zunehmende Digitalisierung hat inzwischen auch die Bauvertragsgestaltung ergriffen. Sie setzt nicht mehr nur auf den bereits bei relationalen Verträgen betonten Prozesscharakter von Bauverträgen auf, sondern definiert Verträge bereits als Programme, die selbstvollziehenden Charakter haben können, sog. Smart-Contracts.⁸

So kann z.B. ein Smart-Contract-Bauvertrag digitale Leistungsfortschrittskontrollen verarbeiten und Zahlungen digital freigeben (dazu z.B. sog. BIM-Contracts).⁹ Der sich selbst abwickelnde Bauvertrag ist keine bloße Zukunftsvision, sondern ein Konzept der näheren Zukunft. Jeder kennt bereits Smart-Contracts aus anderen Geschäftsbereichen, wenn etwa Services über das Internet gebucht, rein digital abgewickelt und schließlich Vertragsentgelte automatisiert eingezogen oder der Vertrag ohne weiteres Zutun bei Abwicklungsstörungen beendet wird.

Ein modellbasiertes Vertragsverständnis geht über den Ansatz einer prozessorientierten Vertragsgestaltung und -abwicklung und auch einer programmhaften Digitalisierung hinaus. Das modellhafte Vertragsverständnis begreift einen Vertrag, insbesondere einen Bauvertrag, als ein eigenständiges Modell. Während der Architekt einen virtuellen Zwilling oder ein digitales Gebäudemodell als Abbild einer zu errichtenden Immobilie erzeugt, gestaltet der Baujurist Bauverträge als virtuelles Abbild einer geplanten Vertragsbeziehung zwischen zwei oder mehreren Beteiligten. Er erschafft somit ein digitales Informationsmodell und damit eine Anwendungsplattform für diverse Abwicklungen während der Laufzeit eines Vertrages.

Auch der Bauvertrag kann somit als ein digitales Datenmodell ausgestaltet werden, nämlich als ein Abbild der Sollenforderungen an einen Leistungsaustausch und Datenbasis für den Vollzug sowie mit vielen weiteren Informationen (die heute in Anlagen enthalten sind) verbunden werden. Der Bauvertrag kann zudem – wie etwa PPP-Gestaltungen verdeutlichen – den gesamten Lebenszyklus einer Vertragsbeziehung umfassen. Zuletzt BauR 1996, 763.

III. Der Bauvertrag als Datenmodell einer Vertragsbeziehung

Jeder Bauvertrag ist auch ein Datenmodell. Die Daten dienen dazu, die zukünftige Zusammenarbeit der Vertragsparteien bei der Abwicklung eines Bauobjektes zu regeln, zu überwachen und bei Fehlsteuerungen Instrumente der Durchsetzung von vertraglich begründeten Rechten vorzusehen. Wie bei dem modellbasierten Planen schafft auch das modellbasierte Vertragsgestalten eine einheitliche Informationsstruktur im Hinblick auf den Betrachtungsgegenstand.

Während die vertraglichen Regelungen eines Bauvertrages heutzutage zumeist in unterschiedlichen Vertragsdokumenten und Anlagen verstreut sind, die dann mit der Hilfe umfangreicher Rang klauseln in eine einheitliche Struktur gebracht werden sollen, zielt das Verständnis des Vertrages als Datenmodell von vornherein auf eine einheitliche Gesamtlösung aller digital verarbeitbaren Informationen ab. Diese können auch mit derzeit noch nicht digitalisierbaren semantischen Informationen verknüpft werden. Rangregelungen sind deshalb zwar nicht von vornherein überflüssig. Der modellbasierte Gestaltungsansatz korrespondiert indessen mit dem juristischen Paradigma des „Sinnhaften Ganzen“¹⁰ als Grundlage der Vertragsauslegung.

Bauverträge als digitale Modelle sind zunächst reine Datensammlungen, die es allerdings ermöglichen müssen, jederzeit eine Ableitung (Visualisierung) des maßgeblichen Vertrages, z. B. als Dokument, herzustellen. Die heute bekannte Struktur eines Vertrages (als Papier- oder Laptop-Visualisierung)

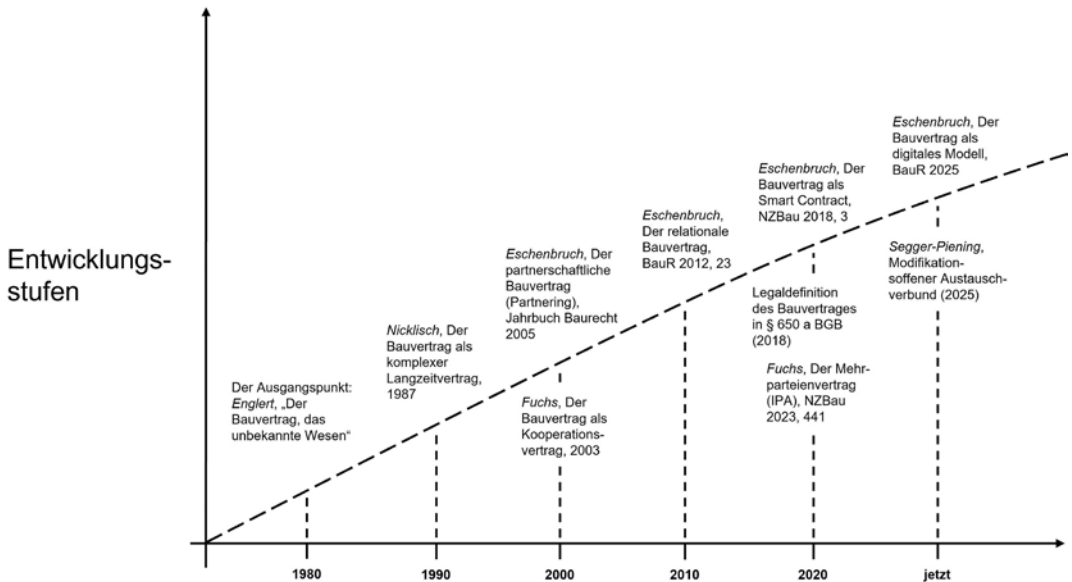
7 Fuchs, NZBau 2023, 441; Eschenbruch, in: Festschrift für Stefan Leupertz (2021), Integrierte Projektabwicklung mit Mehrparteienverträgen und BIM, S. 67 ff.

8 Dazu Eschenbruch/Maaske, Die Digitalisierung als Herausforderung für das Baurecht, BauR 2022, 1395 ff.; Eschenbruch/Gerstberger, Smart-Contracts, NZBau 2018, 3 f.; auch Heckelmann, NJW 2018, 504; MünchKomm.-Wendehorst, BGB, 10. Aufl. 2025, 312, Rdnr. 183 sowie MünchKomm.-Ernst, BGB, vor § 241 Rdnr. 70.

9 Dazu Eschenbruch/Maaske, Die Digitalisierung als Herausforderung für das Baurecht, BauR 2022, 1395 (1406).

10 Zum sinnhaften Ganzen als Auslegungsmaxime für Bauverträge vgl. von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/B, 7. Aufl., § 1 Rdnr. 29; BGH, BauR 1991, 458.

Historie zum Verständnis des Bauvertrages



ist deshalb nur ein besonderer Anwendungsfall des digitalen Vertragsmodells, wie etwa die Planableitung/der Planausdruck beim BIM-Modell ebenfalls nur ein Anwendungsfall des modellbasierten Plans ist.

IV. Der Bauvertrag als eigenständiges Modell

Müssen Baujuristen fürchten, dass ihre Bauverträge zukünftig nur noch Attribute von Planungsmodellen sind? Grundsätzlich lassen sich auch Bauverträge in ihrer Gesamtheit oder aufgegliedert in Bezug auf Einzelregelungen als Bestandteil eines Planungsmodells attribuieren. Gleichwohl ist nicht ohne weiteres davon auszugehen, dass die Praxis entsprechend verfahren wird. Dies hängt mit den unterschiedlichen Kompetenzen in den Disziplinen Recht und Technik zusammen. Juristen können aufgrund ihrer Ausbildung und Erfahrung in der Regel keine Planungsmodelle erstellen und bearbeiten, Planer sind in der Regel nicht qualifiziert, Bauverträge zu gestalten. Außerdem bildet das Rechtsdienstleistungsgesetz noch eine Schwelle für ein komplett interdisziplinäres Vorgehen bei der Vertragsgestaltung und -anwendung, wie

jüngst etwa die Entscheidung des BGH zu einer Skontoklausel deutlich gemacht hat.¹¹ Solange im Übrigen die Kompetenzbasis der unterschiedlichen Disziplinen – auch in der Ausbildung – aufrecht erhalten bleibt, wird davon auszugehen sein, dass Vertragsmodelle selbständig und auch in der nahen Zukunft ein Handlungsbereich für Juristen bleiben, soweit nicht künstliche Intelligenz (KI) diese Aufgaben (teilweise) substituieren wird. Offen ist allerdings, ob nicht Planungs- wie auch Vertragsmodelle künftig Fachmodelle einer einheitlichen, übergeordneten Gesamtprojektentwicklungsmethodik werden.

V. Die „Methodenneutralität“ der Vertragstypen

Verträge, insbesondere Bauverträge, enthalten abstrakte Leistungs- und Gegenleistungsversprechen in einem definierten Kontext. Die zugrun-

¹¹ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 09.11.2023 – VII ZR 190/22, BauR 2024, 154, umfassend dazu, Eschenbruch, Projektmanagement und Projektsteuerung, 6. Aufl., Kap. 4, Rdnr. 9 f.; auch Fahrenbruch, NJW 2024, 1227 sowie Koebe, in: Kompendium des Baurechts, 6. Aufl. 2025, Rdnr. 140.

deliegende Regelungssystematik kann in unterschiedlicher Form ausgestaltet werden, wie die in der Praxis gebräuchlichen Vertragstypen belegen. Sie reichen von klassischen Austauschverträgen zwischen zwei Personen, basierend auf einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis oder detailliert funktionalen Leistungsbeschreibung bis hin zu relationalen Verträgen mit global-funktionalen Leistungsanforderungen, wie sie vornehmlich bei komplexen Sachverhalten angewandt werden. Je nach Planungsschnittstelle wird zwischen Bauverträgen mit Einzelunternehmen, Paketvergaben, Generalunternehmervergaben und Totalunternehmervergaben unterschieden.¹² Aus dem Blickwinkel des Vergütungsversprechens gliedern sich die Verträge weiter auf in Einheitspreisverträge, Pauschalpreisverträge und Selbstkostenerstattungsverträge. Die Bauverträge können dabei klassisch oder partnerschaftlich und sogar unter mehreren Parteien geschlossen werden. Alle diese Vertragstypologien lassen sich indessen auch als digitales Vertragsmodell begreifen. Die Vertragstypologie und Vertragsart unterscheidet sich in Bezug auf die jeweiligen Leistungsversprechen und dem Kontext innerhalb dessen Leistungen ausgetauscht werden. Die Rechtsbeziehungen werden nicht dadurch verändert, dass sie entweder auf Papier, digital oder sogar als Modell gestaltet und angewendet werden. Für die Zuordnung zu einem Vertragstyp ist es letztlich gleichgültig, ob der Vertrag analog in Papierform gestaltet, digital programmiert oder modelliert wird.

VI. Standardisierung statt Individualisierung/Der Einfluss der KI

Ein Bauvertrag ist ein Datenmodell für die Zusammenarbeit von Vertragsparteien bei der Abwicklung eines Bauobjektes. Ein solches Datenmodell in der Struktur eines Bauvertrages wird heute noch individuell erzeugt oder mittels Vorlagen aus der Praxis und Literatur und dem Erfahrungsschatz des Vertragsgestalters erarbeitet. Zumeist ist die heutige Vertragspraxis durch eine Vielzahl individueller und interpretierungsbedürftiger Regelungen des jeweiligen Vertragsgestalters geprägt.

Zukünftig werden Bauverträge unter Verwendung von Programmen gestaltet, die dem Vertragsge-

stalter eine Eingabeoberfläche bieten. Dabei wird der Jurist durch die typischen Regelungskomplexe eines Bauvertrages geführt, wobei eine eingesetzte KI für jeden Regelungsbereich Klauselvorschläge bereithält und AGB-kritische oder unwirksame Klauseln entweder aufzeigt oder von vornherein ausschließt. Die Vertragsgestaltung wird hierdurch effektiver und schneller. Zudem wird die modellbasierte Vertragsgestaltung auch zur „Vertragshygiene“ beitragen. Unprofessionelle Vertragsbestandteile wird es bei einem derartigen Vertragsverständnis, insbesondere bei der konkreten Ausgestaltung von Anwendungsfällen weniger geben. Es bleibt zwar grundsätzlich möglich, ein digitales Vertragsmodell auch mit individuellen, interpretierungsbedürftigen Einzelregelungen zu verknüpfen. Gleichwohl werden Vertragsgestalter weniger Anlass haben, hierauf zurückzugreifen. Die Vertragsgestaltung wird zunehmend dazu dienen, Anwendungsfälle zum Informationsmodell Vertrag zu entwerfen, zu strukturieren und ggf. die notwendigen Programmcodes einzubinden.

Die Verwendung von Vertragsgestaltungssoftware und der Einsatz von KI wird infolge dessen zu mehr Standardbauverträgen führen. Die Vertragsgestaltung wird rechtssicherer, Qualitätssicherungen sind automatisiert möglich. Der anwaltliche Vertragsgestalter wird vornehmlich noch mit einer Klauselauswahl befasst sein und Einzelheiten des Vertrages individualisieren. Der Aufwand und die Kosten für die Vertragsgestaltung im Bauwesen werden reduziert.

VII. Die Anwendungsfälle

Die Arbeit mit digitalen Planungsmodellen hat die Erkenntnis wachsen lassen, dass das Modell als virtuelles Abbild eines zu errichtenden Gebäudes (oder beim Bauvertrag einer Vertragsbeziehung) die Anwendungsmöglichkeiten nicht erschöpft. Der Informationsgehalt derartiger Modelle ermöglicht sogenannte Anwendungen. Bei dem modellbasierten Planen sind die Anwendungsfälle inzwischen definiert und auch katalogisiert worden.¹³

12 Zu den einzelnen Unternehmereinsatz- und Vertragsmodellen: Thierau, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/B, Anhang, Rdnr. 8 sowie Richter, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl., Rdnr. 251.

13 Vgl. dazu Eschenbruch/Maaske, Die Digitalisierung als Herausforderung des Baurechts, BauR 2022, 1395 (1405);

Sie reichen von der Planableitung über die digitale Kollisionskontrolle bis hin zu FM-bezogenen Methoden.

Auch bezüglich des Bauvertragsmodells stellt sich die Frage nach den Anwendungsfällen. Derzeit gestaltete Verträge regeln die Rechtsfolgen bei Erfüllung und nicht ordnungsgemäßer Erfüllung von Vertragspflichten und definieren damit einzelne Anwendungsfälle. Diese Regelungen eines Bauvertrages werden zukünftig durch unterschiedliche Softwareprodukte (digital) unterstützt werden.

Bei der Anwendung der BIM-Methodik im Bauwesen werden die Anwendungsfälle überwiegend in sog. Dimensionen zusammengefasst: 3D: Qualitäten, 4D: Termine, 5D: Kosten und 6D: Nachhaltigkeit und 7D Betrieb.¹⁴ Für die Betrachtung der Anwendungsfälle baujuristischer Vertragsmodelle bietet es sich an, diese Strukturen aufzugreifen und zu adaptieren. Ein für die Verknüpfung von Planungs- und Vertragsmodellen geeignetes Cluster von Anwendungsfällen könnte wie folgt aussehen:

- 3D: Qualitäten: Leistung und Erfüllung
- 4D: Termine, Verzug und Vertragsstrafen
- 5D: Kosten und Zahlungen
- 6D: Nachhaltigkeit und Konfliktmanagement
- 7D: Wartung, Gewährleistung und Betreibung
- 8D: Kommunikation und Dokumentation

So können die rechtlichen modellbasierten Prozesse in der gleichen Systematik abgebildet werden, um Sie zukünftig zu verknüpfen.

1. 3D: Qualitäten

a) Anwendungsfall: Leistungen/Erfüllung

Die Hauptleistungspflichten eines Bauvertrages werden teilweise im Vertrag, teilweise in Leistungsbeschreibungen definiert. Während die Vertragsgestaltung oft federführend von Juristen übernommen wird, erfolgt die Erarbeitung der Vertragsanlagen zumeist durch Architekten und Ingenieure. Zukünftig wird das Verständnis der Verträge als Modelle zu einer systematischen Zusammenführung dieser Informationen führen. Gleichzeitig wird der modellbasierte Bauvertrag als Basis für die Verknüpfung mit weiteren Daten, insbesondere weitere Modelldaten dienen. So werden immer mehr Daten über das zu bebauende Grundstück, die zur Verfügung stehenden Flächen, bauordnungsrechtliche Rahmenbedingungen und

Eschenbruch/Elixmann, in: Fuchs/Berger/Seifert, HOAI, § 650p Rdnr. 1034 f.; Bodden, in: Lederer, Vertrags- und Honorargestaltung bei Architekten- und Ingenieurleistungen, 4. Aufl. 2025, Rdnr. 284 f.

¹⁴ Dazu Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Kapitel 2 Rdnr. 17; auch Haak/Heinlein, BeckOK, HOAI (01.02.2025), § 34 Rdnr. 318.

Dimensionen und Anwendungsfälle des digitalen Vertragsmodells



baulogistische Vorgaben modellbasiert zur Verfügung gestellt werden. Ein Gebäude- und Flächenmodell als Grundlage des Planungsmodells steht auch schon heute oft zur Verfügung oder ist in ein Planungsmodell bereits integriert worden. Darüber hinaus wird ein Bauvertrag Verknüpfungen zu den relevanten (Fach-)Planungsmodellen enthalten. Schon jetzt können aus den Modelldaten der Planer automatisiert Leistungsverzeichnisse erstellt werden, etwa über das GAEB-Format. Die heutige Angst vieler Auftraggeber, digitale Leistungsanforderungen der Planung (in der Form von Modellen) könnten die Bauaufgabe nicht erschöpfend beschreiben, so dass hierauf allenfalls in unverbindlicher Form zur weiteren Erkenntnisbildung des anbietenden Bauunternehmens Bezug genommen werden kann, erscheint überholt. Es kann nur eine digitale Bauanforderung (als Single Source of Truth) geben.¹⁵

Die so im Wesentlichen digital zur Verfügung stehenden Bauanforderungen (digitales Bausoll) können alsdann durch digital aufgenommene (Objekt-)Überwachungsleistungen vor Ort (etwa durch Drohnen, Laserscan mit Roboterhunden etc. oder digitale Freigaben von Objektüberwachungsunternehmen usw.) geprüft und gecheckt werden. Das Datenmodell des digitalen Bauvertrages muss daher von vornherein so gestaltet sein, dass Vertragsverstöße durch einen Kollisionsscheck zwischen den vertraglichen Anforderungen einerseits und der tatsächlichen Bauausführung andererseits ermöglicht wird. Daran können dann unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft sein.

b) Anwendungsfall: Änderungsmanagement

Das Änderungsmanagement ist heute eine wichtige Aufgabe bei der Abwicklung von Bauverträgen.¹⁶ Versteht man Verträge als lebenszyklusorientiertes Modell, wird augenscheinlich, dass die Fortentwicklung des Datenmodells infolge von Änderungen ein digitaler Anwendungsfall sein kann. Für die formale Bewältigung steht schon heute Änderungsmanagementsoftware zur Verfügung, in der alle zusätzlichen und geänderten Leistungsanforderungen verwaltet werden. Auf dieser Grundlage können auch Rechtsfolgen definiert werden. Dabei wird in der Zukunft die anzuwendende Vergütungsermittlungsform für die Änderungen (analoge Vergütungsfortschreibung oder tatsäch-

lich erforderliche Kosten) nicht notwendigerweise modifiziert werden müssen. KI-Systeme werden tatsächlich erforderliche Kosten ermitteln können. Auch werden die Vertragsparteien vorab kalkulierte Einheitspreise oder pauschalierte Mehrkosten für Behinderungen und deren Berechnungsformen vereinbaren können, welche der Vertrag dann administriert.

c) Anwendungsfall: Modellfortschreibung

Wie ein Planungsmodell kann und muss ein Bauvertragsmodell während des Lebenszyklus des Bauens und ggf. Betreibens fortgeschrieben werden. Dies geschieht heute noch analog mittels sog. Ergänzungsvereinbarungen oder Nachtragsvereinbarungen, die während der Abwicklung eines Bauvorhabens geschlossen werden, um den Vertrag an geänderte Umstände fortzuschreiben. Wie bei den Vertragsanlagen entstehen hierdurch in der Regel unterschiedliche Vertragssegmente, ohne dass eine gesamtheitliche neue Vertragsfassung hergestellt wird. Zukünftig wird die Informationsplattform Vertrag durch unterschiedliche ergänzende Softwareprodukte fortgeschrieben werden, etwa einer Vertragsmanagementsoftware, die den vertragsrelevanten Schriftverkehr erfasst und selektiert und daraus Anpassungen des geschlossenen Vertrages umsetzt. Schon heute wird mit einer digital basierten Protokollsoftware gearbeitet, mit der alle wesentlichen Besprechungen aufgezeichnet und aus der (z.B. KI-gestützt) in der Zukunft ebenfalls eine automatisierte Vertragsfortschreibung herausgefiltert werden kann.

d) Anwendungsfall: Risikomonitoring

Das digitale Vertragsmodell bildet die ideale Grundlage, um Risiken zu identifizieren und zu analysieren. In einem digitalen Risikomonitoring kann der digitale Vertrag mit weiteren Datenquellen wie dem E-Mailverkehr, BIM-Modellen, Bautagesberichten oder Laserscans von der Baustelle verknüpft werden, um Muster zu erkennen und Risiken

15 Zum SSOT-Ansatz in der BIM-Welt vgl. Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, 2. Aufl., Rdnr. 48.

16 Zum Änderungsmanagement: Koppe, in: Schäfer/Conzen, Rechtshandbuch der Immobilienprojektentwicklung, 5. Aufl. 2024, § 21 Rdnr. 54; Eschenbruch, Bauvertragsrecht, Köln 2017, Kapitel 7.

frühzeitig zu identifizieren und in einer Risikomanagementstrategie zu behandeln. Wenn dies als lernendes Gesamtsystem aufgebaut wird, können mit KI in Zukunft auch Frühwarnsysteme etabliert werden, die Benachrichtigungen bei nicht-vordefinierten Ereignissen versenden.¹⁷

e) Anwendungsfall: Verantwortlichkeiten und Schnittstellen

Der Bauvertrag umfasst eine Vielzahl von unterschiedlichen Zuständigkeiten und Leistungsschnittstellen. Bei einer modellbasierten Vertragserstellung könnte das digitale Vertragsmodell eine Matrix oder einen Verbindungsgraphen generieren, welche für eine Leistungs- und Haftungsabgrenzung nutzbar sind. Dies erhöht die Transparenz und Nachvollziehbarkeit im Projekt. Speziell bei dynamischen Anpassungsnotwendigkeiten, etwa bei Nachtrags- und Änderungsverhalten können auch Redundanzen und Widersprüche zwischen Dokumenten verhindert werden.

f) Anwendungsfall: Mängelmanagement

Die Verfolgung der während der Ausführung auftretenden Mängel wird heute schon mit digitalen Systemen, z. B. Mängelmanagementsoftware, verfolgt. In der Zukunft werden Verträge hiermit verknüpft werden. Unter Einsatz derartiger Softwareprodukte wird unmittelbar digital ausgewiesen, welche Mängel gerügt und nachgebessert worden sind und welche nicht. Automatisiert werden können auch die Rechtsfolgen, die an das Bestehen und die Beseitigung von Mängeln geknüpft sind, wie die Vornahme von Mängelreparaturen, Minderungsrechten oder Schadensersatz, spätestens die KI wird hierzu die notwendigen Hilfestellungen leisten.

g) Anwendungsfall: Robotik

Der zunehmende Robotik-Einsatz auf Baustellen wird neue Anforderungen an die Datenverarbeitung stellen.¹⁸ Vielfältige Informationen zur Ressourcenplanung, Verkehrssicherung und Baustellensteuerung bei Robotik-Einsatz werden zukünftig verarbeitet werden müssen. Daten werden zum Teil auch direkt aus der Maschinensteuerung übertragen. Das Bauvertragsmodell kann dabei zu einer Plattform der erweiterten Datenhaltung für automatisiert durch Drohnen

und Bauroboter erzeugte Daten genutzt werden. Auf der Baustelle erzeugte Datensätze können dabei auch zu wichtigen Hilfsmitteln im Vertragsmanagement werden, etwa durch Erzeugung von as-built-Modellen – auch als Grundlage für das Nachtragsmanagement.

2. Termine, Verzug und Vertragsstrafen

a) Anwendungsfall: Terminabwicklung

Es ist heute schon möglich (teilweise aber noch unter ergänzender Mitwirkung des jeweiligen Modellierers), Terminanforderungen aus BIM-Modellen abzuleiten. Dies wird in der Zukunft Stand der Technik werden. Es ist deshalb schon die Frage, ob es für ein bestimmtes Anforderungs-BIM-Modell überhaupt noch hiervon unabhängige vertragliche Terminvorgaben geben muss. Überwiegend werden diese Terminanforderungen bereits aus Modellen ableitbar sein. Verknüpft werden kann eine solche Vorgabe mit einem Termincontrollingmodell, etwa im Sinne von Lean-Management.¹⁹ Derartige Programme sind bereits auf dem Markt und stellen sicher, dass die Beteiligten in einem strukturierten Prozess Organisationstermine vereinbaren können, um eine bestmögliche terminliche Integration aller an der Errichtung beteiligten Nachunternehmer herbeizuführen. Mit digitalen Leistungsfortschrittsmodellen kann leicht bestätigt werden, ob Termine eingehalten sind. Mittels KI können bei Leistungsverzögerungen bereits notwendige Terminfortschreibungen ermittelt und untersucht werden.

b) Anwendungsfall: Termincontrolling/Verzug/Vertragsstrafen

Die im digitalen Vertragsmodell definierten Fristen werden nicht isoliert verwaltet, sondern können mit Terminplänen, digitalen Zustandsfest-

¹⁷ Vgl. etwa Bernert, in: Bernert/Scheurer/Wehner, KI in der Projektwirtschaft, München 2024, S. 289.

¹⁸ Dazu Tulke/Eschenbruch/Rinskaia-Korsakova/Vega-Torres, Automatische Baustelle – wie ist die Zukunft?, Bauingenieur 2025, 297; dazu auch Eschenbruch/Tulke, Robotik und das Bauvertragsmanagement, BauR 2026, 11.

¹⁹ Dazu auch Eschenbruch, Die vertragliche Umsetzung von Lean-Konzepten für das Terminmanagement, NZBau 2020, 411 f.; auch Eschenbruch/Saalbach, Kollaborative Terminplanung im Praxistest BauR 2024, 1437.

stellungen oder Rechnungseingängen verbunden werden. Dies ermöglicht ein digitales Termincontrolling, welches auf bevorstehende Abläufe hinweist. Auf Basis dieses Systems können KI-Assistenten und -Agenten über bevorstehende Fristen jederzeit Auskunft geben und mögliche Folgen einleiten. Die Vertragsparteien werden zudem über Terminabweichungen automatisiert unterrichtet.

Über die Analyse der Fristdaten über Leistungsphasen hinaus lassen sich Trends erkennen, die ein vorausschauendes Management ermöglicht. Die Kombination aus digital verfügbaren Terminvorgaben eines digitalen Vertragsmodells, modernen Monitoringsystemen und KI-Auswertungen kann hierdurch die Transparenz erhöhen und die Risiken minimieren. Gleichzeitig können die Grundlagen für eine zuverlässige Erfassung von Verzugstatbeständen und die Berechnung von Vertragsstrafen geschaffen werden.

3. Kosten und Zahlungen

a) Anwendungsfall: Die Gegenleistung/Vergütung

Jeder Bauvertrag enthält Zahlungsverpflichtungen, die auch digital formuliert werden können. Dabei ist es möglich, digitale Objekte (z.B. BIM-Objekte) der Leistungsbeschreibung mit Einzelpreisen (z.B. Einheitspreisen oder Pauschalpreiselementen) zu verknüpfen. Mittels automatisierter Zahlungsmodelle (z.B. BIM-Contracts) werden auf dieser Grundlage Zahlungen automatisiert ausgeführt, sobald dem Vertrag durch digitale Befehle, etwa eine Leistungsfortschrittskontrolle, das Vorliegen der Voraussetzungen mitgeteilt wird. Das gilt zumindest für einen Kern der Zahlungen, die allein von der Erfüllung bestimmter rechenbarer Leistungsziele abhängen. Etwaige Umlagen könnten ebenfalls rechnerisch bei einzelnen Abschlagszahlungen berücksichtigt werden. Die entsprechenden Programme können auch gleichzeitig Einbehalte usw. berücksichtigen. Auch die Befugnis Abzüge, Einbehalte und Änderungen vorzunehmen, kann weitestgehend standardisiert werden. KI-Anwendungen werden hier ebenfalls Hilfestellung leisten. Bei verbleibenden Streitigkeiten kann der streitige Teil der Vergütung automatisiert in einen Konfliktmanagementbereich überführt werden.

b) Anwendungsfall: Sicherheiten

Ein digitaler Bauvertrag wird auch Sicherheiten verwalten können. Sicherheiten in der Form von Einbehalten werden von vornherein vereinbart und der Abzug/Einbehalt wird vom Vertrag automatisiert umgesetzt. Die Auszahlung kann automatisiert nach digitaler Abnahme ausgelöst werden. Digitale Bürgschaften von Kreditinstituten und sonstigen Bürgschaftsgebern werden zunehmend die Praxis bestimmen. Sie sind bereits heute ein relevanter Anteil im Markt. Die Verknüpfung eines Bauvertrages als digitales Bauplanmodell mit derartigen digitalen Bürgschaftsformularen ist ohne weiteres möglich. Das heißt, auch die Bürgschaftsinanspruchnahme kann automatisiert werden.

4. Nachhaltigkeit, Compliance und Fairness

a) Anwendungsfall: Nachhaltigkeitssystem

Bauverträge enthalten vielfach Vorgaben zu einzuhaltenden Nachhaltigkeitssystemen.²⁰ Zumeist handelt es sich um Bewertungssysteme von Zertifizierungsgesellschaften.²¹ Die Einhaltung von Nachhaltigkeitskriterien (etwa ESG) wird dabei von den Zertifizierungsgesellschaften mit Noten bewertet, die unterschiedliche Anforderungen an die Bauausführung stellen. Die Einbeziehung entsprechender Bewertungssysteme in den Vertrag erleichtert die Definition der Bausollvorgaben. Gleichzeitig können hierdurch Anforderungen an unterschiedliche Assessments, auch eine Vorprüfung im Planungsstadium usw., abgebildet werden. Schließlich kann mit dem Vertrag auch das Erreichen der Nachhaltigkeitsanforderungen und der Vollzug des Zertifizierungssystems dokumentiert werden.

b) Anwendungsfall: Konfliktschlichtung

Ein weiterer Anwendungsfall digitaler Bauverträge kann die Konfliktschlichtung werden. Eine strukturierte, digitale Schlichtung von Konflikten mittels KI wird in der Zukunft möglich sein.²² Hierfür gibt es noch keine Anwendungssoftware. Gleichwohl zeichnet sich schon jetzt ab, dass auch typische Konflikte des Bauwesens strukturiert und datenbasiert ausgewertet werden können, um

20 Dazu im Einzelnen Dressel/Baureis, Rechtshandbuch nachhaltiges Planen, Bauen und Betreiben 2024, § 8 Rdnr. 14 f.

21 Dressel/Baureis, a.a.O., § 8 Rdnr. 34 f.

22 Dazu Meller-Hannich, ZRP 2025, 162.

gleichzeitig automatisierte Vorschläge für deren Schlichtung zu schaffen. Letztlich wird die KI Hilfsmittel für die Konfliktschlichtung liefern, die wir heute in dieser Form noch nicht vor Augen haben. Der Vertrag könnte hier bereits Bewertungsmaßstäbe und Verhaltensinstruktionen für eine KI vorsehen, die als Grundlage entsprechender Klärung von Streitfällen dienen sollen.

c) Anwendungsfall: Datenschutz

Als Anwendungsfall eines digitalen Vertragsmodells kommen auch Datenschutzregeln in Betracht. Die vertraglichen Basisregelungen über den baulichen Leistungsaustausch können mit ergänzenden vertraglichen Vereinbarungen zur gemeinsamen Datenverarbeitung oder zur Auftragsdatenverarbeitung²³ verbunden werden. Allein aus der Vereinbarung von wechselseitigen Leistungspflichten wird ein modellbasierter Vertrag darauf schließen können, wer Ziele und Zwecke des Datenschutzes bestimmen sollte. Darauf gestützt können sogleich Vertragselemente einer gemeinsamen Datenvereinbarung oder aber einer Auftragsdatenverarbeitung abgeleitet bzw. direkt integriert werden.

5. Kommunikation und Dokumentation

a) Anwendungsfall: Ableitung des PDF-Vertrags

Die Ableitung eines textlichen Vertrags (die Herstellung eines Vertragsdokumentes) bleibt ein Basisanwendungsfall des digitalen Vertragsmodells. Moderne digitale Vertragstools werden zukünftig darauf ausgelegt sein, dass einerseits ein Dokumentenausdruck, z. B. als PDF, möglich bleibt, andererseits bereits ein Prozess implementiert wird, der Versionierung und Klassifizierung des Dokuments erlaubt und die Übergabe an weitere Systeme (z.B. CDEs) unterstützt. Durch Anbindung moderner KI-Tools ist es heute schon gut möglich, dass Verträge direkt mehrsprachig erstellt werden.

b) Anwendungsfall: „Sprechende Verträge“ – Vertrags-Chat-Bot

Die Ableitung eines Papiervertrages aus einem digitalen Vertragsmodell ist ein Basisanwendungsfall. Im Zeitalter von Large Language Models (LLM), z.B. ChatGPT und vergleichbarer Angebote, ist zu erwarten, dass Verträge um Chatbot-Funktionen erweitert werden, die direkt Sprachauskünfte gegenüber Anfragen von Beteiligten geben. In einem

Zeitalter, in dem Baubeteiligte keine Zeit und keine Neigung mehr haben, längere Texte zu lesen, werden sie zukünftig keine umfassenden Suchen in Bauverträgen mit ihren 1000-seitigen Anlagen vornehmen, sondern schlichtweg Fragen an den Vertrags-Chatbot stellen, der alsdann Auskunft darüber gibt, was zum Bausoll gehört. So wird es Projektmanagern und Objektüberwachern ermöglichen, das Bausoll durch eine Diskussion mit dem Vertrag aus den umfangreichen Vertragskonvoluten innerhalb kürzester Zeit und in verständlicher Form herauszufiltern. Die Kommunikation mit dem Vertrag kann dabei in verschiedenen Sprachen geschehen, so dass auch die vielen Baubeteiligten anderer Nationen und Sprachen nicht „wie immer“ bauen, sondern entsprechend den leicht abzufragenden Vorgaben eines Bauvertrages. Diese Art der Vertragsvorhaltung und -anwendung ist schon keine Zukunftsmusik mehr, sondern befindet sich bereits in der Entwicklung und wird den Baualltag der Vertragsanwendung grundlegend verändern.

VIII. Interdisziplinarität

Das modellhafte Verständnis eines Gebäudes durch ein BIM-Modell führt dazu, dass verschiedene Disziplinen gemeinsam an einem zentralen Datenmodell arbeiten, wo traditionell eher eine Trennung herrschte.

Unterschiedliche Planungs-, Bau- und FM-Beteiligte arbeiten mit unterschiedlichen Flächenwerkzeugen und Raumstrukturen, die oft zu Redundanzen und Widersprüchlichkeiten führen. Durch die Anwendung der Methodik BIM wird die Möglichkeit eröffnet, für alle Beteiligten im Lebenszyklus eines Bauwerks auf das gleiche Modell zurückzugreifen. Für den Bauvertrag kann ein ähnlicher Effekt erreicht werden. Das digitale Modell des Bauvertrages kann sowohl von ausführenden Firmen, von Baujuristen, baubetrieblichen Gutachtern und Projektsteuerern genutzt werden, die damit auch enger zusammenwachsen. Während bei BIM Modellersteller die Fachplaner sind und die erzeugten Modelle von Projektsteuerern, Bauherren und Ausführenden genutzt werden können, wird in der baujuristischen Welt Modellersteller ein Jurist, vielfach ein Anwalt, sein,

23 Siehe dazu Art. 28 DSGVO; dazu auch Krämer, in: BeckOK, Datenschutzrecht (01.08.2025), § 31 Rdnr. 155.

Nutzer dagegen Projektsteuerer, Bauherrn, Ausführende und Baubetriebler.

Ähnliches gilt bei der Terminabwicklung. Ein Bauvertrag mit Terminvorgaben kann unterschiedlich genutzt werden. Das digitale Vertragsmodell kann Basis für die Arbeit der Anwälte, Projektsteuerer und baubetrieblichen Gutachter werden.

Die gemeinsame „Single Source of Truth“ stellt die Konsistenz zwischen den Informationen sicher, erhöht die Transparenz und sorgt dafür, dass eine datenbasierte Argumentation nachvollziehbar verwendet werden kann.

IX. Digitale Umsetzungsmöglichkeiten mit KI

Die technischen und methodischen Grundlagen ermöglichen bereits heute KI-Anwendungsfälle, insbesondere unterstützende Systeme, rund um das digitale Vertragsmodell.²⁴

In einigen juristischen Bereichen gibt es bereits Entwicklungen, dass Verträge digital abgebildet werden. Diese digitalen Abbildungen bestehen häufig aus den Vertragstexten, den darin enthaltenen Variablen und Logiken. Hierfür werden aktuell auch semantische Beschreibungen entwickelt. Bspw. ist „Concerto“ eine Modellierungs-

sprache für die in Verträgen verwendeten Variablen und Objekte und „Ergo“ für Logiken.²⁵

Diese Entwicklung zum digitalen Arbeiten weist Analogien zur Digitalisierung der Bauwelt auf. Im Bereich der Planungswirtschaft hat sich über die letzten Jahrzehnte bereits eine Digitalisierung entwickelt, die sich von Papierzeichnungen über CAD-Zeichnungen bis zu BIM-Modellen erstreckte.²⁶ Im Bauvertragswesen zeichnen sich ähnliche Entwicklungen ab: Angefangen bei Papierverträgen (nicht digital), über Microsoft Word (halb strukturiert) hin zu Vertragsmodellen (strukturierte Daten).

Um diese digitalen Vertragszwillinge zu erstellen, genügt es nicht, Fließtext in üblicher Software wie Microsoft Word oder OpenOffice zu schreiben und

24 Vgl. dazu Miskolczi/Thingna, Die neue Gretchenfrage der Anwälte: Künstliche Intelligenz in der Rechtspraxis, in: Schieblon (Hrsg.), Digitalisierung und Innovation in Kanzleien, 2023, S. 121 ff. Miskolczi und Thingna betonen z.B., dass KI zwar nicht in absehbarer Zeit die juristische Arbeit vollständig ersetzen wird, jedoch bereits jetzt konkrete Aufgaben wie juristische Recherche, Document Reviews und automatisierte Datenextraktion unterstützen kann.

25 Vgl. dazu Roberts/Selman/Lease/Tavarez/Brooke/Halford/Roche, An Introduction to Computable Contracts, S. 29 ff.

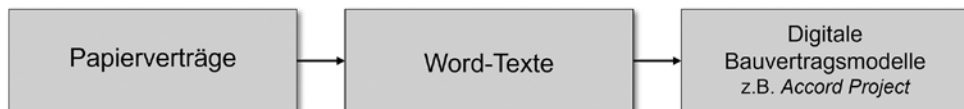
26 Vgl. dazu Wimmer/Bartels/Maile, Next Generation BIM, S. 31 ff.

Parallelität der Arbeitsmethodenentwicklung

Entwicklung bei Planern



Entwicklung bei Anwälten



in PDF zu konvertieren. Vielmehr ist eine Auto-
rensoftware nötig, die notwendigen Daten model-
liert. Ein Beispiel hierfür ist das „Accord-Project“
als Open Source Lösung, die solche Modellierungs-
software für die juristische Praxis entwickelt. Diese
Modelle werden aktuell häufig für eine prozess-
orientierte Abwicklung mit Smart Contracts (s.o.)
angewandt. Durch diese Arbeitsweise entsteht eine
strukturierte Datenbasis, die auch für KI-Systeme
effektiv verwendet werden kann.²⁷

Zentrale Elemente sind hierbei Retrieval-
Augmented Generation (RAG-Systeme), Vektor-
datenbanken und Wissensgraphen. Mit diesen
drei Kerntechnologien ist es heute bereits möglich,
Bauverträge und ihre Anlagen für KI-Anwen-
dungen vorzubereiten und den Inhalt kontext-
sensitiv abfragbar zu machen.²⁸ Im Baukontext
können so zwei Digitalisierungsströme zusam-
menkommen: Bauverträge als digitales Modell und
BIM-Modelle als Repräsentation des Bau-Solls.
Beides zusammen sind eine ideale Grundlage, um
KI-Anwendungen zu realisieren.

Hierbei kann zwischen unterschiedlichen Arten
von KI-Anwendungen unterschieden werden,
die sich insbesondere in der Autonomie unter-
scheiden.²⁹ Typische Beispiele sind:

- KI-Assistenten, die in einem Chat oder einer
Konversation Fragen beantworten.
- KI-Agenten, die darüber hinaus über eine eigene
Handlungsfähigkeit mit sogenannten „Tools“
verfügen.

Der „sprechende Vertrag“ ist ein Beispiel für einen
KI-Assistenten. Ausgestattet mit dem Bauvertrag
und seinen Anlagen als Wissen kann er in einem
RAG-System Antworten zu allen Fragen beant-
worten.

Die Terminabwicklung hingegen wäre ein
KI-Agent, da er nicht nur eine reine Informations-
quelle ist, sondern auch weitere Tools nutzt, um
Verzögerungen zu identifizieren (z.B. mit Bautages-
berichten) und zu kommunizieren sowie Termin-
anpassungen zu tätigen (z.B. mit einer Termin-
managementsoftware).

X. Folgerungen für die Praxis

Die Interpretation der Bauverträge als digitale
Modelle erleichtert das Verständnis aktueller
Entwicklungen im Bauvertragswesen. Der Vertrag
ist hiernach eine Modellplattform, mit der diverse
Anwendungen umgesetzt werden können, die
typischerweise im Vertrag geregelt werden. Sowohl
Erfüllung wie auch Nichterfüllung von Vertrags-
leistungen können hierdurch automatisiert umge-
setzt werden. Die Digitalisierung des Vertragswe-
sens wird Verträge in der bisherigen analogen Form
zunehmend ersetzen. Die modellbasierte Sicht hilft
dabei, Verträge besser zu verstehen, zu gestalten
und auch zu administrieren.

Der zu erwartende große Einfluss von KI auf das
Vertragswesen wird ergänzend dazu führen, dass
sich die Arbeit des Vertragsjuristen im Bauwesen
sehr schnell verändert. Er wird zunehmend mit
vorgeschlagenen Standard-Bauvertragsmodellen
konfrontiert werden, die mit diversen weiteren
Modelldaten automatisiert verknüpft werden
können. Standardisierte Vorgehensweisen werden
die individuelle Vertragsgestaltung weitestgehend
ersetzen. Auch die Anwendung der oft in diversen
Dokumenten verstreuten Informationen aus
Bauverträgen werden erleichtert und für Baube-
teiligte aus unterschiedlichen Disziplinen und
unterschiedlichen Nationen durch Sprachmodelle
verständlich werden. Im Ergebnis wird eine deut-
liche Effektivitätssteigerung, eine bessere Verständ-
lichkeit und eine Kostenersparnis im Bauvertrags-
wesen stehen, dabei weniger Konflikte und eine
zunehmende Automatisierung des Vertragswe-
sens festzustellen sein. Modellbasierte Bauver-
träge haben auch das Potenzial, die oft attestierte
„Sprachverwirrung am Bau“ aufzuheben.

27 Vgl. dazu Roberts/Selman/Lease/Tavarez/Brooke/Halford/
Roche, An Introduction to Computable Contracts, S. 29 ff.

28 Vgl. dazu Klesel/Wittmann, Retrieval-Augmented Generation
(RAG), S. 553 ff.

29 Vgl. dazu Morris et al., Levels of AGI for Operationalizing
Progress on the Path to AGI.

Die bewilligte Hypothek – Alternative zur Bausicherheit des § 650f BGB?

von Rechtsanwalt Prof. Dr. Günter Schmeel, Hamburg*



I. Problem

Die Bauhandwerkersicherheit nach § 650f BGB ist ein scharfes Schwert in der Hand des Bauauftragnehmers. Er kann und darf

- jederzeit
- ohne Gegenleistung
- anlasslos
- risikolos

die Sicherung verlangen.

1. Für die Mehrzahl der Bauvorhaben dient das zu bebauende Grundstück zu einem erheblichen Anteil gleichzeitig als Beleihungsobjekt für die Finanzierung des Erwerbs/der Baukosten. In vielen Fällen ist der finanzielle Bewegungsspielraum nicht nur eingengt, sondern „ausgereizt“ und beruht die Finanzierung auf dem Baufortschritt: Die Zahlung nach vereinbartem oder vorgeschriebenem¹ Zahlungsplan soll möglichst Schritt halten mit dem Wertzuwachs des Grundstücks. Der Anspruch nach § 650f BGB ist jedoch „draufgesattelt“, im Extremfall – Verlangen auf Sicherung unmittelbar nach Vertragsschluss, ohne dass bereits eine Bauleistung erbracht wäre – kann sich die Finanzierungslast verdoppeln. Kreditgebende Banken behandeln Bürgschaften wie ausgeliehene Gelder. Das kann das wirtschaftliche Aus des Projekts oder gar der Auftraggeberin bedeuten.

2. Auf den ersten Blick scheinen Verbraucher, die typischerweise mit dem Bau eines Einfamilienhauses in die skizzierte finanzielle Enge geraten können, dank der Bereichsausnahme des § 650f Abs. 6 Nr. 2 BGB (Verbraucherbauvertrag und Bauträgervertrag) verschont zu bleiben.

Aber der Schutzschirm hat sich als löchrig erwiesen. Zum einen hat der BGH nach gefestigter Rechtsprechung² einen Verbraucherbauvertrag nur dann angenommen, wenn die Gesamtbauleistung nach § 650i Abs. 1 BGB „aus einer Hand“ erfolgt. Zum anderen ist auch eine größere Baumaßnahme am Haus nicht sogleich ein Neubau- oder ein Umbau, der einem Neubau gleichkommt.³

Beides wohl zwingend, insbesondere wenn man – was nötig ist – die Vorgaben des Unionsrechts⁴ stringent umsetzt. Zum

Dritten kommt nun auch Bewegung in die verkrustete Rechtsprechung zum rein formalistisch angewendeten Verbraucherbegriff:⁵ So ist bei family offices und anderen aus natürlichen Personen bestehenden oder sich jeweils zusammenfindenden BGB-Gesellschaften als Auftraggeberinnen genau zu prüfen, ob es sich tatsächlich um „Verbraucher“ im Sinne des Verbraucherschutzes handelt.⁶

Und schließlich haben auch die Architekten das Recht, die Sicherung zu verlangen.⁷

II. Welche Sicherheit kann nach § 650f BGB gestellt werden?

1. Die Praxis verbindet automatisch jede Sicherheit, auch die nach § 650f BGB, mit einer Bankbürgschaft. Das Kammergericht hat jedoch zu Recht

* Professor für Baurecht, Technische Universität Hamburg und Schiedsrichter/Vors. im Bau- und Handelsrecht.

1 Nach § 3 Abs. 2 der Makler- und Bauträgerverordnung v. 20.06.1974 i.d.F.d. Bek. v. 07.11.1990, BGBl I 2479, zul. geä. 11.12.2024 BGBl. I Nr. 411.

2 BGH, 16.03.2023 – VII ZR 94/22, NZBau 2023, 375 = ZfBR 2023, 375 = VersR 2023, 64 = BauR 2023, 1243 = ZfBR 2023, 448; BGH, 26.10.2023 – VII ZR 25/23, MDR 2024, 104 = BauR 2024, 264 = NZBau 2023, 213 = ZfBR 2024, 138 = NJW 2024, 213.

3 BGH, 30.08.2018 – VII ZR 243/17, NZBau 2018, 666 = MDR 2018, 1484 = ZfBR 2018, 777 = NJW 2018, 3380 = BauR 2019, 107.

4 Erhebliche Umbauten sind nach der Definition der Verbraucherrechte-Richtlinie solche, „die dem Bau eines neuen Gebäudes vergleichbar sind, beispielsweise Baumaßnahmen, bei denen nur die Fassade eines alten Gebäudes erhalten bleibt“ (Verbraucherrechte-Richtlinie Art. 8 Abs. 3; 26. Erwägungsgrund Satz 4).

5 Vgl. Schmeel, Der Unternehmer als Verbraucher, MDR 2023, 199.

6 Instruktiv OLG München, 26.02.2025 – 27 U 1463/24 Bau, NZBau 2025, 568 = NJW 2025, 2558 zu § 650f BGB.

7 § 650q Abs. 1 BGB; Retzlaff, in: Grüneberg (2025), Anm. 4 zu § 650f BGB; OLG Stuttgart, 17.07.2018 – 10 U 143/77, NJW 2018, 3394.

darauf hingewiesen,⁸ dass nach dem Gesetz alle Sicherheitsarten der §§ 232 BGB gestellt werden dürfen. Mag die Praxis auf Bankbürgschaften fixiert sein und damit die „Rangordnung“ der Abs. 1 und 2 des § 232 BGB auf den Kopf gestellt haben,⁹ so steht es der Auftraggeberin doch im Grundsatz frei, andere Sicherheiten zu stellen, so sie die Vorgaben der §§ 232 ff. BGB erfüllen. So dürfen auch Nichtbanken bürgen, sofern sie „tauglich“ sind, § 232 Abs. 2 BGB. Ebenso kommen Hypotheken – auch auf anderen Grundstücken – in Betracht. Und die Verpfändung von Schuldbuchforderungen, und natürlich die Hinterlegung von Wertpapieren,¹⁰ ja selbst bewegliche Sachen können als tauglich angesehen werden, §§ 1232 ff. BGB.

(Nur) für die Bausicherheit hat § 650f Abs. 2 BGB, abweichend von § 232 BGB, einen Gleichrang hergestellt. Danach kann die Sicherheit „auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen¹¹ eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden ...“. Die Bürgschaft muss den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage enthalten, § 239 Abs. 2 BGB – d.h. der Auftragnehmer muss nicht vorab einen langjährigen Mangel- oder Abrechnungsprozess gegen die Auftraggeberin führen und dann die Bürgin in Anspruch nehmen, u.U. in einem weiteren Prozess (sondern diesen sogleich mit der Bürgin in gleichem Maße ausfechten).

2. Eine andere Frage ist es, ob dem Auftragnehmer eine bestimmte Sicherheit „aufgedrängt“ werden kann, d.h. er sie gegen seinen Willen annehmen muss.

Für das Anbieten eines Pfandrechts an beweglichen Sachen, 3. Alt. des § 232 Abs. 1 BGB, ist die Rechtslage klar: Der Gläubiger muss mit der Verpfändung einverstanden sein, § 1205 Abs. 1 Satz 1, Halbs. 2. BGB: Wegen der Vielzahl von Unwägbarkeiten kann ihm – begreiflicherweise – die Sicherheit nicht aufgehalst werden.

Eine „Unvereinbarkeit“ sieht § 650f Abs. 4 BGB vor: die geleistete Bausicherheit sperrt den Anspruch auf Einräumung einer Sicherheitshypothek nach § 650e BGB.

Umgekehrt kann die Auftraggeberin die Eintragung einer Sicherungshypothek (Zwangshypothek) abwenden, indem sie eine Bürgschaft (oder

eben eine andere Sicherheit nach §§ 232 BGB) stellt und auf Kostenerstattung nach § 650f Abs. 3 BGB verzichtet.¹² Der Auftragnehmer/Gläubiger kann eine (Verurteilung zur) Sicherung dann nur Zug um Zug gegen Löschungsbewilligung verlangen¹³

3. Im Fall des Kammergerichts¹⁴ bot die Auftraggeberin die Bestellung einer im Sachverhalt nicht näher qualifizierten Hypothek an. Hypotheken sind für Bauvorhaben gängige Finanzierungsinstrumente. Im Zweifel wird die Auftraggeberin die „Eigenbeileihung“ durch die Hausbank vorziehen, soweit der Kreditrahmen – der auf allen assets der Kundin basiert, nicht nur auf Immobilien – noch Luft nach oben lässt. Indes kann jederzeit auch das Grundstück eines Dritten beliehen werden, wenn er einverstanden ist bzw. zum Umfeld der Auftraggeberin gehört.

Wie zu 1. dargelegt, behandelt das Gesetz alle Sicherheiten grundsätzlich gleich – mit Ausnahme der Bürgschaft –, so sie nur tauglich sind, wie in §§ 233 ff. BGB geregelt. Somit ist die Auftraggeberin in der Auswahl frei und muss der Auftragnehmer im Grundsatz diese Wahl akzeptieren.

4. Die Gleichwertigkeit zeigt sich auch in ihrer Austauschbarkeit. Entschieden ist die Frage zum Austausch von gleichwertigen Prozessbürgschaften (die gängige Formulierung damals „deutsche Großbank oder Sparkasse“), wenn der Austausch der Gläubigerin keine Nachteile und dem Schuldner Vorteile einbringt.¹⁵

8 KG, 19.02.2025 – 7 U 41/23, MDR 2025, 722; s.a. Homann/Köhler, Risiken bei Stellen einer Bauhandwerkersicherheit, NZBau 2024, 136 zu II/1, S. 137; beiläufig auch BGH, 20.08.2025 – VII ZB 4/25, TZ 19, NJW 2025, 3630 = BauR 2025, 1730 = ZfBR 2025, 643 = WM 2025, 1802.

9 Nach § 232 Abs. 2 BGB ist eine Bürgschaft nur zulässig, wenn keine der in Abs. 1 vorgesehenen Sicherheiten gestellt werden kann – die Praxis ist darüber schon seit Jahrzehnten hinweggegangen.

10 Bei Licht bestehen aber nur bestimmte, qualifizierte Schuldverschreibungen – § 1 SiV (s.u. Fn. 15) – also etwa (wegen der Volatilität) keine Aktienpapiere.

11 Das ist die Wortwahl des Unionsrechts, dazu gehören auch Bürgschaften.

12 OLG Hamm, 17.10.2024 – 17 W 14/24, ZfBR 2025 = NJW 2025, 1665.

13 KG, Fn. 8.

14 S.o. Fn. 8.

15 BGH, 24.02.1994 – IX ZR 120/93, NJW 1994, 1351.

III. Anforderungen

Welche Anforderungen an eine Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld¹⁶ als Sicherheit nach § 650f BGB zu stellen sind, gibt § 2 der Sicherheitenverordnung vor,¹⁷ §§ 238 Abs. 1, 240a BGB. Die Hypothek muss „tauglich“ sein, d.h. hier die berechtigt verlangte Sicherung tatsächlich abdecken.

1. Nach § 2 Abs. 1 SiV ist eine Hypothek als sicher anzusehen, wenn sie die ersten 50 % des Grundstückswertes nicht übersteigt. Das Anbieten einer „Hypothek an rangbereiter Stelle“ ist also wertlos. Umgekehrt kann ein Anerbieten nicht deshalb zurückgewiesen werden, weil vorrangige Belastungen in Abt. III existieren. Sie dürfen nur nicht zusammen mit der zu besichernden Summe 50 % des Grundstückswertes übersteigen.

Ist das Baugrundstück wie meist zur Finanzierung herangezogen oder gar deren Grundlage, wird dieser vorsichtig bemessene Rahmen regelmäßig schon überschritten sein.¹⁸

2. § 2 Abs. 2 der SiV befasst sich mit der – entscheidenden – Wertermittlung. Die Vorschrift stellt auch in der Praxis eine Reihe von penibel zu beachtenden Anforderungen, darunter:

- Die Ermittlung des Grundstückswertes darf nicht länger als ein Jahr zurückliegen, § 2 Abs. 2 letzter Satz. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Jahresfrist dürfte das Ausstelldatum des Gutachtens sein; andere Zeitpunkte, wie etwa der – vielleicht wichtigere – der Begehung des Grundstücks sind nicht immer greifbar und nicht ohne Weiteres mit dem Begriff der „Ermittlung“ des Wertes in Einklang zu bringen.¹⁹
- Fließt der Wert aufstehender Gebäude in die Wertermittlung ein, müssen diese „ausreichend“ versichert sein, § 2 Abs. 3. Das erfordert die Deckung, Satz 2 Nr. 1 SiV, der „erheblichen Schadensrisiken, die nach Art und Lage der jeweiligen Bauwerke bestehen“ (Nr. 1), sowie die Wiederherstellungskosten (Nr. 2).
- Soll das Baugrundstück für seine Bebauung beliehen werden, ist regelmäßig eine Bauleistungsversicherung abzuschließen. Üblich sind die Regelwerke der ABN (Auftraggeberin) und ABU (Unternehmer).²⁰ Mit Bereitstellung des Bauwerks/der Anlage (Bereitstellung ist die Abnahme nach, wo vorgesehen, Inbetriebnah-

meläufen) kann eine Baubestandsversicherung (ABBV 2011) greifen.

„Nach Art und Lage“ zusätzlich abzusichernde Risiken werden üblicherweise, so nicht ohnehin gedeckt, über zusätzliche Klauseln eingeschlossen. Auch das ist zu prüfen.

Beispiel:

TK 5260 deckt die Risiken einer „Baustelle im Bereich von Gewässern oder in Bereichen, in denen das Grundwasser durch Gewässer beeinflusst wird“.

Auch das ist zu klären.

3. Die eigentliche Grundstückswertermittlung erfolgt nach § 16 Abs. 2 Satz 1–3 des Pfandbriefgesetzes²¹ in Verbindung mit der Beleihungswertverordnung²² Zulässig ist aber auch auf eine diesen Anforderungen genügenden andere – Wertermittlung (Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 SiV).

Eine Erleichterung bietet § 24 WertErmVO für wohnwirtschaftlich genutzte Objekte. Auf ein formvollendetes Gutachten nach § 5 kann bei einer Gesamtbelastung von unter 600.000,00 € verzichtet werden. Es genügt eine „vereinfachte Wertermittlung“, die jedoch den übrigen Anforderungen der Verordnung genügen muss.

16 Jeweils: Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld. Im Folgenden zur Vereinfachung nur: Hypothek.

17 Verordnung über die Anforderungen an Sicherheiten und die Anlage bestimmter Vermögen (Sicherheitenverordnung – SiV) v. 28.10.2022, BGBl. I Nr. 41 v. 08.11.2022.

18 In der Praxis schwanken die Beleihungsgrenzen zwischen 40 und 80 %.

19 Die Ermittlung des Grundstückswertes ist Büroarbeit, die Begehung „nur“ ihre Grundlage.

20 Allgemeine Bedingungen für die Bauleistungsversicherung durch Auftraggeber (ABN 2011) und für die Bauleistungsversicherung von Unternehmerleistungen (ABU 2011). Sie sind zusammengefasst in den Allgemeinen Bedingungen für die Versicherung von Bauleistungen (ABBL 2018) und die dazugehörigen Klauseln (TK ABBL 2018, Version 01.11.2024), haben sich aber in dieser Form noch nicht durchgesetzt.

21 Pfandbriefgesetz v. 22.05.2005 (BGBl. I S. 1373), zul. geä. 22.12.2023 (BGBl. I Nr. 411).

22 Verordnung über die Ermittlung der Beleihungswerte von Grundstücken nach § 16 Abs. 1 und 2 des Pfandbriefgesetzes (Beleihungswertermittlungsverordnung – BelWertV) v. 12.05.2006 (BGBl. I S. 1175), zul. geä. durch VO v. 04.10.2022 (BGBl. I S. 1614).

Sonderregelungen für im Bau befindliche Objekte trifft § 4 Abs. 4 BelWertVO.

IV. Fristen

Die Praxis hat sich für die Angemessenheit der Frist zur Lieferung der Sicherheit auf etwa 7 Banktage²³ eingependelt. Auch wird ein Auftragnehmer, so er das Sicherungsverlangen nicht nur als Mittel einsetzt, sich vom Vertrag zu lösen, auf eine Zwischennachricht der Bankbürgin auch noch ein paar Tage zuwarten, die Bürgschaft werde gestellt, es daure nur etwas länger in der Abwicklung. Bei einer Bank kann bekanntlich auch eine formfreie, also fernmündliche Bürgschaftserklärung ausreichen – § 350 HGB.

Für andere Sicherheiten liegen die Dinge anders. Insbesondere die Voraussetzungen für den Nachweis einer tauglichen Besicherung durch Hypothek sind innerhalb von 7 Banktagen nicht auf die Beine zu stellen.

1. Die Anforderungen an den Nachweis der Tauglichkeit der Hypothek, der gleichzeitig mit dem Anerbieten erfolgen sollte, können nicht erst beim Verlangen des Auftragnehmers auf Stellen der Sicherheit, erfüllt werden. So muss der Nachweis der Tauglichkeit bereits erbracht werden können. Dazu gehört insbesondere das Wertermittlungsgutachten als zentrale Anforderung an den Nachweis der Tauglichkeit.²⁴

2. Zu verneinen ist die Frage, ob der Auftragnehmer auf den deutlich erhöhten Zeitaufwand bei der Beschaffung des Nachweises der Tauglichkeit Rücksicht nehmen muss.²⁵ Die Entscheidung duldet keinen Aufschub- im Interesse beider Vertragsparteien: Kaum ein Objekt steht nicht unter Termindruck, schon wegen der Bindung von Subunternehmern und Materialkostensteigerungen, ganz zu schweigen von Verzugsstrafen. Der Auftraggeberin wiederum droht die Kündigung nach § 650f Abs. 5, der Auftragnehmer braucht schleunigst Gewissheit und steht selbst regelmäßig unter rigiden Ausführungsfristen.

3. Wesentliche Anforderung an das Wertermittlungsgutachten ist, dass es wie ausgeführt nicht älter als ein Jahr sein darf, § 2 Abs. 2 Satz 2 der SiV. Es muss also ständig aktuell gehalten werden. Dabei genügt es allerdings, wenn nur auf aktuelle

Veränderungen in der Bewertung geachtet wird. Eine „Fortschreibung“ des vorliegenden Gutachtens, zweckmäßig durch den gleichen Gutachter, genügt also. Marktveränderungen, gar -verwerfungen, müssen jedoch sorgfältig beachtet werden. Reflektiert die Fortschreibung nicht allfällig gewordene Veränderungen, ist Vorsicht geboten.²⁶

V. „Inländisches Grundstück“

1. § 232 BGB schränkt die Sicherungsfähigkeit auf „inländische Grundstücke“ ein. Mehr als zweifelhaft ist, ob dies unionsrechtlich noch zulässig ist.²⁷

Man wird sich schon darauf einstellen müssen, mit einer Sicherung auf dem Betriebsgrundstück einer sizilianischen Orangenplantage, einer bulgarischen Seniorenresidenz oder einer Rentierzucht in Lappland konfrontiert zu werden.

2. Andererseits regelt § 25 WertErmVO nicht nur die Wertermittlung von Grundstücken in der EU, sondern ganz allgemein von ausländischen Grundstücken. Es käme also noch ein aufgelassenes Testgelände in der Mojave-Wüste in Betracht.

Allerdings gibt es keine Verpflichtung des Gesetzgebers, den Markt auch für die Belastung von Grundstücken außerhalb der EU zu öffnen.

23 Das ist präziser als die üblicherweise genannte Spannweite von 7–10 Kalendertagen, die auch nur hierauf fußt.

24 Dabei ist noch zu beachten, dass das Wertermittlungsgutachten nicht von der Auftraggeberin selbst in Auftrag gegeben werden kann, § 5 Abs. 2 Satz 3 der Beleihungswertermittlungsverordnung.

25 Überspitzt ausgedrückt: Auch das Stellen von (genügend) Altgold (Zahngold) kann ein taugliches Sicherungsmittel sein. Wenn die Auftraggeberin aber geltend macht, sie bekomme erst in 6 Wochen einen Zahnarzttermin, ist das nicht hinzunehmen ...

26 Außerdem greift § 26 Abs. 1 Satz 3 der WertErmVO auf die Solvenz der Auftraggeberin zu: Ist sie mit laufenden Zahlungen für auf dem Grundstück abgesicherte Forderungen mehr als 90 Tage wesentlich im Rückstand, ist der Beleihungswert zu überprüfen und ggf. nach unten anzupassen.

27 S. dazu nur Staudinger/Reppen (2024) Anm. 10 zu § 232 BGB. Vgl. auch § 25 der Beleihungswert-Ermittlungs-Verordnung, der ausdrücklich für die Wertermittlung ausländischer Grundstücke Vorgaben macht. Regelungsbedarf erforderten schon die Euro-gedeckten Schuldverschreibungen nach § 41 Abs. 1 Nr. 2 Pfandbriefgesetz.

VI. AGB-Regelungen

1. AGB der Auftraggeberin

Von den Vorgaben des § 650f BGB darf nicht zu Lasten des Auftragnehmers abgewichen werden, Abs. 7. Dazu gehört auch die „angemessene“ Frist zum Beibringen der Sicherheit: Jedenfalls darf keine unangemessen lange Frist ausbedungen werden, vgl. im Übrigen oben zu IV.

Die AG mag versucht sein, einzelne Elemente des Anforderungskatalogs für die Hypothek auszu-schalten oder zu mildern. Unzulässig sind jeden-falls alle Regelungen, die de facto zu einer Entwer-tung der Sicherheit oder der Überprüfbarkeit ihrer Werthaltigkeit führen würden.

Soweit die gesetzliche Regelung selbst Erleichter-ungen vorsieht – s. etwa für die Wertermittlung, vgl. oben zu III.3 –, kann sie diese nutzen und näher ausgestalten.

2. AGB des Auftragnehmers

Anders als die Auftraggeberin hat er es regelmäßig auch mit Verbrauchern zu tun. Zumindest im unternehmerischen Geschäftsverkehr dürfte es aber möglich sein, die Auswahl der Sicherheiten des § 240 BGB „mit Augenmaß“ einzuschränken, soweit der Vertragspartner dadurch nicht unbillig beeinträchtigt wird.

Fraglich ist, ob per AGB des Auftragnehmers eine Beschränkung auf inländische Grundstücke zulässig ist. Immerhin gäbe dies den (Sinn und) Wortlaut des Gesetzes nach wie vor wieder. Ob eine solche Klausel angesichts der Marktmacht der Nachfrageseite vom Auftragnehmer durchsetzbar ist, ist eine andere Frage.

3. Kosten

Die laufenden Kosten einer Bürgschaft („Avalpro- vision“ der Bürgin) hat der Gläubiger/Auftrag- geber bis zu 2 % p.a. zu tragen, § 650f Abs. 3 BGB. Die Kosten für die Erstellung des Gutach- tens als Nachweis der Eignung einer angebotenen Hypothek gehen zweifellos zu Lasten der Auftrag-

geberin. Aber auch für den Auftragnehmer fallen, nämlich bei der (Über-) Prüfung der Tauglich- keit der Hypothek, nicht unerhebliche Kosten an. Mag die Prüfung einer angedienten Bank- bürgschaft noch als Routine durchgewunken werden- die Prüfung eines Wertermittlungsgut- achtens ist es nicht. Man kann argumentieren, die hohen Anforderungen an die Qualität eines Gutachtens und an die Unabhängigkeit/Integrität des Gutachters müssten genügen, und wenn dies dem Auftragnehmer nicht ausreiche, könne er auf eigene Kosten weiter prüfen. Allerdings ist es im Regelfalle die Auftragnehmerin, die die Hypothek statt einer Bürgschaft angedient hat, womit der Auftragnehmer in aller Regel nicht gerechnet hat. Auch die Kosten des nachträglichen Austauschs einer Sicherheit durch eine andere auf Wunsch der Auftraggeberin hat diese zu tragen.

Hier eröffnet sich ein – beschränktes – Feld für AGB-Regelungen des Auftragnehmers wie der Auftraggeberin.

VII. Fazit

1. § 650f BGB verlangt nur eine „Sicherheit“ wie in §§ 232 BGB definiert, nicht unbedingt eine Bankbürgschaft wie weitgehend üblich. Es sind alle Sicherungsmittel des § 232 BGB zulässig, allerdings müssen sie die spezifischen – gesetz- lichen – Anforderungen an ihre Tauglichkeit erfüllen.

2. Dazu gehört auch eine Hypothek auf dem Baugrundstück oder einem beliebigen anderen Grundstück.

3. Will die Auftraggeberin keine Zurückweisung riskieren, müssen alle Anforderungen an die Taug- lichkeit der Hypothek nach §§ 232 ff. BGB, Sicherheitenverordnung und Beleihungswerter- mittlungsverordnung erfüllt sein.

4. Diese Anforderungen können nicht erst inner- halb der „angemessenen Frist“ des § 650f Abs. 5 Satz 1 BGB erfüllt werden. Dies muss vielmehr „auf Vorrat“ erfolgen.

Der „Wohnungsbauturbo“ – Praxisfragen

von Rechtsanwalt Dr. Thomas Lüttgau, Köln*

Der Gesetzgeber hat zum Ende des vergangenen Jahres mit großer Geschwindigkeit eine Reihe von Gesetzesvorhaben auf den Weg gebracht, mit denen auch das Baugesetzbuch (BauGB) in nicht unerheblichem Umfang geändert wurde. Die Änderungen sollen vorrangig dem erleichterten und beschleunigten Wohnungsbau¹ und der Beschleunigung des Ausbaus von Geothermieanlagen, Wärmepumpen und Wärmespeichern² dienen. Mit dem Gesetz zur Beschleunigung des Wohnungsbaus und zur Wohnraumsicherung vom 27.10.2025 wird das „100-Tage-Programm“ der Bundesregierung im Sinne einer punktuellen Änderung des BauGB zugunsten des dringend benötigten Wohnungsbaus umgesetzt, der eine umfassendere Novelle des BauGB nachfolgen soll, wie sie in der 20. Legislaturperiode bereits kurz vor dem Abschluss stand. Als wesentliches Element der Erweiterung planerischer Möglichkeiten in Zusammenhang mit dem Wohnungsbau kann auch die Schaffung einer Ermächtigungsgrundlage für Lärmemissionskontingente in § 9 Abs. 1 Nr. 23 a) bb) BauGB und für die Bewältigung von Lärmimmissionskonflikten in § 9 Abs. 1 Nr. 23 a) aa) BauGB gesehen werden. Schließlich wurden unter dem Druck der derzeitigen geopolitischen Lage die Abweichungsmöglichkeiten für Vorhaben der Landesverteidigung in § 37 Abs. 2 BauGB und durch Neuschaffung des § 37a BauGB erweitert.

Der Beitrag befasst sich mit den unmittelbar den Wohnungsbau betreffenden Regelungen.

Die §§ 31 Abs. 3, 34 Abs. 3b (dazu unter I.) und 246e BauGB (der eigentliche „Wohnungsbauturbo“ dazu unter II.) sind die Vorschriften, die die Initialzündung für die Erleichterungen und damit Beschleunigung des Wohnungsbaus auslösen sollen. Die gemeindliche Zustimmungspflicht gem. § 36a BauGB (dazu unter III.) bildet im Interesse der Wahrung der gemeindlichen Selbstverwaltungshoheit das Korrektiv. Denn die mit den Regelungen einhergehende Ermächtigung, auf der Genehmigungsebene von der gemeindlichen städ-

tebaulichen Planung weitgehend abweichen zu können, stellt einen Paradigmenwechsel und weitere Aufgabe des dem BauGB immanenten Planmäßigkeitssatzes dar.³



I. §§ 31 Abs. 3, 34 Abs. 3b BauGB

Ohne Bindung an die Bestimmung eines angespannten Wohnungsmarktes gem. § 201a BauGB und ohne Begrenzung durch Grundzüge der Planung, ermächtigt der neu gefasste § 31 Abs. 3 BauGB zur Erteilung von Befreiungen von den Festsetzungen eines Bebauungsplans und im Falle des neu geschaffenen § 34 Abs. 3b BauGB zu Abweichungen vom Erfordernis des Einfügens im unbeplanten Innenbereich. § 34 Abs. 3a Nr. 1b BauGB hat bei dieser Gelegenheit eine sinnvolle Änderung der auf den Einzelfall beschränkten Abweichungsmöglichkeit vom Einfügen dergestalt erfahren, dass diese auch für rechtmäßig errichtete Gebäude und nicht nur für Wohngebäude gilt, wenn dadurch neuer Wohnraum geschaffen wird. Anders als § 246e BauGB sind diese Regelungen unbefristet und werden daher nachhaltiger auf das Baugeschehen im Wohnungsbau einwirken können.

1. Die Abweichungsentscheidung liegt im *Ermessen* der Behörde („kann“). Insofern steht die Befreiungsmöglichkeit des Abs. 3 BauGB in der Kontinuität des § 31 BauGB.⁴ Eine vergleichbare Systematik ergibt sich für § 34 Abs. 3a und 3b BauGB, die Abweichungen von dem gebundenen

* Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner der Len und Johlen Rechtsanwälte Partnerschaft mbB Köln, Berlin.

1 BGBl. I Nr. 257 v. 29.10.2025.

2 BGBl. I Nr. 348 v. 22.12.2025; vgl. dazu auch Muffler/Lüttgau, jurisPR-UmwR 12/2025 Anm. 1 und 2.

3 BVerwG, Urt. v. 17.09.2003 – 4 C 14/01, NVwZ 2004, 220; so auch Kment/Maurer, NVwZ 2025, 1837.

4 Vgl. BVerwG, Urt. v. 19.09.2002 – 4 C 13/01, NVwZ 2003, 478.

Genehmigungsrahmen der Planersatzvorschrift des § 34 Abs. 1 BauGB, also dem Einfügen in die Eigenart der näheren Umgebung ermöglichen.⁵

Zwar ist davon auszugehen, dass für die Ausübung des Ermessens wenig Raum besteht, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung einer Befreiung gegeben sind.⁶ Allerdings steht das mit der Befreiungsvorschrift vom Gesetzgeber beabsichtigte Ziel der Einzelfallgerechtigkeit und städtebaulichen Flexibilität sowie der Grundsatz der Wahrung der Verhältnismäßigkeit einer allzu großzügigen Ermessensausübung entgegen, sodass das Ermessen der Behörde nicht stets auf Null reduziert ist, wenn die Voraussetzungen für eine Befreiung vorliegen.⁷ So war nach hergebrachtem Verständnis des BVerwG eine Befreiung ausgeschlossen, wenn das Vorhaben in seine Umgebung nur durch Planung zu bewältigende Spannungen hineinträgt oder erhöht, so dass es bei unterstellter Anwendbarkeit des § 34 Abs. 1 BauGB nicht zugelassen werden dürfte.⁸ Dies wurde vom BVerwG mit dem engen „Sinnzusammenhang“ von §§ 31 Abs. 2 und 34 BauGB begründet, der infolge der unter der Geltung des BauGB erfolgten Öffnung des § 34 BauGB für die einzelfallbezogene Zulassung von Vorhaben, die sich nicht einfügen, jedenfalls gelockert sein dürfte⁹ und nach dem gesetzgeberischen Willen auch Abweichungsentscheidungen zulässt, die zu planungsbedürftigen Zuständen führen können.¹⁰ Ob den im Vergleich zu § 31 Abs. 2 BauGB gelockerten materiellen Anforderungen von § 31 Abs. 3 BauGB auf Tatbestandsseite (keine Bindung an Grundzüge der Planung) ein größerer Ermessensspielraum der Baugenehmigungsbehörde, ein weiterer Kreis ermessensrelevanter – städtebaulicher – Erwägungen und damit höhere Anforderungen an die Ausübung pflichtgemäßen Ermessens gegenüberstehen,¹¹ wird die Praxis zeigen. Dem klaren gesetzgeberischen Auftrag, den Wohnungsbau als herausgehobenen öffentlichen Belang zu fördern, dürfte ein gewisses „induziertes Ermessen“ innewohnen und daher sowohl bei einer Befreiungsentscheidung gem. § 31 Abs. 3 BauGB als auch bei einer Abweichungsentscheidung gem. § 34 Abs. 3b BauGB bei Vorliegen der Zustimmung der Gemeinde gem. § 36a BauGB der Prüfrahmen der Genehmigungsbehörde auf die nachbarlichen Aspekte und die sonstigen nicht im Städtebaurecht begründeten öffentlichen Belange beschränkt sein (dazu unter 5.).

2. Folge der restriktiven Rechtsprechung zu § 31 Abs. 3 BauGB a.F., die in Anlehnung an frühere Fassungen des § 31 Abs. 2 BauGB das Einzelfallfordernis¹² eng auslegte und -wenig überraschend- für das in der Vorgängervorschrift enthaltene Einzelfallfordernis einen atypischen Sonderfall verlangte,¹³ ist nicht etwa wie in § 31 Abs. 2 BauGB der Entfall des Tatbestandsmerkmals des Einzelfalls, sondern die Erweiterung des Einzelfalls um „mehrere vergleichbare Fälle“ in §§ 31 Abs. 3 und 34 Abs. 3b BauGB. Mit dieser Formulierung knüpft der Gesetzgeber an den Regelungstext im Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der integrierten Stadtentwicklung der 20. Legislaturperiode¹⁴ an, das eine umfassende Novelle des BauGB enthielt und bekanntlich der Diskontinuität durch Auflösung des Bundestages anheimgefallen ist. Der Gesetzgeber will also keine völlige Loslösung der Befreiungs- bzw. Abweichungsmöglichkeiten von dem planerischen Rahmen, in dem sie zu erteilen sind, sondern verlangt eine Einschätzung der Genehmigungsbehörde, ob die begehrte Befreiung oder Abweichung auch in mehreren vergleichbaren Fällen erteilt werden könnte, wenn sich also innerhalb eines Plangebiets oder der näheren Umgebung für eine Mehrzahl von Bauvorhaben gleichgelagerte Befreiungs- oder Abweichungslagen einstellen können.¹⁵ Diese Lösung wirft Fragen in der Praxis auf, denn

5 Für § 34 Abs. 2 BauGB gilt aufgrund des neu eingefügten Verweises § 31 Abs. 3 Satz 1 BauGB hinsichtlich der Abweichung von der zulässigen Art der baulichen Nutzung entsprechend.

6 Vgl. BVerwG, Urt. v. 19.09.2002 – 4 C 13/01, NVwZ 2003, 478; Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 31 Rdnr. 43.

7 So noch einmal: Vgl. BVerwG, Urt. v. 19.09.2002 – 4 C 13/01, NVwZ 2003, 478 m.w.N.

8 BVerwG, Urt. v. 09.06.1978 – 4 C 54/75, NJW 1979, 939.

9 Das am 01.07.1987 in Kraft getretene Baugesetzbuch v. 08.12.1986 (BGBl. 1986 I S. 2264) enthielt die heute (noch) geltende Regelung des § 34 Abs. 2 Halbs. 2, 2. Alt., dass „im Übrigen“ § 31 Abs. 2 (und nunmehr auch Abs. 3 Satz 1) BauGB entsprechend anzuwenden ist.

10 BT-Drucks. 21/781 (neu), 22; so bereits OVG Magdeburg, Beschl. v. 26.07.2021 – 2 M 52/2, BeckRS 2021, 25532.

11 Wie das OVG Hamburg, Beschl. v. 16.08.2021 – 2 Bs 182/21, NVwZ 2021, 1472 zur Vorgängerregelung des § 31 Abs. 3 BauGB ausführte.

12 Das durch das Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuchs und zur Neuordnung des Rechts der Raumordnung (Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 – BauROG) v. 18.08.1997 (BGBl. 1997 I S. 2081) weggefallen ist.

13 BVerwG, Urt. v. 24.04.2024 – 4 C 2.23, NVwZ 2024, 1419.

14 BT-Drucks. 20/13091 v. 30.09.2024.

15 So Blechschmidt/Forschbach/Meurers/Wagner, UPR 12/2025, 464 und Hellriegel, NVwZ 2025, 1721.

sie vermengt Gesichtspunkte einer (behördlichen) Einzelentscheidung mit einer (gemeinde-)planerischen Regelung.¹⁶ Dieser Folge war sich der Gesetzgeber der 20. Legislatur bewusst, in dem er anordnete, dass die erste Befreiungsentscheidung entsprechend § 10a BauGB zu veröffentlichen sei. Für die Genehmigungspraxis bedeutet dies, dass der Beurteilungsrahmen vor einer Entscheidung in den Blick zu nehmen und abzuschätzen ist, ob es innerhalb des maßgeblichen Beurteilungsrahmens mehrere gleichgelagerte Fälle gibt, die nach dem gleichen Maßstab genehmigt werden können. Das bedeutet aber nicht, dass nicht auch „Ausreißer“ genehmigt werden, denn bei diesen handelt es sich dann um einen atypischen „Einzelfall“. ¹⁷ Ob das Kriterium tatsächlich zu qualitativen oder quantitativen Beschränkungen führt, hängt davon ab, inwieweit die Genehmigungsbehörden ihre Aufgaben als planerische ansehen und eine Grenze ggf. dort sehen, wo das Gebrauchmachen der Befreiungs- oder Abweichungsmöglichkeiten zur (schleichenden) Funktionslosigkeit des Bebauungsplans¹⁸ oder städtebaulichen Missständen führen könnte, die öffentliche Belange darstellen können (vgl. dazu unter 5.). Der Gesetzgeber ist sich dieser Folge bewusst, wenn er darauf verweist, dass planerische Bindungen im Falle zahlreicher Abweichungsentscheidungen relativiert werden könnten.¹⁹

3. Der sachliche Anwendungsbereich der Vorschriften bezieht sich auf Vorhaben zugunsten des Wohnungsbaus (§ 31 Abs. 3 BauGB) und solcher, die der Errichtung von Wohngebäuden dienen (§ 34 Abs. 3b BauGB). Der Gesetzgeber sieht in der unterschiedlichen Terminologie keinen inhaltlichen Unterschied. In der Praxis stellt sich die Frage, ob die drei verschiedenen Bezeichnungen „Vorhaben zugunsten des Wohnungsbaus“ (§ 31 Abs. 3 BauGB), „Wohngebäude“ (§ 34 Abs. 3b BauGB) und „Wohnzwecken dienender Gebäude“ (§§ 34 Abs. 3a und 246e Abs. 1 BauGB) tatsächlich identisch zu verstehen sind. Ein „Wohnzwecken dienendes Gebäude“ ist dem allgemeinen Wohnen i.S.d. § 3 BauNVO vorbehalten, das sich durch eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit, Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises sowie Freiwilligkeit des Aufenthalts auszeichnet.²⁰ Damit unterfällt z.B. nicht die Fremdenbeherbergung oder die Unterbringung für Flüchtlinge und Asylbeglückte²¹ unter diesen Privilegierungstatbestand. Die Diskussion um die inhaltliche Reichweite des § 13b BauGB, der vom BVerwG für unionsrechts-

widrig angesehen wurde,²² hilft bei der Auslegung bedingt weiter, da er die planerische Ausweisung von Wohngebieten ermöglichte, in denen jedenfalls die Nutzungen der §§ 3 Abs. 2 und 4 Abs. 2 BauNVO zulässig waren.²³ Bereits zu § 13b BauGB sprach der Wortlaut eher für ein restriktives Verständnis des Tatbestandsmerkmals;²⁴ danach dürften von § 13b BauGB jedenfalls Gebietsartfestsetzungen umfasst sein, nach denen Wohngebäude, wohnähnliche Betreuungseinrichtungen (insb. für Kinder, Jugendliche, Senioren und behinderte Menschen) und eine damit unmittelbar zusammenhängende technische Infrastruktur (z.B. Verkehrsflächen, Stellplätze, Garagen, Anlagen der Wasser- und Energieversorgung) zulässig sind.²⁵ In diesem Sinne dürfte auch der sachliche Anwendungsbereich der §§ 31 Abs. 3 und 34 Abs. 3b BauGB zu verstehen sein. Nur so kann auch dem gesetzgeberischen Ziel, Wohnraum durch Umnutzung und Aufstockung anders genutzter Gebäude sinnvollerweise Rechnung getragen werden.²⁶

4. Das Vorhaben zu dessen Gunsten befreit oder unter Abweichung vom Einfügensgebot genehmigt wird, muss unter Würdigung nachbarlicher Belange mit öffentlichen Belangen vereinbar sein. Auch wenn der Wortlaut der Vorschrift einen Vorrang der öffentlichen Belange („vereinbar“) unter Berücksichtigung („Würdigung“) nachbarlicher Interessen nahelegt, handelt es sich dabei um eigenständige und kumulative Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Befreiung, sodass dem Gebot der Würdigung nachbarlicher Interessen drittschützende Wirkung zukommen kann.²⁷ Zu den nachbarlichen Interessen

16 Vgl. Stellungnahme Nr.: 56/2024 des Deutschen Anwaltvereins zum Gesetzentwurf, August 2024.

17 So aber Hellriegel, NVwZ 2025, 1721.

18 Auch hierzu instruktiv: BVerwG, Urt. v. 24.04.2024 – 4 C 2.23, NVwZ 2024, 1419.

19 BT-Drucks. 21/781 (neu), 23 und Kment/Maurer, NVwZ 2025, 1837.

20 Vgl. nur BVerwG, Urt. v. 18.10.2017 – 4 CN 6.17, ZfBR 2018, 158.

21 Für die mit § 246 Abs. 8 bis 12 BauGB weitreichende Ausnahmeregelungen geschaffen wurden.

22 BVerwG, Urt. v. 18.07.2023 – 4 CN 3.22, NVwZ 2023, 1652.

23 VGH Mannheim, Urt. v. 11.05.2022 – 3 S 3180/19, BeckRS 2022, 15558; VGH München, Urt. v. 10.05.2022 – 15 N 21.2929, BeckRS 2022, 12073.

24 Hofmeister/Mayer, ZfBR 2017, 551.

25 So VGH München, Beschl. v. 04.05.2018 – 15 NE 18.382, BeckRS 2018, 8637.

26 Vgl. Blechschmidt/Forschbach/Meurers/Wagner, UPR 12/2025, 464.

27 BVerwG, Urt. v. 19.09.1986 – 4 C 8/84, NVwZ 1987, 409.

gehören alle Interessen, die nach den planungsrechtlichen Grundsätzen des § 1 Abs. 6 und 7 BauGB in Bezug auf private Belange abwägungsbeachtlich sind. Das ist insbesondere bei § 31 Abs. 3 BauGB von Bedeutung, da sich in den Festsetzungen des Bebauungsplans das Ergebnis der Abwägung zwischen den öffentlichen und privaten Belangen nach § 1 Abs. 6 und 7 ausdrückt.²⁸ Daher ist die „Würdigung nachbarlicher Interessen“ bei der Abweichung von der Festsetzung eines Bebauungsplans auch dann geboten, wenn die betreffende Festsetzung selbst nicht dem Schutz der Nachbarn zu dienen bestimmt ist.²⁹ Die Grenze der „Würdigung“ nachbarlicher Interessen und das Umschlagen in eine drittschützende Verletzung ist an den zum Rücksichtnahmegebot ergangenen Rechtssätzen zu orientieren.³⁰ Während bei der Erteilung von Befreiungen § 15 BauNVO als Maßstab herangezogen werden kann, findet sich das Rücksichtnahmegebot im unbeplanten Innenbereich im Gebot des Einfügens.³¹ Verletzt ist es im unbeplanten Innenbereich nicht bereits dann, wenn sich ein Vorhaben nicht einfügt – was Voraussetzung der Anwendung der § 34 Abs. 3a und 3b BauGB ist – sondern wenn es die Rücksichtnahme auf die in seiner unmittelbaren Umgebung vorhandene Bebauung vermissen lässt.³² In der Praxis sind dies regelmäßig Immissionskonflikte (hier heranrückende Wohnbebauung an Gewerbebetriebe) oder Beeinträchtigungen infolge hoher und dichter Bebauung.³³ Besonderer Betrachtung bedarf hier der Gesichtspunkt der Wahrung der Gebietsart. Im Falle der Befreiung von Festsetzungen zur Art der baulichen Nutzung und im faktischen Baugebiet gem. § 34 Abs. 2 BauGB ist bei der Würdigung nachbarlicher Belange zu berücksichtigen, dass Festsetzungen zur Art der baulichen Nutzung unabhängig davon nachbarschützend sind, ob der Nachbar durch die gebietswidrige Nutzung unzumutbar oder auch nur tatsächlich spür- und nachweisbar beeinträchtigt wird.³⁴ Dieser bauplanungsrechtliche Nachbarschutz beruht auf dem Gedanken des grundstücksbezogenen wechselseitigen Austauschverhältnisses als Ausfluss des Eigentumsschutzes und des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Weil und soweit der Eigentümer eines Grundstücks in dessen Ausnutzung öffentlich-rechtlichen Beschränkungen unterworfen ist, kann er deren Beachtung grundsätzlich auch im Verhältnis zum Nachbarn durchsetzen.³⁵ Im Anwendungsbereich der §§ 31 Abs. 3, 34 Abs. 3b BauGB gelten die gleichen Maßstäbe wie zu § 31 Abs. 2 BauGB; Gesichtspunkte der Verhältnismäßigkeit des

Eingriffs in nachbarliche Rechte, wie sie zu § 246 Abs. 12 BauGB diskutiert wurden,³⁶ scheiden angesichts des zeitlich unbefristeten und nicht auf eine Sondersituation bezogene Befreiungslage aus.

5. Die Vereinbarkeit mit öffentlichen Belangen setzt eine Prüfung insbesondere der in §§ 1 Abs. 5 und 6, 1a BauGB aufgeführten bodenrechtlichen Belange voraus. Dazu gehören die Belange, die städtebaulich relevant sind, also die öffentlichen Interessen, die bei der Aufstellung eines Bebauungsplans in die Abwägung einzubeziehen waren oder einzubeziehen wären, wenn sie bei der Aufstellung des Bebauungsplans bereits vorgelegen hätten.³⁷ Dazu gehören also auch in Aufstellung befindliche Bebauungspläne,³⁸ städtebauliche Konzepte³⁹ und Ziele und Grundsätze der Raumordnung, soweit deren Geltung durch Fachrecht angeordnet ist, wie z.B. bei der Aufstellung von Bauleitplänen gem. § 1 Abs. 4 BauGB und in § 35 Abs. 3 BauGB.⁴⁰ Daher spielen Ziele und Grundsätze der Raumordnung im Anwendungsbereich des § 34 Abs. 3b BauGB mangels fachrechtlicher Anordnung und im Übrigen nur in den – realistischerweise im Anwendungsbereich des § 31 Abs. 3 kaum denkbaren – Fällen raumbedeutsamer Auswirkungen von Wohnungsbauvorhaben eine Rolle.⁴¹

28 Vgl. hierzu Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söfker, BauGB § 31 Rdnr. 60.

29 So noch einmal: BVerwG, Urt. v. 19.09.1986 – 4 C 8/84, NVwZ 1987, 409.

30 BVerwG, Beschl. v. 13.05.2002 – 4 B 86/01, NVwZ 2002, 1384, BVerwG, Urt. v. 06.10.1989 – 4 C 14/87, NJW 1990, 1192.

31 BVerwG, Urt. v. 11.01.1999 – 4 B 128/98, NVwZ 1999, 879.

32 VGH München, Beschl. v. 16.05.2017 – 1 ZB 16.1938, BeckRS 2017, 111580; BVerwG, Beschl. v. 13.11.1997 – 4 B 195/97, BeckRS 1998, 20932.

33 Vgl. hierzu bei Hellriegel, NVwZ 2025, 1721.

34 BVerwG, Beschl. v. 27.08.2013 – 4 B 39/13 BeckRS 2013, 55776 und Beschl. v. 18.12.2007 – 4 B 55.07, NVwZ 2008, 427.

35 Vgl. etwa OVG NRW, Urt. v. 12.06.2024 – 7 A 1268/22, BeckRS 2024, 15592.

36 Vgl. Kment/Wirtz, NVwZ 2016, 748.

37 Vgl. dazu mit zahlreichen w.N. Brügelmann/Dürr, BauGB § 31 Rdnr. 92–97.

38 BVerwG, Urt. v. 19.09.2002 – 4 C 13/01, NVwZ 2003, 478.

39 OVG NRW, Beschl. v. 10.04.2007 – 10 A 3915/05, DÖV 2007, 805.

40 Vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 27.01.2005 – 4 C 5/04, BeckRS 2005, 23942.

41 Allerdings könnte die Verletzung von Siedlungsdichtewerten in Regionalplänen (vgl. z.B. Z 3.4.1–9 RegFNP Frankfurt; Hess. VGH, Urt. v. 20.03.2014 – 4 C 448/12.N., ZfBR 2014, 780) entgegenstehender öffentlicher Belang sein.

Anders als in §§ 31 Abs. 2 und 34 Abs. 3a BauGB, ist die städtebauliche Vertretbarkeit auf der Tatbestandsseite der Abweichungsentscheidung in §§ 31 Abs. 3, 34 Abs. 3b BauGB nicht gesondert aufgeführt, sodass der Vereinbarkeit mit öffentlichen Belangen insoweit eigenständige Bedeutung zukomme.⁴² Der Gesetzgeber geht offenbar weiterhin davon aus, dass Voraussetzung für eine Abweichungsentscheidung die städtebauliche Vertretbarkeit ist, sieht diese Tatbestandsmerkmal aber im gemeindlichen Zustimmungserfordernis gem. § 36a BauGB gut aufgehoben.⁴³ Die Frage, ob die Abweichung mit öffentlichen Belangen vereinbar ist, diese also nicht beeinträchtigt werden, dürfte an einem anderen Maßstab zu messen sein, als bei §§ 31 Abs. 2 und § 34 Abs. 3a BauGB. Während bei § 31 Abs. 2 BauGB die städtebauliche Vertretbarkeit i.d.R. anzunehmen ist, wenn die Befreiung Grundzüge der Planung nicht berührt und das Ergebnis der Abweichung planbar gewesen wäre⁴⁴ und bei § 34 Abs. 3a BauGB die Begrenzung auf den Einzelfall und somit ein atypischer Sachverhalt limitierende Funktion erfüllt, sind genau diese Eingrenzungen §§ 31 Abs. 2 und § 34 Abs. 3a BauGB fremd. Daher stellt sich auch die Frage, ob die Abweichung ein Planungserfordernis begründet,⁴⁵ bei §§ 31 Abs. 3, 34 Abs. 3b BauGB aufgrund der Ausdehnung der Abweichungsmöglichkeiten auf mehrere vergleichbare Fälle jedenfalls nur dann, wenn ein städtebaulicher Missstand droht, der nur im Wege der Planung behoben werden kann. Zwar wäre in diesem Fall die Zustimmung gem. § 36a BauGB zu versagen,⁴⁶ allerdings trägt die Genehmigungsbehörde auch bei erteilter gemeindlicher Zustimmung insoweit eine Prüfungsobliegenheit, die sich an § 136 Abs. 2 und 3 BauGB orientieren kann. Auch hier mutet der Gesetzgeber den Genehmigungsbehörden eine die gemeindlichen Planungshoheit zu mindestens ergänzende Aufgabe zu.

6. Explizit genannter, entgegenstehender öffentlicher Belang in § 31 Abs. 3 Satz 2 BauGB sind aufgrund überschlüssiger Prüfung voraussichtlich zusätzliche erhebliche Umweltauswirkungen. Hiermit vollzieht der Gesetzgeber gegenüber den Befreiungsregelungen in § 31 Abs. 2 BauGB einen Systembruch, denn wie in Abs. 3 gilt dort auch die Frage, ob die Befreiung von Festsetzungen eines Bebauungsplans eine eigentlich gebotene Planung umgeht, was aber tatbestandlich nur in Betracht

kommt, wenn Grundzüge der Planung nicht berührt werden. Der Gesetzgeber wollte damit dem Einwand der Umgehung der Prüfpflicht nach der SUP-Richtlinie⁴⁷ vorbeugen.⁴⁸ Die SUP-Richtlinie verfolgt gem. Art. 1 das Ziel, im Hinblick auf die Förderung einer nachhaltigen Entwicklung ein hohes Umweltschutzniveau sicherzustellen und dazu beizutragen, dass Umwelterwägungen bei der Ausarbeitung und Annahme von Plänen und Programmen einbezogen werden. Zu diesem Zweck bestimmt Art. 3 Abs. 1 SUP-Richtlinie, dass die unter Art. 3 Abs. 3 bis 4 SUP-Richtlinie fallenden Pläne und Programme, die voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen haben, einer Umweltprüfung nach Art. 4 bis 9 SUP-Richtlinie unterzogen werden. Für Pläne und Programme nach Art. 3 Abs. 3 und 4 SUP-Richtlinie bestimmen die Mitgliedstaaten, ob diese voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen haben. Diese Entscheidung haben die Mitgliedstaaten gem. Art. 3 Abs. 5 SUP-Richtlinie entweder durch Einzelfallprüfung oder durch Festlegung von Arten von Plänen und Programmen oder durch eine Kombination dieser beiden Ansätze zu treffen. Sie müssen in jedem Fall die einschlägigen Kriterien des Anhangs II berücksichtigen, um sicherzustellen, dass Pläne und Programme, die voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen haben, von der Richtlinie erfasst werden. In jedem Fall müsse sichergestellt sein, dass alle Pläne, die voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen haben, einer Umweltprüfung unterzogen werden.⁴⁹ Diese Grundsätze hat das BVerwG⁵⁰ auf Zielabweichungen von Raumordnungsplänen übertragen,⁵¹ sie können gleicher-

42 So zu Recht aber nicht nur auf dieses Tatbestandsmerkmal beschränkt und daher missverständlich Kment/Maurer, NVwZ 2025, 1837.

43 So vgl. BT-Drucks. 21/781 (neu), 23.

44 Vgl. VGH München, Urt. v. 08.12.2015 – 15 B 14.1840, BeckRS 2016, 44343, Rdnr. 23; BVerwG, Beschl. v. 20.11.1989 – 4 B 163.89, NVwZ 1990, 556.

45 Vgl. hierzu Kment/Maurer, NVwZ 2025, 1837.

46 Worauf Kment/Maurer, NVwZ 2025, 1837 hinweisen.

47 Richtlinie 2001/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.06.2001 über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme (ABl. L 197 v. 21.07.2001, S. 30).

48 BT-Drucks. 21/781 (neu), 22.

49 EuGH – C-9/22, BeckRS 2023, 3593.

50 BVerwG, Urt. v. 28.09.2023 – 4 C 6.21, NVwZ 2024, 343.

51 Und Umweltvereinigungen in Klagerecht gegen diese zugebilligt.

maßen für Abweichungen von SUP-pflichtigen Bebauungsplänen übertragen werden. Jedenfalls im beplanten Innenbereich des § 30 BauGB kann als Maßstab voraussichtlich zusätzlicher erheblicher Umweltauswirkungen auf § 13a BauGB verwiesen werden,⁵² der nach bisherigem Rechtssprechungsstand als SUP-richtlinienkonform angesehen wird.⁵³ Wenn also die Kriterien des § 13a BauGB erfüllt sind, scheiden voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen aus, wobei als Prüfmaßstab Anl. 2 zum BauGB herangezogen werden kann, es sei denn, das zu genehmigende Städtebauprojekt (Wohnungsbau) erreicht die Größenschwelle der Prüfpflicht.⁵⁴ Außerdem ist nur auf „zusätzliche“ Auswirkungen, also eine „Delta-Betrachtung“ abzustellen⁵⁵ und, anders als in Planverfahren dürfen kompensatorische Maßnahmen berücksichtigt werden.⁵⁶ Diese Festsetzungssystematik orientiert sich an § 9 UVPG und soll grds. nicht dazu führen, dass bestehende defizitäre Umweltzustände aus Anlass des Befreiungsvorhabens „sanitert“ werden müssen.⁵⁷ Schließlich verweist der Gesetzgeber in Hinblick auf die Prüfung der Vereinbarkeit mit öffentlichen Belangen auch auf die Erfordernisse, der Klimaanpassung Rechnung zu tragen, indem insbesondere zusätzliche thermische Belastungen oder erhöhte Gefährdungen durch Starkregen und Sturzfluten vermieden werden.⁵⁸ Diese Aufladung im Wortlaut der Vorschrift nicht genannter öffentlicher Belange macht die Vorschrift nicht handhabbarer und erinnert an den Gesetzentwurf der 20. Legislatur, der entsprechende Vorgaben für die Genehmigung von Vorhaben im unbeplanten Innenbereich gem. § 34 Abs. 1 BauGB vorsah⁵⁹ und dürfte nicht als per als entgegenstehender öffentlicher Belang gewertet werden.

II. § 246e BauGB

Mit § 246e BauGB hat der Gesetzgeber eine – zunächst – bis zum 21.12.2030 befristete Sonderregelung geschaffen, die die meist anlassbedingten Sonderregelungen im 2. Teil des IV. Kapitels des BauGB um eine weitere „Schlussvorschrift“ anreichern. Die Vorschrift ist an § 246 Abs. 14 BauGB angelehnt, die in besonderen Ausnahmefällen und wenn nicht rechtzeitig Abhilfe geschaffen werden kann, zugunsten der Flüchtlingsunterbringung ein Abweichen vom BauGB und den aufgrund des BauGB erlassenen Vorschriften in erforderlichem Umfang ermöglicht. Diese dreifache Einschränkung auf den dringenden Ausnahmefall im erforderlichen

Umfang findet sich § 246e BauGB in der als Gesetz beschlossenen Fassung, anders als in dem Entwurf der 20. Legislatur nicht mehr.⁶⁰ Diese Modifikationen beruhen auf „Ideen und Anregungen“ aus dem politischen Raum,⁶¹ der sich offenbar eine weitergehende Lockerung des Planmäßigkeitsgrundsatzes vorstellen kann. Eine Eingrenzung erfährt diese Lockerung durch das Zustimmungserfordernis gem. § 36a BauGB (§ 246e Abs. 2 BauGB), das anders als das gem. § 246 Abs. 15 BauGB erforderliche Einvernehmen nicht ersetzt werden kann. Allerdings ist der im Adjektiv „im erforderlichen Umfang“ zum Ausdruck kommende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aufgrund der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wohnen, Stadtentwicklung, Bauwesen und Kommunen vom 08.10.2025⁶² nicht in der in Kraft getretenen Gesetzesfassung enthalten.⁶³

1. Die Vorschriften selbst enthalten keine Vorgaben zu einem Rangverhältnis der Regelvorschriften der §§ 31 Abs. 3, 34 Abs. 3b BauGB zur Sonderregelung des § 246e BauGB. Allerdings gebiete der verfassungsrechtlich verankerte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz von der Ermächtigungsnorm nur in erforderlichem Umfang Gebrauch zu machen, also nur, wenn das gesetzgeberische Ziel nicht auf andere Art und weniger in Rechte eingreifende Weise erreicht werden kann.⁶⁴ Die Beantwortung der Frage hängt auch von der Frage ab, welcher Rechtsnatur § 246e BauGB ist. §§ 31 Abs. 3, 34 Abs. 3b BauGB sind planimmanente Abweichungsvorschriften, die unter den genannten Voraussetzungen und in der Erkenntnis, dass jede

52 BT-Drucks. 21/781 (neu), 23.

53 So wohl BVerwG, Urt. v. 18.07.2023 – 4 CN 3.22, BeckRS 2023, 17631; EuGH, Urt. v. 18.04.2013 – C-463/11, NVwZ 2013, 503.

54 Nieders. OVG (1. Senat), Beschl. v. 21.11.2025 – 1 ME 92/25, BeckRS 2025, 32203.

55 Vgl. hierzu Kment/Maurer, NVwZ 2025, 1837.

56 Nieders. OVG, Urt. v. 11.10.2021 – 1 ME 110/21, juris.

57 So auch Kment/Maurer, NVwZ 2025, 1837.

58 BT-Drucks. 21/781 (neu), 23.

59 BT-Drucks. 20/13091, 19.

60 BT-Drucks. 20/13091, 26 f.

61 Vgl. bei Blechschmidt/Forschbach/Meurers/Wagner, UPR 12/2025, 464 (468).

62 BT-Drucks. 21/2109, S. 13.

63 Wovon offenbar Blechschmidt/Forschbach/Meurers/Wagner, UPR 12/2025, 464 (468) noch ausgehen; vgl., auch BT-Drucks. 21/781 (neu), 27.

64 So Hellriegel, NVwZ 2025, 1721; Blechschmidt/Forschbach/Meurers/Wagner, UPR 12/2025, 464 (468).

Norm auf Grund ihrer Abstraktion oder Verallgemeinerung notwendigerweise auch nicht vorhersehbare Sachverhalte erfasst, die Möglichkeit eröffnet, von der Norm abzuweichen und Genehmigungen zu erteilen, soweit dies der Normzweck erfordert und rechtfertigt. § 246e BauGB ist wie § 246 Abs. 14 BauGB systematisch § 37 BauGB angelehnt. § 37 BauGB ermöglicht die Erteilung von Genehmigungen für bauliche Anlagen mit öffentlicher Zweckbestimmung insbesondere auch in den Fällen, die einer Befreiung oder Ausnahme nicht zugänglich sind, wie etwa bei Anwendung der §§ 34, 35 BauGB und wird als Norm mit materiell-rechtlichem Inhalt angesehen.⁶⁵ In den Fällen, in denen das Einvernehmen der Gemeinde nicht erteilt oder das Vorhaben mit den §§ 29 ff. BauGB nicht übereinstimmt, kann es nur mit Hilfe einer Abweichung gem. § 37 BauGB genehmigt werden.⁶⁶ Dies spricht dafür, dass auch § 246e BauGB nur zur Anwendung kommt, wenn eine Genehmigung nach den Regelvorschriften nicht in Betracht kommt. Allerdings hat der Gesetzgeber bewusst auf einengende Anwendungsvoraussetzungen („in erforderlichem Umfang“) verzichtet.

Soweit die Verfassungsgemäßheit der vergleichbaren Regelung des § 246 Abs. 14 BauGB in Frage gestellt wurde, ging es im Wesentlichen um die Vereinbarkeit dieser Regelung mit der in der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie gem. Art. 28 GG garantierten kommunalen Planungshoheit und um die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG.⁶⁷ Mit dem nicht ersetzbaren Zustimmungserfordernis gem. § 36a BauGB ist jedenfalls Art. 28 GG hinreichend Genüge getan. Mögliche Fälle der Betroffenheit des durch Art. 14 GG garantierten Eigentumsschutzes gebieten nicht per se eine entgegen des gesetzgeberischen Wortlauts und seines Regelungswillens stehende Interpretation der Regelung. Etwaige Korrekturen im Anwendungsbereich sind bei der hier gebotenen Ermessensentscheidung mit der Würdigung nachbarlicher Interessen und öffentlicher Belange möglich und geboten.⁶⁸ Daher ergibt sich zwar nicht aus der Norm selbst ein Anwendungsvorrang der §§ 31, 34 BauGB, faktisch kommt dem Gewicht nachbarlicher Interessen und öffentlicher Belange aber im Anwendungsbereich des § 246e BauGB eine größere Bedeutung zu.⁶⁹

2. Abgewichen werden kann von den Vorschriften dieses Gesetzbuchs (BauGB) oder den aufgrund dieses Gesetzbuchs erlassenen Vorschriften.

Aufgrund des BauGB werden z.B. Bebauungspläne und sonstige städtebauliche Satzungen erlassen oder auf Basis der Ermächtigungsgrundlage des § 9a BauGB die Baunutzungsverordnung (BauNVO). Auf die Abweichungsmöglichkeit vom BauGB, also z.B. auch der Vorschriften über den Außenbereich in § 35 BauGB und die BauNVO beschränkt sich § 246e BauGB. Weiterhin uneingeschränkt zu beachten oder zu berücksichtigen ist das Fachrecht, also insbesondere Ziele und Grundsätze der Raumordnung, soweit es sich um raumbedeutsame Vorhaben handelt,⁷⁰ die Landesbauordnungen, das Landesdenkmalrecht, das Bundes- und Landesnaturschutzrecht und sonstige, nicht dem Bauplanungsrecht unterfallende Vorschriften, wie etwas das Immissionsschutzrecht (Abstand zu Störfallbetrieben). Bei der Beurteilung von Vorhaben werden diese Gesichtspunkte nichts selten als öffentliche Belange zu berücksichtigen sein.

3. Der Katalog, der zulässigen Vorhaben ergibt sich aus § 246e Abs. 1 Satz 1 und Abs. 5 BauGB. Zulässig ist die Errichtung Wohnzwecken dienender Vorhaben (Ziff. 1.),⁷¹ wobei dieser Zulässigkeitstatbestand allein keine Mischnutzungen mit nicht-wohnlichen Nutzungen ermöglicht, die aber i.V.m. Abs. 5 zulässig sein können. Da Voraussetzung für die Anwendung der Abweichungsvorschrift weder die Lage der Grundstücke in einer Gemeinde mit angespanntem Wohnungsmarkt i.S.v. § 201a BauGB noch die Errichtung von mindestens 6 Wohnungen ist,⁷² kommt eine Interpretation der Vorschrift dergestalt, dass sie auf kleinere Vorhaben nicht anwendbar ist,⁷³ angesichts des klaren Wortlauts der Norm und des ausdrücklichen gesetzgeberischen Willens, die in der früheren

65 BVerwG, Beschl. v. 16.07.1981 – 4 B 96.81, BeckRS 1981, 31253958.

66 Vgl. auch Brügelmann/Dürr, BauGB § 37 Rdnr. 2–4.

67 OVG Greifswald, Beschl. v. 13.11.2023 – 3 M 459/23 OVG, BeckRS 2023, 46640; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Bleischmidt, BauGB § 246 Rdnr. 94 f.; Kment/Wirth, ZfBR 2016, 748.

68 Vgl. unten II. 3.

69 Vgl. dazu unten II. 4.

70 Vgl. oben I. 5.

71 Zum Begriff vgl. oben I. 3.

72 So noch der Gesetzentwurf der 20. Legislaturperiode BT-Drucks. 20/13091, S. 26.

73 So aber Bleichschmidt, Forschbach, Meurers, Wagner, UPR 12/2025, 464 (468).

Gesetzesfassung enthaltene Einschränkung aufzuheben, nicht in Betracht.⁷⁴ Einschränkungen lassen sich allenfalls bei der Prüfung der Vereinbarkeit mit öffentlichen Belangen rechtfertigen.⁷⁵

Ziffern 2. und 3. entsprechen dem Wortlaut des § 34 Abs. 3a s. 1.b) und c) BauGB und können auch bei gemischt genutzten Objekten zur Anwendung kommen. Erfasst werden bei Ziff. 2. soll nur die Schaffung neuer Wohnungen, nicht die reine Vergrößerung vorhandenen Wohnraums,⁷⁶ was nach dem Wortlaut nicht zwingend ausgeschlossen erscheint („vorhandener Wohnraum“), jedenfalls wohl aber nach Ziff. 3. zulässig sein dürfte.⁷⁷

Ergänzt werden dürfen die Wohnzwecken dienenden Vorhaben (außer den unmittelbar wohnakzessorischen Nutzungen)⁷⁸ um die in Abs. 5 aufgeführten, an der Anlagentypologie der BauNVO (§ 3 Abs. 2 BauNVO) orientierten Nutzungen; diese Ergänzung dürfte primär bei Vorhaben im Außenbereich relevant werden.

4. Die Abweichung muss unter Würdigung nachbarlicher Belange mit den öffentlichen Belangen vereinbar sein.⁷⁹ Zu den öffentlichen Belangen zählen insbesondere die in § 1 Abs. 5 BauGB enthaltenen Planungsleitlinien,⁸⁰ die Abwägungsbefugnisse des § 1 Abs. 6 BauGB und die ergänzenden Vorschriften zum Umweltschutz in § 1a BauGB. Der Vorrang der Innen- vor der Außenentwicklung, der sparsame und schonende Umgang mit Grund und Boden und die Anforderungen an eine klimagerechte Stadtentwicklung können daher als öffentliche Belange das Korrektiv gegenüber einer übermäßigen und damit „unverhältnismäßigen“ Inanspruchnahme der Abweichungsvorschrift, insbesondere im Außenbereich sein. Auch das Ergebnis einer Strategischen Umweltprüfung kann insoweit relevant sein.

Aus der rechtssystematischen Stellung als weitgehende Abweichungsvorschrift in nach den Regelvorschriften nicht genehmigungsfähigen Fällen folgt grds., dass der Gebietsgewährleistungsanspruch nicht generell entgegenstehender nachbarlicher Belang ist.⁸¹ Das Rücksichtnahmegebot dürfte unter diesem Gesichtspunkt zurücktreten, was allerdings angesichts der Weite des Zulassungstatbestandes ohne Beschränkung auf dringend benötigten Wohnraum problematisch ist.⁸² Soweit die Vereinbarkeit der die Flüchtlingsunterbringung regelnden § 246 Abs. 12 und 14 BauGB als mit

dem Gebietserhaltungsanspruch vereinbar angesehen werden, wird dies insbesondere mit deren befristet Wirkung begründet.⁸³ Die Genehmigung von Wohnnutzungen in nicht für diese vorgesehenen Gebieten (Gewerbe- und Industriegebieten) dürfte daher nur unter engen Ausnahmen (etwa im Fall nicht aufgesiedelter Gewerbegebiete) möglich sein.

5. Anders als bei §§ 31 Abs. 3, 34 Abs. 3b BauGB kommt eine Abweichung auch dann in Betracht, wenn das Vorhaben voraussichtlich zusätzliche erhebliche Umweltauswirkungen hat. In diesen Fällen ist eine Strategische Umweltprüfung (SUP) nach §§ 38 bis 46 UVPG durchzuführen. Handelt es sich um Vorhaben der Nr. 18.7 und 18.8. der Anl. 1 zum UVPG bleibt die Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung oder einer allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalls (UVP) unberührt.

Die Anordnung einer SUP ist im Schrifttum auf Kritik gestoßen.⁸⁴ Sie sei systemwidrig und gelte grds. nur in Verfahren der Bauleitplanung, während die UVP bei Vorhabenzulassungen zum Einsatz käme. Der Gesetzgeber hat sich vor dem Hintergrund des in der Entscheidung des BVerwG⁸⁵ zum Ausdruck kommenden „funktionalen Planbegriffs“ gleichwohl und in dem Bewusstsein einer gewissen Systemwidrigkeit für die Anordnung einer SUP (und nicht einer UVP) entschieden, um möglichen Rechtsmitteln unter Verweis auf eine unterlassene Umweltprüfung vorzubeugen,⁸⁶ die sich in der Rechtsprechung des BVerwG zu § 13b BauGB⁸⁷

74 Vgl. nur BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 09.08.2023 – 2 BvR 1373/20, BeckRS 2023, 21234.

75 Vgl. dazu nachfolgend unter I. 5.

76 BT-Drucks. 21/781 (neu), S. 27.

77 So wohl auch Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söfker/Hellriegel BauGB § 34 Rdnr. 88b.

78 Vgl. oben I. 3.

79 Vgl. dazu eingehend I. 4. und 5.

80 Vgl. hierzu Gierke/Schmidt-Eichstaedt, Die Abwägung in der Bauleitplanung 2019, Rdnr. 2645 ff.

81 Vgl. Hellriegel, NVwZ 2025, 1721.

82 Vgl. zu § 246 Abs. 14 BauGB Kment/Wirtz, ZfBR 2016, 748.

83 Vgl. VG Ansbach, Urt. v. 23.10.2018 – AN 9 K 16.991, BeckRS 2018, 33456 Rdnr. 70.

84 Kment/Maurer, NVwZ 2025, 1837.

85 BVerwG, Urt. v. 28.09.2023 – 4 C 6/21, NVwZ 2024, 343.

86 BT-Drucks. 21/781 (neu), S. 27; Blechschmidt/Forschbach/Meurers/Wagner, UPR 12/2025, 464 (469 f.).

87 BVerwG, Urt. v. 18.07.2023 – 4 CN 3.22, NVwZ 2023, 1652.

niedergeschlagen und in der Praxis für Bauherrn zu teilweise problematischen Zuständen geführt hat.⁸⁸

Zum Verhältnis eines Bebauungsplans als Zulassungsentscheidung i.S.d. UVPG und zur Abgrenzung von UVP und SUP hat das BVerwG im Urteil vom 24.04.2024⁸⁹ eine grundlegende Entscheidung getroffen, von der für die Praxis jedenfalls die grds. Zweistufigkeit von UVP-pflichtigen Planungen und Vorhaben bleibt,⁹⁰ wie die in der Bezugnahme auf Ziff. 18.7. und 18.8. der Anlage 1 zum UVPG deutlich wird. Der Gesetzgeber macht mit dieser Anordnung deutlich, dass er auch die Genehmigung von großen Städtebauprojekten mit über 20.000 m² Grundfläche von § 246e BauGB erfasst hält. Zwar hatte sich der EuGH in seiner Entscheidung zur Entwicklung des Wiener Heumarkts⁹¹ mit der Frage der UVP-Pflicht bei der Genehmigung großer städtischer Projekte (Städtebauprojekten) im unbeplanten Innenbereich zu befassen, er hatte sich in der Entscheidung indes auch mit der Frage der angemessenen Schwellenwerte für die Anwendbarkeit der UVP-Pflicht auseinandergesetzt. Deutlich wird aus diesen Zusammenhängen, dass (einzel-)vorhabenbezogene Umweltverträglichkeitsprüfungen oder Vorprüfungen des Einzelfalls grds. in den Fällen der Ziff. 18.7 und 18.8. der Anlage 1 zum UVPG oder aufgrund Landesrechts im Rahmen von Genehmigungsverfahren in Betracht kommen. Die SUP bleibt insgesamt Planverfahren vorbehalten, sodass für die Rechtfertigung der Anordnung einer SUP-Pflicht bei Genehmigungen unter Abweichungen auf den „funktionalen Planbegriff“ zurückgegriffen werden kann,⁹² wenn in der Abweichungsentscheidung das Unterlassen einer eigentlich gebotenen Planung gesehen wird,⁹³ wie dies bei Abweichungen vom Bebauungsplan der Fall ist und im Außenbereich, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen des § 35 BauGB nicht vorliegen. In diesem Fall ist im Falle des Erfordernisses einer SUP eine Öffentlichkeitsbeteiligung gem. § 42 UVPG nach Maßgabe des jeweiligen Landesbauordnungsrechts im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens als Trägerverfahren durchzuführen. Eine systematische Ordnung des Verhältnisses von UVP und SUP täte der Handhabbarkeit im deutschen Zulassungsrecht insgesamt gut und könnte auch im Falle einer in der nachfolgenden Novelle des BauGB ggf. vorzunehmenden Anpassungen berücksichtigt werden.

6. Besonderes Augenmerk liegt bei der Anwendung der Vorschrift auf dem planungsrechtlichen

Außenbereich. Ist dort ein Vorhaben nicht nach den Privilegierungsvorschriften oder als sonstiges Vorhaben gem. § 35 BauGB genehmigungsfähig, kann von den einschränkenden Vorgaben des § 35 BauGB abgewichen werden. Voraussetzung ist, dass das Vorhabengrundstück im räumlichen Zusammenhang mit Flächen steht, die gem. § 30 Abs. 1 und 2 BauGB qualifiziert beplant sind oder dem unbeplanten Innenbereich des § 34 BauGB zuzurechnen sind. Während bei der Bezugnahme auf § 34 BauGB klar ist, dass es sich um besiedelte Flächen handeln muss, ist dies bei dem Verweis auf nach § 30 BauGB qualifiziert geplante Flächen nach dem Wortlaut unklar, wie der Vergleich mit der ähnlichen Vorschrift zur Flüchtlingsunterbringung in § 246 Abs. 9 BauGB zeigt, die auf „bebaute Flächen innerhalb des Siedlungszusammenhangs“ abstellt. Nach seinem Wortlaut bestimmt § 246e Abs. 4 BauGB also auch die Genehmigungsfähigkeit von Außenbereichsvorhaben, die in räumlichem Zusammenhang mit beplanten Flächen, selbst aber außerhalb des Siedlungszusammenhangs stehen. Diese Unklarheit mag im Wege der Auslegung ergeben, dass es auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommt⁹⁴ oder aber im Wege der Prüfung der Vereinbarkeit mit öffentlichen Belangen dahingehend konkretisiert werden, dass nur tatsächlich besiedelte Plangebiete Anknüpfungspunkt für eine Abweichung sein können, worauf die Ausführungen des Gesetzgebers deuten, dass sich die zu genehmigende Bebauung als organische Fortentwicklung des Siedlungsbereichs darstellen und von dessen Erschließungsanlagen sowie infrastruktureller Anbindung profitieren kann.⁹⁵

Eher klarstellend ist der Hinweis in Satz auf die Geltung des § 18 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Satz 1 BNatSchG, dass der „Baurechtskompromiss“ des

88 Vgl. Sparwasser/Neuß, „Eine BVerwG-Entscheidung sorgt für jede Menge Aufregung“, LTO v. 25.08.2023.

89 BVerwG, Urt. v. 24.04.2024 – 4 CN 2/23, juris, m. Anm. von Decker, jurisPR-BVerwG 25/2024 Anm. 3 und Lüttgau, jurisPR-UmwR 9/2024 Anm. 3.

90 Vgl. zuletzt Nieders. OVG, Urt. v. 09.09.2025 – 1 ME 55/25, juris.

91 EuGH (Zweite Kammer), Urt. v. 25.05.2023 – C-575/21, juris.

92 Vgl. hierzu eingehend unter I. 6.

93 Daher im unbeplanten Innenbereich problematisch.

94 So das BVerwG zu § 13a BauGB: BVerwG, Urt. v. 25.06.2020 – 4 CN 5.18, ZfBR 2020, 850.

95 BT-Drucks. 21/781 (neu), S. 28, was bei einem 100m-Abstand vom Siedlungsbereich gesehen wird.

§ 18 Abs. 1 BNatSchG nicht für Außenbereichsvorhaben gilt, sondern die Eingriffsregelung des BNatSchG volle Kraft entfaltet.

III. § 36a BauGB

Gem. § 36a BauGB sind Vorhaben nach §§ 31 Abs. 3 und 34 Abs. 3b BauGB und aufgrund der Verweisung in § 246e Abs. 2 BauGB nur mit Zustimmung der Gemeinde zulässig. Bereits der Wortlaut unterscheidet sich von § 36 BauGB, wonach über Vorhaben im Einvernehmen mit der Gemeinde entschieden wird. Der Wortlaut des § 36a BauGB eröffnet erst überhaupt den Anwendungsbereich der Zulassungsvorschriften als Ausdruck der gemeindlichen Planungshoheit.

1. Wie beim Einvernehmen des § 36 BauGB ist rechtlich zwischen planender Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde auch dann zu unterscheiden, wenn Gemeinde und Genehmigungsbehörde identisch sind. Diese Identität ist lediglich eine organisatorische, die rechtliche Unterscheidung zwischen Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde ist Frage des kommunalen Organisationsrechts. Der Umgang mit der Einvernehmens- und Zustimmungserteilung ist innergemeindlich durch Organisationsregeln zu steuern, wobei sich bei § 36a BauGB die Frage stellt, ob die Zustimmung Geschäft der laufenden Verwaltung ist oder zwingend dem Rat vorbehalten ist.⁹⁶ Für die Zuständigkeit des Rats spricht, dass die Zustimmung erst den Anwendungsbereich der Abweichungsregelungen eröffnet und somit ureigene planerische Entscheidung über die gemeindliche Planungshoheit ist, wie auch in der Formulierung in S. 2 dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Gemeinde ihre Zustimmung erteilt, wenn das Vorhaben mit ihren Vorstellungen von der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung vereinbar ist. Damit ist das Entscheidungsprogramm der Zustimmung § 1 Abs. 3 BauGB nachgebildet und planerischer Akt, der vorbehaltlich besonderer kommunalverfassungsrechtlicher Regelungen ureigene Aufgabe der Gemeindevertretung ist.⁹⁷

2. Obwohl der Wortlaut der Regelung, die „Gemeinde erteilt die Zustimmung“ auf eine gebundene Entscheidung deutet, hat sie bei der Entscheidung über die Zustimmung einen weiten Entscheidungsspielraum,⁹⁸ ein Rechtsanspruch auf Zustimmung besteht also nicht. Gem. § 36a BauGB kann die Entscheidung der Gemeinde nur

im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens gegen die Zulassungsentscheidung überprüft werden. Allerdings ist der Beurteilungsspielraum der Gemeinde nicht grenzenlos und dürfte nicht vollständig dem weitgehend freien planerischen (städtebaulichen) Ermessen i.S.v. § 1 Abs. 3 BauGB, ob überhaupt geplant wird entsprechen.⁹⁹ Die Erwägungen der Gemeinde müssen sich an städtebaulichen Gesichtspunkten orientieren, also daran, ob die planungsrechtlichen Voraussetzungen für das zuzulassende Vorhaben auch mittels Bauleitplanung geschaffen werden können. Damit ist der bereits oben angesprochene Gesichtspunkt der städtebaulichen Vertretbarkeit bei der planerischen Entscheidung (obwohl er in den Abweichungsnormen nicht enthalten ist) in den Prozess der gemeindlichen Zustimmung implementiert worden.¹⁰⁰ Insoweit unterscheidet sich die gemeindliche Zustimmung auch von der Einvernehmenserteilung gem. § 36 BauGB, die strikt rechtlich ausgeformt ist und nur aus rechtlichen Gründen der §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB versagt werden darf.¹⁰¹ Städtebauliche Planungsvorstellungen können in diesen Fällen alleine über einen Planaufstellungsbeschluss unter Gebrauchnahme von Plansicherungsinstrumentarien i.S.d. §§ 14 ff. BauGB gesichert werden.¹⁰²

Auch ablehnende Entscheidungen dürfen nicht von sachfremden oder willkürlichen Erwägungen abhängig gemacht, sondern müssen ebenfalls städtebaulich begründet werden. Dies kann unter Umständen unter Gleichheitsgesichtspunkten zu einer Einschränkung der Entscheidungsfreiheit führen.

3. Die Gemeinde kann ihre Zustimmung gem. § 36a Abs. 1 Satz 3 BauGB unter der Bedingung erteilen, dass der Vorhabenträger sich verpflichtet bestimmte städtebauliche Anforderungen einzuhalten. Damit erhält die Zustimmungsentscheidung eine gewisse planerische Komponente, die

96 So wohl VGH Mannheim, Urt. V. 06.11.2025 – 5 S 695/24, juris, im Ergebnis offengelassen.

97 vertiefend hierzu Schroer/Sunnus, NVwZ 2025, 1973.

98 BT-Drucks. 21/781 (neu), 24; Kment/Maurer, NVwZ 2025, 1837.

99 So aber Blechschmidt, Forschbach, Meurers, Wagner, UPR 12/2025, 464 (467).

100 Vgl. oben unter 1. e); BT-Drucks. 21/781 (neu), 23.

101 Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söfker, BauGB § 36 Rdnr. 30–31.

102 Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 21.12.2010 – 8 B 1426/10, BeckRS 2011, 45649; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 19.11.2008 – OVG 11 S 10.08, BeckRS 2008, 143874.

wie bauleitplanungsergänzende städtebauliche Verträge i.S.v. § 11 BauGB zur Sicherung der städtebaulichen Vorstellungen beitragen können und Voraussetzung für eine positive städtebauliche Entscheidung sein können. Daher gelten auch bei der Entscheidung unter Bedingungen die Bindungen wie bei städtebaulichen Verträgen, nämlich insbesondere das Kopplungsverbot und das Angemessenheitsgebot.¹⁰³ In der Praxis wird sich die Frage stellen, wie konkret diese Bedingungen in der Zustimmungsentscheidung der Gemeinde gefasst sein müssen und ob sie im Falle der Genehmigungserteilung die rechtlichen Anforderungen an Nebenbestimmungen gem. § 36 VwVfG erfüllen. Insbesondere in Hinblick auf die kurze Entscheidungsfrist der Gemeinden kann dies nur gelingen, wenn diese ein gemeindeweites (Zustimmungs)Konzept entwickeln, in dem sie die Rahmenbedingungen für ihre Zustimmung verbindlich festlegen.

4. Die Zustimmung gilt gem. § 36a Abs. 1 Satz 4 BauGB als erteilt, wenn sie nicht binnen drei Monaten nach Eingang des Ersuchens der Genehmigungsbehörde verweigert wird. Im Falle der gem. § 36a Abs. 2 BauGB möglichen Öffentlichkeitsbeteiligung wird die Frist um die Dauer der Stellungnahmefrist verlängert. Bei einfach gelagerten Fällen dürfte die Frist auskömmlich sein, bei komplexeren Vorhaben ist eher damit zu rechnen, dass die Gemeinde „zunächst“ ihre Zustimmung versagt, um in eine Verhandlungsposition zu gelangen. Um hier allen Beteiligten eines derartigen Verfahrens eine verlässliche Grundlage für Antragstellung und Genehmigung zu vermitteln, dürfte es geboten sein, entsprechende Anträge vorab mit Genehmigungsbehörde und Gemeinde abzustimmen, insbesondere um unnötige Kosten und Rechtsmittelverfahren zu vermeiden.

In der Praxis wird vor Durchführung des Verfahrens zu entscheiden sein, ob ein Genehmigungsantrag nach § 31 Abs. 1 oder 2 BauGB oder nach §§ 31 Abs. 3, 34 Abs. 3b BauGB gestellt wird und wie mit der oben angesprochenen Prüfkaskade umgegangen wird. Denn davon hängt ab, ob die Gemeinde um Erteilung ihres Einvernehmens oder Zustimmung „ersucht“ wird. Für die Gemeinde kommt es bei Ihrer Entscheidung auf diese Frage entscheidend an, denn sie stellt die Weiche für die Anwendung des § 36 BauGB oder des § 36a BauGB. Daher muss sie sich auch auf die konkrete Formulierung des Ersuchens verlassen

können und volle Kenntnis über den zu beurteilenden Sachverhalt haben.¹⁰⁴ Mit der (auch fiktiv) erteilten Zustimmung alleine ist über die Zulässigkeit des Vorhabens nicht entschieden, es obliegt vielmehr der Genehmigungsbehörde das Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 31 Abs. 3, 34 Abs. 3b und 246e BauGB einschließlich der sonstigen Genehmigungsvoraussetzungen vollumfänglich zu prüfen.

IV. Fazit

Ob die Erwartungen an den „Wohnungsbauturbo“ in der Praxis erfüllt werden, muss abgewartet werden. Denn die Frage, ob Wohnungen gebaut werden, hängt weniger von planungsrechtlichen Rahmenbedingungen als davon ab, ob es sich lohnt. Darauf kann das Planungsrecht nur bedingt Einfluss nehmen. Aus Sicht des Verfassers sind die schnellsten Verfahren zur Baurechtschaffung in den neunziger Jahren durchgeführt worden, als der Begriff „Beschleunigungsnovelle“ noch ein Fremdwort war; vieles hängt vom politischen Willen ab. Jedenfalls aber werden für den Wohnungsbau Instrumentarien zur Verfügung gestellt, die die Verfahren erleichtern und beschleunigen sollen. Was viele Verfahren belastet - und dies behebt die Novelle nicht-, ist die Überfrachtung von Planverfahren mit fachrechtlichen Anforderungen unterschiedlichster Art; dies aufzuräumen sollte Gegenstand der nachfolgenden „großen BauGB-Novelle“ sein, die ggf. auch erkannte Schwachstellen des „Wohnungsbauturbos“ beheben kann.¹⁰⁵ Bedenken bestehen jedenfalls hinsichtlich des zunehmenden Anlassbezugs für Änderungen des BauGB, wie insbesondere die immer umfangreicheren Sonderregelungen in den §§ 246 BauGB zeigen. Das dem BauGB innewohnende Planmäßigkeitsprinzip wird so zunehmend ausgehöhlt.¹⁰⁶ Wollen wir hoffen, dass die „Ideen und Anregungen“ aus der Politik das bewährte Instrument der Stadtentwicklungspolitik nicht weiter aushöhlen.

103 So auch Blechschmidt/Forschbach/Meurers/Wagner, UPR 12/2025, 464 (467).

104 Vgl. instruktiv hierzu BVerwG, Urt. v. 27.08.2020 – 4 C 1.19, BeckRS 2020, 38531.

105 Das gilt auch für die Frage einer etwaigen Anpassung schleichend funktionslos werdenden oder gewordener Bebauungspläne.

106 Vgl. hier zu Recht die Kritik bei Kment/Maurer, NVwZ 2025, 1837.

Öffentliches Baurecht Bauplanungsrecht

Normenkontrollantrag gegen Konzentrationsflächenplanung für Windenergie, Feststellung nach § 5 Abs. 2 WindBG

BauGB §§ 6 Abs. 3, 35 Abs. 3 Satz 3, 245e Abs. 1 Satz 2; WindBG § 5 Abs. 2; VwGO § 47; NwindG § 2 Satz 2 Halbs. 2 Alt 2.

1. Eine Feststellung nach § 5 Abs. 2 WindBG steht der Zulässigkeit eines Antrags nach § 47 VwGO gegen die – noch vor dem Februar 2024 beschlossene – Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bezogen auf Windenergieanlagen jedenfalls dann nicht entgegen, wenn die Rechtmäßigkeit der Feststellung ihrerseits von der Rechtmäßigkeit der im Normenkontrollverfahren streitigen Planänderung abhängen kann.

2. Eine Teilgenehmigung nach § 6 Abs. 3 BauGB einer Konzentrationsflächenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB durch Herausnahme einzelner Sondergebiete für die Windenergienutzung ist rechtswidrig, wenn aus ihr nicht deutlich wird, welche Reichweite die Ausschlusswirkung fortan haben soll, und zudem nicht feststeht, dass der Planungsträger die Ausschlusswirkung auch mit einer geringeren Zahl von Sondergebieten gebilligt hätte.

Nieders. OVG, Urt. v. 21.10.2025 – 12 KN 4/25.

Aus den Gründen: Der Normenkontrollantrag hat Erfolg, weil er zulässig (I.) und begründet (II.) ist.

I. Der Antrag ist zulässig.

1. a) Er ist hinsichtlich der angegriffenen, ausdrücklich als textliche Darstellung (Nr. 1) in den Plan der Antragsgegnerin aufgenommenen Ausschlusswirkung gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in entsprechender Anwendung von § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO statthaft,¹ hierauf aber nach der bisherigen Rechtslage auch begrenzt.²

b) Grundsätzlich muss die angegriffene „Norm“, hier also bei der entsprechenden Anwendung von § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die Darstellung der „Ausschlusswirkung“, als tauglicher Antragsgegenstand der Normenkontrolle im Entscheidungszeitpunkt des Senats schon und noch mit formellem Geltungsanspruch bestehen³ – hieran sind vorliegend nach § 245e Abs. 1 Satz 2 BauGB zwar Zweifel angebracht, die aber letztlich aus den folgenden Gründen der Zulässigkeit des Normenkontrollantrags nicht entgegenstehen.⁴

Nach § 245e Abs. 1 Satz 2 BauGB gilt u.a.: Die Rechtswirkungen eines – wie (vermeintlich) hier – bis zum 01.02.2024 wirksam gewordenen Flächennutzungsplans gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in der bis zum 01.02.2023 geltenden Fassung für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, die der Nutzung der Windenergie dienen, entfallen, soweit für den Geltungsbereich des Plans das Erreichen des Flächenbeitragswerts oder eines daraus abgeleiteten Teilflächenziels gem. § 5 Abs. 2 WindBG festgestellt wird. Letzteres hat der Beigeladene im Dezember 2024 allerdings getan (s.o.).

Die in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelte Voraussetzung des fortdauernden „formellen Geltungsanspruchs der Norm“ ist aber nicht auf die vorliegende Sonderfallgestaltung übertragbar.

Die fortdauernde Geltung der Ausschlusswirkung als „Norm“ soll hier nämlich gerade nicht, wie im Regelfall, unmittelbar durch einen förmlichen Aufhebungsakt (actus contrarius) des Normgebers selbst, also der Antragsgegnerin, oder eines höherrangigen sonstigen Normgebers beseitigt worden sein. Vielmehr ist ihr Entfallen von der – nicht als Norm zu qualifizierenden – Feststellung (nach § 5 Abs. 2 WindBG) eines Dritten, hier des Beigeladenen, dergestalt mittelbar abhängig, dass die Feststellung (lediglich) als Tatbestandsmerkmal des § 245e Abs. 1 Satz 2 BauGB die Voraussetzung einer entsprechenden gesetzlichen Rechtsfolgenanordnung bildet.⁵ Ist die Wirksamkeit dieser Feststellung

- 1 Vgl. BVerwG, Urt. v. 31.01.2013 – 4 CN 1/12, BRS 81 Nr. 60 = BauR 2013, 1255.
- 2 Vgl. etwa Senat, Beschl. v. 26.10.2017 – 12 KN 16/16 – sowie Senat, Urt. v. 23.06.2016 – 12 KN 64/16, juris, Rdnr. 59, sowie BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3/18, juris, Rdnr. 29 ff.
- 3 Vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei Hoppe, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl., § 47, Rdnr. 11, 12.
- 4 Vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 16.07.2025 – 4 BN 36/24, juris, Rdnr. 2 f. sowie allgemein OVG NRW, Beschl. v. 07.03.2025 – 8 B 730/24.NE, juris, Rdnr. 4, und OVG Schleswig-Holstein, Urt. v. 21.05.2025 – 5 KN 24/21, juris, Rdnr. 59.
- 5 Vgl. zu dem Rechtscharakter dieser Feststellung: als unselbständige, nicht unmittelbar angreifbare Zwischenentscheidung im Anschluss an die Ausführungen in der BT-Drucks. 20/2355, 28, etwa: Meurers, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Werkstand: 157. Erg.Lfg. November 2024, § 249, Rdnr. 70, 96 f.; Raschke, ZfBR 2024, 503 (506), sowie Wegner, in: beck-online, Grosskommentar, GesamtHrsg: Säcker/Appel/Koch/Ludwigs, Hrsg: Appel, Stand: 15.03.2025, § 5 WindBG, Rdnr. 24 m.w.N. auch zu abweichenden Ansichten; für eine Qualifikation als Verwaltungsakt hingegen etwa: Schmidt-Eichstaedt, ZfBR 2023, 10, sowie Gatz/Tyczewski/Baars, Reg. Energien in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 4. Aufl., Rdnr. 99, und zwar dann wohl in Gestalt eines sog. „normenumschaltenden Verwaltungsaktes“ (vgl. zu diesem Begriff: Winkler, DVBl 2003, 1490 ff. im Anschluss an BVerwG, Urt. v. 16.01.2003 – 7 C 31/02, NVwZ 2003, 864 ff.).

und damit – jedenfalls bis zum Jahresende 2027 (vgl. § 249 Abs. 7 Satz 1 BauGB) – auch die Wirksamkeit einer wie hier angegriffenen Ausschlusswirkung zwischen den Beteiligten umstritten, würde es aber ggf. umfangreiche tatsächliche Feststellungen erfordern, die festgestellte Erreichung des Teilflächenziels ihrerseits auf das Vorliegen der eigenen Voraussetzungen zu überprüfen. Eine solche Prüfung überstiege den üblichen Umfang der Prüfung von (nur) formalen Aufhebungsakten bei weitem. Sie würde deshalb den Rahmen der Zulässigkeitsstation einer Normenkontrolle sprengen. Das gilt insbesondere für die hier umstrittene niedersächsische Sonderkonstellation des § 5 Abs. 2 WindBG i.V.m. § 2 Satz 2 Halbs. 1, 2. Alt. NWindG, in der die Feststellung der Erreichung des Teilflächenziels auf der Einbeziehung einer Vielzahl von Bauleitplänen beruht.

Zudem handelt es sich bei den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen dieser Feststellung aus den folgenden Gründen zumindest teilweise um sogenannte doppelt relevante Tatsachen,⁶ die sowohl für die Zulässigkeit als auch für die Begründetheit einer Klage oder – wie hier – eines Antrags maßgeblich sind; für die Zulässigkeit des gestellten Antrags genügt daher insoweit das substantiierte Vorbringen der Antragstellerin, die Feststellung des Beigeladenen vom Dezember 2024 sei rechtswidrig und unwirksam.⁷

Die Rechtmäßigkeit der Feststellung des Beigeladenen hängt insoweit von der Rechtmäßigkeit der 115. Änderung des Flächennutzungsplans der Antragsgegnerin ab, als diese Feststellung auch auf der Einbeziehung von Flächen mit Darstellungen von Sondergebieten für die Windenergienutzung beruht, die gerade mit der hier angegriffenen 115. Änderung des Flächennutzungsplans der Antragsgegnerin erfolgt sind, nämlich (wegen der angenommenen Rotor-innerhalb-Regelung nach § 4 Abs. 3 Satz 2 WindBG nur anteilig) im Umfang von rd. 183 ha. Würde die 115. Änderung an Mängeln leiden, die zu der Gesamtnutzenwirksamkeit dieser Änderung führen, müssten also diese rd. 183 ha von der ermittelten Fläche von 3.506,6 ha abgezogen werden. Dann unterschritte der Beigeladene aber – bei im Übrigen gleichen Verhältnissen – die für die Feststellung nach § 5 Abs. 2 WindBG nach der Anlage zu § 2 NWindG notwendige Fläche von 3.385 ha, und eine ersatzweise Anrechnung durch (teilweises) „Wiederaufleben“ der „Altdarstellungen“ von Sondergebieten in der 39. Fassung des Flächennutzungsplans wäre sehr zweifelhaft.

Es kann daher offenbleiben, ob zu der vom Gesetzgeber in § 4 Abs. 2 Satz 2, 1. Alt. WindBG ausdrücklich angeführten „Entscheidung eines Gerichts“, mit der „ein Plan für unwirksam erklärt“ wird, auch die vorliegende Fallgestaltung gehört.

c) Ist damit die angegriffene Ausschlusswirkung im Rahmen der Zulässigkeit des Antrags jedenfalls schon aus

den vorgenannten Gründen weiter als wirksam zu unterstellen, erübrigt sich zugleich die Klärung der Fragen, ob andernfalls, d.h. bei Annahme des Außerkrafttretens der Ausschlusswirkung durch die Feststellung des Beigeladenen nach § 5 Abs. 2 WindBG, ausnahmsweise⁸ ein berechtigtes Interesse der Antragstellerin bestünde, festzustellen, dass die Ausschlusswirkung auch bereits im Dezember 2024, also bis zu der Feststellung des Beigeladenen, unwirksam gewesen ist, und ob eine dahingehende Feststellung bereits von ihrem aktuellen Antragsbegehren als ein „Weniger“ (minus) mitumfasst wäre, oder als etwas „Anderes“ (aliud) ausdrücklich hätte beantragt werden müssen

2. Die Antragstellerin ist als Projektiererin bzw. potenzielle Betreiberin von WEA bezogen auf Flächen, auf die sie schuldrechtlich Zugriff zur Nutzung der Windenergie hat und auf die sich die von ihr angegriffene Ausschlusswirkung bezieht, gem. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO antragsbefugt. Denn durch eine rechtswidrige Ausschlussplanung kann sie in ihrem Recht verletzt sein, dort Windenergieanlagen zu projektieren, zu errichten oder zu betreiben. Dass sie über entsprechende zivilrechtliche Nutzungsrechte für den von ihr in der Potenzialfläche 9 geplanten „Windpark S.“ verfügt, ergibt sich aus den Anlagen zu ihrem Schriftsatz vom 15.05.2025. Die Antragsgegnerin hat diese Nutzungsberechtigung und eine daraus grundsätzlich folgende Antragsbefugnis der Antragstellerin im Rahmen der Erörterung in der mündlichen Verhandlung auch nicht mehr in Frage gestellt.

3. Die einjährige Antragsfrist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO wurde bei einer Bekanntmachung der Genehmigung nach § 6 Abs. 5 Satz 1 BauGB im Amtsblatt der Antragsgegnerin vom 19.01.2024 und einer Antragstellung am 09.01.2025 gewahrt.

4. Der Antragstellerin mangelt es nicht an dem erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis.

Denn dem Zulässigkeitserfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses wird bereits dann genügt, wenn sich nicht ausschließen lässt, dass die gerichtliche Entscheidung für den Rechtssuchenden ggf. von Nutzen sein kann. Unnütz wird das Normenkontrollgericht nur dann in Anspruch genommen, wenn der Antragsteller unabhängig vom Ausgang des Normenkontrollverfahrens keine reale Chance hat, den von ihm geltend gemachten Nachteil abzuwenden.⁹ Ein solches Rechtsschutzbe-

6 Vgl. u.a. BGH, Beschl. v. 04.07.2001 – XII ZB 161/98, juris, Rdnr. 17.

7 Vgl. VGH Bad.-Württ., Urt. v. 15.10.2009 – 2 S 1457/09, juris, Rdnr. 30.

8 Vgl. dazu allgemein; Hoppe, a.a.O., Rdnr. 13 m.w.N.

9 BVerwG, Beschl. v. 07.03.2002 – 4 BN 60/01, BRS 65 Nr. 51 = BauR 2002, 1061.

dürfnis ist daher bei bestehender Antragsbefugnis – wie hier – regelmäßig zu bejahen.¹⁰ Dieses Erfordernis soll nur verhindern, dass Gerichte in eine Normprüfung eintreten, deren Ergebnis für den Antragsteller wertlos ist.¹¹ Ein erfolgreicher Normenkontrollantrag muss den Antragsteller mithin nicht unmittelbar zu seinem Ziel, sondern nur näher dahin führen.¹²

Nach diesen Maßstäben liegt ein Rechtsschutzbedürfnis vor.

a) Auf eine Inzidentüberprüfung der Ausschlusswirkung in der hier streitigen 115. Änderung des Flächennutzungsplans etwa im Rahmen einer von ihr gegen die Versagung eines Vorbescheides erhobenen Verpflichtungsklage muss sich die Antragstellerin nicht verweisen lassen.¹³ Beide Rechtsbehelfe stehen ihr grundsätzlich nebeneinander offen.

b) Zwar gibt es mit der aus dem Jahr 2004 stammenden 39. Änderung eine potenziell wiederauflebende Vorgängerfassung der 115. Änderung des Flächennutzungsplans der Antragsgegnerin mit einer entsprechenden Ausschlusswirkung, und kann in einem solchen Fall das Rechtsschutzbedürfnis fehlen.¹⁴

aa) Es bestehen aber, wie ausgeführt, schon erhebliche Bedenken, ob diese Vorgängerfassung bei Unwirksamkeit der angegriffenen Änderung aus der maßgeblichen Sicht des Rates der Antragsgegnerin tatsächlich wiederaufleben soll. Denn nach der Begründung für die streitige Änderung haben sich seit dem Erlass der 39. Änderung eine Reihe von Rahmenbedingungen der Planung geändert, und hat die Antragsgegnerin deshalb als Grundlage für ihre veränderte Planung ein neues Standortkonzept in Auftrag gegeben. Danach hat die Antragsgegnerin nicht nur zwei neue Sondergebiete für die Windenergienutzung dargestellt (einschließlich des zwischen ihr und dem Beigeladenen umstrittenen Teilbereichs 3), sondern auch den Zuschnitt der drei vormals vorhandenen Sondergebiete teilweise erheblich verändert, also wegen dieser konzeptionellen Überholung ihrer Altplanung nachvollziehbar eine Anpassungspflicht nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 BauGB bejaht und durch die 115. Änderung aus ihrer Sicht umgesetzt.

bb) Selbst wenn man also annähme, der Inhalt der 39. Änderung würde bei einer Unwirksamkeit der streitigen Änderung wiederaufleben, müsste die Antragsgegnerin – auch unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtslage – daher insoweit erneut ihre (positive) Darstellung von Sondergebieten für die Windenergienutzung überprüfen.

Die von der Antragstellerin gesicherten Flächen befinden sich auch nicht in einer „harten Tabuzone“, in der die Verwirklichung von WEA ohnehin ausscheidet.

Die damit für die Antragstellerin im Erfolgsfalle ihres Antrags zumindest konkret verbundene tatsächliche

Möglichkeit, dass die von ihr gesicherten Flächen bei einer erneuten Überplanung ganz oder zumindest als ein solches Sondergebiet dargestellt werden, reicht zur Bejahung des Rechtsschutzinteresses insoweit jedenfalls aus.¹⁵

c) Auch die von der Beigeladenen am 19.12.2024 erfolgte Bekanntmachung der Feststellung nach § 5 Abs. 2 WindBG steht der Annahme eines Rechtsschutzbedürfnisses nicht entgegen.

Zwar richtet sich nach § 249 Abs. 2 Satz 1 und 2 BauGB bei Wirksamkeit dieser Feststellung die Zulässigkeit der von der Antragstellerin geplanten WEA aktuell nach § 35 Abs. 2 BauGB, und hat ihr Vorhaben dann schon wegen der erheblichen Auswirkungen der geplanten WEA auf die natürliche Eigenart der Landschaft (wohl in einem Moor) nach § 35 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB (n.F.) praktisch keine realistische Verwirklichungschance.

aa) Aus den unter 1. b) genannten Gründen kann im Rahmen der Zulässigkeit des Antrags aber schon nicht von der Wirksamkeit dieser Feststellung ausgegangen werden.

bb) Im Übrigen steht ein zusätzliches rechtliches Hindernis, wie hier eine wirksame Feststellung des Beigeladenen nach § 5 Abs. 2 WindBG, der Annahme eines Rechtsschutzbedürfnisses für einen Normenkontrollantrag nur entgegen, wenn dieses Hindernis nicht noch anderweitig inzident, insbesondere gerichtlich, überprüfbar und aufhebbar ist.¹⁶ Eine solche Möglichkeit wird aber in § 4 Abs. 2 WindBG vorausgesetzt, ist nach Art. 19 Abs. 4 GG ohnehin geboten und damit auch hier unabhängig von den bereits zuvor bezeichneten, ungeklärten Fragen gegeben, welchen Rechtscharakter genau die Feststellung nach § 5 Abs. 2 WindBG hat und wie genau hieran anknüpfend verwaltungsgerichtlich gegen diese Feststellung, sei es nun unmittelbar oder inzident, Rechtsschutz zu gewähren ist.

cc) Schließlich ist selbst bei Wirksamkeit der Feststellung nach § 5 Abs. 2 WindBG nicht ausgeschlossen, dass die Antragsgegnerin von ihrer Möglichkeit nach § 249 Abs. 4 BauGB Gebrauch macht und „zusätzliche

10 BVerwG, Beschl. v. 29.09.2015 – 4 BN 25/15, juris, Rdnr. 6.

11 BVerwG, Urt. v. 16.04.2015 – 4 CN 6/14, juris, Rdnr. 15.

12 Vgl. bereits Senat, Urt. v. 23.01.2014 – 12 KN 285/12, BauR 2014, 838.

13 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 20.12.1988 – 7 NB 2/88, juris, Rdnr. 23, und v. 29.01.1992 – 4 NB 22/90, BRS 54 Nr. 15 = BauR 1992, 342.

14 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 28.06.2023 – 4 BN 27/22, juris, Rdnr. 6, und Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3/18, juris, Rdnr. 16, jeweils m.w.N.

15 Vgl. BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3/18, juris, Rdnr. 15.

16 Vgl. etwa BVerwG, Beschl. v. 07.03.2002 – 4 BN 60/01, juris, Rdnr. 7–9 sowie Urt. v. 29.10.2020 – 4 CN 2/19, juris, Rdnr. 11 jeweils am Ende und Senat, Urt. v. 27.09.2018 – 12 KN 191/17, juris, Rdnr. 33 ff.

Flächen für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5, die der ... Nutzung der Windenergie dienen“, darstellt, also auch solche für das Vorhaben der Antragstellerin.

II. Der demnach zulässige Antrag ist auch begründet, weil die nach § 6 Abs. 1 BauGB erforderliche Genehmigung der streitigen Änderung des Flächennutzungsplans jedenfalls bezogen auf die hier streitige Ausschlusswirkung rechtswidrig ist (1. – 3.) und insoweit auch keine Unbeachtlichkeits- oder Heilungsvorschriften nach den §§ 214 f. BauGB oder § 10 Abs. 2 und 6 NKomVG (dazu unter 4.) eingreifen.

Der Beigeladene hat von der Genehmigung nach § 6 Abs. 3 BauGB zu Unrecht den sogenannten Teilbereich 3 ausgenommen. Dadurch ist aus den folgenden Gründen der genaue Inhalt des genehmigten Teils der mit der 115. Änderung beschlossenen Ausschlusswirkung schon nicht hinreichend bestimmt, und zudem ist die so modifizierte Planung der Antragseegnerin in allen drei möglichen, nachfolgend unter 1.) bis 3.) aufgezeigten Auslegungsvarianten ohnehin materiell rechtswidrig.

Voraussetzung für eine rechtmäßige teilweise Genehmigung nach § 6 Abs. 3 BauGB ist nämlich, dass die im Zeitpunkt der Entscheidung der Genehmigungsbehörde nicht genehmigungsfähigen Teile des Flächennutzungsplanes sich nicht auf den übrigen Teil auswirken können.¹⁷ Es dürfen also nur eigenständige Planteile aus der Genehmigung herausgenommen werden.

Eine solche Eigenständigkeit ist aber bei der hier in Rede stehenden Herausnahme einzelner Sondergebiete aus einer Konzentrationsplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB schon grundsätzlich zu verneinen.¹⁸ Zur näheren Begründung wird, wie bereits in der richterlichen Verfügung vom 07.04.2025, auf die nachfolgend noch einmal wiedergegebene Kommentierung von Starnofsky¹⁹ zu der (weitgehend) parallelen Frage bei der Genehmigung eines Regionalen Raumordnungsprogramms verwiesen:

Die „Festlegung der Vorrangflächen sowie die Reichweite der Ausschlusswirkung setzen eine planerische Abwägung durch den Planungsträger auf Basis eines gesamträumlichen Planungskonzeptes unter Zugrundelegung (auch) einheitlicher Kriterien (‘harte‘ und ‘weiche‘ Tabukriterien) voraus. Damit ist auch die Veränderung oder Streichung von Flächen nur unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf das gesamte Konzept bzw. auf die gesamte Gebietskulisse möglich. Diese Prüfung kann in aller Regel nur durch den Planungsträger selbst erfolgen.

Auch wäre es nicht stets möglich, anstelle der Vorrangausweisung per Maßgabe für die betroffene Fläche die Ausschlusswirkung anzuordnen. Weder die Festlegung eines Ziels, noch die Entscheidung zwischen Planungsvarianten darf dem Planungsträger durch die Genehmigungsbehörde vorgegeben werden.²⁰ Die Ausschluss-

wirkung stellt ein eigenständiges Ziel der Raumordnung dar; für die zu streichenden Vorrangflächen hatte der Träger der Regionalplanung eine solche Ausschlusswirkung bislang nicht verfolgt; die erstmalige Festlegung würde Betroffenheiten verändern und ein (erneutes) Beteiligungsverfahren erfordern. Auch wäre die Ersetzung des Vorrangs durch eine Ausschlusswirkung nicht die einzige Regelungsalternative. Bei Vorrang- und Ausschlussplanung können – alternativ zur flächigen Ausschlusswirkung – einzelne sog. (unbeplante) ‚Weißflächen‘ im Planungsraum vorgesehen werden, auf denen weder der Vorrang noch die Ausschlusswirkung gelten. Ferner können Eignungsgebiete eine die Vorranggebiete ergänzende Regelungsvariante sein. Kommen mehrere Regelungsvarianten in Betracht, könnte nur eine solche Maßgabe zulässig sein, die sämtliche Varianten für zulässig erklärt. Dies ist jedoch allenfalls möglich, wenn die Anzahl der Varianten überschaubar ist und ihre jeweilige Regelungsreichweite klar feststeht.²¹ Hiervon ist bei unklarem Abwägungsausgang regelmäßig nicht auszugehen.“

Die notwendige Eigenständigkeit des von der Genehmigung ausgenommenen Teils der Planung ist auch hier aus den folgenden Gründen nicht gegeben.

1. Nach dem Wortlaut der bekanntgemachten Genehmigung des Beigeladenen sowie der textlichen Darstellung Nr. 1 der 115. Änderung des Flächennutzungsplans liegt die Annahme nahe, dass die Ausnahme des von der Antragseegnerin als „Sonstiges Sondergebiet für die Windenergienutzung“ vorgesehenen Teilbereichs 3 von der Genehmigung dazu geführt hat, dass nur diese Darstellung als Positivfläche („sachlicher Teil“ i.S.d. § 6 Abs. 3 BauGB) nicht genehmigt worden ist und sich damit die daneben beschlossene Ausschlusswirkung der 115. Änderung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB automatisch auch auf diesen Teilbereich erstreckt, also ausgedehnt hat; dafür kann ergänzend angeführt werden, dass diese Rechtsfolge jedenfalls für den – bereits von der Antragstellerin selbst im Laufe des Aufstellungsverfahrens ausgeschiedenen, ungeachtet dessen aber in der Zahlenfolge auch in der beschlossenen und bekanntgemachten Fassung weiter berücksichtigten – sogenannten Teilbe-

17 Vgl. Schrödter/Otto, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl., § 6, Rdnr. 16.

18 Vgl. im Ergebnis ebenso etwa OVG NRW, Urt. v. 10.11.2023 – 7 A 1553/22, juris, Rdnr. 63, sowie Jeromin, in: Kröninger/Aschke/Jeromin, Baugesetzbuch, 5. Aufl., Edition 2 2025, § 6, Rdnr. 3.

19 In: Pielok/Starnofsky, NROG, 2. Aufl., § 5, Nr. 8.4.2, S. 139 f.

20 Vgl. zu den erneuten Abwägungserfordernissen durch den Planungsträger und zu den Grenzen der Befugnisse der Genehmigungsbehörde BVerwG, Urt. v. 18.08.2015 – 4 CN 7.14, BVerwGE 152, 372; NVwZ 2016 S. 396; www.bverwg.de.

21 Vgl. auch Gierke/Lenz, in: Brügelmann, BauGB § 6 Rdnr. 177 ff.

reich 4 gilt und für den durchschnittlichen Adressaten der Bekanntmachung insoweit kein rechtlicher Unterschied zwischen den Teilbereichen 3 und 4 erkennbar ist, die jeweils gerade nicht (mehr) als Sondergebiet genutzt werden dürfen. Gegen ein solches Verständnis von der „räumlichen Ausdehnung der Ausschlusswirkung“ spricht aber entschieden, dass die Genehmigungsbehörde nicht dazu befugt ist, von der planenden (Samt-) Gemeinde beschlossene Regelungen auch nur teilweise eigenständig in ihr Gegenteil zu verkehren, und daher ein entsprechender Wille des Beigeladenen als Genehmigungsbehörde auch nicht angenommen werden kann. Die vorgenannte Rechtsfolge träte jedoch bei dem zuvor aufgezeigten Verständnis ein, weil dann aus der von der Antragstellerin als Teilbereich 3 beschlossenen „Positivfläche“ für die Nutzung der Windenergie eine Ausschlussfläche oder auch „Negativfläche“ würde.

2. Ausgehend von dem Grundsatz, dass im Zweifel eine rechtmäßige Auslegungsvariante anzunehmen ist, liegt daher die Annahme näher, das vom Teilbereich 3 überplante Gebiet sei als „räumlicher Teil“ i.S.d. § 6 Abs. 3 BauGB insgesamt von der Genehmigung und damit vom Regelungsgehalt der 115. Flächennutzungsplanänderung überhaupt ausgenommen worden und in der Folge sei eine sog. weiße Fläche entstanden, also eine solche, die gar keine, sei es nun positive oder negative, Regelung zur Nutzung der Windenergie enthält – das ist nach der Senatsrechtsprechung jedenfalls nicht grundsätzlich materiell ausgeschlossen.²² Hiervon geht aber schon der Beigeladene als Genehmigungsbehörde selbst nicht erkennbar aus; in seiner Genehmigungsverfügung vom 04.01.2024 findet sich nämlich kein entsprechender Hinweis. Zudem stünde der Rechtmäßigkeit eines solchen Verständnisses der Genehmigung jedenfalls vorliegend auch die Begründung der streitigen 115. Änderung entgegen. Darin hat die Antragsgegnerin nämlich nicht etwa, wie dies dem Senat aus anderen Aufstellungsverfahren bekannt ist, vorsorglich zum Ausdruck gebracht, dass sie im Zweifel auf einzelne Sondergebiete oder gerade den ganzen Teilbereich 3 verzichten könne und wolle, wenn nur ihre Ausschlussplanung im Übrigen Bestand habe. Stattdessen ist sie davon ausgegangen, dass sie eigentlich schon mit allen von ihr ausgewiesenen fünf Teilbereichen das selbst grundsätzlich für zutreffend erachtete prozentuale Mindestmaß an Flächenausweisung von 8,56 % unterschreite und dies nur deshalb hinzunehmen sei, weil sie über „eine textliche Darstellung den Gemeinden die Möglichkeit eröffnet, durch die Aufstellung von Bebauungsplänen eine davon [gemeint ist von der Rotor-in-Vorgabe] abweichende Regelung zu treffen, wenn die Verträglichkeit nachgewiesen wird.“ Unabhängig von der rechtlichen Tragfähigkeit dieser Überlegung steht sie also jedenfalls der Annahme entgegen, der Rat der Antragsgegnerin hätte auch noch den Wegfall von

weiteren 52,4 ha (Teilbereich 3) von insgesamt 328,9 ha dargestellten Sondergebieten ohne Weiteres akzeptiert. Das aber müsste feststehen, damit der Beigeladene als Genehmigungsbehörde ohne Beitrittsbeschluss des Rates der Antragsgegnerin eigenständig die Zahl der Sondergebiete vermindern und stattdessen „weiße Flächen“ schaffen kann. Außerdem hätte es dann auch der Änderung der textlichen Darstellung Nr. 1 bedurft. Denn dann wären nicht mehr stets „außerhalb der in dieser 115. Änderung des Flächennutzungsplanes dargestellten Sonstigen Sondergebiete zur Steuerung der Zulässigkeit von privilegierten Windenergieanlagen ... gem. § 35 (3) Satz 3 BauGB im Geltungsbereich des Flächennutzungsplanes der Samtgemeinde Q. in der Regel keine weiteren Windenergieanlagen gem. § 35 (1) Nr. 5 BauGB zulässig“, sondern nach Maßgabe des § 35 BauGB auch noch im Bereich der dann neu entstandenen „weißen Flächen“ – auch eine solche Änderung ist aber unterblieben.

3. Schließlich kommt noch in Betracht, wie eventuell auch vom Beigeladenen geltend gemacht, dass (nur) für die Fläche, die von der Genehmigung als „räumlicher Teil“ ausgenommen worden sei, wieder die vor der 115. Änderung geltenden Darstellungen auflebten, also zumindest die Darstellung einer landwirtschaftlichen Fläche sowie ggf. auch die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB aus der 39. Änderung des Flächennutzungsplans. Diesem Verständnis kann aber schon deshalb nicht gefolgt werden, weil es den notwendigen Zusammenhang²³ zwischen der positiven Darstellung von Sondergebieten und der damit untrennbar durch ein gesamträumliches Planungskonzept verbundenen Ausschlusswirkung ignoriert; eine solche Ausschlusswirkung kann weder isoliert noch anknüpfend an gerade geänderte Positivdarstellungen – hier der 39. Änderung des Flächennutzungsplans durch die 115. Änderung, die im Übrigen wirksam sein soll – Bestand haben. Ebenso fehlen Anhaltspunkte für die notwendige Annahme, die Antragsgegnerin habe hilfsweise für den Teilbereich 3 an ihrer Darstellung nur einer landwirtschaftlichen Fläche festhalten wollen. Zudem führt auch dieses Verständnis (wie im Falle der zuvor unter II. 2.] angeführten Variante) dazu, dass eine Sondergebietsdarstellung in einem (geringeren) Umfang verbleibt, von der nicht hinreichend sicher angenommen werden kann, dass sie der Rat der Antragsgegnerin bei Fortdauer der Ausschlusswirkung gebilligt hätte, und bei der die dann notwendige Änderung der textlichen Darstellung Nr. 1 fehlt.

22 Vgl. etwa Ur. v. 14. (nicht 28.)12.2022 – 12 KN 101/20, juris, Rdnr. 126 m.w.N., sowie ergänzend OVG Berlin-Brandenburg v. 28.08.2007 – OVG 2 S 63.07, juris, Rdnr. 4, 25.

23 Vgl. Senat, Ur. v. 12.04.2021 – 12 KN 159/18, juris, Rdnr. 110.

4. a) Die zuvor angeführten Fehler der Genehmigung sind i.S.d. § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, 2. Alt. BauGB jedenfalls bezogen auf die hier streitige Ausschlusswirkung dem Fehlen einer Genehmigung gleichzustellen²⁴ und daher stets beachtlich. Denn nicht nur für die ausgenommenen Teile der Positivplanung fehlt eine Genehmigung.²⁵ Es mangelt infolgedessen auch an der vom Plangeber zugrundegelegten Rechtfertigung der Reichweite der Ausschlusswirkung und an dem (vom Gesetzgeber als selbstverständlich vorausgesetzten) Erfordernis, dass nicht nur überhaupt eine Genehmigung vorliegt, sondern sie sich – auch insoweit – mit einem Ratsbeschluss des Plangebers deckt. Denn der Rat der Antragsgegnerin hat die Planung in dem eingeschränkt genehmigten Umfang nicht gebilligt; es ist vielmehr unklar, welchen Inhalt diese Planung demzufolge für die Fläche der nicht genehmigten Darstellung angenommen hat, und es bleibt schließlich auch ungewiss, ob der Rat diesem Inhalt beizutreten wäre. Hat er doch weder vor noch nach der Genehmigung (originär bzw. beitreten) beschlossen, dass sich die Ausschlusswirkung auch auf den Teilbereich 3 erstrecken soll, oder dass der Teilbereich 3 von dieser Ausschlusswirkung als „weißer Bereich“ ausgenommen werde. Zumindest diese Qualifizierung wäre indessen vorzunehmen gewesen, weil die Behandlung als „weißer Bereich“ nicht deckungsgleich mit der Ausweisung als Sondergebiet ist, sondern deutlich schwächer wirkt.

b) Zusätzlich ist deshalb der nach § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, 3. Alt. BauGB erforderliche Hinweiszweck der Bekanntmachung des Flächennutzungsplans jedenfalls hinsichtlich der Ausschlusswirkung nicht erreicht worden. Sie muss „ihren Adressaten den räumlichen Geltungsbereich der Darstellungen hinreichend deutlich machen“;²⁶ bei der hier in Rede stehenden Konzentrationsplanung also (auch) die räumliche Reichweite der Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB;²⁷ andernfalls liegt ein beachtlicher Fehler nach § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BauGB vor, der zur Unwirksamkeit dieser Darstellung führt.²⁸

Vorliegend ergibt sich aus der Bekanntmachung aber nicht hinreichend der räumliche Geltungsbereich der durch die bekanntgemachte 115. Änderung erfolgten Ausschlusswirkung. Denn der darin enthaltene – bei einer uneingeschränkten Genehmigung grundsätzlich ausreichende – Satz,

„Der Geltungsbereich für die Ausschlusswirkung der 115. Flächennutzungsplanänderung ist der gesamte Außenbereich der Samtgemeinde Q. mit Ausnahme der positiv dargestellten Sonstigen Sondergebiete für die Windenergienutzung.“,

träfe nur dann zu, wenn diese Ausschlusswirkung auch für den sogenannten Teilbereich 3 gelten sollte, der von

der Genehmigung ausgenommen und damit jedenfalls nicht als „Sondergebiet“ anzusehen ist. Das ist aber aus den o.a. Gründen nicht anzunehmen. Wieweit sich die Ausschlusswirkung stattdessen erstrecken, also hinter diesem Ausmaß zurückbleiben sollte, ist hingegen für den durchschnittlichen Leser der Bekanntmachung ungewiss.

c) § 10 Abs. 2 NKomVG enthält zwar Unbeachtlichkeitsregelungen, die nach § 10 Abs. 6 Halbs. 2 NKomVG auch für das Verfahren zur Aufstellung eines Flächennutzungsplans gelten. Sie beziehen sich aber nur auf die „Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die in diesem Gesetz enthalten oder aufgrund dieses Gesetzes erlassen worden sind“ – das ist bei dem hier relevanten Verstoß gegen § 6 Abs. 3 BauGB nicht der Fall; insoweit gelten allein die §§ 214 f. BauGB.

5. a) Ist die Ausschlusswirkung daher schon nicht wirksam bekannt gegeben worden, so ist unerheblich, ob sie andernfalls durch die Feststellung des Beigeladenen vom Dezember 2024 unwirksam geworden wäre.

b) Ob und wie der aufgezeigte Fehler ungeachtet der von der Antragstellerin angeführten zeitlichen Grenze des § 245e Abs. 1 Satz 1 letzter Halbsatz BauGB und der Feststellung des Beigeladenen nach § 5 Abs. 2 WindBG noch rückwirkend behoben werden kann, ist in diesem Normenkontrollverfahren ebenfalls unerheblich.

Selbst wenn man diese Fragen bejahte, bestünde keine Verpflichtung des Senats, die Rechtmäßigkeit der Ausschlusswirkung im Übrigen näher zu prüfen; § 4 Abs. 1b und § 7 Abs. 5 UmwRG gelten insoweit nicht.

c) § 4 Abs. 2 Satz 2 WindBG steht der Erklärung der Unwirksamkeit der Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht entgegen; er meint mit den „ausgewiesenen Flächen“, die „für ein Jahr ab Rechtskraft der Entscheidung weiter anrechenbar bleiben“, nur „Positivdarstellungen“, hier also allenfalls die Darstellungen der vier verbliebenen Sondergebiete, nicht aber Gebiete, auf die sich die Ausschlusswirkung erstreckt oder die als „weiße Flächen“ gelten sollen.

d) Es ist in diesem Verfahren nicht zu entscheiden, inwieweit sich die vorbezeichneten Fehler der Genehmigung und der folgenden Bekanntmachung auf die Ausschlusswirkung begrenzen lassen oder deshalb zugleich auch die Darstellung der vier Sondergebiete als Positivflächen unwirksam ist. ...

24 Vgl. auch Lenz/Schmidt-Eichstaedt, in: Brügelmann, BauGB, Stand: April 2025, § 6, Rdnr. 206.

25 Vgl. Jaeger, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK BauGB, 66. Edition, Stand: 01.11.2024, § 6, Rdnr. 16.

26 BVerwG, Urt. v. 29.10.2020 – 4 CN 2/19, juris, Rdnr. 16.

27 BVerwG, Urt. v. 29.10.2020, a.a.O., Rdnr. 19.

28 BVerwG, Urt. v. 29.10.2020, a.a.O., Rdnr. 23.

Antragbefugnis bei eigentumsähnlichem Recht, Erkennbarkeit von Grunddienstbarkeiten im Rahmen der Abwägung

BauGB §§ 1 Abs. 7, 2 Abs. 3; VwGO § 47 Abs. 2 Satz 1.

1. Der Inhaber einer Grunddienstbarkeit ist antragsbefugt i.S.d. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO, wenn die Planung sich unmittelbar auf das dingliche Recht auswirkt.

2. Macht der Inhaber eines eigentumsähnlichen Rechts dessen Betroffenheit nicht im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung geltend, hat die Gemeinde i.d.R. keinen Anlass, von sich aus in eine detaillierte Prüfung, etwa durch Einsichtnahme in das Grundbuch, einzutreten.

Nieders. OVG, Urt. v. 06.10.2025 – 1 KN 116/23.

Aus den Gründen: Der Antrag ist zulässig, aber unbegründet.

I. Die Antragsteller sind als Inhaber von einer sich auf Teile des Plangebiets erstreckenden Grunddienstbarkeit antragsbefugt. Der vom Bundesverwaltungsgericht aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG entwickelte Grundsatz, dass der Eigentümer eines Grundstücks im Plangebiet – von Ausnahmefällen abgesehen – antragsbefugt nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO ist, wenn er sich gegen eine bauplanerische Festsetzung wendet, die unmittelbar ein Grundstück betrifft,¹ ist auf Inhaber dinglicher Rechte übertragbar. Da diese Rechte ebenfalls von der Eigentumsgarantie umfasst sind, sind auch diejenigen, die in eigentumsähnlicher Weise an einem Grundstück dinglich berechtigt sind, dem Planinhaber in Bezug auf die Antragsbefugnis grundsätzlich gleichzustellen, wenn die Planung sich unmittelbar auf das dingliche Recht auswirkt.²

So liegt es hier: Die Antragsteller sind Inhaber einer Grunddienstbarkeit „Stellplatznutzung“ auf den im Eigentum der Beigeladenen stehenden Flurstücken P., Q., R. und S. (aufgegangen im heutigen Flurstück T.), jeweils Flur U. der Gemarkung A-Stadt. Die Planung wirkt sich unmittelbar auf dieses dinglich gesicherte Recht aus. Nach dem streitgegenständlichen Plan sind Stellplätze auf den hierfür festgesetzten Flächen (= rot gestrichelt umrandete Flächen, d.h. die in der Planzeichnung orange unterlegte Fläche mit Ausnahme eines Teils nördlich der überbaubaren Fläche) sowie in der überbaubaren Fläche zulässig (TF Nr. 4). Unzulässig sind Stellplätze damit in einem Teilbereich des Flurstücks P. und auf dem nördlichen Teil des Flurstücks Q. Das bisherige Planungsrecht ließ dort Stellplätze zu. Der durch die streitgegenständliche Planung gesetzte Rahmen

des baurechtlichen „Dürfens“ steht der Ausübung der Grunddienstbarkeit an dieser Stelle nunmehr entgegen. Die durch die Grunddienstbarkeit abgesicherte Nutzung wird – anders als in der Konstellation, in der bestehende dingliche Rechte weiterhin im Rahmen des baurechtlichen „Dürfens“ liegen und lediglich das privatrechtliche „Können“ des belasteten Grundstückseigentümers begrenzen³ – in dem oben bezeichneten Teilbereich „weggeplant“.

Der Antragsbefugnis steht nicht entgegen, dass die Betroffenheit der Antragsteller für die Antragsgegnerin nicht erkennbar war, weil die Antragsteller sich im Aufstellungsverfahren nicht beteiligt haben. Wird eine von § 14 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition durch die Festsetzungen eines Bebauungsplans unmittelbar betroffen, dann kommt es für die Antragsbefugnis nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO nicht darauf an, dass diese Betroffenheit mehr als geringfügig, schutzwürdig oder für die Gemeinde erkennbar ist. Es genügt die Eigentumsbetroffenheit als solche.⁴

II. Der Antrag ist jedoch nicht begründet.

1. Der Bebauungsplan leidet nicht unter zu seiner Unwirksamkeit führenden formellen Mängeln, insbesondere wurden die Planunterlagen entsprechend der Vorgabe des § 3 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 4a Abs. 4 Satz 1 BauGB in der bei Planaufstellung geltenden Fassung im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung im Internet veröffentlicht. Dies ergibt sich aus dem Verwaltungsvorgang der Antragsgegnerin. Daneben belegen die Stellungnahmen von auf die Veröffentlichung im Internet verwiesenen Trägern öffentlicher Belange, dass die Unterlagen im Internet verfügbar waren.

2. Die Planung ist erforderlich i.S.d. § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Die Erforderlichkeit richtet sich nach der planerischen Konzeption der Gemeinde. Nicht erforderlich i.S.d. § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB sind u.a. Pläne, die einer positiven städtebaulichen Planungskonzeption entbehren und ersichtlich der Förderung von Zielen dienen, für deren Verwirklichung die Planungsinstrumente des Baugesetzbuches nicht bestimmt sind. Dies trifft beides nicht zu. Die Antragsgegnerin will mit der angegriffenen Planung unter Berücksichtigung der Wünsche der Beigeladenen sowie der Empfehlungen ihres parallel zur Planung aktualisierten Einzelhandels-

1 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 25.09.2013 – 4 BN 15.13, BauR 2014, 90 = BRS 81 Nr. 65.

2 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 25.09.2013 – 4 BN 15.13, BauR 2014, 90 = BRS 81 Nr. 65 = juris, Rdnr. 3 m.w.N.

3 So der Fall in Senat, Urt. v. 12.05.2020 – 1 KN 14/20, BauR 2022, 1148 = juris, Rdnr. 17.

4 BVerwG, Beschl. v. 25.09.2013 – 4 BN 15.13, BauR 2014, 90 = BRS 81 Nr. 65.

konzepts den nördlichen Teil des am östlichen Rand ihres zentralen Versorgungsbereichs gelegenen Einzelhandelsstandorts einschließlich der näheren nördlichen und östlichen Umgebung neu ordnen und in diesem Rahmen eine Verkaufsflächenerweiterung ermöglichen. Mit dieser städtebaulich motivierten Entscheidung bewegt sie sich im Rahmen ihrer Planungshoheit.

Soweit die Antragsteller die Berücksichtigung des Einzelhandelskonzepts in Zweifel ziehen, verfängt dies nicht. Die Antragsgegnerin hat in zeitlichem Zusammenhang in einem gesonderten Verfahren zu der vorliegenden Planung auch ihr Einzelhandelskonzept aktualisiert (Planbegr. S. 9), dieses aber erst nach Satzungsbeschluss beschlossen. Warum sie die im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses vorhandene Entwurfsfassung nicht berücksichtigen durfte, zeigen die Antragsteller nicht auf und ist auch sonst nicht erkennbar. Hinzu kommt, dass insofern keine Frage der Erforderlichkeit, sondern – allenfalls – der Abwägungsgerechtigkeit der Planung aufgeworfen wird (vgl. § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB).

Der Planung stehen keine unüberwindlichen rechtlichen Hindernisse auf Vollzugsebene entgegen. Insbesondere verursacht ein die Planfestsetzungen ausnutzendes Vorhaben keine unzumutbaren Lärmemissionen. Dies zeigt das im Aufstellungsverfahren eingeholte schalltechnische Gutachten, nach dem die Werte für Allgemeine Wohngebiete bzw. Mischgebiete an den maßgeblichen Immissionsorten eingehalten werden können. Dabei gesteht der Gutachter den betroffenen Wohnhäusern trotz der seit Langem bestehenden Gemengelage zwischen großflächigem Einzelhandel und Wohnen den vollen Schutzanspruch eines Allgemeinen Wohngebiets zu und bewegt sich damit auf der sicheren Seite. Zudem sind die für das bisher geplante Vorhaben angesetzten Schallschutzmaßnahmen noch ausbaufähig, sodass auch eine Vorhabenvariante mit einem ungünstigeren Emissionsverhalten nicht ausgeschlossen ist.

3. Ein Verstoß gegen das interkommunale Abstimmungsgebot gem. § 2 Abs. 2 Satz 1 BauGB liegt nicht vor. Entgegen der Behauptung der Antragsteller belegt der Verwaltungsvorgang die umfassende Beteiligung der Nachbargemeinden. Dass sich keine der umliegenden Gemeinden gegen die Planung ausgesprochen hat, spricht dafür, dass die zu erwartende übergemeindliche Umsatzumverteilung nicht ins Gewicht fällt und bestätigt das Ergebnis der erstellten Auswirkungsanalyse zur Verkaufsflächenenerweiterung des K. -Marktes. Danach bewegen sich die Verdrängungseffekte in der am meisten betroffenen Gemeinde AA. – rechnerisch messbar nur im Bereich Nahrungs- und Genussmittel – insgesamt in einer Höhe von 0,4 Mio. € bzw. 5 % (Auswirkungsanalyse S. 23). Das ist zu vernachlässigen.

4. Der angegriffene Bebauungsplan leidet nicht unter zu seiner Unwirksamkeit führenden Abwägungsfehlern.

Das in § 1 Abs. 7 BauGB verankerte Abwägungsgebot ist verletzt, wenn eine (sachgerechte) Abwägung überhaupt nicht stattfindet, wenn in die Abwägung Belange nicht eingestellt werden, die nach Lage der Dinge hätten eingestellt werden müssen, wenn die Bedeutung der betroffenen privaten Belange verkannt wird oder wenn der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten öffentlichen Belangen in einer Weise vorgenommen wird, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht. Innerhalb des so gezogenen Rahmens ist das Abwägungsgebot nicht verletzt, wenn sich die Gemeinde in der Kollision zwischen verschiedenen Belangen für die Bevorzugung des einen und damit notwendig für die Zurückstellung eines anderen entscheidet.⁵ Zur Unwirksamkeit des Plans führen nur Abwägungsfehler, die offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind (§ 214 Abs. 3 Satz 2, 2. Halbs. BauGB).

a) Die Antragsgegnerin setzt mit der Planung abwägungsfehlerfrei die Ziele der im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses verfügbaren (Entwurfs-)Fassung ihres Einzelhandelskonzepts um. Die von den Antragstellern behaupteten Widersprüche bestehen nicht. Das Einzelhandelskonzept stellt zwar fest, dass die Antragsgegnerin mit drei Lebensmitteldiscountern in Relation zu ihrer Größe einen „Überbesatz“ aufweise, sodass kein weiterer Lebensmitteldiscounter angesiedelt werden solle. Damit wird die Erweiterung eines der vorhandenen Discounter aber gerade nicht ausgeschlossen. Diese wird vielmehr mitgedacht und positiv als Entwicklungspotenzial und Ziel formuliert. Im Übrigen verbietet ein hoher Discounterbesatz der planenden Gemeinde nicht, einem in ihrem zentralen Versorgungsbereich ansässigen Discounter eine Modernisierung zu erlauben. Ein Zwang, diesen wegzuplanen, besteht nicht.

Auch der Verweis auf die Aussage, dass das Parkplatzangebot und die Zu- und Abfahrtsmöglichkeiten des O.s verbesserungsbedürftig seien, führt zu keinem anderen Ergebnis. Aus dem Einzelhandelskonzept folgt keine Pflicht der Antragsgegnerin, die dort formulierten Ziele gleichzeitig umzusetzen und mit der vorliegenden Planung zugleich die Flächen der Antragsteller neu zu ordnen. Abgesehen davon erhöht sich nach den im Aufstellungsverfahren vorgelegten Entwürfen zur künftigen Nutzung des Sondergebiets die Zahl der aufgrund der bestehenden Grunddienstbarkeiten auch von den Kunden des O.s nutzbaren Stellplätze von bislang 49 auf künftig mindestens 60 Stellplätze.

Soweit die Antragsteller geltend machen, eigene Erweiterungsabsichten hätten die Einbeziehung ihrer Flächen

5 BVerwG, Urt. v. 12.12.1969 – IV C 105.66, BVerwGE 34, 301 = BRS 22 Nr. 4 = BauR 1970, 31.

in den Plan geboten, zeigen sie damit bereits keinen abwägungserheblichen Belang auf. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts muss die Gemeinde das Interesse eines Eigentümers, das Plangebiet entgegen den bisherigen planerischen Vorstellungen auf sein Grundstück ausgedehnt zu sehen, nicht in die Abwägung einbeziehen.⁶

Die Sortimentslisten der streitgegenständlichen Planung sind nachvollziehbar aus dem geltenden Einzelhandelskonzept 2008 der Antragsgegnerin entwickelt. Geringfügige Abweichungen zu denen des erst kurz nach Satzungsbeschluss beschlossenen aktualisierten Einzelhandelskonzepts sind nicht wesentlich. Abgesehen davon, dass bereits die behaupteten Nachteile für die Antragsteller nicht deutlich werden, zwingt auch dies die Antragsgegnerin nicht, das Plangebiet um die Flächen der Antragsteller zu erweitern.

b) Ein Abwägungsfehler ergibt sich auch nicht daraus, dass die Antragsgegnerin die Grunddienstbarkeiten der Antragsteller nicht abgewogen hat. Belange, die – wie hier der aus den Grunddienstbarkeiten folgende Belang der Stellplatznutzung – für die Gemeinde bei der Entscheidung über einen Bauleitplan nicht erkennbar waren, sind nicht abwägungsbeachtlich.⁷ Die Antragsteller haben sich in dem Aufstellungsverfahren nicht beteiligt. Soweit sie auf ihr Schreiben vom 03.03.2021 verweisen, war dieses nicht an die Antragsgegnerin, sondern die Samtgemeinde Land AB., deren Mitgliedsgemeinde die Antragsgegnerin ist, gerichtet und als „vorgezogene Stellungnahme zu einer möglichen Baugenehmigung“ für das Erweiterungsvorhaben der Beigeladenen ausgewiesen. Gegenüber der Antragsgegnerin haben die Antragsteller die Frage der Grunddienstbarkeiten erst ca. 1,5 Jahre nach Satzungsbeschluss unmittelbar vor dessen Bekanntmachung und auch nur gegenüber dem Bürgermeister, nicht jedoch dem Rat geltend gemacht. Die Antragsgegnerin traf insoweit auch keine Ermittlungspflicht gem. § 2 Abs. 3 BauGB. Die Öffentlichkeitsbeteiligung zielt gerade darauf ab, dass die von der Planung betroffenen Grundeigentümer bzw. Inhaber eigentumsähnlicher Rechte etwaige Einwände gegenüber der planenden Gemeinde formulieren und damit zur Vervollständigung des Abwägungsmaterials beitragen. Tun sie dies nicht, hat die Gemeinde umkehrt keinen Anlass, von sich aus in eine detaillierte Prüfung, in diesem Fall in eine Einsichtnahme in das Grundbuch, einzutreten, wenn sich die Notwendigkeit nicht ausnahmsweise aufdrängt. Letzteres ist hier nicht der Fall; die Antragsgegnerin konnte und musste nicht damit rechnen, dass die großzügige Stellplatzplanung Rechte der Antragsteller tangieren könnte.

5. Die Planung beachtet das Trennungsgebot des § 50 Abs. 1 BImSchG. Das von den Antragstellern behauptete Verbot des Nebeneinanders von großflächigem Einzel-

handel und Wohnen besteht jedenfalls in der wie hier gewachsenen und seit Jahrzehnten bestehenden Nachbarschaft dieser Nutzungen nicht. Vielmehr kann dem Trennungsgrundsatz durch Schallschutzmaßnahmen, die unzumutbare Auswirkungen auf die Wohnbebauung verhindern, genügt werden.⁸ Dass die Antragsgegnerin die genaue Ausgestaltung in Teilen auf die Zulassungsebene verlagert hat, ist nicht zu beanstanden. ...

6 Zuletzt BVerwG, Beschl. v. 29.04.2025 – 4 BN 23.24, juris, Rdnr. 5.

7 St. Rspr., vgl. zuletzt BVerwG, Beschl. v. 12.08.2025 – 4 BN 35.24, juris, Rdnr. 8 m.w.N.

8 Vgl. nur Senat, Urt. v. 07.10.2021 – 1 KN 3/20, BauR 2022, 197 = juris, Rdnr. 55 m.w.N.

Artenschutzrechtliche Kompensationsmaßnahmen

BauGB § 1a Abs. 3 Satz 4; BNatSchG § 44 Abs. 5 Satz 3.

1. Die Konzeption der vorgezogenen Ausgleichsmaßnahme i.S.v. § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG (CEF-Maßnahme) hat sich an dem Erhalt der vorgefundenen Situation auszurichten. Sinn und Zweck der funktionserhaltenden Maßnahmen besteht nicht darin, eine Verbesserung dieser Situation herbeizuführen.

2. Die Gestaltung einer CEF-Maßnahme kann sich an der zeitlichen Limitierung der Habitategnung im Eingriffsbereich orientieren.

Nieders. OVG, Beschl. v. 12.12.2025 – 1 MN 112/25.

Aus den Gründen: Der Normenkontrollantrag ist zulässig, aber nicht begründet.

1. Hinsichtlich des Streitgegenstands, der Antragsbefugnis, des Rechtsschutzbedürfnisses und des anzulegenden Prüfungsmaßstabs nimmt der Senat Bezug auf die entsprechenden Ausführungen im Senatsbeschluss vom 02.12.2024.¹

2. Nach § 47 Abs. 6 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist. Prüfungsmaßstab sind danach jedenfalls bei Bebauungsplänen zunächst die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren

1 Senat, Beschl. v. 02.12.2024 – 1 MN 12/24, BauR 2025, 199 = DVBl 2025, 319 = juris, Rdnr. 20 ff.

des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen. Ergibt diese Prüfung, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht i.S.v. § 47 Abs. 6 VwGO zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. So liegen die Dinge hier.

a) Der Bebauungsplan ist formell rechtmäßig. Insbesondere sind die Vorschriften über die Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung gem. §§ 4a, 3 Abs. 2 Satz 1 BauGB in der hier gem. § 233 Abs. 1 Satz 1 BauGB noch anwendbaren, bis zum 06.07.2023 geltenden Fassung nicht verletzt worden.

(1) Entgegen der Auffassung des Antragstellers mussten die städtebaulichen Verträge nicht öffentlich ausgelegt werden. Gem. § 3 Abs. 2 Satz 1 BauGB sind die Entwürfe der Bauleitpläne mit der Begründung und den nach Einschätzung der Gemeinde wesentlichen, bereits vorliegenden umweltbezogenen Stellungnahmen für eine in der Norm näher bestimmte Dauer öffentlich auszulegen. Die städtebaulichen Verträge sind aber weder Teil des Bebauungsplans² noch umweltbezogene Stellungnahmen. Dass sie mittelbar im Rahmen der Gesamtabwägung relevant für die Entscheidung für oder gegen die Planung sind, die – auch – Umweltbelange berührt, ändert an der Einordnung der städtebaulichen Verträge selbst nichts.

Etwas Gegenteiliges kann der Antragsteller auch nicht aus der von ihm zitierten Senatsentscheidung vom 27.09.2017³ herleiten. Danach ist im Rahmen der Aufstellung eines (vorhabenbezogenen) Bebauungsplans die Auslegung des Durchführungsvertrag allenfalls (nicht: jedenfalls, wie der Antragsteller meint,) dann notwendig, wenn im Durchführungsvertrag abwägungserhebliche Fragen geregelt sind, die sonst nicht erkennbar wären. Im vorliegenden Fall ist der Vertragsinhalt aller Verträge jedoch im Umweltbericht, dort Kapitel 11.2, ausreichend skizziert.

(2) Die ausgelegten Unterlagen waren vollständig. Bei der vom Antragssteller vermissten Anlage A6 (faunistisches Gutachten) handelt es sich um die faunistische Untersuchung aus dem Jahr 2016, die lediglich mit einer falschen Überschrift versehen worden war und dadurch den Eindruck erweckte, es existiere noch eine Stellungnahme vom 20.06.2025.

b) Dem Bebauungsplan fehlt nicht die gem. § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB notwendige Erforderlichkeit, weil ihm im Hinblick auf die von der Planung betroffenen Brutstätten der Feldlerche ein unüberwindliches artenschutzrechtliches Hindernis auf Vollzugebene entgegenstände. Der Antragsgegner hat den Bestand der Feldlerche zutreffend ermittelt (dazu unter (1)) und mittels eines städtebaulichen Vertrags ausreichende CEF-Maßnahmen vorge-

sehen (dazu unter (2)). Der Vertrag ist rechtzeitig vor Satzungsbeschluss geschlossen worden (dazu unter (3)). Die Umsetzung ist auch hinreichend gesichert (dazu unter (4)). Für weitere Vogelarten waren keine zusätzlichen CEF-Maßnahmen vorzusehen (dazu unter (5)).

(1) Der Einwand des Antragstellers, bereits der Bestand an Brutstätten der Feldlerche sei unzutreffend erfasst worden, weil sich der Antragsgegner auf veraltete Daten gestützt habe, geht fehl.

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, die, obwohl sie zum Planfeststellungsrecht ergangen ist, auf das Bauplanungsrecht übertragbar ist,⁴ dass mangels gesetzlicher Vorgaben zur Aktualität naturschutzfachlicher Bestandsaufnahmen die Verwertung älterer Erkenntnisse von den Umständen des Einzelfalls abhängt, namentlich davon, ob zwischenzeitlich so gravierende Änderungen aufgetreten sind, dass die gewonnenen Erkenntnisse nicht mehr die tatsächlichen Gegebenheiten wiedergeben. Als Leitlinie für die Praxis mag es im Ansatz sinnvoll sein, die Tauglichkeit der Datengrundlage an einer zeitlichen – in der Regel fünfjährigen – Grenze auszurichten. Eine solche Grenze kann aber nur einen allgemeinen Anhalt bieten; sie ändert nichts daran, dass die Aktualität der Datengrundlage nach Maßgabe praktischer Vernunft unter Berücksichtigung der jeweiligen Einzelfallumstände zu beurteilen ist. Es ist daher zunächst zu prüfen, ob die Erkenntnisse trotz des Zeitablaufs im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses noch aussagekräftig sind; erst von den Ergebnissen dieser Überprüfung hängt ab, ob und in welchem Umfang neu kartiert werden muss.⁵

Gemessen daran ist nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner nach wie vor von sechs Feldlerchenrevieren ausgeht, die durch die teilweise bereits erfolgte Realisierung des Bebauungsplans verlorengegangen sind bzw. noch verlorengehen werden. Einer erneuten Bestandserhebung im Plangebiet steht bereits entgegen, dass – wie der Antragsteller selbst anführt – durch mittlerweile erfolgte Hoch- und Tiefbauarbeiten der Bestand im Jahr 2016, der die Grundlage für den Umfang der CEF-Maßnahmen bildet, nicht mehr rekonstruiert bzw. aktualisiert werden kann. Die Habitataeignung des Plangebiets ist auch nach Ansicht des Antragstellers größtenteils entfallen. Eine erneute Bestandserfassung würde

2 Vgl. für einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan Senat, Beschl. v. 04.09.2024 – 1 MN 14/24, BauR 2025, 638 = juris, Rdnr. 24.

3 Senat, Entsch. v. 27.09.2017 – 1 KN 168/15, BauR 2018, 1666 = juris, Rdnr. 56.

4 Vgl. hierzu OVG SH, Urt. v. 06.05.2025 – 1 KN 11/20, juris, Rdnr. 83.

5 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.07.2022 – 9 A 1.21, BVerwGE 176, 94 = NVwZ 2023, 1076 = juris, Rdnr. 96 m.w.N.

somit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu deutlich niedrigeren Bestandszahlen führen. Ob die Erdarbeiten auf rechtswidrig erteilten Genehmigungen des Landkreises Northeim basieren und ihrerseits gegen artenschutzrechtliche Verbote verstoßen haben – wie der Antragsteller meint –, kann dahinstehen. Entgegen der Rechtsauffassung des Antragstellers würde daraus jedenfalls keine Verpflichtung resultieren, alle Baumaßnahmen nur zu dem Zweck rückgängig zu machen, den Bestand auf der ursprünglichen Grundlage – deren Wiederherstellbarkeit einmal unterstellt – erneut festzustellen.

Es ist auch nicht erforderlich, dass der Antragsgegner den Umfang seiner CEF-Maßnahmen an dem Bestand an Feldlerchen orientiert, der sich ohne die Baumaßnahme auf der Eingriffsfläche entwickelt hätte. Bloß potenzielle Lebensstätten fallen nicht unter den Verbotstatbestand, weil es insoweit an dem in der Bestimmung vorausgesetzten Individuenbezug fehlt.⁶ Selbst wenn man zudem die bisherigen Eingriffe als rechtswidrige Schädigung eines natürlichen Lebensraums der Feldlerche ansehen würde, wären in der Folge lediglich die seinerzeit durch die Baumaßnahmen entfallenen Reviere im Sinne einer Naturalrestitution wiederherzustellen. Nur eine solche sieht das Umweltschadensrecht bei einem rechtswidrigen Eingriff i.S.d. § 19 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG vor, das nur zu einer Sanierung mit dem Ziel verpflichtet, dass die Umwelt „in ihren Ausgangszustand zurückversetzt wird“ (Anhang II Nr. 1 Abs. 1 Nr. 1 der Richtlinie 2004/35/EG, worauf § 19 Abs. 4 BNatSchG und §§ 6 Nr. 2, 8 Abs. 1 USchadG verweisen).

Im Übrigen und selbstständig tragend bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsgegner unzutreffend von sechs Brutstätten ausgegangen ist. Der im Bauleitplanverfahren eingeholten Siedlungsdichtermittlung kann eine durchschnittliche Dichte von 2,80 Revieren pro 10 ha im näheren Umfeld des Plangebiets entnommen werden. Anhand derer lässt sich die Belastbarkeit der Erhebung aus dem Jahr 2016 verifizieren. Das Plangebiet hat eine Größe von ca. 16,68 ha. Unter Zugrundelegung der vorgenannten durchschnittlichen Dichte ist somit rechnerisch im Plangebiet von 4,67 Brutpaaren auszugehen; das entspricht in etwa den im Plangebiet selbst festgestellten vier Brutrevieren. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass zwei weitere Brutpaare in benachbarten Gebieten laut der Erfassung im Jahr 2016 ebenfalls durch die Realisierung des Plans betroffen waren, durfte der Antragsgegner nach wie vor von sechs Brutpaaren ausgehen. Nach der auch in der Zuarbeit zum Umweltbericht – Feldlerche – verwendeten Studie „Grundlagen zur Umsetzung des Kompensationsbedarfs für die Feldlerche (*Alauda arvensis*) in Hessen“ (Anlage 6 zum Schriftsatz des Antragsgegners vom 10.11.2025, S. 5) (im Folgenden: VSW 2025) ist überdies eine Schwankungsbreite von 10 bis 20 % zu

berücksichtigen. Gründe, von der so ermittelten Zahl von sechs Brutpaaren nach oben abzuweichen, weil auf der östlich an das Plangebiet angrenzenden Fläche B eine deutlich höhere Revierzahl festgestellt worden ist, hatte der Antragsgegner nicht. Auf dieser Fläche besteht die Sondersituation, dass dort Maßnahmen zur Aufwertung der Fläche für die Feldlerche ergriffen worden waren. Für die Verhältnisse im Plangebiet ist die Fläche somit nicht repräsentativ.

(2) Die in einem städtebaulichen Vertrag mit der Hochschule vereinbarten und von dieser durchzuführenden CEF-Maßnahmen sind auch geeignet, um den Bestand der Feldlerchen zu sichern.

Die Maßnahmenflächen sind nicht zu klein bemessen. Entgegen der Darstellung des Antragstellers sind dabei nicht nur die reinen Netto-Flächen für die Blühstreifen zu bewerten, die jeweils in den Aufwertungsflächen nur 0,4 bis 0,6 ha ausmachen. Zu Recht schlägt der Antragsgegner diesen Flächen noch die durch die Blühstreifen indirekt aufgewertete Umgebung hinzu und bewertet die sich so ergebende Gesamtfläche als Maßnahmenfläche. Dies wird durch weitere gutachterliche Ausführungen bestätigt. Nach dem Maßnahmenblatt Feldlerche (*Alauda arvensis*) der Staatlichen Vogelschutzwarte für Hessen, Rheinland-Pfalz und Saarland vom 27.11.2015 (im Folgenden: Maßnahmenblatt Feldlerche 2015), die gem. § 2 Abs. 1 des Maßnahmenübernahmevertrags Bestandteil dieses städtebaulichen Vertrags ist, ist ein bestimmter seitlicher Mindestabstand zwischen den anzulegenden Blühstreifen von mindestens 200 m einzuhalten. Nach der Studie VSW 2010 macht sich einerseits eine Steigerung der Siedlungsdichte bis in eine Entfernung von 100 m zum Blühstreifen bemerkbar, was mit einem seitlichen Gesamtabstand zwischen zwei Blühstreifen von 200 m korrespondiert, und wird andererseits die Anlage eines Blühstreifens auf 100 m Länge benötigt, um ein zusätzliches Revier einer Feldlerche zu schaffen. Die deshalb rechnerisch benötigten Flächen, um durch CEF-Maßnahmen die Ansiedlung von zusätzlichen sechs Paaren zu fördern, hat der Antragsgegner berücksichtigt. Das entsprechende Maßnahmenkonzept ist sowohl Anlage des Umweltberichts als auch Vertragsinhalt des Maßnahmenübernahmevertrags geworden. Ob für die bereits realisierten Baumaßnahmen ausreichende CEF-Maßnahmen vorlagen, ist für die Beurteilung der Erforderlichkeit des Bebauungsplans zum maßgeblichen Zeitpunkt seines Inkrafttretens irrelevant.

Bedenken gegen die Aufwertungsfähigkeit der Maßnahmenflächen sind ebenfalls nicht begründet. Soweit der Antragsteller meint, hinsichtlich der dort bereits vorhandenen Besiedlungsdichte sei dem Gutachter des Antrags-

6 Vgl. BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06, BVerwGE 130, 299 = NuR 2008, 633 = BRS 80 Nr. 124 = juris, Rdnr. 222.

gegners ein Rechenfehler unterlaufen, hat dieser seine Berechnung nachvollziehbar begründet. Hinzu kommt, dass der Antragsteller nur zu einer minimal geringeren Besiedlungsdichte kommt; für die Aufwertungsfähigkeit der Flächen wäre das offenkundig ohne Belang.

Zu Unrecht vertritt der Antragsteller, die (planerische) Festsetzung von Lerchenfenstern sei erforderlich. In dem Maßnahmenblatt Feldlerche sind Lerchenfenster nur als flankierende Maßnahmen bezeichnet, deren alleinige Umsetzung nicht vorzusehen sei. Dies deckt sich mit den Ausführungen des Umweltplanungsbüros M. (2016), wonach Lerchenfenster nur in Kombination mit strukturerverbessernden Maßnahmen empfohlen werden (S. 8). Es sei zu erwarten, dass die alleinige Anlage von Lerchenfenstern einen Bestandsrückgang nicht aufhalten könne. Auf der anderen Seite ist allein von der Anlage der Blühstreifen ein Anstieg des Bestands um die erforderlichen Zahlen zu erwarten.

(3) Sowohl der Vertrag zur Übernahme der CEF-Maßnahmen durch die Hochschule als auch die Gestattungsverträge mit den Grundstückseigentümern sind rechtzeitig zum Satzungsbeschluss geschlossen worden.⁷ Es lagen jeweils bindende Angebote der Vertragspartner vor, die der Antragsgegner noch vor dem Satzungsbeschluss durch Unterschrift angenommen hat.

(4) Die Durchführung der CEF-Maßnahmen ist durch die Verträge hinreichend sichergestellt. Dazu bedarf es – anders als der Antragsteller meint – weder einer weitergehenden Garantie, dass die Maßnahme über einen bestimmten Zeitraum aufrechterhalten wird, noch einer dinglichen Sicherung auf den Maßnahmenflächen. Die entgegenstehende Ansicht⁸ lässt den Unterschied zwischen – grundsätzlich dauerhaften – Maßnahmen zum Ausgleich von planbedingten Eingriffen in Natur und Landschaft i.S.d. § 1a Abs. 3 BauGB und CEF-Maßnahmen i.S.d. § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG außer Acht.

Der Wortlaut des § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 und Satz 3 BNatSchG fordert, dass die ökologische Funktion „weiterhin erfüllt“ wird. Die Vorschrift enthält damit keine strikte Forderung, die funktionserhaltende Maßnahme dauerhaft und „bis in alle Ewigkeit“ zu sichern, d.h. den von dem Verlust geschützter Lebensstätten betroffenen Individuen auf Dauer einen für sie geeigneten „Ersatzwohnraum“ zur Verfügung zu stellen. Wie lange die Wirkungen der Ausgleichsleistungen anzuhalten haben, hängt vielmehr vom Einzelfall ab. Die Konzeption der vorgezogenen Ausgleichsmaßnahme hat sich an dem Erhalt des status quo der Eingriffsfläche auszurichten. Sinn und Zweck der funktionserhaltenden Maßnahmen besteht nicht darin, eine Verbesserung der vorgefundenen Situation, d.h. des Ist-Zustands herbeizuführen. Vielmehr soll sie diejenige

Situation aufrechterhalten, die vor der sie treffenden Beeinträchtigung bestanden hat. Denn mit der Regelung will der Gesetzgeber lediglich sicherstellen, dass die ökologische Gesamtsituation des betroffenen Bereichs keine Verschlechterung erfährt.⁹ Geht es damit allein um die Bewahrung der vorgefundenen Situation, muss die funktionserhaltende Maßnahme die Qualität des (Ersatz-)Habitats nicht länger gewährleisten, als sie bei natürlichem Verlauf gegeben wäre. Die Gestaltung einer CEF-Maßnahme kann sich danach im Einzelfall auch an der zeitlichen Limitierung der Habitataeignung im Eingriffsbereich orientieren.¹⁰

Spezifisch mit Blick auf die Feldlerche ist zu berücksichtigen, dass es sich bei dieser um eine Vogelart handelt, die sich ohnehin jedes Jahr nach ihrer Rückkehr aus dem Süden einen neuen Standort sucht. Räumliche Verschiebungen sind schon deswegen unausweichlich, weil die Flächen in Abhängigkeit von der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung von Jahr zu Jahr eine wechselnde Eignung als Bruthabitat haben.¹¹ Eine CEF-Maßnahme, die die Verwirklichung eines Zugriffsverbots gem. § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG verhindert, darf deshalb ebenfalls mit gewissen Unsicherheiten hinsichtlich ihres dauerhaften Fortbestands behaftet sein.

Im für die CEF-Maßnahme danach erforderlichen Zeitraum stehen die Maßnahmenflächen hinreichend sicher zur Verfügung. Entgegen der Ansicht des Antragstellers kann für die Beurteilung auch auf die Rechtsnatur der Vertragsparteien abgestellt werden, bei denen es sich allesamt um juristische Personen des öffentlichen Rechts handelt.¹² Allein aufgrund dieser Tatsache ist ausgeschlossen, dass eine der beteiligten Vertragsparteien ihre Pflichten infolge einer Insolvenz nicht mehr erfüllen kann. Gleiches gilt für den Fall der Gesamtrechtsnachfolge. Aufgrund der Rechtsnatur der beteiligten Vertragsparteien kann eine solche realistischweise nur in einem Zusammenschluss eines Beteiligten mit einer anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts bestehen, der aber zur Folge hätte, dass die sich daraus ergebende juristische Person als Rechtsnachfolger unmittelbar Vertrags-

7 Vgl. hierzu Senat, Urt. v. 08.09.2021 – 1 KN 115/19, NuR 2022, 267 = juris, Rdnr. 41.

8 Vgl. HessVGH, Urt. v. 25.06.2009 – 4 C 1347/08.N, NuR 2009, 649 = AUR 2010, 15 = juris, Rdnr. 55; Patzelt, ZUR 2014, 600 (602).

9 Vgl. BT-Drucks. 16/5100, S. 12.

10 Vgl. NdsOVG, Urt. v. 31.07.2018 – 7 KS 17/16, juris, Rdnr. 317 m.w.N.; Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 4. Aufl. 2024, § 44 Rdnr. 88.

11 Senat, Urt. v. 02.10.2024 – 1 KN 34/23, BauR 2025, 59 = UPR 2025, 70 = NdsVBI 2025, 119 = NuR 2025, 296 = juris, Rdnr. 60; vgl. auch die Faunistische Untersuchung, Juli 2016, S. 7.

12 Vgl. zutreffend Guckelberger, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 4. Aufl. 2024, § 15 Rdnr. 94 und 96.

partei würde. Realistisch betrachtet besteht somit nur das Risiko, dass eine der Maßnahmenflächen an einen Außenstehenden mit der Folge verkauft wird, dass dieser nicht ipso jure Vertragspartei der Gestattungsverträge werden würde. Für dieses Risiko haben die Beteiligten ausreichend vorgesorgt. Gem. § 3 der Gestattungsverträge ist dem Antragsgegner die Veräußerung anzuzeigen und ihm Gelegenheit zu geben, sich eine für diesen Fall bereits vereinbarte beschränkte persönliche Dienstbarkeit einräumen zu lassen. Die Vereinbarung gem. § 5 Abs. 3 Satz 1, wonach alle Rechte und Pflichten aus den Gestattungsverträgen auf mögliche Rechtsnachfolger übergehen, dürfte zwar in dieser Form als Vertrag zulasten Dritter nicht gegenüber einem Erwerber des Grundstücks wirken. Sie verpflichtet aber im Zusammenhang mit der Regelung des § 5 Abs. 3 Satz 2 den jeweiligen Grundstückseigentümer, den Erwerber des Grundstücks im schuldrechtlichen Veräußerungsvertrag zur Einhaltung des Gestattungsvertrags gegenüber dem Antragsgegner zu verpflichten. Eine Veräußerung mit der Folge, dass der Erwerber nicht mehr an die vertraglichen Pflichten gebunden ist, ist dadurch zwar rechtlich nicht ausgeschlossen, allerdings nur unter (zweifachen) Verstoß gegen den jeweiligen Gestattungsvertrag mit der Folge einer Schadensersatzpflicht möglich. Der auf der Planungsebene erforderlichen positiven Prognose, dass die CEF-Maßnahmen i.S.d. § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3, Satz 3 BNatSchG absehbar sicherstellen werden, dass die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- und Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird, steht dies jedenfalls nicht entgegen.

(5) Entgegen der Auffassung des Antragstellers waren auch keine weiteren CEF-Maßnahmen zum Erhalt der Brutplätze der Goldammer und der Dorngrasmücke veranlasst. Auch insofern wird die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt. Die Heckenstrukturen, die der Antragsgegner in diesem Zusammenhang hervorhebt, bleiben erhalten. Nach der textlichen Festsetzung (TF) Nr. 5.7 „Strauch-Baumhecke mit Offenlandbereichen zur Eingrünung“ ist auf der im Plan mit P7 gekennzeichneten Fläche, die das Plangebiet im Norden, Osten und Süden umfasst, eine dreireihige Strauch-Baumhecke nach näherer Maßgabe zu entwickeln (Satz 1). Bestehende Gehölzstrukturen sind nach Satz 2 dauerhaft zu pflegen und zu erhalten und können der Festsetzung angerechnet werden. Überdies zeigen bereits das Luftbild auf Seite 8 der vom Antragsgegner eingereichten Stellungnahme seines Landschaftsplanungsbüros vom 08.10.2025 wie auch die Luftbilder unter maps.google.de, dass in unmittelbarer Nähe zum Ort des Eingriffs vergleichbare Gehölzstrukturen existieren, die die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- und Ruhestätten weiterhin erfüllen können. ...

Festsetzung der Größe der Grundflächen

BauNVO §§ 16 Abs. 2 Nr. 1, 16 Abs. 5, 19 Abs. 4.

§ 16 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO ermächtigt die Gemeinde nicht zu Festsetzungen der zulässigen Grundfläche für einzelne Anlagentypen, sondern verlangt eine einheitliche Festsetzung für alle baulichen Anlagen.

BVerwG, Urt. v. 16.09.2025 – 4 CN 2.24.

Sachverhalt: Der Antragsteller wandte sich als Planinhaber gegen die Änderung eines Bebauungsplans für einen bereits bebauten Bereich. Die Planänderung setzt – ausgehend vom Bestand – Baugrenzen für die Hauptgebäude fest. Als Maß der baulichen Nutzung sind für jedes Grundstück zulässige Grundflächen festgesetzt (A.3.1), die durch Flächen von Terrassen (A.3.2) und Vordächern, Dachüberständen, die über 0,8 m vor der Außenwand hervorragen, Auskragungen, Außentreppen und Kellerschächten (A.3.3) überschritten werden dürfen. Die nach A.3.1 bis A.3.3 festgesetzte Grundfläche darf durch die in § 19 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 bis 3 BauNVO genannten Anlagen (u.a. Stellplätze, Garagen, Nebenanlagen) bis zu einer Gesamtgrundflächenzahl von 0,4 überschritten werden (A.3.4). Der Antragsteller ist Eigentümer von zwei mit je einer Doppelhaushälfte bebauten Grundstücken, die 288 m² bzw. 400 m² groß sind und für die jeweils eine Grundfläche von 80 m² festgesetzt ist. Der Verwaltungsgerichtshof erklärte den Bebauungsplan – wie vom Antragsteller beantragt – bezogen auf den Teilbereich, in dem ein reines Wohngebiet festgesetzt ist, für unwirksam. Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt: Die Festsetzung zum Maß der baulichen Nutzung sei fehlerhaft. Der Plan regle zwar die zulässige Grundfläche sowie deren Überschreitung durch Nebenanlagen. Die Festsetzungen reichten jedoch nicht bei allen Grundstücken aus, um die zulässigen Garagen- bzw. Nebengebäude zu realisieren. Dieser Mangel führe zur Unwirksamkeit des Plans im tenorierten Umfang. Gem. § 16 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO müsse die Größe der Grundfläche für alle baulichen Anlagen festgesetzt werden. Eine Festsetzung nur für die Hauptanlagen und nicht auch für die nach § 19 Abs. 4 Satz 1 BauNVO mitzurechnenden „Nebenanlagen“ sei unzulässig. Hier fehle es an einer wirksamen Festsetzung für die Anlagen i.S.v. § 19 Abs. 4 Satz 1 BauNVO. Die Planänderung setze ausweislich der Begründung die zulässige Grundfläche nur für die städtebaulich wirksamen Hauptgebäude, verschiedene Anbauten und Anlagenteile sowie Terrassen fest. Die zulässige Grundfläche für die Grundstücke des Antragstellers belaufe sich auf insgesamt jeweils 122 m² und dürfe durch die in § 19 Abs. 4 BauNVO genannten Anlagen bis zu einer Gesamtgrundflächenzahl von 0,4 überschritten werden. Für das 288 m² große Grundstück des

Antragstellers ergebe sich daraus eine Fläche von 115 m². Da die festgesetzte zulässige Grundfläche diese Fläche bereits überschreite, seien Garagen bzw. Nebengebäude nicht mehr realisierbar. Ob die auf dem größeren Grundstück verbleibende Überschreitungsfläche von 38 m² für die Realisierung der nach dem Bebauungsplan erforderlichen Garagen oder Stellplätze ausreichend bemessen sei, könne dahinstehen. Die dagegen gerichtete Revision der Antragsgegnerin hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Die Revision ist zulässig und begründet. Das angegriffene Urteil beruht auf einer Verletzung revisiblen Rechts (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Es erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO). Der Senat kann nicht selbst in der Sache entscheiden; das erfordert die Zurückverweisung (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO).

1. a) Der Annahme des Verwaltungsgerichtshofs, die Festsetzungen zur Größe der Grundfläche seien fehlerhaft, weil es an einer wirksamen Festsetzung für die nach § 19 Abs. 4 Satz 1 BauNVO zu berücksichtigenden Anlagen fehle, liegt ein unzutreffendes Verständnis der § 16 Abs. 2 Nr. 1, § 19 Abs. 4 BauNVO zugrunde.

aa) Nach § 16 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO kann im Bebauungsplan das Maß der baulichen Nutzung durch Festsetzung der Grundflächenzahl oder der Größe der Grundflächen der baulichen Anlagen bestimmt werden. Die Vorschrift ermächtigt den Plangeber dazu, den Umfang der Fläche eines Grundstücks zu bestimmen, der von baulichen Anlagen in zulässiger Weise überdeckt werden darf. Gem. § 19 Abs. 4 Satz 1 BauNVO sind bei der Ermittlung der Grundfläche die Grundflächen der in den Nr. 1 bis 3 genannten Anlagen mitzurechnen. Die zulässige Grundfläche darf durch die Grundflächen der in Satz 1 bezeichneten Anlagen bis zu 50 % überschritten werden, höchstens jedoch bis zu einer Grundflächenzahl von 0,8; weitere Überschreitungen in geringfügigem Ausmaß können zugelassen werden (§ 19 Abs. 4 Satz 2 BauNVO). Im Bebauungsplan können von Satz 2 abweichende Bestimmungen getroffen werden (§ 19 Abs. 4 Satz 3 BauNVO).

bb) Die aktuelle Fassung des § 19 Abs. 4 BauNVO beruht auf der Vierten Verordnung zur Änderung der Baunutzungsverordnung vom 23.01.1990 (BGBl. I S. 127). Die früheren Fassungen sahen vor, dass die Grundflächen von Nebenanlagen i.S.v. § 14 BauNVO, von baulichen Anlagen, die nach Landesrecht im Bauwich oder in den Abstandsflächen zulässig sind oder zugelassen werden können, sowie von Balkonen, Loggien und Terrassen nicht auf die zulässige Grundfläche angerechnet werden. Nach der Neuregelung sind grundsätzlich alle baulichen Anlagen ungeachtet ihrer Funktion grundflächenrelevant. Anlass für diese konzeptionelle Neuausrichtung war die Bodenschutzklausel (§ 1 Abs. 5

Satz 3 BauGB 1987/§ 1a Abs. 2 BauGB). Mit der Anrechnungsregelung in Satz 1 soll der besonderen Bedeutung der nicht versiegelten Grundstücksfläche für die Erhaltung der natürlichen Bodenfunktion und für die Verbesserung des Stadtklimas Rechnung getragen werden, indem die zulässige Überbauung des Baugrundstücks mit Nebenanlagen an die für die Hauptnutzung festgesetzte höchstzulässige Grundstücksüberbauung gekoppelt wird. Die ergänzenden Regelungen in Satz 2 bis 4 sollen unter grundsätzlicher Wahrung des mit der Anrechnung verfolgten Ziels des Bodenschutzes einen flexiblen, auch die Zumutbarkeit berücksichtigenden Vollzug gewährleisten und es zusätzlich der Gemeinde ermöglichen, durch Festsetzungen im Bebauungsplan situationsgerecht die Anrechnungsregelung auszugestalten.¹ § 19 Abs. 4 BauNVO ist auch auf die Festsetzung einer absoluten Grundfläche nach § 16 Abs. 2 Nr. 1, 2. Alt. BauNVO anzuwenden; die Gegenauffassung² widerspricht der Intention des Verordnungsgebers.

cc) § 16 Abs. 2 Nr. 1, 2. Alt. BauNVO verlangt schon nach seinem Wortlaut, dass die Größe der Grundfläche für alle baulichen Anlagen festgesetzt wird. Für eine Differenzierung nach Agententypen findet sich keine Grundlage. Auch die Ausnahmeregelung in § 16 Abs. 5 BauNVO nennt als Bezugspunkte für Differenzierungen nur Teile des Baugebiets, einzelne Grundstücke oder Grundstücksteile sowie Teile baulicher Anlagen. Eine anlagenbezogene Regelung kann nur auf der Grundlage von § 19 Abs. 4 Satz 3 BauNVO für die dort genannten Agententypen getroffen werden. Das System der Maßfestsetzungen in §§ 16 ff. BauNVO ist bundesrechtlich abschließend. Das gilt sowohl hinsichtlich des Kataloges der zulässigen Bestimmungsfaktoren als auch hinsichtlich deren Kombination und der Notwendigkeit ihrer Festsetzung.³ Darüber hinaus steht der Gemeinde ein „Festsetzungsfindungsrecht“ nicht zu.⁴ Eine Festsetzung der Größe der zulässigen Grundfläche nur für Hauptanlagen ist daher nicht von der Ermächtigungsgrundlage in § 16 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO gedeckt.⁵ Davon ist – im Ansatz zutreffend – auch die Vorinstanz ausgegangen.⁶

1 Vgl. BR-Drucks. 354/89, S. 35 ff., 71 f.

2 Vgl. Seith, in: Brügelmann, BauNVO, Stand Juli 2025, § 16 Rdnr. 39.

3 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 05.07.1991 – 4 NB 22.91, Buchholz 406.12 § 16 BauNVO Nr. 1 S. 1; OVG Niedersachsen, Urt. v. 21.03.2019 – 1 KN 9/17, ZfBR 2019, 585.

4 BVerwG, Urt. v. 11.02.1993 – 4 C 18.91, BVerwGE 92, 56 (62) und v. 30.08.2001 – 4 CN 9.00, BVerwGE 115, 77 (80) = BRS 64 Nr. 36 = BauR 2002, 424.

5 Vgl. OVG Saarlouis, Urt. v. 12.03.2009 – 2 C 312.08, BRS 74 Nr. 88 S. 434; VGH Hamburg, Urt. v. 17.06.2010 – 2 E 7/07.N, BRS 76 Nr. 53 = BauR 2010, 2064; OVG Münster, Urt. v. 01.09.2016 – 10 D 23/15.NE, juris, Rdnr. 83.

6 UA S. 8 unter Bezugnahme auf VGH München, Urt. v. 22.09.2015 – 1 B 14.16 52, NVwZ-RR 2016, 135 Rdnr. 23 ff.

dd) Der Verwaltungsgerichtshof hat aber weitergehend angenommen, dass die Grundfläche für alle baulichen Anlagen in zulässiger Weise auch durch die Kombination einer Festsetzung für Hauptanlagen nach § 16 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO mit einer Festsetzung für Nebenanlagen nach § 19 Abs. 4 Satz 3 BauNVO erfolgen kann. Die Grundfläche für die Nebenanlagen müsse dann aber so bemessen sein, dass die zulässigen Garagen- bzw. Nebengebäude realisiert werden können.⁷ Das steht mit § 16 Abs. 2 Nr. 1 und § 19 Abs. 4 Satz 1 BauNVO nicht in Einklang.

Die Mitrechnungsregel des § 19 Abs. 4 Satz 1 BauNVO knüpft an § 16 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO an. Sie soll – zusammen mit § 16 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO – sicherstellen, dass die Gemeinde bei der Bauleitplanung die Bodenversiegelung in den Blick nimmt und ihr entgegenwirkt. Der Plangeber muss sich bei der Ermittlung der Grundfläche vor Augen halten, dass grundsätzlich alle baulichen Anlagen zu Buche schlagen. Dabei kann es z.B. bei der Planung eines Wohngebiets sachgerecht sein, die zulässige Grundfläche so zu bestimmen, dass das festgesetzte Maß etwa die Grundfläche zulässt, die für die Hauptgebäude benötigt wird, und für die Garagen, Zufahrten und Nebenanlagen die sich aufgrund von § 19 Abs. 4 Satz 1 BauNVO errechnende „Überschreitungsfläche“ vorzusehen. Das Maß der zulässigen Grundfläche nach § 16 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO ist im Planwerk aber ungeachtet der zugrunde liegenden planerischen Überlegungen ohne einschränkende Zusätze festzusetzen. Der festgesetzte Wert gilt für alle grundflächenrelevanten Anlagen⁸ und kann daher auch für alle Anlagen in Anspruch genommen werden. Der Verwaltungsgerichtshof stellt dagegen der Sache nach darauf ab, ob der für die Hauptanlagen festgesetzten Grundfläche eine „auskömmliche“ Grundfläche für die sonstigen Anlagen hinzugegerechnet werden kann, so dass im Ergebnis das von § 16 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO geforderte Summenmaß vorliegt. Dieser Ansatz findet in § 19 Abs. 4 Satz 1 BauNVO keine Grundlage. Der Begriff „mitrechnen“ ist nicht im Sinne eines Addierens der Werte verschiedener Einzelfestsetzungen zu verstehen, sondern – wie o.a. – als „berücksichtigen, einbeziehen“. Die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs lässt sich auch nicht auf die Überschreitungsregelung in § 19 Abs. 4 Satz 2 und 3 BauNVO stützen. Deren Anwendungsbereich beschränkt sich auf die Bestimmung des Umfangs, in dem die festgesetzte zulässige Grundfläche durch die Grundflächen der Anlagen i.S.v. § 19 Abs. 4 Satz 1 BauNVO überschritten werden darf.⁹ Die „Kombinationslösung“ der Vorinstanz kann folglich schon im Ansatz und ungeachtet der Größe der Überschreitungsfläche nicht auf § 16 Abs. 2 Nr. 1, 2. Alt. i.V.m. § 19 Abs. 4 BauNVO gestützt werden.

b) Der Verwaltungsgerichtshof hat der Auslegung des Änderungsplans mithin bundesrechtlich unzutreffende Maßstäbe zugrunde gelegt. Sein Auslegungsergebnis ist für den Senat daher nicht bindend nach § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 560 ZPO.¹⁰

Zugleich hat der Verwaltungsgerichtshof sich dadurch den Blick auf eine mögliche geltungserhaltende Auslegung der Festsetzungen¹¹ verstellt. Seine – allein auf S. 9 der Planbegründung gestützte – Annahme, der Änderungsplan setze unter A.3.1 nur die Grundfläche für die städtebaulich wirksamen Hauptgebäude fest, findet im Wortlaut der textlichen Festsetzung keine Stütze. Diese ist nicht mit entsprechenden Zusätzen versehen; aus der zeichnerischen Darstellung ergibt sich ebenfalls keine Beschränkung. Die Begründung des Bebauungsplans ist kein Planbestandteil. Sie kann sich über eindeutige textliche oder auch zeichnerische Festsetzungen nicht hinwegsetzen und nur insoweit Bedeutung haben, als sie gegebenenfalls zur Auslegung und Erklärung unklarer Satzungsbestimmungen heranzuziehen ist.¹² Ungeachtet dessen zwingt die vom Verwaltungsgerichtshof in Bezug genommene Passage der Planbegründung nicht zu dem Schluss, dass die Antragsgegnerin die unter A.3.1 festgesetzte Grundfläche Hauptgebäuden vorbehalten und Anlagen i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 1 BauNVO ausnehmen wollte. Dass die dort wiedergegebenen planerischen Überlegungen zur Grundflächenbemessung in erster Linie auf den Flächenbedarf für die Hauptgebäude abstellen, sich dabei an den vorhandenen Kubaturen orientieren und für Nebenanlagen auf eine Überschreitungsfläche setzen, kann wie o.a. durchaus sachgerecht sein und gerade im Interesse des Bodenschutzes liegen. Bei bundesrechtskonformer Auslegung – die der Senat mangels Bindung an die Auslegung des Verwaltungsgerichtshofs selbst vornehmen kann – sind die Festsetzungen zur Größe der Grundfläche in A.3.1 und A.3.4 danach von der Ermächtigungsgrundlage in § 16

7 Vgl. VGH München, Beschl. v. 22.01.2018 – 1 ZB 16.16 35, juris, Rdnr. 5; Urt. v. 07.11.2012 – 1 N 10.24 17, ZfBR 2013, 182.

8 Vgl. Petz, in: König/Roeser/Stock, BauNVO, 6. Aufl. 2025, § 16 Rdnr. 26 und § 19 Rdnr. 10, 25.

9 Vgl. OVG NRW, Urt. v. 01.09.2016 – 10 D 23/15,NE, juris, Rdnr. 85.

10 Vgl. BVerwG, Urt. v. 24.04.2024 – 4 CN 2.23, BVerwGE 182, 200 Rdnr. 31 m.w.N. und v. 27.06.2013 – 4 C 1.12, BRS 81 Nr. 126 = BauR 2013, 1828, BVerwGE 147, 118 Rdnr. 8 zu § 137 Abs. 2 VwGO.

11 Vgl. dazu BVerwG, Beschl. v. 23.11.2022 – 4 BN 4.22, juris, Rdnr. 7.

12 Vgl. BVerwG, Urt. v. 18.03.2004 – 4 CN 4.03, BRS 67 Nr. 2 = BauR 2004, 1260 BVerwGE 120, 239 (244) und v. 20.05.2010 – 4 C 7.09, BRS 76 Nr. 103 = BauR 2010, 1879, BVerwGE 137, 74 Rdnr. 44.

Abs. 2 Nr. 1, 2. Alt. i.V.m. § 19 Abs. 4 Satz 3 BauNVO gedeckt. Die Festsetzungen zu Terrassen (A.3.2) sowie Vordächern, Dachüberständen etc. (A.3.3) beruhen auf § 16 Abs. 5 BauNVO. Für die Frage, ob diese Festsetzungen angemessen und verhältnismäßig sind, ist nicht die Festsetzungsermächtigung, sondern das Abwägungsgebot maßgeblich, das gem. § 1 Abs. 7 BauGB darauf gerichtet ist, die von der Planung berührten öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen und unverhältnismäßige und gleichheitswidrige Belastungen zu vermeiden.¹³

2. Das Urteil stellt sich nicht aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO). Die tatrichterlichen Feststellungen erlauben keine Entscheidung darüber, ob die Festsetzungen zur Größe der Grundfläche den Anforderungen des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB und des Abwägungsgebots nach § 1 Abs. 7 BauGB genügen. Das nötigt zur Zurückverweisung (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO).

13 Vgl. BVerwG, Urt. v. 22.10.2024 – 4 CN 1.24, BauR 2025, 440.

Festsetzung zum Anteil von Dauerwohnungen bei Errichtung von Wohngebäuden in einem Sondergebiet

BauNVO §§ 1 Abs. 3 Satz 3, 11 Abs. 2.

In einem Sondergebiet „Dauerwohnen und Fremdenbeherbergung“ ist eine Festsetzung, nach der bei der Errichtung von Wohngebäuden ein bestimmter Anteil der Brutto-Grundfläche für Dauerwohnungen zu verwenden ist, eine solche zur Art der baulichen Nutzung i.S.v. § 11 Abs. 2 Satz 1 BauNVO.

BVerwG, Beschl. v. 10.11.2025 – 4 BN 12.25.OVG

Aus den Gründen: Die ausschließlich auf die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) gestützte Beschwerde des Antragstellers hat keinen Erfolg.

Grundsätzlich bedeutsam ist eine Rechtssache, wenn in dem angestrebten Revisionsverfahren die Klärung einer bisher höchstrichterlich ungeklärten, in ihrer Bedeutung über den der Beschwerde zugrundeliegenden Einzelfall hinausgehenden, klärungsbedürftigen und entscheidungserheblichen Rechtsfrage des revisiblen Rechts (§ 137 Abs. 1 VwGO) zu erwarten ist. In der Beschwerdebegründung muss dargelegt (§ 133 Abs. 3 Satz 3

VwGO), also näher ausgeführt werden, dass und inwiefern eine bestimmte Rechtsfrage des revisiblen Rechts im allgemeinen Interesse klärungsbedürftig und warum ihre Klärung in dem beabsichtigten Revisionsverfahren zu erwarten ist.¹

Die sinngemäße Frage,

ob eine Festsetzung in einem Bebauungsplan für ein sonstiges Sondergebiet „Dauerwohnen und Fremdenbeherbergung“, nach der bei der Errichtung von Wohngebäuden mindestens 30 % der „Brutto-Grundfläche“ für Dauerwohnungen zu verwenden sind, eine Festsetzung zur Art der baulichen Nutzung i.S.v. § 9 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. BauGB, § 11 Abs. 2 Satz 1 BauNVO ist,

bedarf nicht der Klärung in einem Revisionsverfahren. Sie lässt sich auf der Grundlage der vorhandenen Rechtsprechung und mit Hilfe der üblichen Regeln sachgerechter Norminterpretation beantworten.²

Gem. § 1 Abs. 2 BauNVO wird die Art der baulichen Nutzung im Bebauungsplan allgemein durch die Ausweisung von Baugebieten festgesetzt. Die sonstigen Sondergebiete sind dadurch gekennzeichnet, dass sie sich von den Baugebieten nach den §§ 2 bis 10 BauNVO wesentlich unterscheiden (§ 11 Abs. 1 BauNVO). Für sie sind die Zweckbestimmung und die Art der Nutzung im Bebauungsplan darzustellen und festzusetzen (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BauNVO). Hierzu gehört die Entscheidung, welche Anlagen allgemein zulässig, unzulässig oder ausnahmsweise zulassungsfähig sind. Ferner können in diesem Rahmen auch besondere Festsetzungen zur Gliederung des Gebiets getroffen werden; der Ordnungsgeber will die Gestaltungsmöglichkeiten der Baunutzungsverordnung bei der Festsetzung von Sondergebieten gegenüber den Gebietsarten nach den §§ 2 bis 9 BauNVO nicht beschränkt wissen. § 1 Abs. 3 Satz 3 BauNVO stellt in diesem Zusammenhang klar, dass es für besondere Festsetzungen zur Art der baulichen Nutzung des Rückgriffs auf § 1 Abs. 4 bis 10 BauNVO nicht bedarf, sondern diese in Sondergebieten unmittelbar auf Grundlage des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauNVO erfolgen.³ Die Gemeinde ist dabei nicht an die in § 1 Abs. 4 bis 10 BauNVO für die normativ ausgestalteten Baugebiete eröffneten Differenzierungsmöglichkeiten gebunden. Dies gilt sowohl im Hinblick auf deren nähere Voraussetzungen als auch auf die Begren-

1 St. Rspr. vgl. BVerwG, Beschl. v. 15.04.2025 – 4 BN 22.24, juris, Rdnr. 3 m.w.N.

2 St. Rspr. vgl. BVerwG, Beschl. v. 24.08.1999 – 4 B 72.99, BVerwGE 109, 268 (270).

3 Vgl. BR-Drucks. 354/89, S. 40; BVerwG, Urt. v. 11.07.2013 – 4 CN 7.12, BVerwGE 147, 138 Rdnr. 16 = BauR 2013, 1992 und Beschl. v. 02.10.2013 – 4 BN 10.13, BauR 2014, 59 Rdnr. 7.

zung der inhaltlichen Gestaltungsmöglichkeiten. Der Gestaltungsspielraum nach § 11 Abs. 2 Satz 1 BauNVO ist aber nicht unbegrenzt. Die Regelungen müssen stets auf die Befugnis zurückgeführt werden können, die Art der baulichen Nutzung zu regeln. Die Gemeinde muss daher den Gedanken der vorhabenbezogenen Typisierung beachten, der der Baunutzungsverordnung zugrunde liegt.⁴

Die streitgegenständliche Festsetzung konkretisiert den zulässigen Umfang der Nutzungsarten durch eine prozentuale Mindestquote für Dauerwohnen bei Errichtung von Wohngebäuden. Dies geht über die in § 1 Abs. 7 BauNVO vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeiten hinaus, die lediglich differenzierende Festsetzungen für bestimmte Geschosse, Ebenen oder sonstige (örtlich lokalisierte) Teile baulicher Anlagen umfassen.⁵ Die Festsetzung ist inhaltlich vielmehr an die Regelungen in § 4a Abs. 4 Nr. 2, 1. Alt., § 6a Abs. 4 Nr. 3, 1. Alt. und Nr. 4, 1. Alt., § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2, 1. Alt. BauNVO angelehnt, nach denen im Bebauungsplan bestimmt werden kann, dass ein bestimmter Anteil der zulässigen Geschossfläche für Wohnungen zu verwenden ist. Diese stellen eine Ergänzung der Festsetzungsmöglichkeiten zur Gliederung des Baugebiets nach § 1 Abs. 4 bis 10 BauNVO dar⁶ und unterscheiden sich von § 1 Abs. 7 BauNVO nur im Anknüpfungspunkt. Sie sind daher gleichfalls als Festsetzung zur (Feinststeuerung der) Art der baulichen Nutzung einzustufen.⁷ Nichts Anderes gilt, wenn die Gemeinde – wie hier – anstelle der Geschossfläche als Bezugspunkt für die Quotierung die Brutto-Grundfläche nach DIN 277-1 wählt. Auf diese Weise kann die Art der Nutzung in einem Sondergebiet „Dauerwohnen und Fremdenbeherbergung“ gebietsadäquat gesteuert werden.

Eine solche Festsetzung verlässt auch nicht das System der vorhabenbezogenen Typisierung, auf dem die Vorschriften der Baunutzungsverordnung zur Art der baulichen Nutzung beruhen. Die Quotierung der Nutzungsart „Dauerwohnen“ bezieht sich auf „Wohngebäude“ und erfolgt vorhabenabhängig. Eine der Baunutzungsverordnung fremde und daher unzulässige, auf das gesamte Baugebiet bezogene Kontingentierung ist damit nicht verbunden; insoweit bedarf es auch keiner speziellen Ermächtigungsgrundlage für die Festlegung von (Mindest-)Nutzungsanteilen.⁸ Die zu den § 4a Abs. 4 Nr. 2, § 6a Abs. 4 Nr. 3 und § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauNVO umstrittene Frage, ob Bezugspunkt der Festsetzung abweichend vom Wortlaut („Gebäude“) das Baugrundstück ist, stellt sich hier so nicht, weil die Festsetzung ihre Grundlage – wie die Vorinstanz zutreffend angenommen hat – in § 11 Abs. 2 Satz 1 BauNVO findet und bei „Errichtung“ von Gebäuden gilt. Zudem ist in der Rechtsprechung des Senats geklärt, dass Dauerwohnen und Ferienwohnungen jedenfalls dann in einem sonstigen Sondergebiet kombiniert werden können,

wenn die Nutzungen in einem Gebäude stattfinden.⁹ Mit der Ausweisung solcher Gebiete wird regelmäßig das planerische Ziel der Erhaltung und Fortentwicklung der Wohnnutzung in touristisch geprägten Gemeinden sowie der Bewältigung des der Nutzungsmischung eigenen Konfliktpotentials¹⁰ verfolgt. Dieses städtebaulich vernünftige Ziel rechtfertigt eine gebäudebezogene Festsetzung. ...

- 4 So bereits zur BauNVO 1977 BVerwG, Beschl. v. 07.09.1984 – 4 N 3.84, BRS 42 Nr. 55 = BauR 1985, 173; vgl. ferner Ur. v. 28.02.2002 – 4 CN 5.01, BRS 65 Nr. 67 = BauR 2002, 1348, v. 17.10.2019 – 4 CN 8.18, BVerwGE 166, 378 Rdnr. 17 und v. 25.01.2022 – 4 CN 5.20, BauR 2022, 880 (882).
- 5 BVerwG, Beschl. v. 12.12.1990 – 4 NB 13.90, BRS 50 Nr. 16 = BauR 1991, 169.
- 6 Wahlhäuser, in: Bönker/Bischopink, BauNVO, Stand August 2023, § 4a Rdnr. 141.
- 7 Vgl. Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand Mai 2025, § 4a BauNVO Rdnr. 84; Wahlhäuser, in: Bönker/Bischopink, BauNVO, Stand August 2023, § 4a Rdnr. 156.
- 8 Vgl. dazu BVerwG, Ur. v. 03.04.2008 – 4 CN 3.07, BVerwGE 131, 86 Rdnr. 16 f. = BRS 73 Nr. 77 = BauR 2008, 1273 und v. 17.10.2019 – 4 CN 8.18, BVerwGE 166, 378 Rdnr. 17 f.
- 9 BVerwG, Ur. v. 18.10.2017 – 4 C 5.16, BVerwGE 160, 104 LS 2, Rdnr. 24 ff. zur BauNVO in der bis zum 12.05.2017 geltenden Fassung.
- 10 Vgl. von Nicolai, NordÖR 2015, 361 (365 f.).

Bekanntmachung nach ergänzendem Verfahren, Ausfertigung durch ausgeschlossenen Bürgermeister

BauGB §§ 10 Abs. 3 Satz 4, 214 Abs. 4; GemO § 22; VWGO § 47 Abs. 2 Satz 1.

1. Die rechtsstaatlichen Gebote der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erfordern es im Falle der Durchführung eines ergänzenden Verfahrens nach § 214 Abs. 4 BauGB, dass sich die Gemeinde im Bekanntmachungsverfahren klar und eindeutig zu der Frage des Zeitpunkts des Inkrafttretens des Bebauungsplans bzw. einer etwaigen Rückwirkung verhält. Eine Bekanntmachung, die widersprüchliche Angaben zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bebauungsplans enthält, wird diesen Anforderungen nicht gerecht.

2. Eine wegen Befangenheit von der Mitwirkung am Planaufstellungsverfahren ausgeschlossene Ortsbürgermeisterin ist nicht gehindert, den Bebauungsplan auszufertigen (Bestätigung von OVG RP, Ur. v. 29.11.1989 – 10 C 18/89, BRS 49 Nr. 20).

OVG Rheinland-Pfalz, Ur. v. 18.09.2025 – 1 C 10343/24. OVG.

Aus den Gründen: Der Normenkontrollantrag der Antragstellerin hat Erfolg. ...

I. Der fristgerecht gestellte Antrag ist auch ansonsten zulässig, insbesondere ist die Antragstellerin antragsbefugt i.S.d. § 47 Abs. 2 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO.

Nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO ist nur derjenige antragsbefugt, der geltend machen kann, durch Festsetzungen des angegriffenen Bebauungsplanes oder deren Anwendung in seinen Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit zu werden. Dazu muss ein Antragsteller hinreichend substantiiert Tatsachen vortragen, die es zumindest möglich erscheinen lassen, dass er durch die Festsetzungen der angegriffenen Satzung in einer eigenen Rechtsposition verletzt wird.¹

Eine Rechtsverletzung kommt stets dann in Betracht, wenn sich der Eigentümer gegen eine Festsetzung wendet, die unmittelbar sein im Plangebiet gelegenes Grundstück betrifft. Dies beruht auf der Erwägung, dass es sich bei den Regelungen eines Bebauungsplans um Inhalts- und Schrankenbestimmungen i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz – GG – handelt. Beschränkungen, die sich hieraus für die Nutzung des Grundeigentums ergeben, braucht der Eigentümer nur hinzunehmen, sofern der als Satzung erlassene Plan rechtmäßig ist. Ob dies der Fall ist, kann er im Normenkontrollverfahren überprüfen lassen.²

Vorliegend verfügt die Antragstellerin über Sondereigentum in Form von Teileigentum i.S.d. § 1 Abs. 3 Wohnungseigentumsgesetz – WEG – im Plangebiet. Ob hieraus eine Antragsbefugnis der Antragstellerin folgt, erscheint allerdings zweifelhaft, da diese eine Beeinträchtigung der baulichen Nutzbarkeit des entsprechenden Grundstücks durch die Festsetzungen des Bebauungsplans und damit eine Betroffenheit des Gemeinschaftseigentums (vgl. § 1 Abs. 5 WEG) geltend macht.³ Hierauf kommt es indes vorliegend nicht an, denn die Antragsbefugnis ergibt sich jedenfalls aus dem Umstand, dass ein Teil dieses Grundstücks mit notariellem Vertrag vom 22.05.2015 auf die Antragstellerin übertragen worden ist und diese insoweit bereits über eine eigentumsähnliche Position verfügt.

Dem Eigentümer ist in Bezug auf die Antragsbefugnis nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO grundsätzlich gleichzustellen, wer in eigentumsähnlicher Weise an einem Grundstück im Plangebiet dinglich berechtigt ist. Antragsbefugt ist daher auch der Erwerber eines Grundstücks, auf den der Besitz sowie Nutzungen und Lasten übergegangen sind und zu dessen Gunsten eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen ist.⁴ Diese Voraussetzungen liegen im Fall der Antragstellerin vor. Ausweislich des vorgelegten notariellen Vertrags sind die Nutzungen und Lasten sofort auf den Übernehmer,

d.h. die Antragstellerin übergegangen. Ferner ist zu ihren Gunsten eine Auflassungsvormerkung in den Grundbüchern der übergebenden Sondereigentümer eingetragen worden; dies hat die Antragstellerin nach gerichtlicher Aufforderung durch Vorlage geeigneter Unterlagen hinreichend nachgewiesen.

II. Der Normenkontrollantrag hat auch in der Sache Erfolg, da der streitgegenständliche Bebauungsplan gegen höherrangiges Recht verstößt und sich deshalb als unwirksam erweist.

Hinsichtlich des Prüfungsumfangs ist dem Charakter des Normenkontrollantrages als objektives Beanstandungsverfahren Rechnung zu tragen. Es genügt bereits das Bestehen einer Antragsbefugnis gegenüber einer in der Norm getroffenen Regelung unter einem bestimmten Aspekt, um – im Rahmen des Streitgegenstandes – eine umfassende Überprüfung der Rechtmäßigkeit auch in Bezug auf solche Bestimmungen herbeizuführen, bezüglich derer subjektive Rechte des jeweiligen Antragstellers nicht beeinträchtigt sind.⁵

Der Bebauungsplan ist verfahrensfehlerhaft zustande gekommen, weil das zur Heilung des Bebauungsplans durchgeführte ergänzende Verfahren an einem zur Gesamtunwirksamkeit des Bebauungsplans führenden Bekanntmachungsfehler leidet (1.). Im Übrigen begegnet der Bebauungsplan aber voraussichtlich weder in formeller Hinsicht noch aus materiell-rechtlichen Gründen durchgreifenden Bedenken (2.).

1. Gem. § 214 Abs. 4 BauGB kann (u.a.) der Bebauungsplan durch ein ergänzendes Verfahren zur Behebung von Fehlern auch rückwirkend in Kraft gesetzt werden. Verfährt die Gemeinde nach § 214 Abs. 4 BauGB, so führt sie kein rechtlich eigenständiges Verfahren durch. Vielmehr setzt sie das von ihr ursprünglich eingeleitete, nur scheinbar abgeschlossene Bauleitplanverfahren an der Stelle fort, an der ihr der zu korrigierende Fehler unterlaufen ist.⁶ § 214 Abs. 4 BauGB räumt der Gemeinde dabei die Befugnis ein, den fehlerhaften Plan nach Fehlerbeseitigung rückwirkend in Kraft zu setzen.

1 Vgl. z.B. BVerwG, Urt. v. 24.09.1998 – 4 CN 2/98, juris, Rdnr. 8.

2 Vgl. z.B. BVerwG, Beschl. v. 25.01.2002 – 4 BN 2/02, juris, Rdnr. 4.

3 Vgl. zur Antragsbefugnis von Sondereigentümern: VGH BW, Urt. v. 28.12.2016 – 8 S 2442/14, juris, Rdnr. 33 f.; BayVGH, Urt. v. 11.11.2004 – 1 N 03.983, juris, Rdnr. 23.

4 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 25.09.2013 – 4 BN 15/13, BauR 2014, 90; sowie v. 27.10.1997 – 4 BN 20/97, BRS 59 Nr. 45 = BauR 1998, 289.

5 Vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 30. Aufl. 2024, § 47 Rdnr. 50.

6 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 10.01.2017 – 4 BN 18/16, juris, Rdnr. 7; sowie v. 08.03.2010 – 4 BN 42/09, BRS 76 Nr. 50 = BauR 2010, 1554.

§ 214 Abs. 4 BauGB enthält damit eine Ausnahmesvorschrift, denn nach dem Grundsatz des § 10 Abs. 3 Satz 4 BauGB tritt der Bebauungsplan mit der Bekanntmachung in Kraft.⁷ Ob die Gemeinde von der rechtlichen Möglichkeit der rückwirkenden Inkraftsetzung Gebrauch macht, steht in ihrem Ermessen,⁸ welches allerdings häufig in dem Sinne reduziert sein wird, dass die Gemeinde im Interesse der Rechtssicherheit ihren Plan mit Rückwirkung in Kraft zu setzen hat.⁹ Die Anordnung der Rückwirkung nach einer bloßen Fehlerbehebung ist ein Bestandteil des Bekanntmachungsverfahrens.¹⁰ Dieses Bekanntmachungsverfahren leidet vorliegend an einem Mangel, denn es enthält keine klare Bestimmung über den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bebauungsplans.

Die Bestimmung des zeitlichen Geltungsbereichs einer Rechtsvorschrift muss wegen der vielfach weittragenden Wirkung hinreichend genau fixiert sein, damit die Normadressaten den Beginn ihres Berechtigungs- oder Verpflichtetseins erkennen können. Auch Exekutive und Rechtsprechung müssen auf möglichst einfache Weise feststellen können, von wann ab die neue Vorschrift anzuwenden ist. Die klare Bestimmung des Inkrafttretens dient den rechtsstaatlichen Geboten der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit über die zeitliche Geltung des Rechts.¹¹ Gemessen daran bedarf es im Falle der Durchführung eines ergänzenden Verfahrens angesichts der Regelung in § 214 Abs. 4 BauGB klarer Angaben zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bebauungsplans, zumal eine Rückwirkungsanordnung eine nachträgliche Umgestaltung der materiellen Rechtslage bewirkt, so dass bspw. eine zunächst rechtswidrige Abbruchverfügung nachträglich rechtmäßig werden kann.¹² Diesen rechtsstaatlichen Anforderungen genügt die öffentliche Bekanntmachung des Bebauungsplans durch die Antragsgegnerin im Mitteilungsblatt H. nicht, denn sie enthält widersprüchliche Angaben zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bebauungsplans.

Der – der Bekanntmachungsanordnung des Bürgermeisters der Antragsgegnerin vom 15.09.2025 im Wortlaut entsprechende – Bekanntmachungstext lautet auszugsweise wie folgt:

„Der Ortsgemeinderat U hat in seiner Sitzung am 22.3.2023 den Bebauungsplan ‚S H‘ gemäß § 10 Abs. 1 BauGB als Satzung beschlossen. Der am 04.04.2023 ausgefertigte Bebauungsplan wurde am 27.4.2023 ortsüblich bekannt gemacht.“

Aufgrund eines möglichen Verfahrens- und Formfehlers wird hiermit dieser Beschluss gemäß § 10 Abs. 3 Satz 1 BauGB erneut ortsüblich bekannt gemacht.

Mit der heutigen Bekanntmachung tritt der Bebauungsplan ‚S H‘ der Ortsgemeinde U in Kraft.

Der Bebauungsplan ‚S H‘ leidet jedoch an einem Ausfertigungsmangel. Zur Heilung dieses Verfahrensfehlers wird der Bebauungsplan mit unveränderten Festsetzungen im Rahmen eines ergänzenden Verfahrens nach § 214 Abs. 4 BauGB erneut bekannt gemacht.

*Mit der heutigen Bekanntmachung tritt der Bebauungsplan ‚S*** H***‘ der Ortsgemeinde U*** gem. § 10 Abs. 3 BauGB i.V.m. § 214 Abs. 4 BauGB rückwirkend zum 27.04.2023 in Kraft.“*

(Hervorhebung im Original)

Ausweislich dieses Bekanntmachungstextes wurde der Bebauungsplan – im Rahmen einer öffentlichen Bekanntmachung – zweimal bekannt gemacht und dabei jeweils ein unterschiedlicher Zeitpunkt des Inkrafttretens bestimmt. Während der Bebauungsplan im Rahmen der ersten – d.h. im zweiten Absatz des Textes erfolgten – Bekanntmachung mit „der heutigen Bekanntgabe“, d.h. ohne Rückwirkung in Kraft gesetzt wird, erfolgt die Inkraftsetzung im Rahmen der weiteren Bekanntmachung im dritten bzw. vierten Absatz des Textes rückwirkend zum 27.04.2023. Auf diesen Widerspruch hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung zutreffend hingewiesen.

Der Senat geht zwar davon aus, dass die Antragsgegnerin den Bebauungsplan rückwirkend zum 27.04.2023, d.h. dem ursprünglichen Bekanntmachungszeitpunkt, in Kraft setzen wollte und die vorgenommene „doppelte“ Bekanntmachung u.a. mit dem Stand des vorliegenden Verfahrens zusammenhängt: Der Senat hatte mit Verfügung der Berichterstatterin vom 08.09.2025 darauf hingewiesen, dass Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit der Ausfertigung des Bebauungsplans bestünden, da diese nicht durch die Bürgermeisterin der Antragsgegnerin erfolgt sei und diese auch im Falle eines Ausschlussgrundes nach § 22 Gemeindeordnung – GemO – nicht an der Ausfertigung gehindert gewesen sei.¹³ Ergänzend

7 Vgl. Sennekamp, in: Brügelmann, Baugesetzbuch, Stand: April 2025, § 214 Rdnr. 152.

8 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 28.06.2021 – 4 BN 67/20, juris, Rdnr. 20; sowie Urt. v. 05.12.1986 – 4 C 31/85, juris, Rdnr. 31.

9 Vgl. BVerwG, Urt. v. 05.12.1986 – 4 C 31/85, juris, Rdnr. 31 (zu § 155a Abs. 5 BauGB in der Fassung v. 06.07.1979).

10 Vgl. BVerwG, Urt. v. 10.08.2000 – 4 CN 2/99, BRS 63 Nr. 42 = BauR 2001, 71.

11 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.09.2020 – 1 BvR 1550/19, juris, Rdnr. 38, 68; sowie Urt. v. 08.07.1976 – 1 BvL 19/75, juris, Rdnr. 99 f.

12 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 18.7.003 – 4 B 49/03, BRS 66 Nr. 200.

13 Vgl. OVG RP, Urt. v. 29.11.1989 – 10 C 18/89, BRS 49 Nr. 20.

hierzu meldete die Antragstellerin mit Schriftsatz vom gleichen Tag Bedenken an der Ordnungsmäßigkeit der öffentlichen Bekanntmachung vom 27.04.2023 an, da diese ebenfalls nicht durch die Bürgermeisterin der Antragstellerin, sondern durch den Bürgermeister der Verbandsgemeinde V vorgenommen worden sei. Offenbar sah sich die Antragstellerin hierdurch dazu veranlasst, zunächst die öffentliche Bekanntmachung des Bebauungsplans zu wiederholen,¹⁴ und erst sodann das ergänzende Verfahren im Hinblick auf den – auch aus ihrer Sicht vorliegenden Ausfertigungsmangel¹⁵ – durchzuführen. Vermutlich ging die Antragsgegnerin – insoweit jedoch rechtsirrig – davon aus, den Bebauungsplan für den Fall eines Bekanntmachungsfehlers zunächst wirksam in die Welt setzen zu müssen, bevor sie den Ausfertigungsmangel im Rahmen eines ergänzenden Verfahrens heilt.

Das ergänzende Verfahren leidet aufgrund der widersprüchlichen Angaben zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bebauungsplans im Ergebnis aber dennoch an einem Bekanntmachungsfehler. Denn über den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Wirksamwerdens einer Rechtsvorschrift muss – wie gezeigt – für alle Beteiligten, d.h. alle Adressaten und Anwender Klarheit herrschen. Dass der Senat aufgrund der Kenntnis von den näheren Umständen des ergänzenden Verfahrens meint, den wahren Willen der Antragsgegnerin zu erkennen, kann daher nicht genügen, um von einer hinreichend klaren Bestimmung des zeitlichen Geltungsbereichs des Bebauungsplans durch die Antragsgegnerin auszugehen. Im Übrigen ist auch die Annahme des Senats mit Restzweifeln behaftet, denn zum einen stützt sich diese auf ein rechtsirrigen Vorgehen der Antragsgegnerin; zum anderen endet der auf der Planurkunde befindliche Ausfertigungsvermerk vom 15.09.2025 mit dem Satz, dass der Bebauungsplan „mit dem Tage seiner Bekanntmachung“ in Kraft tritt, und lässt somit das vom Senat angenommene rückwirkende Inkrafttreten nicht – jedenfalls nicht ausdrücklich – erkennen.

Das hier gefundene Ergebnis steht auch nicht im Widerspruch zu der ober- bzw. höchstrichterlichen Rechtsprechung, wonach die falsche Bezeichnung des Inkrafttretens eines Bebauungsplans oder der Verlängerung einer Veränderungssperre bzw. eine ungenaue Angabe der Geltungsdauer einer Veränderungssperre oder ihrer Verlängerung in einer Bekanntmachung unschädlich sind.¹⁶ Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung ist der Hinweiszweck der Ersatzbekanntmachung eines Bebauungsplans nach § 10 Abs. 3 Satz 2 bis 5 BauGB bzw. einer Veränderungssperre nach § 16 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 10 Abs. 3 Satz 2 bis 5 BauGB. Die Ersatzverkündung nach den vorbezeichneten Vorschriften verlangt (lediglich) die Bekanntmachung der Tatsache, dass die Satzung beschlossen wurde. Sie soll nicht über den genauen Inhalt der Norm oder den Ablauf des zu ihr führenden

Verfahrens unterrichten, sondern auf sie hinweisen. Die Bekanntmachung des Satzungsbeschlusses erfüllt daher den von § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, 3. Alt. BauGB vorausgesetzten Hinweiszweck, wenn sie geeignet ist, dem Normadressaten das Inkrafttreten des neuen Rechts in einem näheren Bereich des Gemeindegebiets bewusst zu machen, und denjenigen, der sich über den genauen räumlichen und gegenständlichen sowie den zeitlichen Regelungsinhalt der Satzung unterrichten will, ohne weitere Schwierigkeiten zu der richtigen, bei der Gemeinde ausliegenden Satzung führt.¹⁷ Dies zugrunde gelegt wird der Hinweiszweck nicht dadurch verfehlt, dass die Bekanntmachung den Tag des Inkrafttretens eines Bebauungsplans oder der Verlängerung einer Veränderungssperre fehlerhaft – z.B. einen Tag zu spät – angibt;¹⁸ ebenso wenig erfordert der Hinweiszweck eine taggenaue Angabe der Geltungsdauer einer Veränderungssperre oder ihrer Verlängerung.¹⁹

Den vorstehend genannten Fällen ist jedoch gemein, dass der jeweilige Zeitpunkt für den Einzelnen jedenfalls verlässlich feststellbar ist. So ist der Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bebauungsplans sowie der Veränderungssperre bzw. ihrer Verlängerung – soweit diese im Wege der Ersatzverkündung bekannt gemacht wird – in § 10 Abs. 3 Satz 4 BauGB (i.V.m. § 16 Abs. 2 Satz 2 BauGB) vorgegeben und steht damit nicht zur Disposition der Gemeinde;²⁰ über die zeitliche Geltungsdauer einer Veränderungssperre oder ihrer Verlängerung können sich Betroffene durch Einsichtnahme in die Satzung Klarheit verschaffen.²¹ Bei dem hier in Rede stehenden Inkrafttreten eines Bebauungsplans nach Durchführung eines ergänzenden Verfahrens stellt sich dies jedoch anders dar. Der Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bebauungsplans ist in diesem Fall gerade nicht zwingend gesetzlich geregelt, sondern steht grundsätzlich im Ermessen der Gemeinde. Die Gebote der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erfordern es in diesem Fall daher, dass sich die Gemeinde im Bekanntmachungsverfahren klar und eindeutig zu der Frage des Zeitpunkts des

14 Vgl. den Wortlaut der Bekanntmachung „Aufgrund eines möglichen Verfahrens- und Formfehlers ...“.

15 Vgl. den Wortlaut der Bekanntmachung: „... leidet jedoch an einem Ausfertigungsmangel. Zur Heilung dieses Verfahrensfehlers ...“.

16 Vgl. BVerwG, Urt. v. 25.04.2023 – 4 CN 9/21, juris, Rdnr. 21 ff.; sowie v. 07.05.1971 – IV C 76.68, BRS 24 Nr. 15 = BauR 1971, 182; VGH BW, Beschl. v. 7.7.025 – 3 S 461/25, juris, Rdnr. 43; OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 18.11.2020 – 2 K 68/18, juris, Rdnr. 70 f.

17 Vgl. BVerwG, Urt. v. 25.04.2023, a.a.O., juris, Rdnr. 23.

18 Vgl. BVerwG, Urt. v. 25.04.2023, a.a.O., juris, Rdnr. 27 m.w.N.

19 Vgl. BVerwG, Urt. v. 25.04.2023, a.a.O., juris, Rdnr. 24, 28 ff.

20 Vgl. BVerwG, Urt. v. 10.08.2000 – 4 CN 2/99, juris, Rdnr. 23.

21 Vgl. BVerwG, Urt. v. 25.04.2023, a.a.O., juris, Rdnr. 24; OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 18.11.2020, a.a.O.

Inkrafttretens des Bebauungsplans bzw. einer etwaigen Rückwirkung verhält. Darüber hinaus liegt zwischen dem Zeitpunkt der ersten Bekanntmachung und dem Zeitpunkt der Bekanntmachung eines Bebauungsplans nach einem ergänzenden Verfahren häufig – und so auch hier – ein längerer Zeitraum, so dass es – anders als in den der vorbezeichneten Rechtsprechung zugrundeliegenden Fällen – nicht nur um ein Auseinanderfallen von wenigen Tagen geht.

2. Ohne dass es für die Entscheidung darauf ankommt, weist der Senat im Hinblick darauf, dass der festgestellte Bekanntmachungsmangel wahrscheinlich in absehbarer Zeit geheilt werden kann, darauf hin, dass im Übrigen voraussichtlich keine durchgreifenden Bedenken an der Vereinbarkeit des Bebauungsplans mit höherrangigem Recht bestehen.

a) Der Bebauungsplan leidet zunächst wohl nicht an weiteren beachtlichen Form- oder Verfahrensfehlern. Insbesondere dürfte die im Rahmen des ergänzenden Verfahrens erfolgte Ausfertigung des Plans vom 15.09.2025 keinen Bedenken begegnen.

Das Erfordernis der Ausfertigung auch für Bebauungspläne folgt letztlich aus dem Rechtsstaatsprinzip. Dieses verlangt zumindest, dass das Ausfertigungsorgan die Übereinstimmung des textlichen und gegebenenfalls zeichnerischen Inhalts der Normurkunde mit dem Willen des Rechtssetzungsberechtigten („Authentizität“) sowie die Einhaltung des für die Normgebung gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens („Legalität“) bezeugt.²² Anders als die Antragstellerin meint, genügt die Ausfertigung vom 15. 2025 voraussichtlich diesen Anforderungen.

Zunächst einmal verfügen sowohl die Planurkunde als auch die textlichen Festsetzungen über einen Ausfertigungsvermerk. Dabei ist vorliegend unschädlich, dass sich die textlichen Festsetzungen über mehrere, untereinander nicht fest verbundene Einzelblätter erstrecken und der mit der Unterschrift des Bürgermeisters der Antragsgegnerin versehene Ausfertigungsvermerk auf lediglich einem Einzelblatt angebracht ist. Denn zwischen dem ausgefertigten Einzelblatt und den übrigen Einzelblättern besteht angesichts der auf jeder Seite befindlichen Kopfzeile mit Bezeichnung des konkreten Planvorhabens nebst Fassungsdatum sowie fortlaufender Seitennummerierung eine „gedankliche Schnur“, die Zweifel an der Identität bzw. Zusammengehörigkeit ausschließt.²³

Soweit die Antragstellerin – bereits in Bezug auf die Ausfertigung vom 04.04.2023 – geltend gemacht hat, der Ausfertigungsvermerk auf der Planzeichnung genüge

nicht den rechtlichen Anforderungen, da ein klarer Bezug auf den Ratsbeschluss oder eine eindeutige Identifizierung der ausgefertigten Bestandteile fehle, kann dem nicht gefolgt werden. Denn auf der Planurkunde befindet sich oberhalb des Ausfertigungsvermerks ein weiterer, ebenfalls vom Bürgermeister der Antragsgegnerin am 15.09.2025 unterzeichneter Vermerk, wonach „[d]ieser Bebauungsplan“ gem. § 10 Abs. 1 BauGB vom Rat am 22.03.2023 als Satzung beschlossen worden ist. Bei einer Gesamtbetrachtung besteht daher kein Zweifel daran, dass der Ausfertigungsvermerk sich auf den am 22.03.2023 beschlossenen Bebauungsplan bezieht.

Die Antragstellerin vermag schließlich auch nicht mit ihrem Einwand durchzudringen, dass weder dem Ausfertigungsvermerk noch dem Ratsbeschluss zu entnehmen sei, dass sich diese auf die Fassung der Planzeichnung und der textlichen Festsetzungen „Stand: März 2023“ beziehen. Ausweislich des Auszugs aus der Sitzungsniederschrift zu der Sitzung des Gemeinderats der Antragsgegnerin vom 22.03.2023 (bezieht sich der Satzungsbeschluss auf die Beschlussvorlage „OGU/2023/0016“). Gegenstand dieser Beschlussvorlage waren aber sowohl die Planzeichnung als auch die textlichen Festsetzungen mit dem Stand „März 2023“. Insoweit fällt zwar auf, dass die am 15.09.2023 ausgefertigten textlichen Ausfertigungen als Stand bzw. Fassungsdatum nicht mehr „März 2023“, sondern „Februar 2023“ angeben. Dies dürfte aber im Ergebnis unschädlich sein, da eine inhaltliche Abweichung von der dem Satzungsbeschluss zugrundeliegenden Fassung der textlichen Festsetzungen – jedenfalls bei einer überschlägigen Durchsicht – nicht feststellbar ist; zudem ergibt sich auch aus der vorbezeichneten Beschlussvorlage, dass die Würdigung der Stellungnahmen aus der Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung nach § 3 Abs. 2, § 4 Abs. 2 BauGB in der Sitzung des Gemeinderats vom 22.02.2023 lediglich zu redaktionellen Änderungen geführt habe.²⁴

b) Der Bebauungsplan lässt voraussichtlich auch keine Verstöße gegen höherrangiges materielles Recht erkennen: ...

22 Vgl. OVG RP, Urt. v. 06.12.2017 – 8 C 10973/17, juris, Rdnr. 46 m.w.N.

23 Vgl. OVG RP, Urt. v. 12.06.2025 – 1 C 10220/24.OVG, n.v., Urteilsabdruck – UA – S. 12; sowie Beschl. v. 25.10.2019 – 1 B 11449/19.OVG, n.v., Beschlussabdruck – BA – S. 6; BayVGh, Urt. v. 28.04.2017 – 15 N 15.967, juris, Rdnr. 36 ff.

24 Vgl. zur ausnahmsweisen Zulässigkeit des Abweichens des bekanntgemachten Wortlauts vom beschlossenen im Falle nur redaktioneller Änderungen: BVerwG, Beschl. v. 08.07.1992 – 4 NB 20.92, juris, Rdnr. 9.

Funktionslosigkeit eines Bebauungsplans bei ausschließlicher Wohnnutzung im Mischgebiet

BauNVO § 6; VwGO § 124 Abs. 2 Nr. 4.

1. Funktionslosigkeit einer Mischgebietsfestsetzung liegt nicht bereits dann vor, wenn sich die Herstellung einer plankonformen Nutzungsmischung nicht konkret abzeichnet. Vielmehr sind an die Funktionslosigkeit als ein Rechtsinstitut, das ohne entsprechende gesetzliche Verankerung das Außerkrafttreten einer demokratisch beschlossenen Rechtsnorm bewirkt, hohe Anforderungen zu stellen. Bloße Zweifel an der Verwirklichungsfähigkeit genügen insoweit nicht.

2. Das für die Annahme einer Funktionslosigkeit erforderliche Ausgeschlossensein einer künftigen plankonformen Nutzung ist nicht mit naturwissenschaftlicher oder rechtlicher Unmöglichkeit gleichzusetzen. Die rein theoretische Möglichkeit von Entwicklungen, die aber praktisch das Zusammenreffen einer Vielzahl von für sich genommen schon unwahrscheinlichen Entwicklungen voraussetzen, ist nicht ausreichend, um noch von einer Steuerungsfunktion eines Bebauungsplans auszugehen.

3. Bei sehr kleinen Mischgebieten wird eine Funktionslosigkeit äußerst selten anzunehmen sein.

Nieders. OVG, Beschl. v. 09.12.2025 – 1 LA 46/25.

Aus den Gründen: Der ... Antrag auf Zulassung der Berufung hat keinen Erfolg.

1. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils sind dann dargelegt, wenn es dem Rechtsmittelführer gelingt, wenigstens eine erhebliche Tatsachenfeststellung oder einen tragenden Rechtssatz der angegriffenen Entscheidung mit plausiblen Gegenargumenten derart in Frage zu stellen, dass sich dadurch etwas am Entscheidungsergebnis ändern könnte. Überwiegende Erfolgsaussichten sind nicht erforderlich; es genügt, wenn sich diese auf der Grundlage des Zulassungsvorbringens als offen erweisen. Das ist hier nicht der Fall.

Der Beigeladene greift insoweit ausschließlich die Einschätzung des Verwaltungsgerichts an, der Bebauungsplan Nr. 141 sei nicht funktionslos geworden. Der von ihm insoweit geltend gemachte Widerspruch zwischen der Einschätzung des Verwaltungsgerichts, eine Umnutzung der Bestandsgebäude G.-Straße 1, 3, 7 oder 11 sei bei lebensnaher Betrachtung eher fernliegend, und der Einschätzung, der Zwischenraum zwischen den Gebäuden G.-Straße 7 und 11 sei derzeit zwar mit einer Auffahrt bebaut, eine anderweitige zukünftige Bebauung mit einem Gebäude zur gewerblichen

Nutzung erscheine aber nicht völlig ausgeschlossen, besteht tatsächlich nicht. Das Verwaltungsgericht hatte die bestehende Situation unter den Rechtssatz zu subsumieren, dass eine Funktionslosigkeit einen Zustand voraussetzt, der eine Verwirklichung der Festsetzung auf unabsehbare Zeit ausschließt.¹ Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass auch eine „bei lebensnaher Betrachtung eher fernliegende“ Entwicklung nicht „auf unabsehbare Zeit ausgeschlossen“ in diesem Sinne ist. Selbst wenn man aber davon ausginge, dass das Verwaltungsgericht diese Gleichsetzung vorgenommen hätte, bliebe es dabei, dass es jedenfalls für die Freifläche eine Veränderung des baulichen status quo explizit nicht für ausgeschlossen gehalten hat; die Beifügung des Wortes „völlig“ kehrt diese Aussage nicht, wie es der Beigeladene herzuleiten versucht, in ihr Gegenteil. Es hat vielmehr eine Abstufung seiner Prognose dahingehend vorgenommen, dass die Nachverdichtung auf einer Freifläche wahrscheinlicher ist als die Umnutzung oder der Umbau der Bestandsgebäude.

Ebenso wenig besteht ein Widerspruch zwischen der vorgenannten Prognose und der dem Urteil im Parallelverfahren 2 A 170/23 entnommenen, auf S. 6 der Zulassungsbegründung wiedergegebenen Einschätzung des Verwaltungsgerichts. Diese bezieht sich – konsequent, da an der angegebenen Fundstelle der gegenwärtige, allein durch das Vorhaben gedanklich zu modifizierende Gebietscharakter zu beurteilen war – explizit auf die *gegenwärtige* Nutzung der Freifläche als Auffahrt zu einem Wohnhaus. Die künftige Bebauung mit einem Gewerbeobjekt bezeichnet das Gericht auch dort als „durchaus realisierbar“.

Das dem Zulassungsgrund der Divergenz zugeordnete, in der Sache aber eher dem Zulassungsgrund ernstlicher Zweifel zuzuordnende Vorbringen auf S. 8 ff. der Zulassungsbegründung stellt die Ausführungen des Verwaltungsgerichts ebenfalls nicht in Frage. Das Vorbringen läuft darauf hinaus, dass angesichts der langjährigen durchgehenden Nutzung aller Grundstücke im Mischgebiet ausschließlich zu Wohnzwecken die Herstellbarkeit eines Mischgebietscharakters im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts tatsächlich auf unabsehbare Zeit ausgeschlossen sei. Dem folgt der Senat nicht. Anders als der Beigeladene offenbar meint, liegt Funktionslosigkeit nicht bereits dann vor, wenn sich die Herstellung der plankonformen Nutzungsmischung nicht konkret abzeichnet. Vielmehr sind an die Funktionslosigkeit als ein Rechtsinstitut, das ohne entsprechende gesetzliche Verankerung das Außerkraft-

¹ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 29.05.2001 – 4 B 33.01, BRS 64 Nr. 72 = BauR 2001, 1550; Urt. v. 24.04.2024 – 4 C 2.23, BauR 2024, 1478 = juris, Rn. 9.

treten einer demokratisch beschlossenen Rechtsnorm bewirkt, hohe Anforderungen zu stellen. Bloße Zweifel an der Verwirklichungsfähigkeit genügen insoweit nicht.² Der Begriff des Ausgeschlossenseins ist insoweit durchaus ernst zu nehmen und nicht mit dem der Unwahrscheinlichkeit gleichzusetzen. Dem Beigeladenen ist lediglich darin zuzustimmen, dass ein Ausgeschlossensein plankonformer Nutzung nicht mit einer naturwissenschaftlichen oder rechtlichen Unmöglichkeit gleichzusetzen ist. Die rein theoretische Möglichkeit von Entwicklungen, die aber praktisch das Zusammentreffen einer Vielzahl von für sich genommen schon unwahrscheinlichen Entwicklungen voraussetzen, ist nicht ausreichend, um noch von einer Steuerungsfunktion eines Bebauungsplans auszugehen. Dies hat den Senat veranlasst, in seinem Beschluss vom 07.02.2023³ auszuführen, in größeren Mischgebieten werde bei einer vollständigen Ausnutzung durch Wohnnutzung regelmäßig Funktionslosigkeit vorliegen. Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor. Bereits die Umnutzung von einem oder zweien der fünf Objekte zu Gewerbezwecken – oder, wie das Verwaltungsgericht zutreffend hervorgehoben hat – die Neuerrichtung eines solchen in dem breiten Zwischenraum zwischen den Gebäuden G.-Straße 7 und 11 könnte den Gebietscharakter eines Mischgebiets herstellen. Die (für sich genommen vom Bundesverwaltungsgericht zu Recht für einen Fortbestand der Steuerungsfunktion für unzureichend gehaltene) punktuelle und die (dafür ausreichende) gebietsweite Durchsetzbarkeit des Plans fallen mithin bei sehr kleinen Mischgebieten zusammen. Dass infolgedessen bei diesen eine Funktionslosigkeit äußerst selten sein wird, trifft zu. Anderes gilt nur dann, wenn ausnahmsweise selbst punktuelle Veränderungen nicht mehr in Betracht kommen, etwa weil die Ansiedelung der zur Herstellung des Gebietscharakters nötigen Nutzungen wirtschaftlich unsinnig wäre. Dafür gibt es hier keine hinreichenden Anhaltspunkte. Dass ungeachtet der langjährigen Kontinuität in Bausubstanz und Nutzung des Gebiets eine Veränderung auf einzelnen Grundstücken keine rein theoretische Möglichkeit ist, zeigt gerade das Vorhaben des Beigeladenen und auch seine im Parallelverfahren gezeigte Bereitschaft, zu einer zumindest teilgewerblichen Nutzung seines Grundstücks überzugehen. Anhaltspunkte dafür, dass eine vergleichbare Entwicklung zu einem früheren Zeitpunkt von vornherein ausgeschlossen gewesen wäre (mit der Folge einer bereits in der Vergangenheit eingetretenen Funktionslosigkeit, die – darin ist dem Beigeladenen zuzustimmen – unumkehrbar wäre), sieht der Senat nicht, auch nicht für den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Plans im Jahr 1991.

2. Die Darlegung des Zulassungsgrundes der Abweichung von einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des

Bundesverfassungsgerichts setzt voraus, dass der Rechtsmittelführer einen inhaltlich bestimmten, die angefochtene Entscheidung tragenden abstrakten Rechtssatz sowie einen damit im Widerspruch stehenden tragenden Rechtssatz einer Entscheidung der genannten Gerichte benennt. Daran fehlt es. Der Beigeladene räumt ein, dass das Verwaltungsgericht die von ihm wiedergegebenen, in Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts enthaltenen Rechtssätze selbst als Prüfungsmaßstab herangezogen hat. Sein Zulassungsvorbringen läuft vielmehr auf die Kritik hinaus, das Verwaltungsgericht habe diesen Maßstab unzutreffend angewandt. Die bloß unrichtige oder unterlassene Anwendung etwaiger vom Bundesverwaltungsgericht entwickelter Rechtsgrundsätze bedeutet für sich genommen indes noch keine Divergenz.⁴ Das Zulassungsvorbringen des Beigeladenen ist vielmehr dem Zulassungsgrund ernstlicher Zweifel zuzuordnen; insoweit wird auf die Ausführungen unter 1. verwiesen. ...

2 BVerwG, Urt. v. 18.11.2004 – 4 CN 11.03, BVerwGE 122, 207 = BRS 67 Nr. 218 = BauR 2005, 671.

3 Senat, Beschl. v. 07.02.2023 – 1 ME 107/22, BauR 2023, 1221 = juris, Rn. 11.

4 St. Rspr., vgl. etwa BVerwG, Beschl. v. 24.08.2017 – 4 BN 35.17, BRS 85 Nr. 193 = juris, Rn. 3 f.; Beschl. v. 20.12.1995 – 4 B 280/95, juris, Rn. 3.

Bauordnungsrecht

Abstandsflächenrecht, grenzständige Bebauung außerhalb der überbaubaren Grundstücksfläche

BauO NRW § 6 Abs. 1 Satz 3, 64.

Die Anwendung des § 6 Abs. 1 Satz 3 BauO NRW in der zum 01.01.2019 in Kraft getretene Fassung setzt nicht zusätzlich voraus, dass die in abstandsflächenrechtlicher Hinsicht zu prüfende Anlage nach den planungsrechtlichen Vorschriften innerhalb der überbaubaren Grundstücksflächen liegt.

OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 17.12.2025 – 7 A 763/23.

Aus den Gründen: Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage – im Ergebnis – zu Recht abgewiesen.

Die Klage ist als (Dritt-)Anfechtungsklage zulässig, aber in der Sache nicht begründet.

Die angegriffene Baugenehmigung verstößt nicht gegen die bauordnungsrechtlichen Abstandsbestimmungen.

Maßgeblich ist § 6 BauO NRW in der Fassung der am 02.07.2021 in Kraft getretenen Änderung vom 30.06.2021 (GV. NRW. S. 822), die zum Zeitpunkt der Erteilung der Baugenehmigung galt (im Folgenden BauO NRW a.F.).

Für das genehmigte Vorhaben der Beigeladenen sind danach im Wesentlichen keine Abstandsflächen erforderlich (dazu a)), soweit aufgrund des geringfügigen Versprungs der Grenze am westlichen Rand der Giebelwand des straßenseitigen Gebäudes der Beigeladenen eine schmale Abstandsfläche nach Westen auf das Grundstück des Klägers fällt, liegen die Voraussetzungen einer Abweichung nach § 69 BauO NRW a.F. vor (dazu b)).

a) Eine Abstandsfläche zum Grundstück des Klägers ist weder im Bereich des Vorderhauses und des daran unmittelbar anschließenden eingeschossigen Anbaus (dazu aa)) noch im Bereich des weiteren Teils des rückwärtigen Anbaus erforderlich, der die Bautiefe des Anbaus des Klägers überschreitet (dazu bb)).

aa) Im Bereich des grenzständig aufgestockten Vorderhauses und des daran unmittelbar anschließenden Teils des eingeschossigen Anbaus ist eine Abstandsfläche nicht erforderlich, weil nach planungsrechtlichen Bestimmungen gem. § 34 BauGB unter dem Aspekt der Bauweise an die Grenze gebaut werden muss, vgl. § 6 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 BauO NRW a.F.

Nach § 6 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 BauO NRW a.F. ist eine Abstandsfläche nicht erforderlich vor Außenwänden, die an Grundstücksgrenzen errichtet werden, wenn nach planungsrechtlichen Vorschriften an die Grenze gebaut werden muss.

Die planungsrechtliche Beurteilung unter dem Aspekt der Bauweise richtet sich nach § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB. Das Vorhaben i.S.d. § 29 BauGB liegt nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, aber innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils.

Nach § 34 Abs. 1 BauGB ist innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils ein Bauvorhaben planungsrechtlich zulässig, wenn es sich unter den maßgeblichen Aspekten in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt. In die Eigenart der näheren Umgebung fügt sich ein Vorhaben ein, das sich innerhalb des aus seiner näheren Umgebung hervorgehenden Rahmens hält, es sei denn, es lässt die gebotene Rücksichtnahme auf die in der unmittelbaren Umgebung vorhandene Bebauung fehlen. Allerdings kann sich im Ausnahmefall auch ein Vorhaben, das sich nicht in jeder Hinsicht innerhalb des Rahmens hält, noch in seine nähere Umgebung einfügen; Voraussetzung hierfür ist, dass es weder selbst noch infolge einer nicht auszuschließenden Vorbildwirkung geeignet ist, bodenrechtlich beachtliche Spannungen zu begründen oder vorhandene Spannungen zu erhöhen.¹

Die unter dem Aspekt der Bauweise in den Blick zu nehmende maßgebliche Umgebung ist straßenseitig als geschlossene Bauweise zu werten, in der geschlossen, d.h. beidseitig grenzständig gebaut werden muss.

Maßgeblich ist die Umgebung im Bereich der Grundstücke westlich der N-Straße, im Süden bis zur Zäsur südlich der Nr. 123, im Westen bis zu den rückwärtigen Grenzen der Bebauung an der C-Straße und im Norden bis zur Bebauung an der südlichen Seite der X-Straße.

Für diese Abgrenzung sind folgende Erwägungen ausschlaggebend: Maßstabsbildend i.S.d. § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB ist die Umgebung, insoweit sich die Ausführung eines Vorhabens auf sie auswirken kann und insoweit, als die Umgebung ihrerseits den bodenrechtlichen Charakter des Baugrundstücks prägt oder doch beeinflusst. Dabei ist die nähere Umgebung für die in § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB bezeichneten Kriterien jeweils gesondert abzugrenzen. Denn die Merkmale, nach denen sich ein Vorhaben i.S.v. § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB in die Eigenart dieser näheren Umgebung einfügen muss, sind jeweils unabhängig voneinander zu prüfen.²

In Anwendung dieser Rechtssätze sind die Bereiche östlich der N-Straße mangels hinreichender Sichtbeziehungen aus der Betrachtung auszuklammern. Die Bereiche südlich des Hauses Nr. 123 weisen mit Blick auf die großflächige gewerbliche Nutzung eine andere Struktur auf und stellen sich deshalb als städtebauliche Zäsur dar. Das gleiche gilt für die anders strukturierte Bebauung an der Budericher Straße. Im Norden endet der maßgebliche Bereich mit der Bebauung südlich der Wartburgstraße, weil es für den dahinter liegenden Bereich an prägenden Sichtbeziehungen fehlt. In diesem Rahmen, der straßenseitig durch geschlossene Bebauung geprägt ist, fügt sich nach der Bauweise allein eine – hier gegebene – geschlossene Bebauung des straßenseitigen Vorderhauses durch die genehmigte Aufstockung sowie den unmittelbar anschließenden Teil des Anbaus ein.

bb) Hinsichtlich des rückwärtigen Bereichs mit dem zweigeschossigen Anbau und dem eingeschossigen Verbindungsbau, soweit er die Bautiefe des Anbaus des Klägers überschreitet, ist nach den örtlichen Gegebenheiten nach den Eindrücken des Berichterstatters des Senats, die er bei der Ortsbesichtigung gewonnen und dem Senat in der Beratung vermittelt hat, eine gesonderte Betrachtung angezeigt.³

1 Vgl. BVerwG, Urt. v. 08.12.2016 – 4 C 7.15, BVerwGE 157, 1 = BauR 2017, 709 = juris, Rdnr. 17 m.w.N.

2 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 13.05.2014 – 4 B 38.13, ZfBR 2014, 574 = juris, Rdnr. 7 f. m.w.N.

3 Vgl. dazu allg. OVG NRW, Beschl. v. 30.09.2005 – 10 B 972/05, BRS 69 Nr. 96 = BauR 2006, 95.

Insoweit ist auf § 6 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 BauO NRW a.F. abzustellen. Nach § 6 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 BauO NRW a.F. ist eine Abstandfläche nicht erforderlich, wenn nach planungsrechtlichen Vorschriften an die Grenze gebaut werden darf und gesichert ist, dass auf dem Nachbargrundstück ohne Grenzabstand gebaut wird; beide Voraussetzungen sind hier erfüllt (dazu aaa) und bbb)).

aaa) Hier darf im rückwärtigen Bereich nach planungsrechtlichen Vorschriften an die Grenze gebaut werden.

In Bezug auf den rückwärtigen Bereich kann offen bleiben, ob er durch die straßenseitige geschlossene Bauweise und anschließende rückwärtige Anbauten mit Hauptnutzungen in beidseitig grenzständiger Ausführung (vgl. etwa Nr. 127, 131, 137) bzw. durch rückwärtige einseitig grenzständige Anbauten mit Hauptnutzungen als abweichende Bauweise (vgl. etwa Nr. 147 und 149a) geprägt ist; jedenfalls prägen diese Anbauten insgesamt den rückwärtigen Bereich. Liegt der rückwärtige Teil des Vorhabens mithin in einem Bereich, der durch abweichende Bauweise mit prägender einseitig grenzständiger Bauweise i.S.v. § 22 BauNVO bzw. durch geschlossene Bebauung geprägt ist, ist jedenfalls die grenzständige Ausführung an der Grenze des Klägers – nach der Bauweise i.S.d. § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB – planungsrechtlich zulässig.

Die Anwendung des § 6 Abs. 1 Satz 3 BauO NRW a.F. setzt – entgegen der Auffassung des Klägers – nicht zusätzlich voraus, dass die in abstandsflächenrechtlicher Hinsicht zu prüfende Anlage nach den planungsrechtlichen Vorschriften innerhalb der überbaubaren Grundstücksflächen liegt.⁴

Die zum 01.01.2019 in Kraft getretene Neufassung des Abstandsrechts in § 6 BauO NRW 2018 durch Gesetz vom 21.07.2018, GV. NRW. S. 421, ist dahin zu verstehen, dass eine Einschränkung auf innerhalb der überbaubaren Grundstücksfläche geplante Anlagen nicht mehr vorgesehen ist. Dies ergibt sich aus der Änderung des Wortlauts und dem Sinn und Zweck des neu gefassten § 6 BauO NRW 2018. Durch die BauO NRW 2018 wurde die frühere Fassung des § 6 Abs. 1 Satz 2 der BauO NRW 2006

„Innerhalb der überbaubaren Grundstücksfläche ist eine Abstandfläche nicht erforderlich gegenüber Grundstücksgrenzen,

a) gegenüber denen nach planungsrechtlichen Vorschriften ohne Grenzabstand oder mit geringerem Grenzabstand als nach Absätzen 5 und 6 gebaut werden muss, oder

b) gegenüber denen nach planungsrechtlichen Vorschriften ohne Grenzabstand gebaut werden darf, wenn gesichert ist, dass auf dem Nachbargrundstück ohne Grenzabstand gebaut wird.“,

in der die bisher erforderliche Voraussetzung „innerhalb der überbaubaren Grundstücksfläche“ maßgebliche Bedeutung hatte,⁵ ersetzt und der Ausdruck „innerhalb der überbaubaren Grundstücksfläche“ als Voraussetzung des Wegfalls der Erforderlichkeit einer Abstandfläche gestrichen. Damit wurde zugleich der Blick auf die planungsrechtlichen Vorschriften fokussiert, die für die Frage Bedeutung haben, ob an die Grenze gebaut werden darf bzw. gebaut werden muss; das sind allein die Bestimmungen über die Bauweise, die sich im unbeplanten Bereich aus § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB bzw. im beplanten Bereich aus den Festsetzungen des Bebauungsplans i.V.m. § 22 BauNVO ergeben. Dies entspricht im Übrigen auch dem Verständnis der im Wesentlichen gleichlautenden Bestimmung des § 6 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW 1984

„Eine Abstandfläche ist nicht erforderlich vor Außenwänden, die an Nachbargrenzen errichtet werden, wenn nach planungsrechtlichen Vorschriften

a) das Gebäude an die Grenze gebaut werden muß oder

b) das Gebäude an die Grenze gebaut werden darf und öffentlich-rechtlich gesichert ist, daß vom Nachbargrundstück angebaut wird.“⁶

Dass in der Begründung des Gesetzentwurfs der Landesregierung vom 13.03.2018 die Einschätzung formuliert wird, der neue Satz 3 entspreche materiell der bisherigen Vorschrift in Satz 2 unter Berücksichtigung redaktioneller Anpassungen,⁷ hat demgegenüber keine durchgreifende Bedeutung. Der Normzweck eines Gesetzes ist mit Hilfe der anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung zu ermitteln, das heißt anhand des Wortlauts der Norm, ihrer systematischen Stellung und nach dem Sinnzusammenhang sowie anhand der Gesetzesmaterialien und ihrer Entstehungsgeschichte. Hierbei kommt es auf den in der Norm zum Ausdruck kommenden objektivierte Willen des Gesetzgebers an, der mit Hilfe der anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung zu ermitteln ist. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder.⁸

4 So auch etwa Kockler, in: Spannowsky/Saurenhans, BauO NRW, Stand: September 2025, § 6 Rdnr. 26 ff.; und Johlen, in: Gädtke u.a., BauO NRW, 14. Aufl. 2023, § 6 Rdnr. 213; anderer Ansicht etwa Kamp/Henkel, in: Schönbrenbroicher/Kamp/Henkel, BauO NRW, 2. Aufl. 2022, § 6 Rdnr. 70.

5 Vgl. dazu etwa Johlen, in: Gädtke u.a., BauO NRW, 12. Aufl. 2012, § 6 Rdnr. 80.

6 Vgl. zum Verständnis dieser Fassung etwa Temme, in: Gädtke u.a., BauO NRW, 7. Aufl. 1986, § 6 Rdnr. 24.

7 Vgl. LT-Drucks. 17/2166, S. 101.

8 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.06.2025 – 1 BvR 368/22, juris, Rdnr. 28 m.w.N.

bbb) Die rückwärtige Bebauung genügt auch im Übrigen § 6 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 BauO NRW a.F., weil eine hinreichende Anbausicherung vorliegt. Die vorhandene Grenzbebauung auf dem Grundstück des Klägers in Gestalt des Vorderhauses und des grenzständigen Anbaus mit Hauptnutzung erfüllt die Anforderungen des § 6 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 BauO NRW a.F.

Ausreichend für eine solche faktische Anbausicherung ist das Vorhandensein eines legalen Gebäudes ohne Grenzabstand, das geeignet ist, die Funktion der Grenzbebauungsverpflichtung zu übernehmen. Das bestehende Gebäude und der Neubau müssen sich auf einer nennenswerten Länge überdecken, sodass von einer gemeinsamen Grenzbebauung gesprochen werden kann und es muss vom Fortbestand des Gebäudes ausgegangen werden können; zahlenmäßige Ober- oder Untergrenzen für das Vorliegen einer „nennenswerten“ Überdeckung sind weder der gesetzlichen Regelung noch der Senatsrechtsprechung zu entnehmen.⁹

Die hier bestehende Überdeckung der Gebäude des Klägers und der Beigeladenen genügt diesen Anforderungen. Die Häuser grenzen auf der Länge der Bestandsbebauung (ca. 20 m) aneinander. Die Länge der Bebauung der Beigeladenen beträgt knapp 35 m. Die bestehende Bebauung des Klägers verfügt über ein hinreichendes städtebauliches Gewicht, um als faktische Anbausicherung im Sinne der aufgezeigten Grundsätze zu dienen.

b) Soweit der Kläger rügt, dass gemäß dem Lageplan durch das Vorhaben der Beigeladenen eine geringfügige Abstandsfläche auf sein Grundstück geworfen wird, greift dies nicht durch. Diese im Lageplan mit der Nr. 4 markierte Fläche, die nach Westen geworfen mit einem schmalen Streifen auf sein Grundstück fällt, führt nicht zu einer Rechtsverletzung. Diese Fläche wird durch die Stirnseite der gemeinsamen Giebelmauer geworfen, die auf der Grenze steht, weil die Grenze am westlichen Rand der Giebelmauer um wenige Zentimeter nach Süden verspringt; aus den Gründen der Berufungserweiterung der Beigeladenen vom 04.12.2024, S. 7 f., sind hier jedenfalls die Voraussetzungen für eine entsprechende Abweichung von den Anforderungen des § 6 BauO NRW a.F. nach § 69 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 BauO NRW a.F. gegeben.

2. Bauordnungsrechtliche Vorgaben zur Standsicherheit sind hier entgegen dem Vorbringen des Klägers nicht zu prüfen.

Grundsätzlich sind Vorgaben zur Standsicherheit im vereinfachten Verfahren nach § 64 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b) BauO NRW nicht zu prüfen. Anderes gilt nur dann, wenn offensichtliche Verstöße vorliegen.¹⁰

Ein solcher Sachverhalt ist indes nicht ersichtlich. Im Anschluss an die zeitweise Stilllegung der Baustelle mit

Verfügung vom 29.09.2022 wurden widerstreitende statische Bewertungen von der Beigeladenen bzw. vom Kläger beigebracht und ein fachkundiger Bediensteter der Beklagten, der die Örtlichkeit am 16.07.2024 besichtigte, stellte fest, es sei nichts dafür erkennbar, dass die Standsicherheit des Hauses Nr. 127 derzeit gefährdet sei. Daraus ergibt sich, dass hier von einem offensichtlichen Mangel der Standsicherheit nicht ausgegangen werden kann.

Vorsorglich weist der Senat allerdings – wie bereits in der mündlichen Verhandlung – nochmals darauf hin, dass es Sache der Beklagten als für die Gefahrenabwehr zuständige Bauaufsichtsbehörde ist, die Frage der Standsicherheit des Gebäudes des Klägers und des Hauses Nr. 125 im Blick zu behalten und gegebenenfalls erforderliche Anordnungen zu treffen.

9 Vgl. etwa OVG NRW, Beschl. v. 21.07.2022 – 7 B 666/22, BauR 2022, 1487 = juris, Rdnr. 5 ff. m.w.N.

10 Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 02.07.2024 – 10 A 2224/22, juris, Rdnr. 22.

Abstandsflächenrecht, Anbausicherung, Treu und Glauben

BauGB § 34 Abs. 1; BauO NRW § 6 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2.

Zu den Anforderungen an eine faktische Anbausicherung.

OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 17.12.2025 – 7 A 1989/23.

Aus den Gründen: Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet.

Die zulässige Klage hat in der Sache keinen Erfolg.

Die dem Beigeladenen erteilte Baugenehmigung der Beklagten vom 30.04.2021 verstößt nicht gegen die Klägerin schützende Bestimmungen (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Das Vorhaben verstößt nicht gegen die Klägerin schützende Regelungen des Bauplanungsrechts (dazu I.) oder des Bauordnungsrechts (dazu II.).

I. Das Vorhaben des Beigeladenen verstößt nicht zum Nachteil der Klägerin gegen Bauplanungsrecht.

1. Maßgeblich für die bauplanungsrechtliche Beurteilung ist § 34 BauGB.

Ob die östlich der Grundstücke gelegenen Flächen des Z.-E.-Parks als städtebaulicher Außenbereich (vgl. § 35 BauGB) zu werten sind, bedarf keiner abschließenden Klärung, weil jedenfalls die hier in Rede stehenden rückwärtigen Gartenbereiche der westlichen Seite der J. Straße

noch dem Bebauungszusammenhang zugehören. Zwar endet der Bebauungszusammenhang regelmäßig am letzten Baukörper; wie weit er reicht, ist aber Ergebnis einer Bewertung des konkreten Sachverhalts im Einzelfall.¹

Diese Bewertung führt nach dem Inhalt der Akten und den Eindrücken des Berichterstatters, die er bei der Ortsbesichtigung gewonnen und dem Senat in der Beratung vermittelt hat, zu dem Ergebnis, dass die genannten Bereiche noch als Teil des Bebauungszusammenhangs anzusehen sind.

2. Das Vorhaben verletzt nicht zu Lasten der Klägerin § 34 Abs. 1 BauGB.

Die Norm ist nicht stets und generell drittschützend, sondern nur dann, wenn das in der Norm verankerte Gebot der Rücksichtnahme verletzt ist.²

a) Eine solche Verletzung des Gebots der Rücksichtnahme kommt nicht hinsichtlich der Vorgaben zur Bauweise i.S.d. § 34 BauGB in Betracht.

Dies folgt hier schon daraus, dass sich das Vorhaben hinsichtlich der Bauweise objektiv einfügt. Maßgeblich ist hier eine Gemengelage aus abweichender Bauweise und offener Bauweise.

aa) Maßstabsbildend i.S.d. § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB ist die Umgebung, insoweit sich die Ausführung eines Vorhabens auf sie auswirken kann und insoweit, als die Umgebung ihrerseits den bodenrechtlichen Charakter des Baugrundstücks prägt oder doch beeinflusst. Dabei ist die nähere Umgebung für die in § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB bezeichneten Kriterien jeweils gesondert abzugrenzen. Denn die Merkmale, nach denen sich ein Vorhaben i.S.v. § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB in die Eigenart dieser näheren Umgebung einfügen muss, sind jeweils unabhängig voneinander zu prüfen. Bei der Bestimmung des zulässigen Maßes der baulichen Nutzung eines Grundstücks ist der Umfang der zu beachtenden vorhandenen Bebauung in der Regel enger zu begrenzen als bei der Ermittlung des Gebietscharakters.³

bb) In Anwendung dieser Grundsätze ist hier – nach dem Inhalt der Akten und den Eindrücken des Berichterstatters bei der Ortsbesichtigung am 09.07.2025, die dem Senat in der Beratung vermittelt wurden – als maßgebliche Umgebung die Bebauung an der westlichen Seite der J. Straße von der Nr. 261 im Süden bis zur Nr. 309 im Norden in den Blick zu nehmen. Die nördlich und östlich gelegene Bebauung an der K.-D.-Straße und der J. Straße gehört nicht mehr zu der maßgeblichen Umgebung, weil diesen Straßen jeweils in städtebaulicher Hinsicht eine trennende Wirkung zukommt. Im Süden kommt der südlich des Gebäudes J. Straße Nr. 261 verlaufenden Bahntrasse eine trennende Wirkung zu. Nach Westen stellt der Übergang zu den Sportanlagen des Z.-E.-Parks eine städtebauliche Zäsur dar.

cc) In diesen Rahmen fügt sich die grenzständige Bebauung, die der Beigeladene plant, nach der Bauweise ein.

aaa) In die Eigenart der näheren Umgebung fügt sich ein Vorhaben ein, das sich innerhalb des aus seiner näheren Umgebung hervorgehenden Rahmens hält, es sei denn, es lässt die gebotene Rücksichtnahme auf die in der unmittelbaren Umgebung vorhandene Bebauung fehlen. Allerdings kann sich im Ausnahmefall auch ein Vorhaben, das sich nicht in jeder Hinsicht innerhalb des Rahmens hält, noch in seine nähere Umgebung einfügen; Voraussetzung hierfür ist, dass es weder selbst noch infolge einer nicht auszuschließenden Vorbildwirkung geeignet ist, bodenrechtlich beachtliche Spannungen zu begründen oder vorhandene Spannungen zu erhöhen.⁴

bbb) Danach wird hier der maßgebliche Rahmen hinsichtlich der Bauweise eingehalten.

Der maßgebliche Bereich ist durch teils offene Bauweise mit Doppelhäusern (Nr. 283 und 285) und teils abweichende Bauweise mit Häusern geprägt, die einseitig grenzständig und mit geringem Grenzabstand (Nr. 279 und 281 sowie 271 und 267) oder beidseitig grenzständig bebaut sind, ohne bereits eine geschlossene Bauweise zu bilden (Nr. 273 bis 277). In diesem Rahmen hält sich das Vorhaben, das beidseitig grenzständig geplant ist. Ein hinreichendes Vorbild stellt schon die bestehende beidseitig grenzständige Bebauung Nr. 273 bis 277 dar.

b) Unter dem Aspekt des Einfügens nach der überbaubaren Grundstücksfläche kommt eine Rechtsverletzung hier nicht in Betracht, weil dieser Aspekt für sich genommen keinen Drittschutz vermittelt.⁵

c) Anhaltspunkte für eine Rücksichtslosigkeit durch eine erdrückende Wirkung auf das Grundstück der Klägerin scheiden schon in Anbetracht der vergleichsweise geringen Ausmaße des Vorhabens der Beigeladenen aus. Sie ergeben sich auch nicht aus der geltend gemachten Verschattung des klägerischen Grundstücks. Nach Lage der Dinge hält sich die zu erwartende Verschattung im Rahmen dessen, womit in einem bebauten innerstädtischen Bereich gerechnet werden muss. Auch mit Blick auf die von der Klägerin befürchteten zusätzlichen

1 Vgl. dazu BVerwG, Beschl. v. 08.10.2015 – 4 B 28.15, juris, Rdnr. 6 m.w.N.

2 Vgl. Söfker/Hellriegel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: September 2024, § 34 Rdnr. 141 m.w.N.

3 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 13.05.2014 – 4 B 38.13, ZfBR 2014, 574 = juris, Rdnr. 7 f., m.zahlr.w.N.

4 Vgl. BVerwG, Urt. v. 08.12.2016 – 4 C 7.15, BVerwGE 157, 1 = BauR 2017, 709 = juris, Rdnr. 17 m.w.N.

5 Vgl. dazu OVG NRW, Beschl. v. 28.01.2022 – 7 A 503/21, juris, Rdnr. 4.

Einsichtnahmemöglichkeiten stellt sich das Vorhaben des Beigeladenen nicht als rücksichtslos dar. Mit den in Rede stehenden Einsichtnahmemöglichkeiten – auch von den rückwärtigen Dachterrassenflächen – muss in einem verdichteten innerstädtischen Bereich, in dem die Grundstücke der Klägerin und des Beigeladenen liegen, grundsätzlich gerechnet werden.

II. Die Baugenehmigung verstößt nicht gegen die Klägerin schützende Vorschriften des Bauordnungsrechts. Insbesondere ist sie mit § 6 BauO NRW vereinbar.

1. Maßgeblich ist § 6 BauO NRW in der Fassung, die zum Zeitpunkt der Erteilung der Baugenehmigung am 30.04.2021 galt, dies war die Bauordnung vom 21.07.2018, GV. NRW S. 421 (im Folgenden BauO NRW a.F.). Für die Prüfung eines nachbarrechtlichen Aufhebungsanspruchs ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung maßgeblich. Nachträgliche Änderungen sind nur insoweit zu berücksichtigen, als sie für den Bauherrn günstig sind.⁶

Das Vorhaben des Beigeladenen hält die gem. § 6 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW a.F. grundsätzlich erforderlichen Abstandsflächen zwar nicht ein. Dies betrifft den rückwärtigen Erweiterungsbau ebenso wie die straßenseitige Aufstockung. Es liegt aber hinsichtlich der Erweiterung und der grenzständigen Teile der Aufstockung ein Fall vor, in dem ausnahmsweise keine Abstandsfläche erforderlich ist (dazu 2.); soweit die im Bereich der Aufstockung vorgesehenen rückwärtigen Dachaufbauten Abstandsflächen werfen, die auf das Grundstück der Klägerin fallen, kann sich die Klägerin auf einen solchen Verstoß nach Treu und Glauben nicht berufen (dazu 3.).

2. Das Vorhaben hat hinsichtlich der grenzständigen rückwärtigen Erweiterungsanbauten und der grenzständigen Aufstockung des straßenseitigen Gebäudeteils nach § 6 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 BauO NRW a.F. keine Abstandsflächen einzuhalten.

Nach § 6 Abs. 1 Satz 3 BauO NRW a.F. ist eine Abstandsfläche u.a. dann vor Außenwänden, die an Grundstücksgrenzen errichtet werden, nicht erforderlich, wenn nach planungsrechtlichen Vorschriften an die Grenze gebaut werden darf und gesichert ist, dass auf dem Nachbargrundstück ohne Grenzabstand gebaut wird (Nr. 2).

a) Nach planungsrechtlichen Vorschriften darf hier an die Grenze gebaut werden. Das ergibt sich hinsichtlich der Bauweise bereits aus den vorstehenden Ausführungen. Ob § 6 Abs. 1 Satz 3 BauO NRW a.F. zudem voraussetzt, dass die in abstandsflächenrechtlicher Hinsicht zu prüfende Anlage nach den planungsrechtlichen Vorschriften innerhalb der überbaubaren Grundstücksflächen liegt, kann vorliegend offen bleiben. Denn das Vorhaben des Beigeladenen liegt nach den planungs-

rechtlichen Vorschriften noch innerhalb der überbaubaren Grundstücksflächen.

Das Vorhaben des Beigeladenen fügt sich hinsichtlich der überbaubaren Grundstücksfläche in die nähere Umgebung ein. Auch die hinsichtlich dieses Merkmals maßgebliche nähere Umgebung besteht aus den Gebäuden an der westlichen Seite der J. Straße von Nr. 261 bis 309. In diese fügt sich das Vorhaben des Beigeladenen nach dem Inhalt der Akten und den Eindrücken des Berichterstatters, die er bei der Besichtigung der Örtlichkeit gewonnen und dem Senat in der Beratung vermittelt hat, hinsichtlich der überbaubaren Grundstücksfläche ein.

Mit dem in § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB verwendeten Begriff der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, ist die konkrete Größe der Grundfläche der baulichen Anlage und ihre räumliche Lage innerhalb der vorhandenen Bebauung gemeint. Es geht also um den Standort i.S.d. § 23 BauNVO.⁷

Nach diesem Maßstab hält sich das Vorhaben des Beigeladenen im Rahmen des Vorhandenen. Der rückwärtige Bestand wird maßgeblich auch durch das Gebäude Nr. 261 mit einer vergleichbaren Bautiefe eines massiven Baukörpers sowie die erheblich in den rückwärtigen Bereich erstreckte Bebauung auf dem Grundstück der Klägerin geprägt. Eine faktische Baugrenze, die das Vorhaben überschritte, ist nicht zu erkennen.

b) Die vorhandene Grenzbebauung auf dem Grundstück J. Str. 279 erfüllt – entgegen dem in der mündlichen Verhandlung des Senats weiter begründeten Standpunkt der Klägerin – die Anforderungen des § 6 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 BauO NRW a.F.

aa) Ausreichend für eine solche faktische Anbausicherung ist das Vorhandensein eines legalen Gebäudes ohne Grenzabstand, das geeignet ist, die Funktion der Grenzbebauungsverpflichtung zu übernehmen. Das bestehende Gebäude und der Neubau müssen sich auf einer nennenswerten Länge überdecken, sodass von einer gemeinsamen Grenzbebauung gesprochen werden kann und es muss vom Fortbestand des Gebäudes ausgegangen werden können; zahlenmäßige Ober- oder Untergrenzen für das Vorliegen einer „nennenswerten“ Überdeckung sind weder der gesetzlichen Regelung noch der Senatsrechtsprechung zu entnehmen.⁸

bb) Die Bebauung auf dem Grundstück der Klägerin ist geeignet, im Sinne dieser Grundsätze die Funktion

⁶ Vgl. etwa BVerwG, Beschl. v. 23.04.1998 – 4 B 40.98, BRS 60 Nr. 178 = BauR 1998, 995.

⁷ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 13.05.2014 – 4 B 38.13, ZfBR 2014, 574 = juris, Rdnr. 7 ff. m.w.N.

⁸ Vgl. etwa OVG NRW, Beschl. v. 21.07.2022 – 7 B 666/22, BauR 2022, 1487 = juris, Rdnr. 5 ff. m.w.N.

einer Grenzbebauungsverpflichtung zu übernehmen. Es handelt sich um eine legale bzw. jedenfalls – unbeschadet einer etwaigen von der Genehmigung vom 28.11.2015 abweichenden Ausführung – von der Beklagten faktisch hingegenommene Bausubstanz. Dabei ist das Gebäude der Klägerin einschließlich des grenzständigen Flachbaus/Garagentrakts als ein einheitliches Gebäude anzusehen. Dies ergibt sich aus den vorliegenden Akten sowie den Eindrücken, die der Berichterstatter bei der Ortsbesichtigung gewonnen und den Senatsmitgliedern der Beratung vermittelt hat. Der Garagentrakt ist funktional über die Verbindung zum Wohngebäude, wie die Beklagte und der Beigeladene zutreffend ausgeführt haben, mit dem weiteren Gebäudebestand verbunden. Zudem präsentiert sich die Bausubstanz auch optisch von außen als eine Einheit. Aufgrund der architektonisch gestalteten großflächigen Verblendung der straßenseitigen Front des Garagenbereichs stellt er sich als Anbau dar, der nicht lediglich die Funktion einer Grenzgarage übernimmt. Dem steht nicht entgegen, dass die Verblendung aus Holz und damit aus einem anderen Material besteht als das Wohngebäude und im Wesentlichen die Funktion eines Sicht- bzw. Windschutzes übernimmt. Soweit der Prozessbevollmächtigte der Klägerin in der mündlichen Verhandlung des Senats für die Klägerin eine Erklärung zur geplanten Beseitigung dieser Verblendung abgegeben hat, kann dahinstehen, ob sich aus einer solchen Änderung ein baulicher Zustand ergäbe, der die vorstehende Beurteilung in Frage stellte. Denn eine solche nachträgliche Änderung der tatsächlichen Gegebenheiten wäre nach den maßgeblichen Grundsätzen,⁹ für die Beurteilung der Baugenehmigung im Nachbarstreit rechtlich unerheblich.

Entgegen der Auffassung der Klägerin scheidet danach eine Eignung dieser Bausubstanz als Anbausicherung nicht deshalb aus, weil es sich etwa um eine Nebenanlage bzw. eine auch abstandsrechtlich privilegierte Grenzgarage handelte. Dass es sich nicht um eine bloße Nebenanlage handelt, ergibt sich aus der vorstehenden Gesamtbewertung der Bausubstanz. Dass es an der Privilegierung nach § 6 Abs. 8 Nr. 1 BauO NRW a.F. fehlt, hat die Klägerin selbst jedenfalls im Hinblick auf die Länge eingeräumt.

Aus den vorstehenden Gründen rechtfertigt auch der Umstand, dass das Vorhandensein eines Zugangs einer Garage zu einem anderen Gebäude für sich genommen abstandsrechtlich für die Privilegierung unschädlich ist, hier keine andere Beurteilung.

Es fehlt ferner nicht etwa deshalb an einer ausreichenden Anbausicherung, weil es sich – wie die Klägerin meint – bei der genehmigten Bebauung um eine Bebauung in völlig anderen Dimensionen handelte.¹⁰

Die zugrunde zu legende Bestandsbebauung der Klägerin verläuft auf knapp 12 m an der südlichen Grenze zum

Beigeladenen; die genehmigte Bebauung erstreckt sich auf insgesamt über 28 m an der Grenze. Auf eine isolierte arithmetische Betrachtung der Grenzbebauung bzw. der Länge der Überdeckung an der Grenze kommt es danach nicht an; maßgeblich ist vielmehr eine Gesamtbewertung der städtebaulichen Gegebenheiten im jeweiligen Einzelfall. Dabei kommt dem auch vom Verwaltungsgericht gesehenen Aspekt maßgebliche Bedeutung zu, dass die Bebauung auf dem Grundstück der Klägerin eine Dimension erreicht hat, die das vom Beigeladenen geplante Vorhaben nicht überschreiten wird; unter diesen Umständen handelt es sich mitnichten um die von der Klägerin befürchtete Bebauung in „völlig anderen Dimensionen“.

Lediglich ergänzend merkt der Senat an, dass der Beigeladene in der mündlichen Verhandlung zutreffend darauf hingewiesen hat, dass die Erteilung der Baugenehmigung vom 28.11.2015, auf die die Klägerin die bauliche Gestaltung ihrer Grenzbebauung gestützt hat, mit Blick auf die abstandsrechtlichen Vorgaben nur aufgrund der faktischen Anbausicherung durch das Wohngebäudes des Beigeladenen zulässig war.

3. Soweit das Vorhaben im straßenseitigen Bereich mit der Aufstockung Abstandsflächen auslösen sollte, die auf das Grundstück der Klägerin fallen (dazu a)), führte dies jedenfalls nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht zum Erfolg der Klage (dazu b)).

a) Hier kommt ein Verstoß gegen Abstandsrecht durch das Vorhaben des Beigeladenen zulasten der Klägerin allein hinsichtlich des rückwärtigen Dachaufbaus mit Austritt in Betracht. Weitere Verstöße sind nicht ersichtlich; der straßenseitige Fluchtbalkon hält den gebotenen Grenzabstand ein; die seitlichen Begrenzungen der Dachterrasse sowie der bestehenden Balkone sind in der vorstehend beschriebenen planungsrechtlichen zulässigen Bauweise grenzständig zulässig. Ob der rückwärtige Dachaufbau nach § 6 Abs. 6 Nr. 3 BauO NRW a.F. privilegiert ist, hängt davon ab, ob die Bestimmung auf untergeordnete Aufbauten beschränkt ist.¹¹

An einer solchen Unterordnung des Dachaufbaus würde es hier wohl fehlen, da ihm eine selbstständige funktionale Bedeutung als Dachaustritt zu einer Dachterrasse zukommt. Dies bedarf aber aus den nachstehenden Gründen keiner abschließenden Klärung.

9 Vgl. dazu etwa BVerwG, Beschl. v. 23.04.1998 – 4 B 40.98, BRS 60 Nr. 178 = BauR 1998, 995.

10 Vgl. dazu OVG NRW, Beschl. v. 30.04.2019 – 10 A 1693/17, juris, Rdnr. 21.

11 Vgl. dazu ablehnend etwa Kockler, in: Spannowsky/Saurenhäus, BauO NRW, § 6 Rdnr. 133; andererseits etwa: Schmickler, in: Schönbrenbroicher u.a., Bauordnung NRW, 2. Aufl., § 6 Rdnr. 213.

b) Auf den in Betracht kommenden Verstoß gegen Abstandsrecht mit Blick auf den geplanten rückwärtigen Dachaufbau kann sich die Klägerin jedenfalls nach dem Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben nicht berufen.

aa) Die Geltendmachung eines Abwehrrechts gegen einen nachbarlichen Verstoß gegen Abstandsrecht nach § 6 BauO NRW a.F. stellt sich als unzulässige Rechtsausübung und damit als Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben dar, wenn der Grundstückseigentümer selbst in vergleichbarer Weise gegen Abstandsrecht verstößt. Die Unzulässigkeit der Rechtsausübung ist dabei nicht bezogen auf ein zielgerichtetes Verhalten in der Vergangenheit zu beurteilen, sie knüpft vielmehr an die gegenwärtige Geltendmachung des Abwehrrechts an. Maßgeblich ist, ob der Eigentümer mit der Wahrung von Abstandsflächen die Beachtung einer Vorschrift einfordert, deren Anforderungen er selbst nicht einhält. Das allgemeine Rechtsverständnis billigt es einem Grundstückseigentümer nicht zu, rechtliche Abwehrmaßnahmen gegen eine durch einen Nachbarn hervorgerufene Beeinträchtigung zu ergreifen und zugleich diesem Nachbarn quasi spiegelbildlich dieselbe Beeinträchtigung zuzumuten. Denn der öffentlich-rechtliche Nachbarnschutz beruht auf einem Verhältnis wechselseitiger Abhängigkeit, das maßgeblich durch die objektiven Grundstücksverhältnisse geprägt ist. Erst aus der Störung des nachbarlichen Gleichgewichts und nicht schon aus der Abweichung von öffentlich-rechtlichen Normen ergibt sich deshalb der Abwehranspruch des Nachbarn.¹²

bb) Die Berufung auf den Verstoß des Beigeladenen gegen Abstandsrecht ist hier eine solche unzulässige Rechtsausübung, weil die Klägerin selbst zulasten des Vorhabengrundstücks in vergleichbarer Weise gegen Abstandsrecht verstößt. Die allenfalls auf das Grundstück der Klägerin geworfene Abstandsfläche belief sich auf knapp 6 m². Ein vergleichbarer Verstoß kann der Klägerin vorgehalten werden; auf eine exakte zahlenmäßige Übereinstimmung kommt es auch insoweit nicht an.

12 Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 12.02.2010 – 7 B 1840/09, juris, und OVG NRW, Urt. v. 26.06.2014 – 7 A 2057/12, BRS 82 Nr. 140 = BauR 2014, 1924.

Sofortige Räumung eines Hochhauskomplexes wegen Brandschutzmängeln

BauO NRW §§ 61 Abs. 1, 82 Abs. 1 Satz 2; VwVG NRW § 55 Abs. 2.

Das Vorliegen einer (gegenwärtigen) Gefahr ist auf der Grundlage der im Zeitpunkt des behördlichen Handelns zur Verfügung stehenden Erkenntnis-

möglichkeiten zu beurteilen. Hat der zur Gefahrenabwehr Handelnde die Lage bis zum tatsächlichen Abschluss seines Einschreitens – „ex ante“ gesehen – zutreffend eingeschätzt, durfte er mithin bis zum Abschluss seines Einschreitens vom Vorliegen einer Gefahr im Sinne eines hinreichend wahrscheinlichen Schadenseintritts ausgehen, wird die getroffene Maßnahme nicht deshalb im Nachhinein rechtswidrig, weil die Prognose „ex post“ betrachtet erschüttert wird.

Das Vorliegen einer (gegenwärtigen) Gefahr ist hiervon ausgehend gerichtlich voll überprüfbar, ein Beurteilungsspielraum steht der Bauaufsichtsbehörde oder der Feuerwehr nicht zu, auch wenn in der Rechtsprechung angenommen worden ist, dass bei der Frage der ordnungsgemäßen Ermessensbetätigung im Hinblick auf die extremen Gefahren eines Brandereignisses und die Bedeutung der Einsatzpraxis der örtlichen Feuerwehr „Großzügigkeit“ geboten ist.

Bei Gefahrensituationen, die durch Brandschutzmängel hervorgerufen werden, ist zugrunde zu legen, dass mit dem Eintritt eines Brandereignisses jederzeit zu rechnen ist.

OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 12.11.2025 – 7 A 2985/21.

Aus den Gründen: Die Berufung der Beklagten bleibt ohne Erfolg. Die Berufung der Klägerin hat dagegen Erfolg.

Die Berufungen sind jeweils zulässig. Die Berufung der Beklagten ist nicht begründet, die der Klägerin ist begründet.

Die Klage, mit der sich die Klägerin sowohl gegen die an sie gerichtete Nutzungsuntersagungsverfügung der Beklagten vom 21.9./11.10.2017 als auch gegen die Räumung des Gebäudekomplexes „Hannibal“ zu Lasten ihrer Mieter im Wege des Sofortvollzugs am 21.09.2017 wendet, hat Erfolg.

I. Die Klage ist insgesamt zulässig.

1. Dies gilt zunächst, soweit die Klägerin die Aufhebung der am 21.09.2017 mündlich erlassenen und mit Schreiben vom 11.10.2017 bestätigten Nutzungsuntersagung (im Folgenden: Bescheid vom 11.10.2017) hinsichtlich des Gebäudekomplexes auf dem Grundstück W.-weg 12–26 begehrt.

Entgegen der vom Verwaltungsgericht vorgenommenen Auslegung hat die angefochtene Nutzungsuntersagung nur die Untersagung der Selbstnutzung des Gebäudekomplexes durch die Klägerin einschließlich der Nutzungsüberlassung an Dritte als (damalige) Grundstückseigentümerin zum Inhalt. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Bescheides vom 11.10.2017.

Ziffer 1 des Bescheides vom 11.10.2017 lautet:

„Auf der Grundlage des § 61 Abs. 1 S. 2 der Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (BauO NRW) wird die Nutzung des Gebäudes W.-weg 12–26 in E. untersagt. Dies beinhaltet auch die Nutzungsüberlassung an Dritte.

Die Nutzungsuntersagung richtet sich an die Bewohnerinnen und Bewohner, aber auch an die Grundstückseigentümerin, soweit diese das Gebäude selbst nutzt bzw. nutzen kann (insbesondere nach der Räumung der Gebäude durch die Bewohnerinnen und Bewohner).“

Aus diesem Wortlaut ergibt sich, dass sich die Verfügung „aber auch an die Grundstückseigentümerin“ nur wendet, „soweit diese das Gebäude selbst nutzt bzw. nutzen kann“. Erkennbarer Wille der Beklagten war es („soweit“), der damaligen Eigentümerin, der Klägerin, nur die Selbstnutzung der Gebäude einschließlich der Nutzungsüberlassung an Dritte zu untersagen. Daneben enthält die Verfügung auch die Untersagung der Nutzung der Gebäude durch die Bewohnerinnen und Bewohner. Dieser Verfügungsteil ist aber nicht an die Klägerin adressiert.

Das an die Klägerin selbst gerichtete Nutzungsverbot betreffende Klagebegehren ist als Anfechtungsklage i.S.d. § 42 Abs. 1 Satz 1 VwGO statthaft und auch im Übrigen zulässig.

Im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung hatte sich die streitgegenständliche Nutzungsuntersagungsverfügung noch nicht erledigt.

Sie entfaltete gegenüber der Klägerin weiterhin Rechtswirkungen. Durch den neuen Eigentümer erfolgt zwar eine (brandschutztechnische) Sanierung der Gebäude. Dass diese Sanierung zwischenzeitlich beendet sein könnte, ist aber nicht ersichtlich und haben die Beteiligten auch in den mündlichen Verhandlungen nicht geltend gemacht.

Der Eigentumswechsel steht der Zulässigkeit der Klage nicht entgegen, wie sich aus § 173 VwGO i.V.m. § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO ergibt. Danach hat die Veräußerung auf den Prozess keinen Einfluss.

2. Das gegen die Räumungsmaßnahmen, die gegen die Mieter ergriffen worden sind, gerichtete Klagebegehren ist als allgemeine Feststellungsklage nach § 43 VwGO zulässig.

Es betrifft ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen der Beklagten und dritten Personen, nämlich den ehemaligen Mietern der Klägerin. Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis kann auch zwischen einem Dritten und dem Kläger oder – wie vorliegend – dem Beklagten bestehen.¹

Die Klagebefugnis der Klägerin entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO ergibt sich ohne weiteres unter dem Blickwinkel des Eigentumsrechts aus Art. 14 GG.

Der Senat erkennt auch ein hinreichendes Feststellungsinteresse, das sich jedenfalls im Hinblick auf die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen die Beklagte ergibt. Dieses Feststellungsinteresse ist nicht unter dem Gesichtspunkt der Gleichwertigkeit von Zivil- und Verwaltungsrechtsweg zu verneinen.²

Der Senat hat den hinsichtlich der Räumungsmaßnahmen gegen die Mieter aufgeworfenen Fragen, die sich maßgeblich auf die Beurteilung der Brandschutzverhältnisse in dem Gebäudekomplex konzentrieren, im Rahmen des Anfechtungsbegehrens der Klägerin ohnehin nachzugehen. Die Klärung der Rechtmäßigkeit der Räumungsmaßnahmen gegen die Mieter im Verwaltungsrechtsweg erscheint infolgedessen zulässig und geboten, um eine unnötige „Parallelbefassung“ der Verwaltungs- und der Zivilgerichtsbarkeit mit denselben Fragen zu vermeiden.

II. Die Klage ist auch insgesamt begründet.

Die Beklagte hat jedenfalls das ihr durch § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW a.F. bzw. § 82 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW 2018 bezüglich der Nutzungsuntersagungen und durch § 55 Abs. 2 VwVG NRW hinsichtlich der Maßnahmen des Sofortvollzuges eröffnete Ermessen fehlerhaft ausgeübt.

Gem. § 61 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW a.F. haben die Bauaufsichtsbehörden bei der Errichtung, der Änderung, dem Abbruch, der Nutzung, der Nutzungsänderung sowie der Instandhaltung baulicher Anlagen sowie anderer Anlagen und Einrichtungen i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW a.F. darüber zu wachen, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften und die aufgrund dieser Vorschriften erlassenen Anordnungen eingehalten werden. Nach § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW a.F. haben sie in Wahrnehmung dieser Aufgaben nach pflichtgemäßem Ermessen die erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Nach § 82 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW 2018 kann die Nutzung von Anlagen untersagt werden, wenn diese im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt werden. Gem. § 55 Abs. 2 VwVG NRW kann der Verwaltungszwang ohne vorausgehenden Verwaltungsakt angewendet werden, wenn das zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist und die Vollzugsbehörde hierbei innerhalb ihrer Befugnisse handelt.

Ermessenseröffnende Voraussetzung für die hier getroffenen Maßnahmen ist das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr.

Soweit ohne vorausgegangenen Verwaltungsakt Maßnahmen des Sofortvollzugs i.S.v. § 55 Abs. 2

¹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 14.04.2005 – 3 C 3.04, DÖV 2005, 1007 = juris, Rdnr. 21 f. m.w.N.

² Vgl. dazu etwa Wysk, in: Wysk, VwGO, 4. Aufl. 2025, § 43 Rdnr. 57 m.w.N.

VwVG NRW getroffen worden sind, was jedenfalls im Verhältnis zu den im Zeitpunkt der Räumung abwesenden Bewohnern des Gebäudes der Fall gewesen ist, ergibt sich das Erfordernis einer gegenwärtigen Gefahr aus der genannten Vorschrift. Soweit gegenüber der Klägerin aber auch gegenüber den anwesenden Bewohnern mündlich sofortige Nutzungsverbote ausgesprochen worden sind, die als mündlich erlassene Verwaltungsakte zu bewerten sind, setzt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine solche gegenwärtige Gefahr voraus.

Eine gegenwärtige Gefahr ist eine Sachlage, bei der ein schädigendes Ereignis unmittelbar oder in allernächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht oder eine Störung bereits eingetreten ist. Der Begriff stellt grundsätzlich strenge Anforderungen an die zeitliche Nähe und den Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts; je größer und folgenschwerer der möglicherweise eintretende Schaden ist, desto geringer sind jedoch die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit.³

Diese Voraussetzungen sind insbesondere dann erfüllt, wenn die mit einem Einschreiten gem. § 55 Abs. 1 VwVG NRW verbundenen Verzögerungen die Wirksamkeit erforderlicher Maßnahmen zur Gefahrenabwehr aufheben oder wesentlich beeinträchtigen würden, wenn also allein der sofortige Vollzug geeignet ist, die Gefahr wirkungsvoll abzuwenden.⁴

Die gegenwärtige Gefahr setzt damit mehr als eine konkrete Gefahr voraus, die überhaupt Voraussetzung für ein ordnungsbehördliches Einschreiten ist.⁵

Das Vorliegen einer (gegenwärtigen) Gefahr ist auf der Grundlage der im Zeitpunkt des behördlichen Handelns zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten zu beurteilen. Hat der zur Gefahrenabwehr Handelnde die Lage bis zum tatsächlichen Abschluss seines Einschreitens – „ex ante“ gesehen – zutreffend eingeschätzt, durfte er mithin bis zum Abschluss seines Einschreitens vom Vorliegen einer Gefahr im Sinne eines hinreichend wahrscheinlichen Schadenseintritts ausgehen, wird die getroffene Maßnahme nicht deshalb im Nachhinein rechtswidrig, weil die Prognose „ex post“ betrachtet erschüttert wird.⁶

Das Vorliegen einer (gegenwärtigen) Gefahr ist hiervon ausgehend gerichtlich voll überprüfbar, ein Beurteilungsspielraum steht der Bauaufsichtsbehörde oder der Feuerwehr nicht zu,⁷ auch wenn in der Rechtsprechung angenommen worden ist, dass bei der Frage der ordnungsgemäßen Ermessensbetätigung im Hinblick auf die extremen Gefahren eines Brandereignisses und die Bedeutung der Einsatzpraxis der örtlichen Feuerwehr „Großzügigkeit“ geboten ist.⁸

Bei Gefahrensituationen, die durch Brandschutzmängel hervorgerufen werden, ist nach ständiger Recht-

sprechung der Bausenate des erkennenden Gerichts zugrunde zu legen, dass mit dem Eintritt eines Brandereignisses jederzeit zu rechnen ist.⁹

Hieraus folgt, dass sich die Beklagte am Tage der Räumung die Frage vorlegen musste, ob ein Brand etwa in der Nacht nach dem Räumungstage wegen bestehender Brandschutzmängel zu erheblichen Gefahren für Leib und Leben der Bewohner des Gebäudes führen könnte.

Ferner entfällt die Beachtlichkeit von Brandschutzmängeln, die zu einem Überschreiten der Schwelle einer gegenwärtigen Gefahr führen, nicht ohne weiteres infolge des durch eine erteilte Baugenehmigung eventuell entstandenen Bestandsschutzes. Die BauO NRW 2018 ermöglicht es ebenso wenig wie frühere baurechtliche Vorschriften, eine bauliche Anlage in einer Art zu nutzen, die mit Brandgefahren verbunden ist. Besteht eine Gefahr, ist eine auf Gefahrenbeseitigung gerichtete Ordnungsverfügung in jedem Fall möglich, wenn sie – wie beim Brandschutz – dem Schutz von Leben und Gesundheit dient.¹⁰

Dies verdeutlicht etwa § 59 Abs. 1 BauO NRW 2018, der Anpassungsverlangen zulässt, wenn rechtmäßig bestehende Anlagen nicht den – aktuellen – Vorschriften des Bauordnungsrechts entsprechen und eine Anpassung im Einzelfall wegen der Abwehr von Gefahren für Leib und Leben erforderlich ist.¹¹

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die vollständige Räumung des Gebäudekomplexes unter dem

3 Vgl. OVG NRW, Urt. v. 16.06.2023 – 7 A 2635/21, BauR 2023, 1490 = juris, Rdnr. 134 ff.; Kuznik, in: Brandt/Domgörgen, Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 5. Aufl. 2023, E. Die Vollstreckung von Verwaltungsentscheidungen, Rdnr. 72 m.w.N.

4 Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 29.06.2015 – 7 A 457/14, juris, Rdnr. 6 m.w.N.

5 Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 24.03.2021 – 5 B 1884/20, juris, Rdnr. 8 m.w.N.

6 Vgl. OVG NRW, Urt. v. 21.09.2012 – 2 A 182/11, BRS 79 Nr. 130 = BauR 2013, 218.

7 Vgl. etwa OVG NRW, Beschl. v. 24.11.2017 – 5 A 1467/16, NWVBl. 2018, 168 = juris, Rdnr. 13 f. m.w.N.

8 Vgl. OVG NRW, Urt. v. 11.04.2016 – 2 A 2176/14, BauR 2016, 1754 = juris, Rdnr. 62.

9 Vgl. zur sog. „Glücksfall-Rechtsprechung“ etwa OVG NRW, Beschl. v. 28.01.2011 – 2 B 1495/10, juris, Rdnr. 11, v. 20.02.2013 – 2 A 239/12, BauR 2013, 1261, und v. 11.11.2014 – 7 B 1312/14, juris, Rdnr. 6, sowie Urt. v. 21.09.2012 – 2 A 182/11, BRS 79 Nr. 130 = BauR 2013, 218, und v. 16.06.2023 – 7 A 2635/21, juris, Rdnr. 138.

10 Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 28.04.2021 – 2 A 833/20, juris, Rdnr. 12 und v. 15.04.2015 – 7 B 283/15, juris, Rdnr. 5; Hüwelmeier, in: Spannowsky/Saurenhau, BeckOK, Bauordnungsrecht NRW, Stand 01.02.2025, § 14 Rdnr. 26.

11 Vgl. Schroeder, in: Spannowsky/Saurenhau, BeckOK, Bauordnungsrecht, Stand 01.11.2024, § 59 Rdnr. 9 f. m.w.N.

Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der den Ermessensspielraum der Behörde beschränkt, eine Gefahrensituation in dem beschriebenen Sinne voraussetzt, die den gesamten Gebäudebestand betraf, und nicht etwa eine Teilräumung einzelner Gebäude oder nur einzelner Wohnungen ausreichend gewesen wäre.¹²

Hiervon ausgehend war die Ermessensausübung der Beklagten fehlerhaft.

Der Beklagten war ein Ermessensspielraum eröffnet. Der Senat geht – wie die Beklagte in dem bestätigenden Bescheid vom 11.10.2017 – davon aus, dass ein Ermessensspielraum bestand, also keine Ermessensreduzierung auf Null im Sinne der getroffenen Maßnahme eingetreten war. Dieser Beurteilung ist die Beklagte auch in der mündlichen Verhandlung vom 12.11.2025 auf entsprechenden Vorhalt nicht entgegengetreten. Sie fußt im Übrigen auf den Ergebnissen der vom Senat zur Beurteilung der seinerzeit bestehenden Gefahrenlage durchgeführten Beweisaufnahme, die im Folgenden noch näher zu erörtern sein werden.

Die Beklagte hat das ihr eingeräumte Ermessen nicht fehlerfrei ausgeübt.

Gem. § 114 VwGO liegt ein Ermessensfehler vor, wenn die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist.

Ermessensfehlerhaft sind demnach auch solche Verwaltungsakte, bei deren Erlass die Behörde von in Wahrheit nicht vorliegenden Tatsachen oder rechtlichen Voraussetzungen ausgeht.¹³

Der Behörde obliegt es, ihre Ermessensentscheidung einschlägig und nachvollziehbar zu begründen.¹⁴

Daran fehlt es vorliegend. Der Senat ist davon überzeugt, dass die Beklagte ihre Ermessenserwägungen auf eine in wesentlichen Teilen unrichtige Beurteilung der Gefahrenlage gestützt hat.

Die Beklagte ist bei ihrer Ermessensausübung ausweislich des bestätigenden Bescheides vom 11.10.2017 davon ausgegangen, dass auf der Grundlage der von ihr ermittelten und in dem Bescheid im Einzelnen bezeichneten Brandschutzmängel von einer gegenwärtigen Gefahr für die Bewohner des gesamten Gebäudekomplexes auszugehen war. Weiter heißt es in dem Bescheid zur Ermessensausübung, an der Notwendigkeit der Räumung des Gesamtgebäudes ändere auch nichts der Umstand, dass ggf. nicht alle Wohnungen von allen Mängeln betroffen seien. Aufgrund der Vielzahl und Schwere der Mängel sei eine Gefährdungsdichte erreicht, die eine sofortige vollständige Räumung des Gesamtgebäudes erforderlich mache.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme und unter Würdigung des umfangreichen Sachvortrags der Beklagten und der von ihr vorgelegten Gutachten ist der Senat jedoch davon überzeugt, dass zentrale Elemente der von der Beklagten vorgenommenen Gefahreinschätzung unzutreffend waren. Dabei kann dahinstehen, ob den Beurteilungen des Gerichtssachverständigen, nach denen eine gegenwärtige Gefahr begründende Brandschutzmängel nur hinsichtlich der defekten Sicherheitsbeleuchtung in den Sicherheitstreppehäusern, der offenen Installationsschächte in zwei Wohnungen, der Beeinträchtigung der Befahrbarkeit der Feuerwehruzufahrt durch Gehölze, der Öffnung der Decke im Kellergeschoss des Hauses 16 zum Versorgungsschacht und der Brandlasten in den Sicherheitstreppehäusern sowie auf den Laubengängen vorlagen, in vollem Umfang beizutreten ist. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht fest, dass jedenfalls folgende von der Beklagten in ihrem Bescheid vom 11.10.2017 als wesentlich zugrunde gelegten Brandschutzmängel im maßgeblichen Zeitpunkt der Räumung nicht vorlagen bzw. nicht zu einer gegenwärtigen Gefahr im gesamten Gebäudekomplex geführt haben:

- Offene (Lauben)Gänge, Öffnungen in den Brüstungen der Laubengänge, undichte Türen zu den Laubengängen.

Zur Überzeugung des Senats begründeten weder die in den Brüstungen existierenden vertikalen Schlitzte noch die offenen Gänge als solche eine gegenwärtige Gefahr. Vielmehr geht der Senat davon aus, dass die Benutzung der im Freien liegenden Laubengänge als Verbindung zwischen den notwendigen Fluren und dem Sicherheitstreppehaus in dem vom gerichtlich bestellten Gutachter Prof. Dr. H. mit 30–45 Minuten angegebenen notwendigen Zeitraum für die Evakuierung nach dem Eintreffen der Feuerwehr möglich war.

Dass der von Prof. Dr. H. zugrunde gelegte Evakuierungszeitraum von 30–45 Minuten nach dem Eintreffen der Feuerwehr unzutreffend sein könnte, haben weder der Gutachter der Beklagten noch die ebenfalls in den mündlichen Verhandlungen vom 07.07.2025 und 12.11.2025 anwesenden Vertreter der Feuerwehr der Beklagten geltend gemacht.

¹² Vgl. dazu etwa auch: Molodovsky/Famers/Waldmann, Bayrische Bauordnung, Stand 01.11.2024, Art. 76 BauO BY Rdnr. 170.

¹³ Vgl. BVerwG, Urt. v. 17.08.2016 – 6 C 24.15, BVerwGE 156, 59 = juris, Rdnr. 33.

¹⁴ Vgl. Hüwelmeier, in: Spannowsky/Saurenhaus, BeckOK, Bauordnungsrecht, Stand 01.09.2025, § 14 Rdnr. 19.

Davon ausgehend führte Prof. Dr. H. in der mündlichen Verhandlung vom 07.07.2025 aus, bei der Belastung mit Rauch sei zu berücksichtigen, dass die Laubengänge im oberen Bereich offen seien. Eine relevante Gefahr, dass Flammen durch die Schlitzze schlagen könnten, sehe er nicht. Dies gelte ebenso bei der Benutzung des Laubenganges durch kriechende Personen. Auch hier sehe er keine relevante Gefährdung. Dies gelte unabhängig von den Witterungsbedingungen und der Tageszeit. In seinem Gutachten vom 16.12.2024 verwies er weiter darauf, dass die vier Schlitzze in den Brüstungen der Laubengänge vor allem deshalb keine Gefahr verursachten, weil der offene Gang an einen brandlastarmen bzw. brandlastfreien notwendigen Flur anschließe und nicht an brandlastreiche Nutzungseinheiten. Die Möglichkeit, dass ein Flammenaustritt aus einem Geschoss die Flucht und Rettung der Menschen in einem darüber liegenden Geschoss gefährde, bestehe in der vorliegenden Situation nicht, da mit einem massiven Flammenaustritt aus dem notwendigen Flur nicht zu rechnen sei und die Schlitzze die Situation nicht gefährlicher machten.

Soweit die Beklagte unter Verweis auf die Ausführungen des Dipl.-Ing. L. in seinem Gutachten vom 02.09.2025 mit Schriftsatz (ebenfalls) vom 02.09.2025 geltend macht, die von Prof. Dr. H. angenommenen Auswirkungen auf die Rauchverteilung seien physikalisch nicht nachvollziehbar und zur Begründung auf die im Gutachten vom 02.09.2025 abgedruckten Visualisierungen (Seite 24 des Gutachtens) verweist, rechtfertigt dies kein anderes Ergebnis. Die abgedruckten Visualisierungen sind mit der baulichen Situation des Gebäudekomplexes W.-weg 12–26 nicht vergleichbar. Die strömungstechnische Untersuchung, die den Visualisierungen zugrunde liegt, geht von einem horizontalen Schlitz in der Vorderseite der Brüstung aus. In den in diesem Verfahren zu beurteilenden Laubengängen befanden sich jedoch vertikale Schlitzze an den jeweiligen Seitenwänden der Brüstung. Unabhängig davon geht die Darstellung auf Seite 24 des Gutachtens von einem erheblichen Flammenaufschlag aus, der – wie dargetan – nach den Ausführungen des Gerichtsgutachters vorliegend nicht zu erwarten ist.

- Spalt zwischen der Kellergeschossdecke und dem Sicherheitstreppehaus sowie Öffnungen in den Kellertreppehausraum.

Der Senat ist auch insoweit der Überzeugung, dass keine gegenwärtige Gefahr vorlag. Trotz der jeweiligen Spalte in der Decke zwischen dem Kellertreppehaus und dem Sicherheitstreppehausraum war dessen Begehrbarkeit und damit die Möglichkeit der Selbstrettung innerhalb des relevanten Evakuierungszeitraums (30–45 Minuten) gewährleistet.

Diese Überzeugung beruht auf den Ausführungen des Prof. Dr. H. in der mündlichen Verhandlung vom 07.07.2025 und seiner Stellungnahme vom 17.05.2025. In der mündlichen Verhandlung am 07.07.2025 erläuterte er zu den Auswirkungen dieser Spalte, er sehe auch insoweit keine Gefahr für Leib und Leben der Bewohner bei der Benutzung des Treppehauses im Brandfall. Die in Rechnung zu stellenden Rauchmengen seien, jedenfalls bei Vorhandensein von Feuerschutztüren, die das Treppehaus zum Keller umschließen, zu gering. Diese Bewertung umfasse den Evakuierungszeitraum (30–45 Minuten). In seiner Stellungnahme vom 17.05.2025 gab er dazu noch an, Rauch würde sich nur dann im Sicherheitstreppehausraum ausbreiten, wenn er im Kellergeschoss in den Treppehausraum eingedrungen wäre. Mit einer massiven Rauchausbreitung sei aber, auch wenn der Feuerschutzabschluss nicht vollständig intakt sei, nicht zu rechnen.

Dieser Einschätzung schließt sich der Senat an. Ausweislich des Grundrissplans des Kellergeschosses zum Bauschein 63/2-10-588 vom 17.02.1975 waren die Treppehäuser im Kellergeschoss von dem übrigen Keller durch feuerhemmende Türen („Fht“) abgeschrmt. Dass diese Feuerschutzabschlüsse zu den Kellertreppehäusern der acht Hochhäuser zum Zeitpunkt der Räumung in relevanter Anzahl gefehlt hätten oder derart defekt gewesen wären, dass sie nicht wenigstens den von Prof. Dr. H. zugrunde gelegten Mindestschutz geboten hätten, lässt sich den Akten nicht entnehmen und ist auch seitens der Beklagten nicht geltend gemacht worden. Soweit sich die Beklagte mit Schriftsatz vom 02.09.2025 gegen die Einschätzung des Gerichtsgutachters wendet, fehlt es an einer hinreichenden Auseinandersetzung mit dessen Argumentation. Die Beklagte macht lediglich geltend, der Gerichtsgutachter unterschätze deutlich das Maß des Raucheintritts in den Sicherheitstreppehausraum und die damit verbundenen lebensbedrohlichen Gefahren. Weiterhin trägt sie vor, eine Rauchübertragung über die Spalten könne nie ausgeschlossen werden. Ein Spalt konterkariere das Konzept eines sicheren, rauchfreien Rettungsweges. Bereits geringe Rauchmengen könnten einen vertikalen Rettungsweg unbenutzbar machen. Die vorhandenen Brandlasten auf den Terrassen und in der Tiefgarage steigerten die Wahrscheinlichkeit und Intensität der Rauchentwicklung. Jeder offene Übertragungsweg zwischen Brandquelle und Fluchtweg sei hochgefährlich und als gravierender Brandschutzmangel einzustufen. Das tragende Argument des Gerichtsgutachters, wegen der Feuerschutztüren sei (zunächst) mit nur geringen Rauchmengen zu rechnen gewesen, widerlegt sie mit diesem Vorbringen nicht. Vielmehr bewertet die Beklagte die Gefährlichkeit der vorgefundenen Situation schlichtweg anders.

Entgegen der Auffassung der Beklagten war innerhalb des Evakuierungszeitraumes auch nicht mit dem Eindringen von relevanten, die Nutzung des Sicherheitstreppenraumes gefährdenden Rauchmengen in den Kellertreppenraum durch brennbare Lüftungsleitungen zu rechnen. Dazu hat Prof. Dr. H. in der mündlichen Verhandlung am 07.07.2025 ausgeführt, auch insoweit erkenne er keine erhebliche Gefahr für Leib und Leben der Bewohner im Brandfall. Es könnten zwar im Bereich des Kellers Rauchgase in den Treppenraum eindringen und von dort aus über die an der Wand befindliche Spalte in das Sicherheitstreppenhaus gelangen, allerdings so verzögert, dass eine Rettung der Bewohner durch das Treppenhaus nicht gefährdet würde. Dies gelte auch, wenn bei einer Brandentstehung in der Nähe der Lüftungsrohre eine schnellere Ausbreitung insbesondere von Rauch und damit eine höhere Gefahr bestehe. In seiner ergänzenden Stellungnahme vom 17.05.2025 heißt es dazu, die Gefahr einer unmittelbaren Rauchausbreitung zu Beginn des Brandes bestehe nicht. Selbst bei einer Brandentstehung im unmittelbaren Bereich der Durchführung müsse zunächst eine ausreichend hohe Temperatur entstehen, um die Rohrleitung zum Schmelzen und/oder Abbrennen zu bringen. Das Ausmaß der Gefährdung sei in der Anfangsphase des Brandes gering, das Maß der Rauchausbreitung auch im weiteren Verlauf zumindest begrenzt.

Auch hier macht die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 02.09.2025 lediglich pauschal geltend, der Gerichtsgutachter habe die Gefahr der Rauchausbreitung durch nicht geschottete Lüftungsleitungen deutlich unterschätzt.

Soweit die Beklagte darüber hinaus auf die Zu- und Abluftleitungen der Batterieräume ohne Abschottungen in den Treppenraum zum Kellergeschoss und weiter zu Öffnungen in der Außenwand abstellt und geltend macht, für diese Abluftführung aus dem Batterieraum sei ein Ventilator mit Elektromotor vorgesehen, der im Brandfall den Rauch in den unter dem Sicherheitstreppenhaus liegenden Kellerraum führe, rechtfertigt auch dies kein anderes Ergebnis. Die Beklagte hat trotz gerichtlicher Aufforderung schon nicht hinreichend dargelegt, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt der Räumung am 21.09.2017 in den acht Hochhäusern mit Ventilatoren bzw. Lüftern versehene Abluftleitungen in Batterieräumen existierten. Die in der Dokumentation des Dipl.-Ing. Q. vom 18.10.2025 auf Seite 30 dargestellte Abbildung 35 wurde am 02.06.2025 erstellt. Die auf Seite 21 dargestellten Abbildungen 24 und 25 stammen zwar aus der Dokumentation zur Beweis-sicherung im Haus 22 am 25.09.2017 (Beiakte II Blatt 195), sind aber nach der zugehörigen schriftlichen Bezeichnung der Lichtbilder 42 und 43 im

Raum des Notstromaggregats entstanden (Beiakte II Blatt 198). Der Einwand der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 12.11.2025, es handele sich hinsichtlich der Lichtbilder 42 und 43 um eine Fehlbezeichnung, tatsächlich stellte die Bilder den Batterieraum dar, führt schon deshalb zu keinem anderen Ergebnis, weil auf dem am 25.09.2017 erstellten Lichtbild 42 kein Lüfter erkennbar ist, mithin die Behauptung der Beklagten, in allen acht Hochhäusern hätte es im Zeitpunkt der Räumung Batterieräume mit Lüftern gegeben, danach nicht zutrifft.

Unabhängig davon kommt es aus Rechtsgründen auf den in Rede stehenden Sachverhalt nicht an, weil weder in dem Bescheid vom 11.10.2017 noch in den zugehörigen Verwaltungsvorgängen ein Batterieraum erwähnt worden ist, dessen Zustand also auch nicht Gegenstand der Ermessensausübung war.

- Brennbare Fassadenunterkonstruktion.

Die festgestellten Mängel der Fassadenunterkonstruktion rechtfertigen ebenfalls nicht die Annahme einer gegenwärtigen Gefahr. Diese Überzeugung beruht auf den Einlassungen des Prof. Dr. H. in der mündlichen Verhandlung am 07.07.2025 sowie seinem Gutachten vom 16.12.2024. In der mündlichen Verhandlung räumte er ein, dass die Ausführungen der Feuerwehr zur „Abbrandrate“ in der Stellungnahme vom 13.05.2025 zutreffend seien. Dennoch sehe er keine Gefahr für Leib und Leben der Bewohner im Brandfalle. Dies gelte auch mit Blick auf die brennbare Unterkonstruktion mit Holzlatten. Das in Augenschein genommene Dämmmaterial sei nicht brennbar gewesen. Soweit die Beklagte mit Schriftsatz vom 02.09.2025 geltend macht, der Gutachter verwechselte offensichtlich die Abbrandrate mit der Brandausbreitungsgeschwindigkeit, die Verwendung der Abbrandrate als Maß für die Brandausbreitung sei nicht korrekt, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Der Gerichtsgutachter hat in der mündlichen Verhandlung vom 07.07.2025 ausgehend von den Angaben der Beklagten zur Abbrandrate seine Einschätzung abgegeben. Dass – entgegen der Einschätzung des Gerichtsgutachters – das verwendete Dämmmaterial brennbar gewesen sein könnte, hat die Beklagte nicht geltend gemacht und wird auch in der Stellungnahme der Feuerwehr vom 13.05.2025 nicht behauptet. Der von der Beklagten herangezogene Brand des Grenfell-Tower in London im Jahr 2017 ist mit dem hier gegebenen Sachverhalt nicht vergleichbar. Dort bestand eine brennbare Fassadenverkleidung.

- Versorgungs-/Installationsschächte/Lüftungsleitungen aus Flexrohren.

Auch insoweit ist der Senat zu der Überzeugung gelangt, dass eine auf den gesamten Gebäudekomplex bezogene gegenwärtige Gefahr nicht vorlag.

Der Senat konnte nicht feststellen, dass im Zeitpunkt der Räumung in mehr als zwei Wohnungen die Wände zu den Versorgungs-/Installationsschächten in erheblichem Maß geöffnet gewesen wären. Dies ergibt sich aus den Lichtbildern, die im Rahmen der Begehung am 19.09.2017 angefertigt wurden (Beiakte I Blatt 48, Bilder 18 und 19) und die auch dem Gutachten des Dipl.-Ing. Q. vom 13.05.2025 zugrunde liegen (dort Seite 24 f.), und steht in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Beklagten in der mündlichen Verhandlung am 07.07.2025.

Im Übrigen ist der Senat nicht zu der Überzeugung gelangt, dass von diesen Schächten – mit Blick auf das Material der Verkleidung sowie Öffnungen für Schalter, Steckdosen, Lüftungen o.ä. – eine gegenwärtige Gefahr ausgegangen wäre.

Dazu hat Prof. Dr. H. in der mündlichen Verhandlung vom 07.07.2025 ausgeführt, es habe keine erhebliche Gefahr für Leib und Leben der Bewohner bestanden. Er halte die nachträglich eingebauten Gipskartonplatten für ausreichend widerstandsfähig, um eine solche Gefährdung auszuschließen. Auch die Lüftungsleitungen zur Abführung der Küchenausdünstungen aus Flexrohren rechtfertigten kein anderes Ergebnis. In seinem Gutachten vom 16.12.2024 führte Prof. Dr. H. dazu aus, gegen das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr aufgrund angenommener Öffnungen für Schalter und Steckdosen ohne den Einsatz entsprechender Brandschutzdosen spreche eine frühzeitige Warnung durch Rauchmelder, eine reduzierte Ausbreitung des Rauchs durch seine Abkühlung in Folge der Vermischung mit kalter Luft und die erschwerte Ausbreitung des Rauchs in darüber liegende Nutzungseinheiten aufgrund der Hindernisse (Steckdosen/Schalter) in den Öffnungen. Die Beklagte macht mit Schriftsatz vom 02.09.2025 zu den Installationsschächten im Wesentlichen geltend, die festgestellte und dokumentierte Situation zeige erhebliche Abweichungen von bauzeitlich geltenden bauaufsichtlichen Vorgaben und technischen Regelwerken. Trotzdem verneine der Gerichtsgutachter in pauschaler Weise eine Gefahr für Leib und Leben der Bewohner mit der Behauptung, die eingebauten Gipskartonplatten seien ausreichend widerstandsfähig. Dies sei aber unzutreffend. Dies belegten die Ausführungen unter Ziffer 2.1 bis 2.2 des zweiten L.-Gutachtens. Aufgrund von Ungenauigkeiten in der Bauausführung liege die Wanddicke von 70 mm nicht auf der ganzen Höhe vor. Auch seien baubedingte Fugen im Deckenanschluss offen geblieben. Unter dem schwimmenden Estrich, an den die Wand unten anschließe, seien brennbare Dämmstoffe verbaut. Öffnungen in der Schachtwand seien nur mit Plastikdeckeln versehen. Weitere Brandschutzprobleme resultierten aus der Belegung

der Versorgungsschächte mit Heizungsleitungen, Kalt- und Warmwasserleitungen, Elektroverkabelung und Lüftungsleitungen für innenliegende Bäder und Küchen. Bezüglich der Versorgungsschächte im Haus 26 zeige Dipl.-Ing. L. in seinem zweiten Gutachten insgesamt 206 Mängelpunkte auf. In der gebotenen Gesamtschau mit den teilweise fehlenden Rauchmeldern, der Nichtbefahrbarkeit der Feuerwehrzufahrt, dem fehlenden Feuerwehrplan sowie der Mischbelegung der Versorgungsschächte sei eine gegenwärtige Gefahr für Leib und Leben der Bewohner anzunehmen. Dieses Vorbringen erschüttert nicht die Annahme des Gerichtsgutachters, dem diese Einwände im Einzelnen vorgehalten worden sind, eine Rauchausbreitung in dem maßgeblichen Evakuierungszeitraum sei nur derart verzögert vorstellbar, dass eine (Selbst)Rettung gefährlos möglich gewesen sei.

Soweit die Beklagte weiter geltend macht, in den geriffelten Flexrohren seien brennbare Anhaftungen (Fette) zu erwarten, auch seien die Lüftungsleitungen untereinander im Schacht verbunden, danach bestehe sowohl das Risiko eines Brandereignisses innerhalb des Lüftungsrohrs als auch das Problem, dass bei einem größeren Brandereignis nach dem Versagen des Rohrs ein Brand über dessen Öffnungen in der Schachtwand in die Geschosse getragen würde, erschüttert sie ebenfalls nicht die Annahme des Gerichtsgutachters, im Brandfall sei aufgrund der baulichen Gegebenheiten mit einer verzögerten Rauchentwicklung zu rechnen, so dass – innerhalb des Evakuierungszeitraums – eine (Selbst)Rettung möglich sei.

Auch der Verweis der Beklagten auf das Gutachten des Dipl.-Ing. L. vom 02.09.2025 führt zu keinem anderen Ergebnis. Es führt auf Seite 10 f. aus, wegen der brennbaren Kabelisolierungen und etwaigen Fettablagerungen in der Küchenabluft werde ein in den Versorgungsschacht eintretender Brand eher keine Abkühlung erfahren, sondern die dortigen Brandlasten entzündet und seine Temperatur fortschreitend erhöhen, so dass eine vertikale Brandausbreitung zu erwarten sei, die bereits zu einem frühen Zeitpunkt über die Grenzen der einzelnen Wohnungen hinausgehe. Auch damit wird nicht aufgezeigt, dass der Gerichtssachverständige relevante Gesichtspunkte in seine Gefahrbeurteilung nicht eingestellt hätte. Insbesondere ergibt sich aus dem Vorbringen nicht, dass eine Brandausbreitung in Wohnungen hinein innerhalb des Evakuierungszeitraums von 30–45 Minuten trotz der vom Gerichtssachverständigen insoweit für ausreichend brandbeständig gehaltenen Verkleidung der Installationsschächte erfolgt wäre und wesentliche Teile des Gebäudekomplexes erfasst hätte. Es berücksichtigt auch nicht die weitere – überzeugende – Überlegung des Gerichtssachverständigen,

dass die Bewohner eventuell gleichwohl betroffener Wohnungen rechtzeitig durch Rauchmelder zur Selbstrettung über die notwendigen Flure und das Sicherheitstreppenhaus veranlasst würden.

- Defekte Steigleitungen in den Sicherheitstreppenhäusern.

Auch hinsichtlich dieses Mangels ist der Senat der Überzeugung, dass er jedenfalls keine den gesamten Gebäudekomplex betreffende gegenwärtige Gefahr begründet hat, sondern allenfalls für die Löschwasserversorgung in den oberen Geschossen des Gebäudekomplexes relevant sein kann.

Prof. Dr. H. hat in der mündlichen Verhandlung vom 07.07.2025 ausgeführt, auch insoweit sei eine erhebliche Gefahr für die Bewohner im Brandfall nicht festzustellen. Bis zum 11. Obergeschoss biete die Benutzung von Steigleitungen keinen nennenswerten Zeitvorteil. Allerdings werde ab dem 11. Obergeschoss die Versorgung mit Löschwasser ohne Steigleitung wegen der Reibungsverluste in den Schläuchen schwierig bis nicht mehr möglich. Bei einer 200 m langen Zuleitung bis zum Zugang des Treppenraumes sei ein kritischer Druckverlust früher zu erwarten. Außerdem sei bei der Verlegung der Schläuche ein gewisser, letztlich aber nicht entscheidender Zeitverlust zu verzeichnen.

Unabhängig davon hebt Prof. Dr. H. in seinem Gutachten vom 16.12.2024 hervor, dass die trockenen Löschwasseranlagen in erster Linie der Ermöglichung wirksamer Löschmaßnahmen dienen. Dies ist nach der Überzeugung des Senats von der hier zu prüfenden Fragestellung zu unterscheiden, ob innerhalb des Evakuierungszeitraums (30–45 Minuten) die (Selbst-)Rettung von Personen möglich war. Die (Selbst)Rettung durch den Sicherheitstreppenraum ist innerhalb der vom Gerichtsgutachter zugrunde gelegten Evakuierungszeit auch im Falle defekter trockener Steigleitungen nicht beeinträchtigt gewesen.

Diese Überzeugung des Senats wird auch nicht durch den von der Beklagten mit Schriftsatz vom 02.09.2025 erhobenen Einwand erschüttert, der Gerichtsgutachter verharmlose den Zeit- und Druckverlust bei defekter Steigleitung. Die Beklagte führt selbst aus, nach der maßgeblichen Einsatzpraxis ihrer Berufsfeuerwehr seien Steigleitungen stets in einem Hochhaus zur Vermeidung von kostbaren Zeitverlusten für den Innenangriff, d.h. für die Löscharbeiten erforderlich.

- Decken- und Wanddurchbrüche in den Technikräumen/Waschmaschinenräumen; schadhafte Türen der Technikräume; unterbundene Querlüftung. Diese Mängel beeinträchtigten nach der Überzeugung des Senats ebenfalls nicht die gefahrlose (Selbst) Rettung der Bewohner innerhalb des Evakuierungs-

zeitraums. Auch diese Überzeugung beruht auf den nachvollziehbaren und schlüssigen gutachterlichen Darlegungen des Prof. Dr. H.

Er führte in der mündlichen Verhandlung am 07.07.2025 aus, er sehe, soweit Deckendurchbrüche in den Technikräumen nicht ordnungsgemäß verschlossen gewesen seien, mit Blick auf den Feuerchutzabschluss der Technikräume keine erhebliche Gefahr für die Bewohner im Hinblick auf die Nutzung der notwendigen Flure. Auch von der Durchführung eines Kabels aus den Technikräumen in das Treppenhaus für die Sicherheitsbeleuchtung gehe keine relevante Gefahr für die Benutzung des Treppenhauses aus. Schadhafte Türen habe er weder bei der Ortsbegehung noch anhand der Akten erkannt. Es sei auch in Rechnung zu stellen, dass diese Türen selten genutzt worden seien. Das Fehlen solcher Türen wäre aber ein relevanter Mangel.

Die Richtigkeit dieser Einschätzung hat die Beklagte mit ihrem Vorbringen mit Schriftsatz vom 02.09.2025 nicht in Frage gestellt. Insbesondere hat die Beklagte nicht dargelegt, in welchen Technikräumen Türen schadhaft gewesen sein sollten bzw. sogar gefehlt hätten. Im Ortstermin konnte der Berichterstatter des Senats ebenfalls keine fehlenden Türen zu den Technikräumen feststellen. Soweit die Beklagte geltend macht, der Gerichtsgutachter habe offensichtlich den Umstand übersehen, dass es Durchbrüche (von den Technikräumen) unmittelbar in den Sicherheitstreppenraum gebe, die nach den Ausführungen der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 07.07.2025 die Kabelführung für die Sicherheitsbeleuchtung betreffen sollen, führt dies zu keiner anderen Einschätzung des Senats. Dass – entgegen der Einschätzung des Gerichtsgutachters – durch nicht geschottete Durchbrüche für die Kabelführung der Sicherheitsbeleuchtung im Brandfall relevante Rauchmengen in den Sicherheitstreppenraum gelangen konnten, ist nach der Überzeugung des Senats schon wegen des geringen Querschnitts der Kabel nicht plausibel und hat die Beklagte auch nicht näher ausgeführt. Zudem hat Prof. Dr. H. in seiner Stellungnahme vom 17.05.2025 ausgeführt, im Inneren der Technikräume seien in den stichprobenartig überprüften Fällen keine gefährdenden Öffnungen erkennbar gewesen. Die Öffnungen seien ausreichend verschlossen gewesen, z.B. mit Mineralwolle (vgl. Abbildung 4 seiner Stellungnahme). Damit habe keine Gefahr einer Brand- und Rauchausbreitung bestanden.

Zu den Waschmaschinenräumen führte Prof. Dr. H. in der mündlichen Verhandlung vom 07.07.2025 aus, er habe dort mangelhafte Deckendurchbrüche ebenfalls nicht feststellen können. Aber selbst bei vorhandenen Deckendurchbrüchen sehe er keine erheb-

liche Gefahr für Leib und Leben der Bewohner. Das Erfordernis einer Querlüftung im Bereich des Flures erkenne er nicht. Dem hält die Beklagte ohne Erfolg entgegen, die Einschätzung des Gerichtsgutachters sei nicht nachvollziehbar. Ein nächtlicher Brand in den Waschmaschinenräumen könne infolge der vertikalen Brandausbreitung zu einer lebensbedrohlichen Situation für schlafende Bewohner in den darüber liegenden Geschossen führen, bevor überhaupt eine Brandmeldung erfolge. Es sei auch zu beachten, dass durch Brandrauch direkt alle Bewohner der anliegenden Wohnungen vom einzigen Rettungsweg abgeschnitten würden. Mit diesem Vorbringen erschüttert die Beklagte nicht die Plausibilität der Einschätzung des Gerichtsgutachters. Sie hat schon nicht dargelegt, wo und in wie vielen Waschmaschinenräumen Deckendurchbrüche vorhanden gewesen sein sollten. Weiterhin fehlt die Auseinandersetzung mit den Angaben des Gerichtsgutachters in seiner Stellungnahme vom 17.05.2025. Dort führte er aus, auch die Waschmaschinenräume seien durch Türen abgetrennt gewesen. Es seien einzelne Kernbohrungen vorhanden gewesen. Durch die Abtrennung vom notwendigen Flur sei keine erhebliche Rauchausbreitung zu befürchten gewesen. Zudem hätten die Waschmaschinenräume die notwendigen Flure nicht über alle Geschosse verbunden. Dass die Waschmaschinenräume entgegen der gutachterlichen Einschätzung nicht durch Türen von den notwendigen Fluren getrennt gewesen wären, ließ sich im Ortstermin nicht bestätigen und hat die Beklagte auch nicht dargelegt.

- Mangelnde Dichtigkeit der Fahrstuhl Türen. Auch insoweit lag keine gegenwärtige Gefahr vor. Die Überzeugung des Senats beruht auch hier auf den gutachterlichen Ausführungen des Prof. Dr. H. Er gab in der mündlichen Verhandlung vom 07.07.2025 an, er könne keine Gefahr für Leib und Leben der Bewohner erkennen. Die Aufzüge verfügten zwar über keine Vorräume. Diese seien auch heute bei Hochhäusern bis 22 m Höhe rechtlich nicht erforderlich. Die gegebene Entrauchung über den Schacht, der oben eine Entrauchungsöffnung habe, halte er für ausreichend, um eine vertikale Ausbreitung von Feuer und Rauch über die Geschosse zu verhindern. In seinem Gutachten vom 16.12.2024 führte er dazu aus, das Schutzziel „Verhinderung der Brand- und Rauchausbreitung“ werde durch die Kombination aus den Fahrstuhlschächten mit der Entrauchungsöffnung an oberster Stelle der Fahrstuhlschächte gewährleistet. Soweit die Beklagte mit Schriftsatz vom 02.09.2025 geltend macht, die Einschätzung des Gerichtsgutachters sei nicht nachvollziehbar, weil Fahrstuhlschächte im Brandfall wie Kamine wirkten, der Verzicht auf Vorräume lasse im Brandfall Rauch ungehindert in

den Fahrstuhlschacht eindringen, zudem könnten Fahrstühle durch Rauchsteuerungen außer Betrieb gehen oder durch Rauchfahrten zur tödlichen Falle werden, rechtfertigt dies keine andere Einschätzung. Die Beklagte berücksichtigt nicht die für die Einschätzung des Gerichtsgutachters maßgeblichen Entrauchungsöffnungen, von deren Existenz sich der Berichterstatter in dem Ortstermin überzeugt hat. Es ist plausibel, dass die vorhandene Entrauchung im Brandfall einen relevanten Raucheintrag in die notwendigen Flure verhindert bzw. ausreichend lange hinausgezögert hätte.

- Brandschutzmängel im Bereich der Tiefgarage und der Kellerräume
Ungeachtet der vom Gerichtssachverständigen im einzelnen begründeten Beurteilung, die zum Zeitpunkt der Räumung angetroffene Situation in der Tiefgarage und in den Kellerräumen rechtfertigt nicht die Annahme einer gegenwärtigen Gefahr für die Bewohner im Brandfalle, hat die Beklagte nicht aufzuzeigen vermocht, dass und warum eine sofortige und vollständige Räumung der Tiefgarage und der Kellerräume nicht hinreichend geeignet gewesen wäre, einen Brandausbruch in diesen Gebäudeteilen, der immerhin zwei der in ihrem Bescheid angenommenen drei Brandszenarien zugrunde lag, hinreichend auszuschließen.

Die Beklagte ist zudem auch zu Unrecht davon ausgegangen, dass sich eine auf den gesamten Gebäudekomplex bezogene gegenwärtige Gefahr (auch) aus einer Gesamtbetrachtung ergab, die die Anzahl bzw. das Ausmaß der Abweichungen des Gebäudes von verbindlichen Brandschutzvorgaben, die besondere Struktur des Gebäudekomplexes und dessen allgemeinen Zustand miteinbezieht. Dass die von der Beklagten angenommenen Abweichungen von Brandschutzvorgaben untereinander so zusammenhängen, dass sie sich in ihren Auswirkungen derart verstärkten, dass die Schwelle der gegenwärtigen Gefahr überschritten war, ist zur Überzeugung des Senats ebenfalls nicht ersichtlich. Prof. Dr. H. hat in der mündlichen Verhandlung am 12.11.2025 zu der Beweisfrage, ob die von der Beklagten zur Rechtfertigung ihrer Räumungsentscheidung angeführten Umstände, die nach seiner – des Sachverständigen – Einschätzung keine gegenwärtige Gefahr begründeten, auch bei einer Gesamtbetrachtung nicht zu einer Überschreitung der maßgeblichen Gefahrenschwelle führen, ausgeführt, auch bei einer solchen Gesamtbetrachtung komme er nicht zu dem Schluss, dass eine gegenwärtige Gefahr für Leib und Leben der Bewohner des Gebäudes im Brandfall bestanden habe. Maßgeblich für diese Beurteilung sei dabei, dass nach seinem Dafürhalten nur die Entstehung eines Brandes und nicht mehrerer Brandereignisse zu bedenken sei

und die erörterten Mängel sich auf verschiedene Räume bezögen. Dieser Einschätzung schließt sich der Senat an. Zahlreiche der von der Beklagten festgestellten Brandschutzmängel betreffen nur einzelne Räume (z.B. Waschmaschinenräume, Technikräume, einzelne Wohnungen betreffende Mängel) und hätten im Brandfall nur lokale Bedeutung innerhalb (einer Etage) eines Hochhauses, nicht innerhalb des gesamten jeweiligen Gebäudes oder des gesamten Gebäudekomplexes gehabt.

Soweit die Beklagte in der mündlichen Verhandlung am 12.11.2025 die Einholung eines Obergutachtens beantragt und geltend gemacht hat, das durch den Senat eingeholte Gutachten des Prof. Dr. H. sei nicht verwertbar, er habe in seinem schriftlichen Gutachten vom 16.12.2024 einen unzutreffenden Wahrscheinlichkeitsmaßstab zum Eintritt von Brandereignissen zugrunde gelegt, deshalb sei er auch bei den nachfolgenden Befragungen vorfestgelegt gewesen, führt dies nicht zum Erfordernis der Durchführung einer weiteren Beweiserhebung.

Hinsichtlich eines zusätzlich einzuholenden Sachverständigengutachtens ist den Tatsachengerichten nach § 98 VwGO i.V.m. §§ 404 und 412 ZPO Ermessen eröffnet. Liegt dem Gericht bereits eine sachverständige Äußerung zu einem Beweisthema vor, muss es ein weiteres Gutachten nur einholen, wenn die vorhandene Stellungnahme von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht, inhaltliche Widersprüche oder fachliche Mängel aufweist oder Anlass zu Zweifeln an der Sachkunde oder Unparteilichkeit des Gutachters besteht. Die Verpflichtung zur Einholung eines weiteren Gutachtens folgt nicht schon daraus, dass ein Beteiligter das vorliegende Gutachten als Erkenntnisquelle für unzureichend hält.¹⁵

Davon ausgehend hat der Senat den Beweisantrag der Beklagten in der mündlichen Verhandlung am 12.11.2025 in Ausübung des ihm eröffneten Ermessens abgelehnt und u.a. ausgeführt, die Klägerin habe die Erforderlichkeit eines Obergutachtens nicht aufgezeigt. Der Senat halte das Gutachten des Gerichtsgutachters in der Fassung seiner Ausführungen in den mündlichen Verhandlungen in Zusammenschau mit dem umfangreichen Sachvortrag der Beklagten und den dazu vorgelegten Gutachten als Beurteilungsgrundlage für ausreichend. An dieser Beurteilung hält der Senat fest.

Es ist nicht ersichtlich, dass die Ausführungen des Gerichtsgutachters auf einem unzutreffenden rechtlichen Maßstab beruhten und daher unverwertbar wären. Der Senat hat den Sachverständigen zu Beginn und

während seiner Anhörung in der mündlichen Verhandlung vom 07.07.2025 ausdrücklich und wiederholt auf die „Glücksfall-Rechtsprechung“ des Oberverwaltungsgerichts (s.o.) hingewiesen und ihm aufgeben, diese zur Grundlage seiner Erwägungen zu machen und davon auszugehen, dass es in der Nacht nach dem Räumungstage zu einem Brandereignis gekommen wäre. Diesen Maßstab der Gefahrenbeurteilung hat sich der Gerichtssachverständige erkennbar zu eigen gemacht und ist davon ausgehend zu den in den Protokollen der mündlichen Verhandlungen vom 07.07.2025 und vom 12.11.2025 festgehaltenen Bewertungen gelangt. Dass Prof. Dr. H. seine in den mündlichen Verhandlungen abgegebenen Einschätzungen davon abhängig gemacht haben könnte, sich nicht in Widerspruch zu Ausführungen in seiner schriftlichen Begutachtung zu setzen, ist nicht erkennbar und nach der Überzeugung des Senats ausgeschlossen. Die Beklagte hat eine entsprechende Behauptung auch nicht näher substantiiert.

Untersagung von Nutzungen zu Prostitutionszwecken

BauO NRW § 82 Abs. 1 Satz 2; VwGO § 113 Abs. 1 Satz 4.

Der Regelungsgehalt eines Verwaltungsakts ist durch Auslegung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung des Empfängerhorizontes und der speziellen Sachkunde des adressierten Fachkreises in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Der Regelungsgehalt kann sich aus dem gesamten Inhalt des Verwaltungsaktes ergeben, insbesondere aus seiner Begründung, sowie aus den weiteren, den Beteiligten bekannten oder ohne weiteres erkennbaren Umständen.

OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 26.11.2025 – 7 A 1988/23.

Aus den Gründen: Die zulässige Berufung der Beklagten hat Erfolg. Die Klage ist zwar zulässig, aber unbegründet.

Die Klage ist als Fortsetzungsfeststellungsklage i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zulässig.

Gem. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO spricht das Gericht auf Antrag durch Urteil aus, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist, wenn er sich vorher erledigt und der Kläger ein berechtigtes Interesse an der Feststellung hat.

Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.

Entgegen dem Vorbringen der Beklagten hat sich die Nutzungsuntersagungsverfügung vom 28.08.2020 erle-

¹⁵ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 15.07.2019 – 2 B 8.19, juris, Rdnr. 12 m.w.N.

digt. Mit Schriftsatz vom 19.05.2025 hat die Beklagte mitgeteilt, dass hinsichtlich der am 16.02.2022 erteilten Baugenehmigungen die Schlussabnahme am 31.07.2024 erfolgt ist. Die Gebäude werden zwischenzeitlich auch entsprechend der Baugenehmigungen vom 16.02.2022 genutzt.

Die Klägerin hat auch ein berechtigtes Interesse an der von ihr begehrten Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ordnungsverfügung der Beklagten vom 28.08.2020 geltend gemacht.

Bei einer Fortsetzungsfeststellungklage, die der Vorbereitung einer zivilrechtlichen Klage auf Schadensersatz oder Entschädigung dienen soll, ist das Feststellungsinteresse zu bejahen, wenn ein solcher Prozess bereits anhängig, mit Sicherheit zu erwarten oder ernsthaft beabsichtigt ist, die begehrte Feststellung in diesem Verfahren erheblich und die Rechtsverfolgung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Insoweit bedarf es hinreichender Darlegungen seitens des die Feststellung begehrenden Klägers. Hierzu gehört insbesondere, dass er die Behauptung eines eingetretenen Schadens durch Angaben zur Art des Schadens und zur annähernden Schadenshöhe substantiiert.¹

Die Klägerin beabsichtigt nach ihrem Vorbringen, gegenüber der Beklagten Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Sie hat ihren Schaden in Gestalt des Mietausfalls in Höhe von monatlich 5.760 € auch hinreichend substantiiert.

Die beabsichtigte Schadensersatzklage ist auch nicht offensichtlich erfolglos.

Bei der Prüfung dieses Ausschlusskriteriums ist ein strenger Maßstab anzulegen. Die Wahrscheinlichkeit eines Misserfolgs im zivilgerichtlichen Verfahren genügt nicht. Offensichtlich aussichtslos ist eine Staatshaftungsklage nur, wenn der geltend gemachte Anspruch unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt besteht und sich dies ohne eine ins Einzelne gehende Prüfung aufdrängt.²

Dies ist vorliegend nicht der Fall. Hinsichtlich der geltend gemachten Mietausfälle erscheint ein Amtshaftungsanspruch der Klägerin jedenfalls nicht von vornherein aussichtslos. Soweit die Beklagte geltend macht, wegen der formellen Illegalität der ausgeübten Nutzung beruhe der Mietausfall nicht auf der Nutzungsuntersagung, sondern sei die Folge der rechtswidrigen Nutzung der Gebäude, schließt dies einen Anspruch der Klägerin nicht offensichtlich aus. Auch die von der Beklagten aufgeworfene Frage, ob die geltend gemachten Mietausfälle auf gesetzeswidriger Weise erzielt worden und deshalb nicht als entgangener Gewinn gem. § 252 BGB im Wege der Amtshaftung erstattungsfähig seien, kann nicht ohne eine nähere Prüfung beantwortet werden.

Die Klage ist aber unbegründet. Die mit Bescheid vom 28.08.2020 angeordnete Nutzungsuntersagung war rechtmäßig und verletzte die Klägerin nicht in ihren Rechten.

Rechtsgrundlage der Nutzungsuntersagung mit Bescheid vom 28.08.2020 war § 82 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW 2018. Danach kann die Nutzung untersagt werden, wenn Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt werden.

Die Nutzungsuntersagungsverfügung war zunächst formell rechtmäßig.

Sie war auch hinreichend bestimmt. Regelungsgehalt der Ordnungsverfügung ist die Untersagung der Nutzung einzelner Zimmer zu Wohnzwecken und gewerblichen Zwecken als jeweils eigenständige Nutzungseinheit.

Hinreichend bestimmt ist ein Verwaltungsakt, wenn der Adressat erkennen kann, was von ihm gefordert wird, und wenn der Verwaltungsakt geeignet ist, Grundlage für Maßnahmen zu seiner zwangsweisen Durchsetzung zu sein. Im Einzelnen richten sich die Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit eines Verwaltungsakts nach den Besonderheiten des jeweils anzuwendenden und mit dem Verwaltungsakt umzusetzenden materiellen Rechts. Der Regelungsgehalt eines Verwaltungsakts ist durch Auslegung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung des Empfängerhorizontes und der speziellen Sachkunde des adressierten Fachkreises in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Der Regelungsgehalt kann sich aus dem gesamten Inhalt des Verwaltungsaktes ergeben, insbesondere aus seiner Begründung, sowie aus den weiteren, den Beteiligten bekannten oder ohne weiteres erkennbaren Umständen.³

Nach diesem Maßstab war Regelungsgehalt der Nutzungsuntersagung mit Bescheid vom 28.08.2020 – entgegen dem Verständnis der Beklagten – (nur) die Untersagung der Nutzung einzelner Zimmer als jeweils eigenständige Nutzungseinheit. Dies ergibt sich bereits aus den Nrn. 1 und 2 des Tenors des angefochtenen Bescheides. Dort heißt es ausdrücklich, es werde „jegliche Nutzung der (...) leerstehenden einzelnen Zimmer zu Wohnzwecken und gewerblichen Zwecken“ (Nr. 1) bzw. „jegliche Nutzung der (...) derzeit durch Dritte genutzten einzelnen Zimmer zu Wohnzwecken

1 Vgl. OVG NRW, Urt. v. 30.03.2022 – 10 A 668/19, BRS 90 Nr. 45 = juris, Rdnr. 50 m.w.N.

2 Vgl. BVerwG, Urt. v. 10.12.2013 – 8 C 5.12, NVwZ-RR 2014, 465 = juris, Rdnr. 29 m.w.N.

3 Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.10.2017 – 8 C 14.16, ZfWG 2018, 139 = juris, Rdnr. 12 f.; OVG NRW, Beschl. v. 18.07.2022 – 10 B 566/22, juris, Rdnr. 5 m.w.N.

und gewerblichen Zwecken“ (Nr. 2) untersagt. In Nr. 3 des angefochtenen Bescheides heißt es zudem, die Untersagungen nach Nrn. 1 und 2 umfassten „das Verbot der Vermietung und Überlassung der Zimmer an Dritte“. Auch heißt es in der Begründung des Bescheides direkt zu Beginn, „für die Nutzung der einzelnen Zimmer zu Wohnzwecken und gewerblichen Zwecken“ liege die erforderliche Baugenehmigung nicht vor.

Die so verstandene Ordnungsverfügung vom 28.08.2020 war – entgegen der Einschätzung des Verwaltungsgerichts – auch materiell rechtmäßig.

Die zum maßgeblichen Zeitpunkt des Erlasses der Ordnungsverfügung ausgeübte Nutzung in den Gebäuden N.-straße 23 und 25 in Q. war formell illegal.

Wer eine Anlage nutzt, ohne im Besitz der dafür erforderlichen Baugenehmigung zu sein, verstößt gegen die Ordnungsfunktion des formellen Baurechts. Eine formell illegale Nutzung kann daher nach ständiger Rechtsprechung der Bausenate des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen regelmäßig rechts- und ermessensfehlerfrei untersucht werden.⁴

Nach dem Inhalt der Akten wurden die Gebäude N.-straße 23 und 25 zu Prostitutionszwecken genutzt, obgleich dafür keine Baugenehmigung bestand.

Diese Überzeugung beruht auf den in den Verwaltungsvorgängen dokumentierten Feststellungen der Beklagten, insbesondere dem Einsatzbericht vom 03.06.2020 zum Einsatz der Polizei im Gebäude N.-straße 23 am 29.05.2020, dem Vermerk der Polizei vom 08.07.2020 zur Begehung des Gebäudes N.-straße 23 am 29.06.2020, dem Einsatzbericht vom 15.(17.)7.2020 zur Vor-Ort-Kontrolle der Wohnhäuser N.-straße 21, 23 und 25 am 15.07.2020 sowie dem Vermerk der Bauaufsicht vom 15.07.2020 über die Kontrolle der Gebäude N.-straße 23 und 25 am selben Tag. So heißt es im Einsatzbericht der Polizei vom 03.06.2020 zu einer Kontrolle in der N.-straße 23 am 29.05.2020, in dem Haus hätten sich mehrere Frauen aufgehalten und alle Wohnungstüren hätten offen gestanden. Die Zimmer der Wohnungen seien offensichtlich einzeln vermietet worden. Vor dem Wohnhaus sei zu beobachten gewesen, wie ein Mann Kontakt zu einer der Frauen aufgenommen habe und anschließend beide gemeinsam in das Wohnhaus gegangen seien. Es bestehe der Verdacht, dass in dem Mehrparteienhaus der illegalen Prostitution nachgegangen werde. Ausweislich des Vermerks der Polizei vom 08.07.2020 zur Begehung des Gebäudes N.-straße 23 am 29.06.2020 haben die Beamten die öffentlich zugänglichen Wohneinheiten in Augenschein genommen und den Eindruck eines Laufhauses/Bordells erlangt. Vor der Wohnungseingangstür habe sich je eine weibliche Person befunden. In den Zimmern hätten neben den Betten Nachttische mit Hygienetüchern

und Kondomen gestanden. Alle angetroffenen Personen hätten übereinstimmend geschildert, dass sie für je ein Zimmer einer Wohnung einen Mietpreis zwischen 350 und 450 € zahlten. Es existierten keine Mietverträge und die Miete würde immer in bar entrichtet. Einige der angetroffenen Personen hätten berichtet, als Prostituierte zu arbeiten. Es sei zu vermuten, dass der Eigentümer die Zimmer der zehn Wohneinheiten einzeln an Prostituierte vermiete. Bei diesen handle es sich in der Regel um Bulgarinnen und Rumäninnen. Die Zimmer würden nach Meinung der Beamten als Verrichtungszimmer für sexuelle Dienstleistungen genutzt. Im Einsatzbericht vom 15.07.2020 heißt es hinsichtlich der Kontrolle in den Gebäuden N.-straße 21, 23 und 25 außerdem, viele der angetroffenen Frauen seien im Besitz von Bescheinigungen nach dem Prostituiertenschutzgesetz gewesen. Auf die Frage, ob die Prostitutionstätigkeit im Haus N.-straße 25 ausgeübt werde, hätten die Frauen auffällig „ertappt“ verneint. Die Räumlichkeiten erweckten den gleichen Eindruck wie die Zimmer in der Linienstraße, welche als Prostitutionsort bekannt und erlaubt sei.

Soweit die Klägerin in der mündlichen Verhandlung am 26.11.2025 erneut geltend gemacht hat, in den Gebäuden Nrn. 23 und 25 habe kein Prostitutionsbetrieb existiert, die Häuser seien videoüberwacht worden, eine Prostitutionsnutzung wäre somit von ihr festgestellt worden, führt dieses Vorbringen zu keinem anderen Ergebnis. Der Senat wertet das Vorbringen der Klägerin als Schutzbehauptung. Nach der Überzeugung des Senats lässt die Aktenlage nur den oben gezogenen Schluss zu.

Bei dieser Prostitutionsnutzung handelte es sich auch um eine genehmigungsbedürftige Nutzungsänderung.

Eine Nutzungsänderung liegt vor, wenn durch die Verwirklichung eines Vorhabens die einer genehmigten Nutzung eigene Variationsbreite verlassen wird und durch die Aufnahme dieser veränderten Nutzung bodenrechtliche Belange neu berührt werden können, so dass sich die Genehmigungsfrage unter bodenrechtlichem Aspekt neu stellt.⁵

Bei dem Übergang von der genehmigten Wohnnutzung zu der Nutzung zum Zwecke der gewerblichen Prostitution handelt es sich um eine Nutzungsänderung, da dem Gebäude damit eine neue Zweckbestimmung gegeben wird. Von der Prostitution gehen andere (milieubedingte) städtebauliche Wirkungen aus als von einer

⁴ Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 14.02.2014 – 2 A 1181/13, juris, Rdnr. 9; v. 27.01.2021 – 7 B 1527/20, juris, Rdnr. 6 ff. m.w.N., und v. 17.01.2025 – 10 B 1174/24, juris, Rdnr. 23.

⁵ Vgl. BVerwG, Urt. v. 18.11.2010 – 4 C 10.09, BRS 76 Nr. 76 = BauR 2011, 623; OVG NRW, Beschl. v. 19.10.2023 – 10 B 1171/22, BauR 2024, 252 = juris, Rdnr. 7.

Wohnnutzung. Dies gilt auch für die sog. Wohnungsprostitution, die regelmäßig eine das Wohnen störende gewerbliche Nutzung darstellt.⁶

Die ungenehmigte Einzelzimmernutzung war zudem mit Blick auf § 33 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW 2018 materiell rechtswidrig. Nach dieser Vorschrift müssen für Nutzungseinheiten wie Wohnungen in jedem Geschoss mit Aufenthaltsräumen mindestens zwei voneinander unabhängige Rettungswege ins Freie vorhanden sein. Dies gilt auch für als eigenständige Nutzungseinheiten vermietete Einzelzimmer. Hier lag für die zweiten Rettungswege der hofseitigen Zimmer eine veränderte Rettungswegesituation vor. So hat die Beklagte schon im erstinstanzlichen Eilverfahren (VG Gelsenkirchen, Aktenzeichen 10 L 950/20) mit Schriftsatz vom 25.09.2020 zutreffend darauf hingewiesen, dass der Bereich oberhalb des zweiten Obergeschosses aufgrund der vorhandenen Fußbodenhöhen ausscheide, um tragbare Leitern im Innenhof als zweiten Rettungsweg einzusetzen. Dass der zweite Rettungsweg etwa gem. § 33 Abs. 3 BauO NRW 2018 durch die Feuerwehr mittels eines Hubrettungsgeräts sichergestellt werden konnte, ist angesichts der Hinterhofsituation nicht erkennbar.

Die Klägerin konnte als Eigentümerin und Vermieterin der Zimmer auch als Zustands- und Verhaltensverantwortliche in Anspruch genommen werden.

Für die Entscheidung der Behörde über das Einschreiten gegen illegale Nutzungen baulicher Anlagen und insbesondere für ihre Ermessensbetätigung sind die Aspekte der Effektivität der Gefahrenabwehr und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit maßgeblich.⁷

Nach diesem Maßstab war die Inanspruchnahme der Klägerin als Eigentümerin die effektivste Vorgehensweise, um einen rechtmäßigen Zustand herzustellen. Eine Inanspruchnahme der Mieter schied hier schon wegen der (teilweise) unklaren Meldelage hinsichtlich der in den Häusern angetroffenen Personen sowie den (teilweise) fehlenden inländischen Anschriften aus. So gaben die Frauen zum Teil an, sie seien zu Besuch und lebten in Bulgarien. Ebenso war eine Zuordnung der angetroffenen Personen zu den einzelnen Nutzungseinheiten erkennbar nicht möglich.

Die angefochtene Nutzungsuntersagung war auch nicht ermessensfehlerhaft.

Eine Nutzungsuntersagung kann in aller Regel – und so auch hier – allein auf die formelle Illegalität gestützt werden. Eine auf die formelle Illegalität gestützte Nutzungsuntersagungsverfügung stellt sich zwar dann als unverhältnismäßig dar, wenn der erforderliche Bauantrag gestellt, dieser nach Auffassung der Baugenehmigungsbehörde genehmigungsfähig ist und der Erteilung der Baugenehmigung auch sonst keine Hindernisse entgegenstehen.⁸

Die Klägerin hat jedoch schon keinen Bauantrag für eine Nutzung der Gebäude zu Prostitutionszwecken gestellt.

Anders als vom Verwaltungsgericht angenommen ist die angefochtene Nutzungsuntersagung auch zur Herstellung rechtmäßiger Zustände geeignet. Es bedurfte insbesondere nicht der Untersagung der Nutzung der bisherigen Wohnungen, da diese Wohnungen aufgrund der festgestellten Einzelzimmernutzungen als selbständige Nutzungseinheiten zum Zeitpunkt des Erlasses der Ordnungsverfügung tatsächlich nicht mehr existierten. Somit ist es für den Ausgang des Verfahrens auch ohne Belang, ob die Dachgeschosswohnung in der N.-straße 23 an einen Mieter vermietet gewesen sei bzw. zum maßgeblichen Zeitpunkt leer gestanden habe, wie die Klägerin in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht hat.

6 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 28.06.1995 – 4 B 137/95, BRS 57 Nr. 69 = BauR 1996, 78; OVG NRW, Beschl. v. 09.02.2010 – 10 A 471/09, juris, Rdnr. 4 f.

7 Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 30.03.2017 – 7 B 46/17, juris, Rdnr. 6 m.w.N. und v. 02.08.2018 – 7 B 879/18, juris, Rdnr. 6.

8 Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 27.01.2021 – 7 B 1527/20, juris, Rdnr. 6 m.w.N.

Immissionsschutzrecht

Genehmigung für Windenergieanlagen, Rückbaupflicht, Standsicherheit

BauGB § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3; 9.BImSchV § 13; BImSchG §§ 4, 12 Abs. 1 Satz 1.

1. Die Rückbaupflicht nach § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB ist grundsätzlich umfassend und schließt demnach die Beseitigung unterirdischer Anlagenteile, wie Pfahlgründungen bei Windenergieanlagen, ein. Auch die für solche Beseitigungen voraussichtlich anfallenden Kosten müssen daher durch eine Bürgschaft als Sicherheitsleistung nach § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB abgedeckt sein.

2. Eine Genehmigung nach § 4 BImSchG für eine Windenergieanlage schließt die Feststellung ihrer Standsicherheit ein. Zu den Grenzen, in denen ein Prüfenieur für Baustatik insoweit Aufgaben der Genehmigungsbehörde übernehmen kann.

Nieders. OVG, Beschl. v. 12.12.2025 – 12 MS 43/24.

Aus den Gründen: Der Abänderungsantrag der Beigeladenen ist zur erstrebten Wiederherstellung der sofortigen Vollziehbarkeit der ihr erteilten Genehmi-

gung erforderlich.¹ Er beschränkt sich vorliegend zu Recht auf die Änderung des Senatsbeschlusses vom 13.08.2024 und ist nicht auch noch darüber hinaus auf eine gerichtliche Anordnung der sofortigen Vollziehung der Genehmigung gerichtet; diese Vollziehbarkeit ergibt sich nämlich in der vorliegenden Fallgestaltung² nach einer antragsgemäß erfolgten Änderung bereits aus der dann (wiederauflebenden) Wirkung des § 63 BImSchG.

Der demnach statthafte Abänderungsantrag hat jedoch keinen Erfolg. Er ist zwar zulässig (1), aber unbegründet (2).

1. (Wesentliche) Zulässigkeitsvoraussetzung ist, dass „veränderte Umstände“ i.S.d. § 80 Abs. 7 Satz 2 (i.V.m. § 80a Abs. 3) VwGO vorliegen.

Diese Voraussetzung ist hier erfüllt, weil der Senat seinen Beschluss vom 13.08.2024 darauf gestützt hat, dass die angegriffene Genehmigung vom 04.08.2022 i.d.F. vom 04.03.2024 an erheblichen Rechtsfehlern leide, die in ihrer Gesamtheit zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs führten, und die Genehmigung in ihrer konsolidierten Fassung vom 04.07.2025 jedenfalls den nicht offensichtlich unrichtigen Anspruch erhebt, dass durch sie die oben unter I. b) aa) bis dd) angeführten Fehler behoben worden seien.

2. Wie der Senat bereits entschieden hat,³ ist im Rahmen der Begründetheit des Abänderungsantrags unter Rückgriff auf allgemeine Grundsätze im ersten Schritt darauf abzustellen, ob der gegen diese Genehmigung in der Hauptsache gerichtete Rechtsbehelf voraussichtlich weiterhin erfolgreich sein wird. Dies ist hier der Fall.⁴

a) Der Widerspruch als statthafter Rechtsbehelf in der Hauptsache ist zutreffend auf die Genehmigung in ihrer aktuellen Fassung erstreckt worden. Der Antragsteller ist als anerkannte Umweltvereinigung auch weiterhin widerspruchsbefugt.

b) Dieser Widerspruch ist gegenwärtig weiterhin begründet, weil die Genehmigung an vom Antragsteller erfolgreich rügefähigen Mängeln leidet.

aa) So hat der Antragsgegner die Sicherheitsleistung weiterhin zu niedrig bemessen.

Bei der Berechnung des o.a. Betrages ist zwar nunmehr zu Recht auf die Kosten abgestellt worden, die voraussichtlich nach der Einstellung des Betriebs in zwanzig Jahren für den Rückbau der WEA erforderlich sein werden. Die Berechnung bezieht sich jedoch zu Unrecht nur auf den Rückbau der oberirdischen Teile der WEA einschließlich des Fundaments.

Wie bereits in der o.a. gerichtlichen Verfügung vom 01.09.2025 ausgeführt, ist die Rückbauverpflichtung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB, für die nach § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB – etwa durch die hier geforderte

Bürgschaft – Sicherheit geleistet werden soll, umfassend; sie erfasst sowohl die ober- als auch die unterirdisch liegenden Anlagen einschließlich der Infrastruktur, die dem Vorhaben zuvor gedient hat.⁵ Bei WEA mit Pfahlgründungen sind grundsätzlich auch diese Gründungen zu beseitigen, und sind demnach die dafür voraussichtlich erforderlichen Kosten in die Berechnung der Höhe der zu leistenden Sicherheit einzubeziehen. Diese Regelverpflichtung entfällt allerdings ausnahmsweise, wenn die Beseitigung der Pfähle unverhältnismäßig wäre.

Das macht der Antragsgegner bezogen auf die fehlende Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne geltend, ohne jedoch die dazu notwendigen Feststellungen getroffen zu haben. Eine vom ihm verneinte Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne setzt voraus, dass das Maß der Belastung des Einzelnen nicht mehr in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen steht.⁶ Die in Rede stehende Beseitigung der Pfähle dient hier im Interesse der Allgemeinheit vorrangig dem Schutz des Grundwassers, und zwar überwiegend sogar dem Gewässerschutz in einem Wasserschutzgebiet; diesem Schutzgut kommt ein erhebliches Gewicht zu. Insoweit mag es zutreffen, dass es jedenfalls bei einem unsachgemäßen Entfernen der Pfähle zu einer ungewollten Verbindung zwischen mehreren grundwasserführenden Schichten kommen kann oder dass der für ihre sachgemäße Entfernung erforderliche – vom Antragsgegner nicht näher bezifferte und ggf. auch von der Wahl der Pfähle abhängige – Aufwand hoch ist. Daraus kann aber noch nicht auf die Unverhältnismäßigkeit dieser Maßnahme geschlossen werden. Vielmehr sind in diese Prüfung auch die Gefahren für das Grundwasser einzubeziehen, die bei einem dauerhaften Verbleib der Pfähle eintreten können. Diese Prüfung hat der Antragsgegner aber unterlassen, obwohl bei einem langfristigen Verbleib der Pfähle über ihre, ggf. auch 100 Jahre betragende Lebensdauer hinaus doch mit ihrem allmählichen Zerfall und damit zumindest der Möglichkeit zu rechnen ist, dass sich dann Hohlräume bilden, die zu der gerade zu verhindernden Verbindung zwischen mehreren grundwasserführenden Schichten und dann einer etwaigen Grundwasserverunreinigung führen. Da

1 Vgl. auch zum Folgenden: Senat, Beschl. v. 28.07.2023 – 12 MS 89/22, juris, Rdnr. 8 f. m.w.N.

2 Vgl. zu einer abweichenden Sonderfallgestaltung den Senat, Beschl. v. 28.07.2023, a.a.O., Rdnr. 12.

3 Vgl. Beschl. v. 28.07.2023 – 12 MS 89/22, a.a.O.; juris, Rdnr. 19.

4 Vgl. nachfolgend unter a) und b).

5 Vgl. Söfker/Kment, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Kommentar, Werkstand: 158. Erg.Lfg. Februar 2025, § 35 BauGB, Rdnr. 1041.

6 Vgl. Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, 18. Aufl., Art. 20, Rdnr. 121 m.w.N.

nicht zu erwarten ist, dass die Beigeladene dann noch existiert und leistungsfähig ist, müsste entweder der künftig zuständige Hoheitsträger die Kosten für wiederkehrende Zustandskontrollen und/oder die rechtzeitige Entfernung der Pfähle vor ihrem Zerfall tragen oder eine Schädigung des Grundwassers hingenommen werden. Beides soll jedoch durch die Sicherheitsleistung gerade verhindert werden, und zwar unabhängig davon, in wieviel Jahren die zu verhindernde potentielle Umweltbelastung eintreten wird. Es ist auch nicht Aufgabe des Senats, in diesem Verfahren nach § 80 Abs. 7 VwGO die fehlenden Feststellungen nachzuholen. Kann damit eine Unverhältnismäßigkeit des Entfernens der Pfähle nicht festgestellt werden, so bleibt es bei der Regel-Verpflichtung des Antragsgegners, die dafür notwendigen Kosten in die von der Beigeladenen zu leistende Sicherheitsleistung einzubeziehen. Dies ist hier zu Unrecht weiterhin unterblieben.

Dass die antragstellende Umweltvereinigung die unzureichende Höhe der Sicherheitsleistung nach § 2 Abs. 4 UmwRG erfolgreich rügen kann, ist bereits im Ausgangsbeschluss des Senats vom 13.08.2024 begründet worden und gilt fort.⁷

bb) Zudem enthält die Genehmigung in ihrer hier maßgeblichen konsolidierten Fassung vom 07.07.2025 zu Unrecht keine Feststellungen zu der vom Antragsteller im Hinblick auf die notwendigen Pfahlgründungen bemängelten Standsicherheit der WEA.

Die für das Vorhaben der Beigeladenen (notwendig) erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung umfasst nach § 4 Abs. 1 Satz 1 BImSchG die Errichtung und den Betrieb der drei WEA. Die Genehmigung schließt damit die Prüfung der Standsicherheit dieser Anlagen ein. Unterstrichen wird diese Annahme durch die Regelung in § 16b Abs. 8 BImSchG. Die Norm enthält deutlich reduzierte Prüfanforderungen bei geringfügigen Änderungen von WEA; selbst dann sind nach Satz 1 Halbs. 2 aber weiterhin „die Standsicherheit sowie die schädlichen Umwelteinwirkungen durch Geräusche und nachteilige Auswirkungen durch Turbulenzen zu prüfen.“

Nach § 13 BImSchG schließt die immissionsschutzrechtliche Genehmigung andere die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen ein, insbesondere öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Zulassungen, Verleihungen, Erlaubnisse und Bewilligungen; ausgenommen hiervon sind lediglich Planfeststellungen, Zulassungen bergrechtlicher Betriebspläne, behördliche Entscheidungen auf Grund atomrechtlicher Vorschriften und wasserrechtliche Erlaubnisse und Bewilligungen nach § 8 i.V.m. § 10 des Wasserhaushaltsgesetzes, nicht jedoch etwaige gesonderte Prüfungen der Standsicherheit einer Anlage nach Landesbaurecht.⁸ Im Übrigen erhebt das niedersächsische Landesrecht auch selbst

nicht den Anspruch, dass bezogen auf die Standsicherheit einer immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlage eine gesonderte Prüfung erfolgen soll. § 67 Abs. 3 Satz 1 NBauO eröffnet zwar für (nur) baugenehmigungspflichtige Vorhaben die entsprechende Möglichkeit, dass nämlich der zu prüfende Nachweis der Standsicherheit erst nach Erteilung der Baugenehmigung eingereicht wird; in § 67 Abs. 3 Satz 3 NBauO wird aber klargestellt, dass diese Möglichkeit nach Satz 1 nicht besteht, wenn behördliche Entscheidungen aufgrund von Vorschriften des Bundes- und Landesrechts die Baugenehmigung einschließen, wie dies eben nach § 13 BImSchG für eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung der Fall ist. Schon aus diesem Grund kann hier nicht der Annahme des Verwaltungsgerichtshofs für das Land Baden-Württemberg⁹ gefolgt werden, dass Feststellungen zur Standsicherheit einer immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlage vom Regelungsbereich einer solchen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nicht umfasst seien.

Schließlich ist zwar grundsätzlich davon auszugehen,¹⁰ dass eine objektiv auf Grund der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung eingeschlossene, erforderliche weitere Genehmigung auch tatsächlich von einer solchen Genehmigung umfasst ist,¹¹ selbst wenn diese weitere Genehmigung nicht ausdrücklich im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheid erwähnt oder ihre Voraussetzungen von der Behörde nicht (vertieft) geprüft wurde(n). Die Grenze solcher Einbeziehung ist allerdings dort erreicht, wo sich aus dem maßgeblichen Erklärungsgehalt der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung im Zeitpunkt ihres Erlasses vor dem Empfängerhorizont klar ergibt, dass die Genehmigungsbehörde eine als einbezogen in Rede stehende weitere Genehmigung, wenn auch objektiv zu Unrecht, nicht für erforderlich erachtet oder ihre Erteilung bewusst einem gesonderten Verfahren vorbehalten hat.¹²

Schließlich kann nach § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zwar unter einer Bedingung erteilt werden. Die Genehmigungsbe-

7 Vgl. zur zeitlichen Unanwendbarkeit des § 6 Abs. 2 Satz 3 WindBG – und dem hier daraus folgenden Fortbestand der Pflicht zur Durchführung einer UVP – nunmehr auch BVerwG, Urt. v. 11.09.2025 – 7 C 10/24, Leitsatz 1, juris.

8 Vgl. insoweit Nds. OVG, Beschl. v. 16.11.2022 – 1 ME 70/22, juris, Rdnr. 16 ff.

9 VGH BW, Urt. v. 28.04.2025 – 10 S 1455/23, juris, Rdnr. 136.

10 Zum Folgenden: Senat, Beschl. v. 20.09.2024 – 12 MS 105/24, juris, Rdnr. 36 m.w.N.

11 Vgl. etwa OVG NRW, Beschl. v. 12.03.2021 – 7 B 8/21, juris, Rdnr. 33 m.w.N.

12 Vgl. zu einem solchen Fall auch BVerwG, Urt. v. 08.11.2022 – 7 C 7/21, juris, Rdnr. 22; wohl noch weiter gehend VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 17.12.2019 – 10 S 823/19, juris, Rdnr. 17.

hörde ist aber grundsätzlich – vorbehaltlich besonderer bundesrechtlicher Prüf- oder Zustimmungserfordernisse Dritter, etwa nach § 12 Abs. 2 LuftVG – verpflichtet, das Vorliegen sämtlicher Zulassungsvoraussetzungen zu überprüfen und vor der Erteilung der Genehmigung zu bejahen. Die Genehmigungsbehörde darf nicht stattdessen zunächst von der Prüfung bestimmter Genehmigungsvoraussetzungen absehen und die eigentlich erforderliche Prüfung auf einen Zeitpunkt nach der Erteilung der Genehmigung verschieben.¹³ Dies wird durch die Regelung in § 7 Abs. 1 Satz 5 der 9. BImSchV unterstrichen, wonach die Genehmigungsbehörde zulassen kann, dass Unterlagen, deren Einzelheiten für die Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit der Anlage ... nicht unmittelbar von Bedeutung sind, ... bis zum Beginn der Errichtung oder der Inbetriebnahme der Anlage nachgereicht werden können; der Nachweis der Standsicherheit der zu genehmigenden Anlage erfüllt die Voraussetzungen dieser Ausnahmeregelung grundsätzlich nicht.¹⁴ Der Erlass einer aufschiebenden Bedingung kommt danach nur insoweit in Betracht, als im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung zumindest eine verlässliche Prognose möglich ist, dass die noch fehlende Voraussetzung in absehbarer Zeit erfüllt sein wird.¹⁵

Ob danach der Nachweis der Standsicherheit einer WEA ganz oder zumindest in Teilen generell nicht zum Gegenstand einer aufschiebenden Bedingung gemacht werden kann, ist in diesem Verfahren nicht zu entscheiden. Jedenfalls scheidet der Erlass einer solchen Bedingung aus, wenn diese Prüfung der Standsicherheit wegen der besonderen Standortbedingungen der WEA etwa bei umfangreichen Pfahlgründungen, wie hier, besonders aufwendig ist und ein uneingeschränkt positives Ergebnis dieser Prüfung von der Genehmigungsbehörde gerade nicht sicher prognostiziert werden kann; zudem kann die Genehmigungsbehörde ihre eigenständige Prüfungspflicht nicht durch eine Bedingung auf andere Personen verlagern oder ihnen gar die Entscheidung über den etwaigen Erlass weiterer Nebenbestimmungen überlassen. Dies wäre zusätzlich nicht mit dem sich aus Art. 19 Abs. 4 GG ergebenden Gebot zu vereinbaren, effektiven Rechtsschutz gegen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung zu ermöglichen. Denn für einen Dritten wäre mangels normativer Vorgaben für das Handeln der weiteren Personen, die tatsächlich teilweise Aufgaben der Genehmigungsbehörde übernehmen, unklar, mit welchem Inhalt genau die immissionsschutzrechtliche Genehmigung gelten soll und ab wann von ihr Gebrauch gemacht werden darf.

Das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren ist nach den Verfahrensvorschriften der §§ 10, 19 BImSchG i.V.m. der 9. BImSchV durchzuführen.¹⁶ Das für die eingeschlossenen Genehmigungen vorgesehene Verfahrensrecht findet deshalb grundsätzlich keine Anwendung, es ist nicht als sogenanntes sekundäres

Verfahrensrecht zu beachten.¹⁷ Es wird – als Konsequenz der zuvor aufgezeigten Verdrängung der sonstigen fachgesetzlichen Genehmigungsvorbehalte – vielmehr durch das immissionsschutzrechtliche Verfahrensrecht verdrängt, soweit seine Anwendung nicht vorbehalten ist. Da dies hinsichtlich der Prüfung der bauordnungsrechtlichen Anforderungen nicht der Fall ist, findet etwa auch § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 der niedersächsischen BauPrüfVO, wonach die Bauaufsichtsbehörde ... für statisch-konstruktiv schwierige Baumaßnahmen die Prüfung der Standsicherheit einem Prüfingenieur für Baustatik (Prüfingenieur), und zwar als Beliehenen¹⁸ übertragen kann, im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren jedenfalls als Ermächtigungsgrundlage für eine umfassende Aufgabendelegation keine Anwendung. Die Besonderheit der Tätigkeit eines Prüfingenieurs für Baustatik auf der Grundlage der nds. BauPrüfVO besteht nämlich darin, dass die beliehenen Prüfingenieure für Baustatik den Bauaufsichtsbehörden Feststellungen und Beurteilungen abnehmen, die sonst diesen Behörden selbst oblägen. Ob speziell § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 der nds. BauPrüfVO (nur) die Delegation der Beurteilung oder auch diejenige der Feststellung der Standsicherheit zulässt, mag hier offenbleiben. Die Bauaufsichtsbehörden haben jedenfalls das Prüfungsergebnis der Beliehenen grundsätzlich ohne nochmalige eigene Überprüfung in ihre Entscheidungen zu übernehmen.¹⁹

Die Einbeziehung von Prüfingenieuren für Baustatik in das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren dürfte dagegen nach Maßgabe des § 13 der 9. BImSchV nur als Sachverständige möglich sein. Nach § 13 Abs. 1 Satz 4 i.V.m. Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 der 9. BImSchV i.V.m. § 29a Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BImSchG und § 36 GewO darf dem Vorhabenträger insbesondere aufgegeben werden, das Gutachten eines solchen Prüfingenieurs für Baustatik über die Prüfung der Standsicherheit geplanter WEA beizubringen, der zugleich als Sachverständiger i.S.d. § 36 Abs. 1 Satz 1 GewO anerkannt ist. Dessen Gutachten dürfte dann als von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbehörde selbst eingeholt gelten (§ 13 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 der 9. BImSchV).

13 Mann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Werkstand: 107. Erg.Lfg. Mai 2025, BImSchG, § 12, Rdnr. 154 ff.

14 Vgl. auch OVG Brandenburg, Urt. v. 30.09.2025 – OVG 7 A 15/25, juris, Rdnr. 32.

15 Vgl. Senat, Beschl. v. 29.10.2019 – 12 ME 172/19, S. 5 f.

16 Zum Folgenden: Seibert, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Allg. Werkstand: 107. Erg.Lfg. Mai 2025, BImSchG, § 13, Rdnr. 41 m.w.N.

17 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 17.12.2022 – 7 B 119/02, juris, Rdnr. 6.

18 Vgl. Wiechert/Lenz, in: Große-Suchsdorf, NBauO, Kommentar, 10. Aufl., § 82, Rdnr. 14 f.

19 Vgl. Wiechert/Lenz, a.a.O., Rdnr. 14.

Allerdings darf sich die Genehmigungsbehörde nicht nur das Ergebnis eines solchen „qualifizierten“ Gutachtens zu Eigen machen, sondern auch die Ergebnisse sonstiger vom Vorhabenträger vorgelegter Sachverständigen-gutachten (i.S.d. § 13 Abs. 2 Satz 1 der 9. BImSchV). In beiden Fällen ist jedoch – im Gegensatz zu einem Vorgehen auf der Grundlage der nds. BauPrüfVO – die nochmalige eigene Überprüfung der Gutachten durch die Genehmigungsbehörde erforderlich.

Wo dabei genau die Grenze zwischen der zulässigen Tätigkeit eines Prüfmengenieurs für Baustatik als Verwaltungshelfer, der – wie nicht nur aus § 13, sondern auch aus § 2b Abs. 1 Satz 1 der 9. BImSchV folgt – auch in das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren einbezogen werden darf, und seiner (wohl) unzulässigen Tätigkeit als Beliehener, für die es hier jedenfalls an einer immissionsschutzgesetzlichen Grundlage fehlt, zu ziehen ist,²⁰ ob insbesondere, ggf. durch ergänzende Teilheranziehung des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 der nds. BauPrüfVO wegen verdeckter Lückenhaftigkeit der 9. BImSchV, insoweit noch die teilweise Prüfung der Standsicherheit einem Prüfmengenieur für Baustatik überlassen werden kann, ist in diesem Verfahren nicht zu entscheiden. Gleiches gilt für die Frage, inwieweit sich die o.a. Konzentrationswirkung nach § 13 BImSchG auch auf eine gerade nicht spezifisch vorhabenbezogene, sondern standortunabhängige Typenprüfung der Standsicherheit von WEA(-Teilen) bezieht,²¹ wie sie etwa für bauliche Anlagen in § 73a NBauO sowie immissions-schutzrechtlich nach Maßgabe der Ermächtigungen in §§ 4 Abs. 1 Satz 3, Halbs. 2, 33 BImSchG vorgesehen ist. Ob nun ohne oder ggf. auch durch Einbeziehung der genannten „Vorprüfungsergebnisse“ – jedenfalls hat allein die immissionsschutzrechtliche Genehmigungs-behörde einzelfallbezogen unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten der zu genehmigenden WEA, ihrer Gründung und der sonstigen Standortbedingungen die Standsicherheit der genehmigten Anlagen festzu-stellen, deren Errichtung und den Betrieb freizugeben und dafür erforderliche Nebenbestimmungen nach § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG zu erlassen. Weder dürfen diese Befugnisse umfassend einem Prüfmengenieur für Baustatik überlassen noch in unklarer Weise zwischen diesem und der Genehmigungsbehörde verteilt werden.

Gemessen an diesen Vorgaben mangelt es in der hier maßgeblichen konsolidierten Fassung der immissions-schutzrechtlichen Genehmigung vom 04.07.2025, wie eingangs bereits ausgeführt, an den erforderlichen (auf die nochmalige Überprüfung der Beurteilung des Prüfmengenieurs für Baustatik gestützten) eigenen Fest-stellungen des Antragsgegners zu der Standsicherheit der WEA. Aus dem maßgeblichen Erklärungsgehalt der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung in dieser Fassung im Zeitpunkt ihres Erlasses ergibt sich vor dem

Empfängerhorizont vielmehr klar, dass diese Feststellung zu Unrecht dem beauftragten Prüfmengenieur überlassen worden ist. Dies wird schon durch den Wortlaut der ursprünglich formulierten Bedingung deutlich, nach der mit den Bauarbeiten erst „nach Vorliegen des geprüften statischen Nachweises gemäß § 65 Abs. 3 Nr. 10 Nieder-sächsische Bauordnung ... begonnen werden“ sollte, und durch das weitere Vorgehen des Antragsgegners unterstrichen. Denn der Antragsgegner hat sich die vom Prüfmengenieur geprüften Unterlagen zur Standsicher-heit nicht einmal vorlegen lassen und kann damit deren Prüfung und Beurteilung durch den beauftragten Prüf-mengenieur auch nicht selbst nachvollzogen und überprüft haben – was dann im Übrigen auch zu dokumentieren gewesen wäre. Zudem hat der Antragsgegner nicht auf die „grünen Prüfvermerke in den Unterlagen“ und die „besondere Prüfbemerkung“ reagiert, wonach ggf. weitere Drucksondierungen am Standort der jeweiligen Windkraftanlage notwendig seien. Er hat diese Feststel-lungen nicht übernommen und zum Gegenstand seiner Genehmigung gemacht, sondern nur die aufschiebende Bedingung als eingetreten angesehen.

Im Übrigen trifft ungeachtet der sich aus den vorhe-rigen Ausführungen ergebenden Rechtswidrigkeit dieser aufschiebenden Bedingung nicht einmal die Annahme zu, diese Bedingung sei bereits eingetreten. Denn der Prüfmengenieur hat die Standsicherheit der WEA gerade nicht uneingeschränkt, sondern nur unter den aufge-zeigten Maßgaben bejaht.

Unter diesen Umständen kann der Senat im Übrigen auch in der Sache nicht prüfen, ob die Standsicherheit der WEA gegeben ist. Denn die dazu erforderlichen voll-ständigen Unterlagen sind nicht einmal Bestandteil der vorgelegten Verwaltungsvorgänge. Zudem ist unklar, in welchem Verhältnis die Feststellungen des Prüfmengenieurs vom September 2023 zur Standsicherheit der WEA zu denjenigen erst danach im Laufe des Genehmigungsver-fahrens eingeholten und vom Antragsgegner zum Gegen-stand der Genehmigung in der konsolidierten Fassung gemachten Gutachten stehen sollen, die sich ebenfalls auf die Standsicherheit beziehen, wie etwa der Prüfbescheid für eine Typenprüfung vom 26.11.2024 sowie die Bewertung von Drucksondierungen vom 17.04.2025 sowie von Fundamentalschwingungen vom 11.04.2025. Der Prüfmengenieur hat dazu – soweit ersichtlich – nicht nachträglich Stellung genommen. Soweit der Antrags-gegner dazu auf Blatt 68 f. der Genehmigung in der konsolidierten Fassung vom 04.07.2025 selbst Ausfüh-

20 Vgl. dazu ein ähnliches Problem betreffend Senat, Beschl. v. 11.02.2019 – 12 ME 219/18, juris, Rdnr. 55 (am Ende).

21 Vgl. allgemein zum notwendigen Anlagenbezug Wasielewski, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 3. Aufl., § 13, Rdnr. 30.

rungen gemacht hat, wird nicht deutlich, welche Teilannahmen des Prüflingenieurs zur Standsicherheit im Einzelnen damit bestätigt worden und zum Gegenstand eigener Feststellungen des Antragsgegners geworden sein sollen.

Aus den vorherigen Ausführungen folgt schließlich weiter, dass auch die Unterlagen, die zuletzt vom 7.2. bis zum 06.03.2025 öffentlich zur Einsicht ausgelegt worden sind, weiterhin unvollständig waren. Nach § 10 Abs. 3 Satz 2 BImSchG sind neben dem Antrag und den vom Antragsteller vorgelegten Unterlagen auch die entscheidungserheblichen Berichte und Empfehlungen, die der Behörde im Zeitpunkt der Bekanntmachung vorliegen, auszulegen. Damit hätte jedenfalls auch der dem Antragsgegner zum Jahresbeginn 2025 seit langem vorliegende Prüfbericht vom 14.09.2023 als „entscheidungserheblicher Bericht“ ausgelegt werden müssen. Das ist jedoch unterblieben.

Auch auf diese Mängel kann sich der Antragsteller nach §§ 2 Abs. 4, 4 Abs. 1a UmwRG erfolgreich berufen.

c) Ob im Rahmen eines Verfahrens nach § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO, wie vorliegend, in einem zweiten Schritt ergänzend nochmals § 80c Abs. 2 VwGO anwendbar ist, kann hier offenbleiben. Es kann nämlich unter Berücksichtigung des bisherigen Verfahrensablaufs schon nicht festgestellt werden, dass die zuvor unter b) bezeichneten Mängel der angefochtenen Genehmigung in ihrer konsolidierten Fassung offensichtlich in absehbarer Zeit behoben sein werden und deshalb nach § 80c Abs. 2 Satz 1 VwGO außer Acht zu lassen wären. ...

Privates Baurecht

Bauvertragsrecht (inkl. Bauträgerrecht)

Verjährungsbeginn beim Heimfallanspruch i.S.v. § 36 Abs. 1 WEG

WEG § 36 Abs. 1 und 3.

Der Heimfallanspruch i.S.v. § 36 Abs. 1 WEG kann nicht vor dem Dauerwohnrecht entstehen. Die Verjährungsfrist des § 36 Abs. 3 WEG für diesen Anspruch beginnt daher frühestens mit der Eintragung des Dauerwohnrechts in das Grundbuch zu laufen.

BGH, Urt. v. 05.12.2025 – V ZR 238/24. (OLG Nürnberg)

Sachverhalt: [1] Die Beklagte ist eine Wohnprojektgenossenschaft, die im Rahmen einer Bauherrengemeinschaft zusammen mit einer Mitgesellschafterin eine Wohnanlage mit 34 Eigentumswohnungen und einer Kindertagesstätte als sog. Mehrgenerationenwohnhau-

errichtete. Die Bauherrengemeinschaft wurde in der Weise auseinandergesetzt, dass die Beklagte Sondereigentümerin sämtlicher Wohnungen und die Mitgesellschafterin Sondereigentümerin der Kindertagesstätte wurde. Zweck der Beklagten ist nach deren Satzung die Förderung ihrer Mitglieder „vorrangig durch eine gute, sichere und sozial verantwortbare Wohnungsver-sorgung“. Die Ausdehnung des Geschäftsbetriebs auf Nichtmitglieder ist nach der Satzung ausgeschlossen und die Nutzung einer Genossenschaftswohnung steht ausschließlich den Mitgliedern und den mit ihnen in häuslicher Gemeinschaft lebenden Personen zu. Der Kläger trat der Beklagten im Januar 2013 als Mitglied bei. Mit notariellem Vertrag vom 06.03.2013 kaufte er von der Beklagten ein „Dauerwohnrecht nach §§ 31 ff. des Wohnungseigentumsgesetzes“ an einer Wohnung in der damals noch nicht fertiggestellten Wohnanlage zu einem Kaufpreis von 193.200 €. Der Vertrag (nachfolgend auch KV) enthält in § 1 Abs. 2 eine auf „die Wohneinheit“ bezogene Bauverpflichtung der Beklagten. In der Regelung wird unter anderem auf eine Baubeschreibung Bezug genommen. Die Mängelrechte des Käufers richten sich gem. § 5 KV nach Werkvertragsrecht. In § 12 KV heißt es unter der Überschrift „Heimfall des Dauerwohnrechts“:

„Die Genossenschaft kann unbeschadet der Vorschrift des § 36 Abs. 2 WEG die Übertragung des Dauerwohnrechts auf sich oder auf einen von ihr zu bezeichnenden Dritten verlangen (Heimfallanspruch),

...

2. wenn der Dauerwohnberechtigte aus der Genossenschaft ausscheidet.“

[2] Zugunsten des Klägers wurde eine von der Beklagten bewilligte Vormerkung zur Sicherung seines Anspruchs auf Eintragung des Dauerwohnrechts in das Grundbuch eingetragen. Der Kläger bezog die Wohnung und nahm das Sondereigentum ab. Eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums fand bislang nicht statt. Die Anlage wurde in Teilen abweichend von der Baubeschreibung errichtet. Die Beklagte macht insoweit geltend, sie sei im Hinblick auf eine zunehmend angespannte Finanzlage zu Kosteneinsparungen gezwungen gewesen, um ein Scheitern des Projekts zu verhindern. Der Kläger will die Abweichungen nicht hinnehmen. Er kündigte seine Mitgliedschaft gegenüber der Beklagten mit Wirksamkeit zum 01.01.2020. Einen Kaufpreisan-teil von 17.388 € hielt er wegen behaupteter Mängel am Gemeinschaftseigentum zurück. Mit Schreiben vom 08.01.2020 machte die Beklagte den Heimfallanspruch geltend. Mit Schreiben vom 25.06.2020 erklärte sie, von dem Kaufvertrag zurückzutreten. Das Dauerwohnrecht ist bislang nicht in das Grundbuch eingetragen worden.

[3] Der Kläger nimmt die Beklagte in der Hauptsache auf die Durchführung bestimmter Maßnahmen am Gemeinschaftseigentum in Anspruch (u.a. ein bestimmter Anstrich der Fassade und der Wandflächen im Treppenhaus und in den Laubengängen, eine extensive Begrünung des Hauptdachs und eine Dreifachisolierung aller Fenster und Fenstertüren). Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Beklagte auf die Berufung des Klägers zur Durchführung näher bezeichneter Maßnahmen verurteilt. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, will die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen.

Aus den Gründen: [4] **I.** Das Berufungsgericht meint, dem Kläger stehe grundsätzlich ein Herstellungsanspruch aus § 1 Abs. 2 KV auch hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums zu. Dieser Anspruch sei, anders als das Landgericht angenommen habe, nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Kläger nach dem Verlust seiner Mitgliedschaft mangels schutzwürdigen Eigeninteresses unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB an der Ausübung seiner Rechte gehindert sei. Die Mitgliedschaft des Klägers bei der Beklagten und das Wohnrecht des Klägers stünden zwar nicht unverbunden nebeneinander, seien aber nicht rechtlich gleichzusetzen. Das Ausscheiden des Klägers löse nur den Heimfallanspruch nach § 12 Nr. 2 des Vertrages aus. Dieser Anspruch auf Übertragung des Dauerwohnrechts sei bisher nicht durchgesetzt worden. Inzwischen sei dies auch nicht mehr möglich, denn der Durchsetzung des Heimfallanspruchs stehe die von dem Kläger erhobene Einrede der Verjährung entgegen. Nach § 36 Abs. 3 WEG verjähre der Anspruch in sechs Monaten von dem Zeitpunkt an, in dem der Eigentümer von dem Eintritt der Voraussetzungen Kenntnis erlange, hier also ab Wirksamwerden der Kündigung des Klägers am 01.01.2020. Dabei könne dahinstehen, ob § 36 Abs. 2 WEG dem Heimfallanspruch entgegenstehe und ob bei Anwendbarkeit der Vorschrift deren Voraussetzungen erfüllt wären.

[5] **II.** Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung kann der Klage nicht stattgegeben werden. Selbst wenn man unterstellt, dass dem Kläger aus dem Kaufvertrag gegen die Beklagte Ansprüche auf Herstellung eines bestimmten Zustands des Gemeinschaftseigentums zustehen, tragen die bisher getroffenen Feststellungen nicht die Annahme, dass solche Ansprüche durchsetzbar sind.

[6] **1.** Wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt (implizit) zutreffend annimmt, kann der Geltendmachung der klägerischen Ansprüche auf Herstellung eines bestimmten Zustands des Gemeinschaftseigentums

der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB entgegenstehen, weil der Kläger durch seine Kündigung nicht mehr Mitglied der Beklagten ist. Sollte die Beklagte die von dem Kläger behaupteten Mängel beseitigen, der Kläger sodann den von ihm wegen dieser Mängel bislang zurückgehaltenen Restkaufpreis zahlen und das Dauerwohnrecht daraufhin in das Grundbuch eingetragen werden, entstünde mit der Eintragung der von der Beklagten bereits geltend gemachte Heimfallanspruch gem. § 12 Nr. 2 KV und könnte die Beklagte unmittelbar die Rückübertragung des Dauerwohnrechts fordern (§ 36 Abs. 1 WEG). Mit der Rückübertragung des Dauerwohnrechts an die Beklagte verlöre der Kläger zugleich sein Recht zur Nutzung des Gemeinschaftseigentums. Der Kläger würde also von der Beklagten die Herstellung einer bestimmten Gestaltung bzw. eines bestimmten Zustandes des Gemeinschaftseigentums fordern, obwohl er das so hergestellte Gemeinschaftseigentum anschließend nicht nutzen und auch sonst keine Vorteile aus ihm ziehen könnte. Er würde folglich von der Beklagten eine Leistung fordern, an der er mangels legitimen eigenen Vorteils kein berechtigtes Interesse hätte, die aber andererseits für die Beklagte mit erheblichen Aufwendungen verbunden wäre. Ein solches Verhalten stellte unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine unzulässige Rechtsausübung dar.

[7] **2.** Richtig ist weiter, wovon das Berufungsgericht – ebenfalls unausgesprochen – ausgeht, dass diesem Einwand die Grundlage entzogen wäre, wenn der Heimfallanspruch der Beklagten verjährt und damit nicht mehr durchsetzbar (§ 214 Abs. 1 BGB) wäre. Denn dann wäre der mit der Eintragung des Dauerwohnrechts verbundene Rechtserwerb von Dauer und hätte der Kläger ein legitimes Interesse an der Herstellung des nach Ansicht des Berufungsgerichts von der Beklagten geschuldeten Zustands des Gemeinschaftseigentums, zu dessen Nutzung er dann ungeachtet der Beendigung seiner Mitgliedschaft und der Unvereinbarkeit von Fremdnutzungen mit der Satzung der Beklagten berechtigt wäre.

[8] **3.** Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Heimfallanspruch der Beklagten aber nicht verjährt.

[9] **a)** Der in § 36 Abs. 1 WEG legal definierte Heimfallanspruch verjährt nach § 36 Abs. 3 WEG in sechs Monaten von dem Zeitpunkt an, in dem der Eigentümer von dem Eintritt der Voraussetzungen Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in zwei Jahren von dem Eintritt der Voraussetzungen an. Voraussetzungen des Heimfallanspruchs sind vor allem die vertraglich vereinbarten Heimfallgründe. Hier sollte der Heimfallanspruch u.a. entstehen, wenn der Käufer aus der Genossenschaft ausscheidet, was mit Wirksamwerden der Kündigung des Klägers am 01.01.2020 der Fall war.

[10] **b)** Das Berufungsgericht übersieht aber, dass die Verjährungsfrist für den Heimfallanspruch noch nicht in Gang gesetzt wurde, weil das Dauerwohnrecht mangels Eintragung in das Grundbuch noch nicht entstanden ist (§ 873 Abs. 1 BGB) und somit auch der Heimfallanspruch noch nicht entstehen konnte.

[11] **aa)** Die Verjährungsregelung in § 36 Abs. 3 BGB knüpft an die in § 36 Abs. 1 WEG eröffnete Möglichkeit an, einen Heimfallanspruch des Grundstückseigentümers zum dinglichen Inhalt des Dauerwohnrechts zu machen. So liegt es hier. Die Regelung in Abschnitt C § 12 des Kaufvertrags sollte nach dessen Abschnitt F § 3 Abs. 1 zusammen mit weiteren Regelungen als Inhalt des Dauerwohnrechts in das Grundbuch eingetragen werden.

[12] **bb)** Es wäre mit Wortlaut und Systematik von § 36 Abs. 3 WEG nicht zu vereinbaren, die kurze Verjährungsfrist vor Entstehung des Dauerwohnrechts beginnen zu lassen.

[13] **(1)** Zwar stellt die Regelung für den Beginn der Verjährung anders als die – insoweit nicht anwendbaren – §§ 199, 200 BGB ausdrücklich nicht auf die Entstehung des Heimfallanspruchs, sondern auf die Kenntnis des Eigentümers von dem Eintritt der Voraussetzungen für den Heimfall (Verjährungsfrist sechs Monate) bzw. unabhängig von der Kenntnis auf den Eintritt dieser Voraussetzungen (Verjährungsfrist zwei Jahre) ab.¹ Das bedeutet aber nicht, dass die Verjährungsfrist für den Heimfallanspruch vor Eintragung des Dauerwohnrechts beginnen kann. Die „Voraussetzungen“, die nach § 36 Abs. 3 WEG für den Verjährungsbeginn objektiv eingetreten sein müssen, sind die in § 36 Abs. 1 Satz 1 WEG genannten Voraussetzungen für die Entstehung des Heimfallanspruchs. Hierzu gehört, ohne dass dies ausdrücklich vereinbart werden muss, dass das Dauerwohnrecht entstanden ist, was neben der Einigung die Eintragung in das Grundbuch voraussetzt (§ 873 Abs. 1 BGB). Denn der Heimfallanspruch i.S.v. § 36 Abs. 1 WEG kann, da er als Inhalt des Dauerwohnrechts vereinbart wird, nicht vor dem Dauerwohnrecht entstehen. Die Verjährung dieses Anspruchs nach § 36 Abs. 3 WEG kann daher frühestens mit der Eintragung des Dauerwohnrechts in das Grundbuch zu laufen beginnen.

[14] **(2)** Soweit der Kläger mit der Revisionserweiterung die Ansicht vertritt, der Heimfallanspruch könne schon vor Eintragung des Dauerwohnrechts entstehen, wenn – wie hier – der Vertrag notariell beurkundet und in das Grundbuch eine Vormerkung zur Eintragung des Rechts eingetragen sei, weil der Käufer dann ein dingliches Anwartschaftsrecht auf das Dauerwohnrecht erworben habe, mit dem der Heimfallanspruch nach § 96 BGB untrennbar verbunden sei, trifft das nicht zu. Dabei kann dahinstehen, ob es bei einem Dauerwohnrecht überhaupt ein Bedürfnis für die Rechtsfigur eines

Anwartschaftsrechts gibt.² Denn ein etwaiges Anwartschaftsrecht des Klägers änderte nichts daran, dass das Dauerwohnrecht und der zu seinem Inhalt gehörende Heimfallanspruch mangels Eintragung in das Grundbuch nicht entstanden sind. Soweit bezogen auf den Eigentumserwerb ein Anwartschaftsrecht entstehen kann, ist es zwar ein dem Volleigentum wesensähnliches Recht, dessen Übertragung wie die des Volleigentums behandelt wird;³ es ist aber selbst kein Vollrecht. Die von dem Kläger vertretene Ansicht liefe letztlich darauf hinaus, dem Grundstückseigentümer in der Phase zwischen Eintragung der Vormerkung und Eintragung des Vollrechts (Dauerwohnrecht) in das Grundbuch eine Art „Anwartschafts-Heimfallanspruch“ zuzubilligen. Einen solchen Anspruch gibt es nicht und hierfür besteht auch kein Bedürfnis. Der Verkäufer kann in dieser Vertragsphase durch schuldrechtliche Regelungen, wie etwa aufschiebende oder auflösende Bedingungen oder Rücktrittsrechte, hinreichend gesichert werden.

[15] **(3)** Es besteht auch sachlich kein Grund dafür, die Verjährung vor Entstehung des Heimfallanspruchs beginnen zu lassen. Sinn und Zweck der kurzen Verjährungsfrist ist es, schnell klare Rechtsverhältnisse zu schaffen; der Dauerwohnberechtigte soll innerhalb kurzer Zeit Gewissheit darüber erhalten, ob er das Dauerwohnrecht zurückübertragen muss.⁴ Dieses Regelungsziel ändert aber nichts daran, dass der Heimfallanspruch nicht verjähren kann, bevor er entstanden ist und bevor der Grundstückseigentümer ihn erstmals – ggf. verjährungshemmend im Wege der Klage (vgl. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB) – geltend machen kann. Das ergibt sich schon daraus, dass die Rechtsfolge des Heimfallanspruchs, nämlich die Rückübertragung des Dauerwohnrechts auf den Grundstückseigentümer oder einen von diesem zu bezeichnenden Dritten, ein bereits entstandenes Dauerwohnrecht voraussetzt.

[16] **III. 1.** Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, weil weitere Feststellungen zu treffen sind (§ 563 Abs. 3 ZPO). Insbesondere hat das Berufungsgericht sich bislang nicht mit der Behauptung des Klägers befasst, die Beklagte sei gehindert, sich auf den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung zu berufen, weil sie die Kündi-

1 Vgl. zu § 4 ErbbauRG, Senat, Urt. v. 20.10.2023 – V ZR 205/22, NJW 2024, 1266 Rdnr. 23.

2 Vgl. zum Anwartschaftsrecht beim Eigentumserwerb Senat, Urt. v. 30.04.1982 – V ZR 104/81, BGHZ 83, 395, juris, Rdnr. 14; Urt. v. 25.06.2021 – V ZR 218/19, NJW-RR 2021, 1244 Rdnr. 23 jeweils m.w.N.

3 Vgl. Senat, Urt. v. 25.06.2021 – V ZR 218/19, a.a.O.

4 BeckOGK/Schulz, WEG (01.09.2025), § 36 Rdnr. 14; zu § 4 ErbbauRG Senat, Urt. v. 20.10.2023 – V ZR 205/22, NJW 2024, 1266 Rdnr. 28.

gung des Klägers provoziert habe. Auch ist offengeblieben, ob § 36 Abs. 2 WEG der Geltendmachung des Heimfallanspruchs der Beklagten entgegenstehe. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1, 3 ZPO).

[17] **2.** Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

[18] **a)** Das Berufungsgericht wird erneut – auch unter Berücksichtigung der Ausführungen in der Revisionsbegründung – zu überprüfen haben, ob dem Kläger die geltend gemachten werkvertraglichen Ansprüche zustehen. Die Herstellungsverpflichtung der Beklagten bezieht sich nach dem Wortlaut des Vertrags nur auf die dem Dauerwohnrecht unterliegende Wohneinheit. Das Berufungsgericht hält dies für unerheblich, weil die Baubeschreibung, die Teil der Bauverpflichtung sei, in der Hauptsache das Gemeinschaftseigentum betreffe und der Wert der Wohneinheit – und damit auch des Wohnrechts – maßgeblich durch das Gebäude bestimmt werde. Diese Begründung nimmt möglicherweise die Besonderheiten des Dauerwohnrechts und des genossenschaftlich organisierten Wohnbauprojekts nicht hinreichend in den Blick. Es handelt sich bei der Genossenschaft selbst nicht um eine Gemeinschaft der Wohnungseigentümer; eine solche besteht vorliegend nur im Verhältnis zwischen der Genossenschaft und der Sondereigentümerin der Kindertagesstätte. Der Dauerwohnberechtigte wird – was das Berufungsgericht allerdings auch nicht verkennt – weder Sondereigentümer der Wohneinheit noch wird er Miteigentümer des Grundstücks und des Gemeinschaftseigentums. Vielmehr erwirbt er lediglich ein (dinglich gesichertes) Nutzungsrecht, das hier nach der vertraglichen Gestaltung an seine Mitgliedschaft in der Genossenschaft geknüpft ist. Reichen deren finanzielle Mittel für die ursprünglich vorgesehene Ausführung und Gestaltung des Gebäudes nicht oder nicht mehr aus, muss hierfür innerhalb der Genossenschaft eine Lösung gefunden werden. Die Genossen stehen – auch als Käufer eines Dauerwohnrechts – der Genossenschaft nicht wie einem fremden Dritten, namentlich einem Bauträger, gegenüber, sondern sind deren Mitglieder, und die kaufvertraglichen Regelungen dürften mit den Satzungsregelungen der Beklagten verworfen sein. Für die Annahme, jeder Genosse könne von der Genossenschaft auch bei möglicherweise veränderter Sachlage werkvertraglich die Einhaltung der Baubeschreibung ohne Abweichungen verlangen, müsste es jedenfalls klare Anhaltspunkte in den vertraglichen Regelungen geben.

[19] **b)** Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht zudem Gelegenheit, sich erneut mit dem

von der Beklagten erklärten Rücktritt zu befassen. Es hat die Wirksamkeit des Rücktritts deswegen verneint, weil die Beklagte diesen auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage durch die von dem Kläger erklärte Kündigung der Mitgliedschaft gestützt habe, diese Mitgliedschaft aber Vertragsinhalt und nicht Geschäftsgrundlage sei. Bei dieser Beurteilung ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass bereits in dieser Vertragsphase die vertragliche Regelung über den Heimfallanspruch der Beklagten zur Anwendung kommt. Dies ist – wie oben dargestellt – nicht der Fall. Vielmehr kann sich die Beklagte vor Eintragung des Dauerwohnrechts von dem Kaufvertrag nur lösen, wenn die Beendigung der Mitgliedschaft des Klägers für sie ein Rücktritts- oder Kündigungsrecht begründet (siehe Rdnr. 14). Sollte der Kaufvertrag – ggf. ergänzend – dahingehend auszulegen sein, stünde der Umstand, dass die Beklagte den Rücktritt auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage durch die Beendigung der Mitgliedschaft gestützt hat, der Wirksamkeit des Rücktritts wohl nicht entgegen.

(Mitgeteilt von VRiBGH Rüdiger Pamp, Karlsruhe)

Durchgriffsfälligkeit berührt nur die Fälligkeit des Werklohns

BGB §§ 363, 640, 641 Abs. 2 und 3.

1. § 641 Abs. 2 BGB beinhaltet nach dem Wortlaut der Norm, ihrer Stellung im BGB und dem gesetzgeberischen Zweck allein eine Regelung zur Fälligkeit des Werklohns. Weitere Rechtsfolgen einer Abnahme kann die Durchgriffsfälligkeit daher nicht auslösen.

2. Die Durchgriffsfälligkeit berührt die Beweislast des Unternehmers für die Mangelfreiheit seines Werks vor der Abnahme nicht, weil der Vertragspartner des Unternehmers die Werkleistung nicht als Erfüllung angenommen hat (§ 363 BGB).

3. Die Mangelhaftigkeit der Werkleistung steht beim Vorliegen der Voraussetzungen der Durchgriffsfälligkeit nach § 641 Abs. 2 BGB zwar nicht der Fälligkeit der Werklohnforderung entgegen, sie begründet aber ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Werklohnforderung.

OLG Stuttgart, Urt. v. 22.10.2024 – 10 U 34/24.

Aus den Gründen: **A. I.** Die Klägerin macht verbleibende Ansprüche auf Werklohnvergütung aus einem zwischen den Parteien geschlossenen Bauvertrag vom 13.11.2017 geltend, in welchem sie mit Planungs- und Bauleistungen der Technischen Gebäudeausrüstung bei

der Sanierung eines Museums in Bad Homburg beauftragt wurde. Im Bauvertrag war die Geltung der VOB/B vereinbart. Die Beklagte ihrerseits war als Auftragnehmerin aufgrund eines Generalübernehmervertrages vom 26.10.2017/07.11.2017 mit der Bauherrin S. als Auftraggeberin vertraglich verbunden und verpflichtete sich dieser gegenüber zur Erbringung sämtlicher Architekten- und Ingenieurleistungen einschließlich sämtlicher erforderlicher Fachplanungsleistungen im Zusammenhang mit dem beabsichtigten Bauvorhaben.

In Ziffer 3.5 („Umsatzsteuer“) des Bauvertrages vom 13.11.2017 heißt es:

„Die Mehrwertsteuer ist in den vorstehenden Preisen nicht enthalten.

Der AG ist Umsatzschuldner und wird die Umsatzsteuer an das zuständige Finanzamt abführen. Der AN wird jeweils Netto-Rechnungen (ohne ausgewiesene Umsatzsteuer) ausstellen, die den Anforderungen des Umsatzsteuergesetzes entsprechen müssen. Er wird in den Rechnungen auf die Steuerschuldnerschaft des AG hinweisen.“

Der Umfang der von der Klägerin vertraglich geschuldeten Leistungen ist insbesondere im Hinblick auf Ertüchtigungsmaßnahmen an der Gebäudehülle zwischen den Parteien streitig.

Z. 6 des Bauvertrags sieht eine förmliche Abnahme vor.

Für die Leistungen der Klägerin war zunächst ein Pauschal festpreis von 1.125.000,00 € vereinbart, der später im Wege eines Nachtrags vom 02.10.2018 um 94.000,00 € netto erhöht wurde. Dieser Nachtrag wurde – vereinbarungsgemäß vor der Fertigstellung aller klägerischen Leistungen – gesondert abgerechnet und von der Beklagten bezahlt. Darüber hinaus wurde der Austausch der Einbauleuchten in der Lounge und im Flur UG zum Preis von weiteren 9.000,00 € vereinbart.

Eine weitere Zusatzvereinbarung war erstinstanzlich zwischen den Parteien streitig. Die Klägerin behauptete weitergehende Zusatzvereinbarungen im Umfang von insgesamt 64.149,39 € netto (76.337,77 € brutto). Diesbezüglich wies das Landgericht die Klage im angefochtenen Urteil vom 28.02.2024 ab. In diesem Umfang ficht die Klägerin das Urteil nicht an.

Die Klägerin rechnete ihre vertraglichen Leistungen unter Berücksichtigung der gesonderten Abrechnung für den Nachtrag vom 02.10.2018 mit Schlussrechnung vom 30.06.2020 ab, die der Beklagten am 28.10.2020 übersandt wurde.

Den nach Abzug geleisteter Abschlagszahlungen geltend gemachten Restbetrag bezahlte die Beklagte auch nach Aufforderung durch die Klägerin nicht.

Die Beklagte, die mittlerweile von der Rechtsnachfolgerin der Bauherrin vor dem Landgericht Frankfurt am Main auf Schadensersatz wegen behaupteter Mängel im Rahmen der Erbringung der vertraglichen Leistung durch die Beklagte in Anspruch genommen wird (Az. 2-26 O 634/23), erhebt gegenüber der Klägerin insbesondere aufgrund der von der Bauherrin geltend gemachten Mängel Einwendungen gegen den Werklohnanspruch der Klägerin.

Die Parteien streiten über die Verantwortung für Mängel und Schäden, die am Bauwerk aufgetreten sind.

II. Das Landgericht hat die Klage – i.H.v. 159.460,00 € als derzeit unbegründet und im Übrigen endgültig – abgewiesen.

III. Mit seiner Berufung wendet sich die Klägerin gegen die – nur nach den Entscheidungsgründen als derzeit unbegründet – erfolgte Abweisung der Klage, soweit i.H.v. 159.460,00 € mangels Abnahme eine Fälligkeit nicht gegeben sei. Im Übrigen, soweit die Klage wegen eines Betrages i.H.v. brutto 76.337,77 € als (endgültig) unbegründet abgewiesen wurde, greift sie das Urteil nicht an.

B. Die Berufung der Klägerin ist zulässig und hat jedenfalls vorläufig insofern Erfolg, als dass das angefochtene Urteil aufgehoben und der Rechtsstreit zur weiteren Beweisaufnahme, Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen wird, soweit die Klage hinsichtlich eines Betrages i.H.v. 134.000,00 € nebst Zinsen hieraus i.H.v. 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 28.11.2020 als derzeit unbegründet abgewiesen wurde. Im Übrigen hat die Berufung keinen Erfolg.

I. Die Berufung der Klägerin ist gem. § 511 Abs. 1 ZPO statthaft; die gem. § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO erforderliche Mindestbeschwer ist – auch vor dem Hintergrund, dass die Klägerin das erstinstanzliche Urteil im Umfang der (endgültig erfolgten) Klagabweisung hinsichtlich eines Betrags von 76.337,77 € nicht angreift – erreicht. Die Form- und Fristvorschriften der §§ 517, 519 und 520 ZPO sind gewahrt. Die Berufung ist zulässig.

II. 1. Das Urteil des Landgerichts unterliegt gem. §§ 528, 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 ZPO nur insoweit der Anfechtung, als i.H.v. 159.460,00 € die Abweisung der Klage mangels Fälligkeit des Werklohns (in den Entscheidungsgründen) als derzeit unbegründet erfolgt ist. Soweit eine (endgültige) Abweisung der Klage hinsichtlich der Position 2.1.1 der Schlussrechnung im Umfang von 64.149,39 € netto und der aus diesem Betrag anfallenden Umsatzsteuer (brutto somit 76.337,77 €) erfolgt ist, greift die Klägerin das Urteil ausdrücklich nicht an. Insoweit – hinsichtlich dieses abgrenzbaren Teils des klägerischen Anspruchs i.H.v.

76.337,77 € – unterliegt das Urteil daher gem. § 528 Satz 2 ZPO nicht der Abänderung und ist in diesem Umfang rechtskräftig geworden.

Anders als von der Beklagten angenommen ist im Vorgehen der Klägerin keine Klagerücknahme i.S.v. § 269 ZPO zu erblicken, sondern eine Beschränkung des Berufungsantrags mit der Folge der damit einhergehenden Beschränkung der Entscheidungsbefugnis des Rechtsmittelgerichts.¹

2. Soweit die Klägerin mit der Berufung die Umsatzsteuer aus einem Nettobetrag von 134.000,00 € und somit weitere 25.460,00 € geltend macht, steht ihr ein solcher Anspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Die Klage unterliegt daher in dieser Höhe der Abweisung und die Berufung der Zurückweisung.

(wird ausgeführt)

3. Ob ein Anspruch der Klägerin auf restliche Werklohnvergütung i.H.v. 134.000,00 € gem. § 631 Abs. 1 BGB in der bis zum 31.12.2017 gültigen Fassung besteht, kann derzeit nicht beurteilt werden.

a. Das gegenständliche Geschehen beruht auf einem Schuldverhältnis in Gestalt des Bauvertrages vom 13.11.2017. Nachdem dieses Schuldverhältnis vor dem 01.01.2018 entstanden ist, finden gem. Art. 229 § 39 EGBGB die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung Anwendung. In diesen Vertrag wurde gemäß Z. 2.9 des Bauvertrags die VOB/B Fassung 2016 wirksam einbezogen.

b. Die Klägerin ist aktivlegitimiert; die Beklagte ist passivlegitimiert.

Der Bauvertrag vom 13.11.2017 wurde zwischen der W. als Auftraggeberin und der B. GmbH als Auftragnehmerin geschlossen.

aa. Die Klägerin ist als Rechtsnachfolgerin der B. GmbH aufgrund des Verschmelzungsvertrages vom 28.02.2020 und der Versammlungsbeschlüsse der beteiligten Rechtsträger vom 28.02.2020 gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG aktivlegitimiert.

bb. Die Beklagte ist als Rechtsnachfolgerin der W. aufgrund der Verschmelzungen der Selbigen mit der N. GmbH und deren Verschmelzung mit der V. GmbH, die nunmehr wie im Passivrubrum angegeben am Rechtsverkehr teilnimmt gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG passivlegitimiert.

c. Die W. und die B. GmbH haben mit dem durch den Geschäftsführer der Klägerin Herrn C. und den Geschäftsführer der Beklagten Herrn X. unterzeichneten Bauvertrag vom 13.11.2017 einen wirksamen Globalpauschalpreisvertrag geschlossen, mit welchem die Klägerin zu einem Pauschal-Festpreis von netto 1.125.000,00 € beauftragt wurde. Die Vertragssumme

wurde nachträglich im Zuge des Nachtrags Nr. 1 vom 13.09.2018 um 94.000,00 € auf 1.219.000,00 € erhöht, wobei diese Erhöhung zwischen den Parteien unstreitig gesondert abgerechnet wurde und daher nicht Gegenstand des hier von der Klägerin geltend gemachten Vergütungsanspruches ist. Darüber hinaus sollte die Klägerin unstreitig gegen eine Vergütung von 9.000,00 € zusätzlich zu den ursprünglich vereinbarten Leistungen die Einbauleuchten in der Lounge und im Flur des UG austauschen. Die Beklagte beauftragte diese Leistungen mit E-Mail vom 24.05.2019.

aa. Entgegen der Auffassung der Beklagten schuldete die Klägerin durch den Bauvertrag vom 13.11.2017 nach einer Auslegung anhand der §§ 133, 157 BGB nicht alle Grundleistungen des Leistungsbildes Technische Ausrüstung wie in § 55 i.V.m. Anlage 15 Nr. 15.1 zu § 55 Abs. 3 HOAI 2013 beschrieben.

(wird ausgeführt)

d. Der Vergütungsanspruch der Klägerin ist vorliegend unabhängig von einer Abnahme gem. § 641 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB in der bis zum 31.12.2017 gültigen Fassung und § 14 Abs. 3 VOB/B bereits fällig geworden.

aa. Der Werklohn der Klägerin wird gem. § 641 Abs. 1 BGB in der bis zum 31.12.2017 gültigen Fassung grundsätzlich mit Abnahme fällig. Die Parteien haben dabei in Ziffer 6.1 des Bauvertrags vom 13.11.2017 eine förmliche Abnahme gem. § 12 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B vorgesehen, die unstreitig nicht stattgefunden hat.

bb. Ob die Beklagte durch ihren Geschäftsführer Klaus Wolff unter Verzicht auf die förmliche Abnahme im Rahmen einer Besprechung vom 11.02.2020 die Abnahme erklärte, ist offen. Die Klägerin berief sich erstinstanzlich darauf, die Beklagte habe unter Verzicht auf die förmliche Abnahme im Rahmen einer Besprechung vom 11.02.2020 die Abnahme erklärt. Die Beklagte hat dies bestritten. Das Landgericht hielt den klägerischen Vortrag diesbezüglich nicht für hinreichend substantiiert und lehnte die Voraussetzungen einer mündlichen (nicht förmlichen) Abnahme ab.

aaa. Soweit das Landgericht zunächst davon ausgeht, nach Ziffer 14.1 des Bauvertrags vom 13.11.2017 hätte es für einen Verzicht auf die förmliche Abnahme einer schriftlichen Vereinbarung bedurft, übersieht es, dass die mit einem Verzicht verbundene Individualabrede gem. § 305b BGB Vorrang gegenüber Ziffer 14.1 des Bauvertrags vom 13.11.2017 genießt.² Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB. Solche

1 MünchKomm.-Rimmelspacher, ZPO, 6. Aufl. 2020, ZPO § 528 Rdnr. 3, beck-online.

2 BGH, Versäumnisurt. v. 21.09.2005 – XII ZR 312/02.

liegen bei für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen vor, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Vorformuliert sind Vertragsbedingungen, wenn sie für eine mehrfache Verwendung schriftlich aufgezeichnet oder in sonstiger Weise fixiert sind. Die Vorformulierung setzt voraus, dass die Vertragsbestimmungen nicht für den konkreten Vertragsschluss entworfen, sondern als Grundlage oder Rahmen für gleichartige Rechtsverhältnisse aufgestellt sind. In diesem Sinne sind Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen bereits dann vorformuliert, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ihre dreimalige Verwendung beabsichtigt ist.³ Unstreitig stammte die Vertragsurkunde des Bauvertrags vom 13.11.2017 – was auch aus der Gestaltung der Vertragsurkunde unter dem Briefkopf der Gesellschaft hervorgeht – von der W. und wurde der Klägerin zur Unterzeichnung vorgelegt. Dabei tritt die Absicht zur mehrfachen, mindestens dreimaligen Verwendung bereits deutlich aus dem ersichtlich betriebenen Formulierungs- und Gestaltungsaufwand der Vertragsbedingung hervor. Hierfür spricht auch, dass die gleiche Regelung auch der Generalübernehmervertrag in § 17, Z. 17.1 enthält, welchen die W. mit der Bauherrin unter demselben Briefkopf abgeschlossen hat.

bbb. Das Landgericht überspannt die Anforderungen an den klägerischen Vortrag, wenn es annimmt, die Klägerin habe nicht dazu vorgetragen, dass sie einen konkludenten Verzicht auf die förmliche Abnahme angenommen habe. Die Klägerin trägt vor, der Geschäftsführer der Beklagten, Herr W., habe bei dieser Besprechung der Klägerin gegenüber die Abnahme erklärt, wobei in der Erklärung einer formlosen Abnahme durch den Auftraggeber gleichzeitig der Verzicht auf eine förmliche Abnahme liege. Die Beklagte bestreitet die Abnahmeerklärung. Die Vereinbarung einer förmlichen Abnahme kann konkludent wieder aufgehoben werden. Für eine derartige Aufhebungsvereinbarung muss der Tatrichter hinreichende Anhaltspunkte feststellen. An die Voraussetzungen einer konkludenten Aufhebung sind strenge Anforderungen zu stellen.⁴ Maßgeblich ist, ob beide Vertragspartner das Verhalten des jeweils anderen Vertragspartners nach §§ 133, 157 BGB dahin verstehen durften, es werde auf eine förmliche Abnahme verzichtet.⁵ Vorliegend hatte die Klägerin bereits unstreitig durch ihren Projektleiter R. am 19.07.2019 um die Erklärung der Abnahme gebeten, welche die Beklagte in der Folge nicht erteilte. Sollte der Klägerin der Beweis gelingen, dass Herr W. im Rahmen der Besprechung vom 11.02.2020 die Abnahme erklärte, ist zu sehen, dass die Klägerin ersichtlich auf diese Erklärung der Abnahme durch die Beklagten hin im zeitlichen Zusammenhang mit der behaupteten Abnahmeerklärung nicht weiter auf eine förmliche Abnahme gedrängt

hat. Vielmehr spricht insbesondere die E-Mail des Projektleiters R. vom 21.02.2020, mit welchem dieser seinen Mitschrieb der Besprechung vom 11.02.2020 unter anderem an die Beklagte versandte, dafür, dass dies gerade nicht der Fall gewesen ist. Aus der Sicht eines vernünftigen Empfängers ist daher anzunehmen, dass beide Parteien auf eine förmliche Abnahme keinen Wert gelegt haben, sondern die Beklagte außerhalb einer förmlichen Abnahme die Abnahme erklären konnte.

ccc. Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist es nicht richtig, die Klägerin habe nicht behauptet, eine zur Annahme vertragsändernder Erklärungen, hier des Verzichts auf die förmliche Abnahme, befugte Person sei bei dem Termin anwesend gewesen. Die Klägerin hat – schriftsätzlich – vorgetragen, dass R. anwesend war. Bei ihm handelt es sich unstreitig um den Projektleiter der Klägerin. Als solcher war er nach Z. 8.1 des Bauvertrags vom 13.11.2017 zwar nicht mit Vertretungsbefugnis ausgestattet, aber berechtigt, Anordnungen und Erklärungen der Beklagten entgegen zu nehmen und somit Empfangsbote. Mit dem per E-Mail übersandten Mitschrieb des Projektleiters R. vom 21.02.2020 wurde der Abnahme seitens der Klägerin nicht widersprochen und jedenfalls damit konkludent auf die förmliche Abnahme ebenfalls verzichtet.

Das Landgericht hätte danach – auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung – aufgrund des schlüssigen Vortrags der Klägerin auf das Bestreiten der Beklagten den von der Klägerin angebotenen Zeugenbeweis erheben müssen, dass die Beklagte in der Besprechung vom 11.02.2020 die Abnahme erklärt hat. Gegen die Abnahmeerklärung kann sprechen, dass laut der vorgelegten E-Mail in der Besprechung zahlreiche Mängel gerügt wurden, wobei dies eine Abnahme unter Mängelvorbehalt nicht ausschließt – zumal die Bauherrin und Auftraggeberin der Beklagten die Leistungen gegenüber der Beklagten bereits am 21.11.2018 abgenommen hatte. Eine abschließende Bewertung ist dabei erst nach durchgeführter Beweisaufnahme und anschließend vorzunehmender Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände möglich.

ddd. Von einer Beweiserhebung war das Landgericht nicht aufgrund der Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens befreit. Unter einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben ist ein von dem einen Vertragspartner an den anderen gerichtetes Schreiben zu verstehen, in welchem der Absender seine Auffassung über das Zustandekommen und den Inhalt eines

3 BGH, Urt. v. 11.07.2019 – VII ZR 266/17, BGHZ 223, 1–12, Rdnr. 31.

4 BGH, Urt. v. 22.12.2000 – VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250 (264), Rdnr. 37.

5 OLG Stuttgart, Urt. v. 21.04.2009 – 10 U 9/09, Rdnr. 79, juris.

mündlich, fernmündlich oder telegrafisch geschlossenen Vertrages mitteilt.⁶ Hier dokumentiert die E-Mail vom 21.02.2020 jedoch keinen Vertragsschluss, sondern eine einseitige Erklärung der Beklagten zur Abnahme (unter Mängelvorbehalten). Der E-Mail vom 21.02.2020 kommt damit lediglich ein Indiz für die Abgabe der Abnahmeerklärung zu, die im Rahmen der Beweiswürdigung nach Vernehmung des Zeugen zu berücksichtigen ist.

cc. Der Werklohn der Klägerin ist nach § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB ohne Abnahme fällig geworden.

aaa. Die Vorschrift ist auch auf den VOB/B-Bauvertrag anwendbar.⁷ Mit der Berufungsbegründung hatte die Klägerin, was von der Beklagten nicht bestritten wurde und somit gem. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gilt, vorgetragen, die Auftraggeberin der Berufungsbeklagten und Bauherrin habe die Leistungen gegenüber der Berufungsbeklagten bereits am 21.11.2018 abgenommen. In der Folge legte sie auch das diesbezügliche Abnahmeprotokoll vor. Da es sich um unstreitiges Vorbringen handelt, ist dieses neue Vorbringen in jedem Fall zuzulassen und unterliegt nicht der Zulassungsbeschränkung gem. § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO.⁸

bbb. Der Fälligkeit steht dabei nicht entgegen, dass nach eigenem klägerischen Vortrag die gegenständlichen Leistungen bis Februar 2020 ausgeführt wurden. Wenn die Voraussetzungen des § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB vorliegen, wird der Vergütungsanspruch des Nachunternehmers unabhängig davon fällig, ob dessen Leistung abnahmereif erbracht worden ist oder nicht.⁹ Dann darf der Hauptunternehmer die Vergütungszahlung gegenüber dem Nachunternehmer selbst dann nicht verweigern, wenn dessen Leistung mit erheblichen Mängeln behaftet ist. Vielmehr ist er auf die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts gem. § 641 Abs. 3 BGB beschränkt.¹⁰

ccc. Entgegen der von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung über die Berufung geäußerten Ansicht wurde im Bauvertrag vom 13.11.2017 die Fälligkeit nach § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB nicht ausgeschlossen.

(1) Ausgeschlossen wurde in Ziffer 6.5 des Bauvertrags vom 13.11.2017 lediglich die fiktive Abnahme durch eine Fertigstellungsmitteilung oder eine konkludente Abnahme durch frühere Benutzung, Inbetriebnahme oder behördliche Abnahme. Soweit die Beklagte daraus und aus einer Auslegung der vertraglichen Bestimmungen insgesamt ableiten möchte, dass hier der Wille der Parteien hervorgehe, ihr Rechtsverhältnis isoliert von jenem der Beklagten zur Bauherrin betrachten zu wollen, kann dem bei einer Auslegung anhand der §§ 133, 157 BGB nicht gefolgt werden. Ersichtlich handelt es sich bei der Regelung in Z. 6.5 um eine abschließende Aufzählung und nicht lediglich um eine

Benennung von Regelbeispielen, nachdem Formulierungen wie „insbesondere“ oder „namentlich“ fehlen. Überdies knüpft die Regelung an Abnahmesurrogate an und nicht an Bestimmungen zur Fälligkeit, wie sie die in § 641 Abs. 2 BGB genannten Fälle darstellen. Konkrete Anhaltspunkte, dass das Vertragsverhältnis der Parteien über den Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse hinaus völlig losgelöst von gesetzlichen Bestimmungen sein sollte, die diesem Grundsatz einschränken, sind nicht ersichtlich. Selbst wenn man davon ausginge, dass eine entsprechende Auslegung nach Ausschöpfung der für die Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Betracht kommenden Methoden neben der hier vorgenommenen Auslegung vertretbar wäre, käme dann jedenfalls die Auslegungsregel des § 305c Abs. 2 BGB zur Anwendung.¹¹ Hiernach ginge der Zweifel bei der Auslegung der vorformulierten und zur mehrfachen Verwendung bestimmten Klausel zum Nachteil der Beklagten als Verwenderin der selbigen mit der Folge, dass ein Ausschluss nach § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB durch die Regelung nicht bezweckt sein sollte.

(2) Es kann daher offenbleiben, ob die Klausel bei der von der Beklagten formulierten Auslegung einer Inhaltskontrolle anhand von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB stand hielte. Die Regelung geht auf das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen zurück und verfolgt den Zweck, den Subunternehmer daran partizipieren zu lassen, was der Hauptunternehmer vom Besteller schon erhalten hat.¹² Manches spricht dafür, dass die Regelungen zur Durchgriffsfälligkeit dabei zu den Leitbildern des Werkvertragsrechts gehören und daher in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bestellers nicht zu Lasten des Unternehmers abdingbar sind, insbesondere nicht durch eine Regelung, die die Inbetriebnahme des Gebäudes gelte nicht als Abnahme.¹³

ddd. § 641 Abs. 2 BGB beinhaltet indes, wie bereits angesprochen, keine Regelung zur Abnahme, sondern eine Regelung zur Fälligkeit der Vergütung. Das Vorliegen der Abnahme der Bauherrin gegenüber dem Generalunternehmer führt damit nicht zu einer Umkehr der Beweislast im Hinblick auf die Mangelfreiheit/Mangelhaftigkeit der Werkleistung, die mit einer Abnahme gem. § 363

6 BGH, NJW 1965, 965.

7 OLG Celle, Urt. v. 28.05.2014 – 14 U 171/13, Rdnr. 37, juris.; OLG Karlsruhe, Urt. v. 21.12.2018 – 8 U 55/17, Rdnr. 43, juris.

8 BGH, Urt. v. 18.11.2004 – IX ZR 229/03.

9 Kniffka u.a., IBR-online-Kommentar Bauvertragsrecht, a.a.O., Rdnr. 22.

10 OLG Celle, a.a.O.; Messerschmidt, in: Messerschmidt/Voit, 4. Aufl. 2022, BGB § 641 Rdnr. 238, beck-online.

11 BGH, Urt. v. 29.05.2009 – V ZR 201/08.

12 BeckOGK/Lasch, 01.10.2024, BGB § 641 Rdnr. 141, beck-online.

13 OLG Celle, Urt. v. 28.05.2014 – 14 U 171/13, Rdnr. 36, juris.

BGB verbunden ist. Vor dem Hintergrund der weiteren Wirkungen der Abnahme, insbesondere der Beweislast, ist es weiterhin notwendig, über die Frage der Abnahme Beweis zu erheben. Zwar wird vertreten, dass – damit § 641 Abs. 2 BGB nicht leer laufe – sich auch die Beweislast zugunsten des Auftragnehmers umkehren müsse.¹⁴ Für den Fall des Eintritts der Fälligkeit nach endgültiger Verweigerung der Abnahme ist indes bereits entschieden, dass sich in diesem Fall die Beweislast nicht umkehrt.¹⁵ Ebenso wird eine Umkehr der Beweislast nicht allein deshalb angenommen, weil der Auftraggeber die Mängel im Wege der Ersatzvornahme hat beseitigen lassen.¹⁶ Auch im Fall einer Fälligkeit aufgrund von § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB liegt die Beweislast für die Mangelfreiheit nach wie vor beim Auftragnehmer.¹⁷ Hierfür spricht insbesondere die systematische Auslegung, wonach die Regelungen zur Durchgriffsfälligkeit nicht bei der Abnahmefiktion in § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB angesiedelt wurden, sondern als Fälligkeitsregelung in § 641 Abs. 2 BGB. Auch ist ein Leerlaufen von § 641 Abs. 2 BGB nicht anzunehmen, da aufgrund des Eintritts der Fälligkeit jedenfalls die Wirkung eintritt, dass sich der Auftraggeber nur noch auf ein Leistungsverweigerungsrecht gem. § 641 Abs. 3 BGB (i.V.m. § 320 BGB) zurückziehen kann.

eee. Eine Fälligkeit der Werkleistung ist indes nicht deswegen eingetreten, weil der gesamte Vertrag in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen wäre, nachdem die Beklagte nicht bezüglich aller gerügter Mängel Schadensersatz geltend macht. Demzufolge liegen die Voraussetzungen des § 281 Abs. 1, Abs. 4 BGB im Hinblick auf das Erlöschen der Herstellungspflicht des Unternehmers nur soweit vor, als Schadensersatz begehrt wird.

dd. Auch die weitere Fälligkeitsvoraussetzung des Stel lens einer Schlussrechnung nach § 14 Abs. 3 VOB/B liegt vor. Nach unbestritten gebliebenem klägerischen Vortrag wurde die Schlussrechnung am 28.10.2020 vorab per E-Mail und anschließend per Post an die Beklagte übermittelt. Einwendungen gegen die Prüffähigkeit der Schlussrechnung hat die Beklagte nicht vorgetragen. Eine Schlussrechnung liegt somit vor. Sie endet ohne die (mit der Berufung nicht angegriffene) Klageabweisung bezüglich der Zusatzleistungen auf Stundenbasis in Ziffer 2.1.1., die in der Berufungsinstanz nicht mehr geltend gemacht werden, auf nun noch 134.000 € netto.

e. Die Forderung der Klägerin ist nicht gem. § 389 BGB durch Aufrechnung erloschen. Es fehlt an einer Aufrechnungs lage i.S.v. § 387 Satz 1 BGB.

aa. Eine Aufrechnungserklärung der Beklagten gem. § 388 Satz 1 BGB liegt vor. Der hilfsweise erklärten Aufrechnung steht nicht § 388 Satz 2 BGB entgegen, nachdem die Beklagte die Aufrechnung in zulässiger Weise von einer innerprozessualen Bedingung abhängig gemacht und in der mündlichen Verhandlung vom 01.10.2024 auf entsprechende Nachfrage klargestellt

hat, dass die Hilfsaufrechnung dabei unter der Bedingung steht, dass das Gericht von einer fälligen Forderung ausgeht.

bb. Eine Gleichartigkeit der geschuldeten Leistungen i.S.v. § 387 Satz 1 BGB liegt nicht vor. Die Beklagte macht mit ihrem Schadensersatzanspruch in der Sache geltend, dass sie infolge der mangelhaften Leistung der Klägerin mit Verbindlichkeiten ihrer Auftraggeberin belastet wird. In der mündlichen Verhandlung vom 01.10.2024 hat sie auf entsprechende Nachfrage klargestellt, dass hinsichtlich der hier streitgegenständlichen Mängel keine Zahlung an die Bauherrin erfolgt ist und dieser Sachverhalt, jedenfalls teilweise, den Gegenstand des Rechtsstreits vor dem Landgericht Frankfurt am Main (2-26 O 634/23) darstelle. Solange der Schaden des Hauptunternehmers in einer solchen Konstellation zunächst darin liegt, dass er infolge der mangelhaften Werkleistung seines Nachunternehmers Mängelansprüchen seines Bestellers ausgesetzt ist, ist der Anspruch auf Freistellung von diesen Verbindlichkeiten gerichtet.¹⁸ Somit stehen sich mit der auf Geldzahlung gerichteten Forderung der Klägerin und dem Anspruch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit der Beklagten i.S.v. § 257 Satz 1 BGB keine gleichartigen Leistungen gegenüber, sodass eine Aufrechnungs lage nicht gegeben ist.

f. Ob der Beklagten aufgrund einer mangelhaften Leistung der Klägerin ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, ist nach aktuellem Sach- und Streitstand offen.

aa. Die Beklagte hat ein entsprechendes Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Wenn die Wirksamkeit einer Aufrechnung daran scheitert, dass die wechselseitig geschuldeten Leistungen ihrem Gegenstand nach nicht gleichartig i.S.v. § 387 Satz 1 BGB sind, kann die erklärte Aufrechnung ein Zurückbehaltungsrecht begründen, wobei die Geltendmachung eines solchen und damit der Antrag, ihn nur zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen, darin erblickt werden kann, dass die Beklagte unter Hinweis auf die von ihr erklärte Aufrechnung die Abweisung der Klage beantragt hat.¹⁹ Vorliegend hat die Beklagte durch den Antrag auf Abweisung der Klage unter konkludenter Bezugnahme auf die erklärte Aufrechnung ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht.

14 Retzlaff, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 641 Rdnr. 10.

15 BGH, Urt. v. 25.04.1996 – X ZR 59/94, Rdnr. 24, juris; BeckOK BGB/Voit, 71. Ed. 01.02.2024, BGB § 641 Rdnr. 12, beck-online.

16 BGH, Urt. v. 23.10.2008 – VII ZR 64/07, Rdnr. 16, juris.

17 OLG Celle, Urt. v. 28.05.2014 – 14 U 171/13, Rdnr. 53, juris.

18 BGH, Urt. v. 09.11.2023 – VII ZR 92/20, BGHZ 239, 8 (21), Rdnr. 21.

19 BGH, Versäumnisurt. v. 26.01.2022 – XII ZR 79/20, Rdnr. 11, juris.

bb. Ob ein Gegenanspruch der Beklagten, soweit er Bauleistungen betrifft und nicht Planungsleistungen, gegen die Klägerin in Gestalt eines Schadensersatzanspruches gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB gegeben ist, ist nach aktuellem Sach- und Streitstand offen.

aaa. Die allgemeinen Regelungen der §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB sind im vorliegenden Fall anwendbar, solange die Klägerin nicht nachgewiesen hat, dass vorliegend von einer wirksamen Abnahmeerklärung auszugehen ist. Wie oben unter 3.d.bb.ddd. aufgezeigt, ersetzt § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB nicht die Abnahme. Die im Erfüllungsstadium grundsätzlich vorrangige Regelung in § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B ist unwirksam.

(1) Die Parteien haben vorliegend im Bauvertrag vom 13.11.2017 die Geltung der VOB/B vereinbart. Allerdings wurde, wie oben unter Ziffer 3.d.bb.aaa. aufgezeigt, die Vertragsurkunde und damit auch die VOB/B von der Beklagten gestellt. Die VOB/B unterliegt einer Inhaltskontrolle, wenn sie nicht als Ganzes vereinbart ist. Welches Gewicht der Eingriff hat, ist unerheblich.²⁰ Die VOB/B wurde vorliegend nicht vollständig einbezogen. Wie oben aufgezeigt, wurde durch Z. 6.5 des Bauvertrags vom 13.11.2017 die fiktive Abnahme nach § 12 Abs. 5 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/B ausgeschlossen. Damit ist die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB eröffnet.

(2) Vor Abnahme kann sich der geltend gemachte Anspruch, soweit er Bauleistungen betrifft und nicht Planungsleistungen, aus § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B ergeben. Ist die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart worden, hält § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B jedoch ebenso wie die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1, 1. Alt. VOB/B bei Verwendung durch den Auftraggeber der Inhaltskontrolle nicht stand. Die Kündigungsregelung in § 4 Abs. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1, 1. Alt. VOB/B benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist daher unwirksam.²¹

(3) Somit greift gem. § 306 Abs. 2 BGB die gesetzliche Regelung ein. Rechtsgrundlage für den Schadensersatzanspruch der Beklagten statt der Leistung sind damit §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB. Solange nicht von einer Abnahme auszugehen ist, trägt die Klägerin die Beweislast für die Mangelfreiheit ihres Werks auch im Rahmen des § 281 BGB.²²

bbb. Zwischen den Parteien liegt ein Schuldverhältnis in Gestalt des Bauvertrages vom 13.11.2017, somit eines Werkvertrages i.S.v. § 631 Abs. 1 BGB in der bis zum 31.12.2017 gültigen Fassung vor.

ccc. Eine Mangelhaftigkeit des Werks der Klägerin liegt vor, da es nicht die vereinbarte Beschaffenheit i.S.v. § 633

Abs. 2 Satz 1 BGB in der bis zum 31.12.2017 gültigen Fassung hat. Es ist allerdings offen, ob die Klägerin für die Mangelhaftigkeit ihres Werks verantwortlich ist.

(wird ausgeführt)

ggg. Nach durchgeführter Beweisaufnahme wird bei gegebener Verantwortlichkeit der Klägerin im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände zu bestimmen sein, inwieweit der etwaige Schadensersatzanspruch der Beklagten gem. §§ 254, 278 BGB eingeschränkt ist. Die §§ 254, 278 sind als Ausprägung eines allgemeinen Rechtsgedankens nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) auch auf die werkvertragliche Gewährleistung anzuwenden.²³ Vorliegend kommt ein eigenes Mitverschulden der Beklagten gem. § 254 Abs. 1 BGB insbesondere im Hinblick darauf in Betracht, dass ihr nach dem Bauvertrag vom 13.11.2017 die Verantwortlichkeit insbesondere für das Verpressen der Fenster zugewiesen war, ohne dass vorgetragen oder ersichtlich ist, dass diese Maßnahme durchgeführt wurde. Soweit sich die Beklagte für Themen der Baukonstruktion ihres Architekten bedient hat, muss sie sich – worauf sich auch die Klägerin beruft – dessen Mitverschulden gem. §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 BGB zurechnen lassen. So ist ein schuldhaftes Verhalten des mit der Planung beauftragten Architekten dem Besteller gem. § 278 BGB etwa dann zuzurechnen, wenn dieser im Laufe der Bauausführung fehlerhafte Anordnungen erteilt, auf Grund derer von der ursprünglichen Planung abgewichen werden soll.²⁴

cc. Hinsichtlich der Planungsleistungen handelt es sich – wie bei Planungsleistungen eines Architekten – der Sache nach um einen Schadensersatzanspruch neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB, denn die Mängel des Bauwerks können nicht durch Nacherfüllung der fehlerhaften Planungsleistung noch beseitigt werden.²⁵ Dabei umfasst der Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB auch die Bauwerksschäden, weil sie als Folgeschäden der mangelhaften Planung und nicht als Mangelschaden anzusehen sind.²⁶ Vor Abnahme enthält die VOB/B zu Planungs-

20 BGH, Urt. v. 22.01.2004 – VII ZR 419/02, BGHZ 157,346, juris Rdnr. 11.

21 BGH, Urt. v. 19.01.2023 – VII ZR 34/20, BGHZ 236, 96 (110).

22 Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 281 Rdnr. 53.

23 BGH, Urt. v. 22.03.1984 – VII ZR 50/82, juris.

24 Kniffka/Koeble, Teil 5 Die Haftung des Unternehmers für Mängel Rdnr. 95, beck-online; BGH, Urt. v. 22.03.1984 – VII ZR 50/82 –, juris.

25 BGH, Urt. v. 16.02.2017 – VII ZR 242/13, Rdnr. 23, juris.

26 OLG Stuttgart, Urt. v. 30.11.2010 – 10 U 67/10, BeckRS 2012, 19255, beck-online.

leistungen keine Regelungen. Es bleibt daher auch ohne Inhaltskontrolle der VOB/B bei der gesetzlichen Regelung.

aaa. Inwieweit sich die Planung der Klägerin – bzw. die ihr gem. § 278 Satz 1 BGB zurechenbare Planung ihrer Subunternehmerin A. GmbH – als mangelhaft i.S.v. § 633 Abs. 2 Satz 1 oder Satz 2 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB in der bis zum 31.12.2017 gültigen Fassung darstellt, ist erforderlichenfalls – für den Fall, dass ein Gegenanspruch der Beklagten nicht bereits aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB resultiert – im Rahmen des einzuholenden Sachverständigengutachtens zu klären. Die Klägerin behauptet, auch soweit die Bauherrin Mangelsymptome gerügt habe, habe sie ihre Planungsleistungen vollständig und mangelfrei erbracht. Soweit sie unter Beweisannahme durch den Zeugen Sch. vorbringt, die Deckenkonstruktion selbst sei von der P. GmbH geplant worden, und sich die Beklagte gegenbeweislich für die gegenteilige Behauptung auf die Zeugen M. und X. beruft, wird es voraussichtlich für die Haftung der Klägerin zunächst einmal darauf ankommen, ob und wenn ja, welche Vorgaben an der Deckenkonstruktion durch die Klägerin aufgrund der Planung für die Bauunternehmer erforderlich waren, damit diese die Planung vertragsgerecht umsetzen können.²⁷ Konkret im Zusammenhang mit den Planungsleistungen, welche in der klägerischen Darstellung der KG 439 zugeordnet sind, bringt die Beklagte dabei vor, der Bauherr rüge ihr gegenüber Symptome, die auch mit den Planungsleistungen der Klägerin in einem sachlichen Zusammenhang stünden. Ersichtlich bezieht sich die Beklagte dabei auf die vom privaten Sachverständigen J. festgestellten Defizite an der Deckenkonstruktion. Aus der im Bauvertrag vom 13.11.2017 als „Leistungsverzeichnis des AN“ bezeichneten Anlage geht dabei hervor, dass dort auf die extrem beengten Platzverhältnisse im Museum hingewiesen wurde, welche eine komplexe, kreuzungsfreie und aufwändige, extrem flache Luftkanalführung bedingten, da die Zwischendecke nur ca. 13 cm hoch sei. Die Luftverteilung sei extrem aufwendig und müsse sich fast ausschließlich an den vorhandenen Platzverhältnissen orientieren. Die Anforderungen an die Beleuchtungstechnik sowie die Anforderungen an die Raumluftechnik müssten hier „optimiert zueinander angepasst“ werden. Es wird daher ggf. zu klären sein, inwieweit die Klägerin – bzw. ihre Subunternehmerin A. GmbH als Erfüllungsgehilfe nach § 278 Satz 1 BGB – den Belangen der technischen Gebäudeausrüstung und den daraus erwachsenden Anforderungen Geltung verschaffen musste.

bbb. Soweit die Beklagte Planungsdefizite vorbringt, welche keinen Bezug zu den von der Bauherrin gerügten Mangelsymptomen aufweisen, ist im Lichte der Auslegung des Bauvertrages vom 13.11.2017

nicht erkennbar, welche konkreten Planungsleistungen der Klägerin hinter dem vertraglichen Leistungsoll zurückbleiben sollen und inwieweit hierdurch die Leistung der Klägerin nicht funktionstauglich sein und nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechen soll. Die Beklagte benennt außerhalb dessen keine Mangelsymptome, welche aus einer fehlerhaften Planung hervorgehen sollen. Insoweit hat die Beklagte daher Planungsfehler der Klägerin nach aktuellem Sach- und Streitstand nicht schlüssig dargelegt.

dd. Sollte nach durchgeführter Beweisaufnahme zur Abnahme von einem Nachweis der selbigen auszugehen sein, resultiert die erforderliche Beweiserhebung im dargestellten Umfang daraus, dass in diesem Fall ein Schadensersatzanspruch der Beklagten gem. § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B im Raum steht. § 13 Abs. 7 VOB/B wäre dann Anspruchsgrundlage sowohl für Mängel an der Bauleistung als enge Mangelfolgeschäden,²⁸ als auch solche hinsichtlich der Planung. Die unter 3.f.bb. und cc. angestellten Erwägungen gelten im Rahmen der Prüfung dieses Anspruches entsprechend. Das Vorliegen eines Sachmangels bemisst sich dann nach § 13 Abs. 1 Satz 2 VOB/B mit dem von der Klägerin zu beweisenden Ausschlussstatbestand nach § 13 Abs. 3 VOB/B i.V.m. § 4 Abs. 3 VOB/B.

g. Die Beklagte macht wegen verschiedener Mängelbehauptungen darüber hinaus ein „Zurückbehaltungsrecht“ geltend. Nachdem auf Grundlage der bisherigen Ausführungen von einer Fälligkeit der Werklohnforderung der Klägerin aufgrund von § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB auszugehen ist, begründen (berechtigte) Mängelbehauptungen ein Leistungsverweigerungsrecht gem. § 641 Abs. 3 BGB.²⁹ Insbesondere im Falle einer Fälligkeit nach § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB ist der Besteller auf die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts (§ 641 Abs. 3 BGB) beschränkt.³⁰ Die Vorschrift ist auch im Rahmen eines VOB/B-Vertrages anwendbar.³¹ Dieses Leistungsverweigerungsrecht wirkt objektiv und muss nicht ausdrücklich geltend gemacht werden.³²

aa. Hinsichtlich folgender, im Rechtsstreit vorgebrachter Mängelbehauptungen der Beklagten ist nach aktuellem

27 Für den Architekten BGH, Urt. v. 24.06.2004 – VII ZR 259/02, BGHZ 159, 376 (382) Rdnr. 28.

28 BeckOK VOB/B/Koenen, 56. Ed. 01.08.2024, VOB/B § 13 Abs. 7 Rdnr. 62, beck-online.

29 BGH, Versäumnisurt. v. 01.08.2013 – VII ZR 75/11 Rdnr. 19.

30 OLG Celle, Urt. v. 28.05.2014 – 14 U 171/13, Rdnr. 37, juris.

31 OLG Celle, a.a.O.; OLG Karlsruhe, Urt. v. 21.12.2018 – 8 U 55/17, Rdnr. 35.

32 BeckOK BauVertrR-Mayr, Stand 01.08.2024, § 641 Rdnr. 31b.

Sach- und Streitstand ein Leistungsverweigerungsrecht nicht gegeben:

(wird ausgeführt)

4. Da im Umfang von 134.000,00 € der Rechtsstreit hinsichtlich der Hauptforderung noch nicht entscheidungsreif ist, ist in diesem Umfang auch der als Nebenforderung geltend gemachte Zinsanspruch noch nicht zur Entscheidung reif.

III. 1. Der Rechtsstreit war gem. § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens an das Landgericht zurückzuverweisen, soweit die Klage wegen eines Betrags i.H.v. 134.000,00 € als derzeit unbegründet abgewiesen wurde.

a. Die Klägerin hat hilfsweise die Aufhebung und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landgericht beantragt. Eine hilfsweise Antragstellung ist ausreichend.³³ Der Sache nach handelt es sich bei diesem Antrag jedoch richtigerweise um den Hauptantrag.

b. Ein Zurückverweisungsgrund i.S.v. § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO ist gegeben. Das Landgericht hat den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör verletzt und dadurch eine notwendige umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme vermieden.

aa. Ein Verfahrensfehler auf Grund des allein maßgeblichen materiell-rechtlichen Standpunkts des Landgerichts³⁴ liegt vor. Das Landgericht hat unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG den erstinstanzlichen Vortrag der Klägerin zur Abnahmereife ihrer Leistungen übergegangen. Die Gehörsverletzung stellt einen Verfahrensfehler dar.³⁵ Das Landgericht setzt sich in seinem Urteil mit der Abnahmereife der klägerischen Leistung nicht auseinander, obgleich es in der mündlichen Verhandlung vom 04.10.2023 noch den richterlichen Hinweis erteilte, dass es in Ermangelung einer von den Parteien in § 6 des Bauvertrages vorgesehenen förmlichen Abnahme „auf die Abnahmereife der klägerischen Leistungen als Fälligkeitsvoraussetzung für den geltend gemachten Restwerklohn ankomme“. Soweit das Landgericht in seinem Hinweis die Klägerseite auf ihre Darlegungs- und Beweislast für die Abnahmereife hingewiesen hat und hierbei insbesondere darauf, dass zur Bestimmung des vertraglichen Leistungssolls auch die Vertragsgrundlagen hinreichend dargelegt werden müssten, hat die Klägerseite dazu im Schriftsatz vom 01.12.2023 umfangreich ergänzend vorgetragen. Sollte das Landgericht die Frage der Abnahmereife nicht mehr als entscheidungserheblich angesehen haben, hätte es einen richterlichen Hinweis erteilen müssen, dass es an seiner in der mündlichen Verhandlung vom 04.10.2023 geäußerten Rechtsauffassung nicht mehr festhält.³⁶ Sollte das Landgericht, was aus den Entscheidungsgründen nicht klar hervorgeht, die Abnahmereife mit dem Argument verneint haben, die Klägerin habe die vom Pauschalfestpreis umfassten

Einzelleistungen wegen des fehlenden Angebots gemäß Ziffer 2.2 des Bauvertrags vom 13.11.2017 nicht ausreichend dargestellt, hat es entscheidungserheblichen (und unstreitigen) Vortrag der Klägerin übergangen. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass ein solches Angebot nicht existiert.

Der Vortrag ist auf Basis des maßgeblichen materiell-rechtlichen Standpunkts des Landgerichts auch entscheidungserheblich. Im Falle der Abnahmereife kann unmittelbar auf Zahlung des Werklohns geklagt werden, wenn der Werkbesteller die Abnahme zu Unrecht verweigert, nachdem im Zahlungsantrag ein konkludentes Abnahmeverlangen liegt.³⁷ Aus der obigen Darstellung unter II. ergibt sich, dass die Klägerin die Abnahmereife schlüssig vorgetragen hat.

Das Landgericht hat zudem den schlüssigen Vortrag der Klägerin, zur Abnahmeerklärung der Beklagten nicht hinreichend berücksichtigt, weil es die Substantiierungslast zu hoch angesetzt hat.

bb. Der Verfahrensmangel stellt sich auch als wesentlich dar. Ein Gehörsverstoß ist grundsätzlich ein wesentlicher Verfahrensmangel i.S.v. § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO.³⁸ Anhaltspunkte dafür, dass dies vorliegend anders zu beurteilen ist, sind nicht ersichtlich.

cc. Überdies wird vorliegend eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme notwendig. Eine Zurückverweisung wegen eines wesentlichen Verfahrensmangels erfordert weiter, dass der Mangel eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme notwendig und nicht nur wahrscheinlich macht.³⁹ Eine solche muss sicher zu erwarten sein.⁴⁰ Dies ist vorliegend der Fall.

Insbesondere zu folgenden Fragen ist eine Beweisaufnahme sicher zu erwarten:

(wird ausgeführt)

Zu allen erfolgreichen Mängelrügen ist ein Sachverständigengutachten dazu erforderlich, welches wirtschaftliche Gewicht die einzelnen Mängelrügen haben, damit das Leistungsverweigerungsrecht gem. § 641 Abs. 3 BGB bzw. die Hilfsaufrechnung/das Zurückbehaltungs-

33 OLG Koblenz, Urt. v. 31.05.2007 – 5 U 123/07, Zöller, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 538 Rdnr. 56.

34 BGH, Versäumnisurt. v. 01.02.2010 – II ZR 209/08.

35 BGH, Beschl. v. 22.12.2015 – VI ZR 67/15, Rdnr. 4, Münch-Komm.-Rimmelspacher, ZPO, 6. Aufl. 2020, ZPO § 520 Rdnr. 55, beck-online.

36 BVerfG, Beschl. v. 15.08.1996 – 2 BvR 2600/95.

37 OLG Nürnberg, Hinweisbeschluss v. 17.05.2021 – 13 U 365/21.

38 BGH, Urt. v. 14.05.2013 – II ZR 76/12.

39 BeckOK ZPO/Wulf, 53. Ed. 01.07.2024, ZPO § 538 Rdnr. 16, beck-online.

40 BGH, Urt. v. 12.04.2018 – III ZR 105/17.

recht im zutreffenden Umfang berücksichtigt werden können.

d. Eine Zurückverweisung entspricht auch pflichtgemäßem Ermessen. Bei der insoweit notwendigen Abwägung ist in Erwägung zu ziehen, dass eine Zurückverweisung der Sache zu einer erheblichen Verteuerung und Verzögerung des Rechtsstreits führt und dies in der Regel den schützenswerten Interessen der Parteien entgegensteht.⁴¹ Die Aufhebung und Zurückverweisung wegen einer noch durchzuführenden Beweisaufnahme ist deshalb auf Ausnahmefälle zu beschränken, in denen die Durchführung des Verfahrens in der Berufungsinstanz voraussichtlich zu größeren Nachteilen führt als die Zurückverweisung der Sache an das erstinstanzliche Gericht.⁴² In diesem Zusammenhang muss nachprüfbar dargelegt werden, dass eine aus seiner Sicht durchzuführende Beweisaufnahme so aufwändig und umfangreich ist, dass eine Zurückverweisung an das Landgericht ausnahmsweise gerechtfertigt erscheint.⁴³ Steht ein Gutachten zu einer lediglich einen Mangel eines Bauwerks betreffenden Beweisfrage aus, liegen die Voraussetzungen eines Ausnahmefalls regelmäßig nicht vor.⁴⁴

Bei der vorzunehmenden Ermessensentscheidung ist vorliegend zunächst zu berücksichtigen, dass in erster Instanz noch überhaupt keine Beweisaufnahme stattgefunden hat und der umfangreiche, noch anhängige Prozessstoff bislang noch keinerlei Aufbereitung erfahren hat, die eine Entscheidungsgrundlage für die Berufungsinstanz ermöglicht. Den Parteien würde durch die erstmalige Durchführung der Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz eine zweite Tatsacheninstanz genommen. Vorliegend geht aus der obigen Aufzählung unter 3.b.cc. dabei hervor, dass sich die notwendige Beweisaufnahme als ausgesprochen aufwändig, umfangreich und vielschichtig erweist. Der Verlust einer Tatsacheninstanz ohne durchgeführte Beweisaufnahme und entsprechende Aufbereitung des Streitstoffes in lediglich einer Instanz stellt sich demzufolge als besonders gravierend dar. Da insofern bislang keine Beweiserhebung stattgefunden hat, ist die Fortführung des Verfahrens in der Berufungsinstanz mit keinem zeitlichen Vorteil gegenüber einer Fortsetzung des Verfahrens beim Landgericht verbunden, vielmehr würden die Parteien lediglich eine Tatsacheninstanz verlieren. Unter diesen Umständen ist eine Zurückverweisung an das Landgericht zur erneuten Verhandlung, Beweisaufnahme und Entscheidung zweckmäßig.

2. Erstinstanzlich hat die Beklagte beantragt, den Rechtsstreit wegen Vorgeiflichkeit des Verfahrens vor dem Frankfurt am Main (2-26 O 634/23) gem. § 148 Abs. 1 ZPO auszusetzen. Darauf hat sie auch in der Berufungsinstanz verwiesen. Die Aussetzung ist von Amts wegen in jeder Verfahrenslage möglich.⁴⁵ Eine Vorgeiflichkeit wird angenommen, wenn in einem anderen Rechtsstreit

eine Entscheidung ergeht, die für das auszusetzende Verfahren materielle Rechtskraft entfaltet oder Gestaltungs- bzw. Interventionswirkung erzeugt.⁴⁶ Vorliegend hat die Beklagte der Klägerin im Prozess vor dem Frankfurt am Main (2-26 O 634/23), in welchem sie von der Bauherrin Stiftung Kunst und Natur gGmbH in Anspruch genommen wird, den Streit verkündet. Die Entscheidung in diesem Rechtsstreit erzeugt demzufolge eine Interventionswirkung zwischen den Parteien. Die Klägerin ist dem dortigen Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beigetreten. Aus den genannten Gründen ist das vorgeifliche Rechtsverhältnis auch Gegenstand eines vor einem anderen Gericht bereits anhängigen Verfahrens. Vorgeiflichkeit liegt demnach grundsätzlich im Hinblick auf die Mangelhaftigkeit des Werks vor. Allerdings wird in dem Prozess vor dem Frankfurt am Main (2-26 O 634/23) aus Rechtsgründen eine Differenzierung zwischen dem Werk der Beklagten und dem Werk der Klägerin nicht stattzufinden haben.

Über die Aussetzung wird bei Zurückverweisung das Landgericht zu befinden haben.

(Mitgeteilt von Vors. Richter am Oberlandesgericht
Hans-Joachim Rast, Stuttgart)

41 BGH, Urt. v. 08.07.2004 – VII ZR 231/03, juris.

42 BGH, Urt. v. 22.09.2006 – V ZR 239/05, juris.

43 BGH, Urt. v. 05.07.2011 – II ZR 188/09, juris.

44 BGH, Versäumnisurt. v. 16.12.2004 – VII ZR 270/03, juris.

45 Anders/Gehle/Bünnigmann, 82. Aufl. 2024, ZPO § 148 Rdnr. 15, beck-online.

46 BGH, Beschl. v. 27.06.2019 – IX ZB 5/19 Rdnr. 7, beck-online.

Einvernehmliche Prognose als Grundlage für die Höhe des Sicherungsanspruchs

BGB §§ 631 Abs. 1, 650a, 650f Abs. 1.

1. Haben die Parteien eines Bauvertrags eine Vergütung nach Einheitspreisen vereinbart, ist die Höhe des Sicherungsanspruchs gem. § 650f Abs. 1 Satz 1 BGB wenn möglich auf Grundlage der einvernehmlichen Prognose der Parteien über die Gesamthöhe der Vergütung zu bestimmen, die in einem Leistungsverzeichnis oder einem Kostenanschlag enthalten sein kann.

2. Fehlt es an einer einvernehmlichen Prognose der Parteien über die Gesamthöhe der Vergütung, ist es für die Höhe des Sicherheitsanspruchs gem. § 650f Abs. 1 Satz 1 BGB maßgeblich, wie die Gesamtvergütungshöhe aus Sicht einer objektiven Partei

auf Basis der Vereinbarung bei Vertragsschluss zu veranschlagen gewesen wäre.

Alternativ dazu kann der Unternehmer in einem solchen Fall die Sicherungshöhe gem. § 650f Abs. 1 Satz 1 BGB auch darlegen, indem er schlüssig vorträgt, welche Leistungen er bislang tatsächlich erbracht hat und wie diese preislich zu bewerten sind.

KG, Urt. v. 18.03.2025 – 21 U 110/24.

Aus den Gründen: I. Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Bauhandwerkersicherung aus § 650f BGB in Anspruch.

Die Klägerin ist ein Bauunternehmen, das insbesondere Elektroinstallationen ausführt.

Die Beklagte errichtete das Bauvorhaben „T“, einen Komplex aus mehreren Geschäfts- und Bürogebäuden in Berlin.

Am 08. und 09.05.2019 schlossen die Parteien einen Rahmenvertrag mit der Vertragsnummer VE 444010 (im Folgenden: Rahmenvertrag VE 444010). In der Präambel dieses Vertrags heißt es, wobei die Klägerin als „AN“, die Beklagte als „AG“ bezeichnet werden:

„Dieser Rahmenvertrag stellt die gemeinsame Basis für die Abwicklung von Einzelaufträgen dar. Der AN wird nach jeweiliger Einzelbeauftragung (nachfolgend ‚Einzelauftrag‘) die vereinbarten Arbeiten im Auftrag des AG durchführen. Aufgabe und Ziel dieses Rahmenvertrages ist es, die grundsätzlichen Bedingungen festzulegen, die für alle Einzelaufträge zwischen dem AG und dem AN gelten.“

Oberhalb dieses Absatzes ist auf S. 2 der Vertragsurkunde handschriftlich ohne Unterschrift oder Paraphierung „(BT Nord)“ hinzugesetzt worden.

In § 4 des Rahmenvertrags VE 444010 heißt es:

„Für die Erbringung der Leistungen des AN gelten folgende Vergütungsregelungen:

- 25,00 € (netto) pro Std.
- Materialrechnungen inkl. 10 % Zuschlag.“

Am 24. Februar/04.03.2021 beauftragte die Beklagte die Klägerin mit „Lieferung und Montage der Elektroinstallation“ in bestimmten Bereichen des Bauvorhabens Tegel Quartier. Der Vertrag trägt die Vertragsnummer VE 442001, im Folgenden wird er als Vertrag VE 442001 bezeichnet. Nach Abschnitt I. des Vertrags VE 442001 sind u.a. die folgenden Dokumente seine Bestandteile: Das Verhandlungsprotokoll vom 14.01.2021, das Angebot der Klägerin vom 10.01.2021 „im geprüften Stand“ vom 14./27.01.2021, ein bepreistes Leistungs-

verzeichnis der Fa. I vom 28.01.2021 und eine „Baubeschreibung D“ (im Folgenden: Baubeschreibung D).

Die Beklagte beauftragte die Klägerin noch in weiteren Verträgen mit Leistungen auf dem Bauvorhaben. Insgesamt schlossen die Parteien über 30 Verträge.

In den Bereichen „D“ und „H“ des Bauvorhabens sollten vor den Fenstern elektrisch betriebene Rollos als Sonnenschutz angebracht werden. In dem Leistungsverzeichnis, das Bestandteil des Vertrags 442001 ist, wird die Lieferung und der Anschluss von Steuerungselementen für diesen Sonnenschutz nicht aufgeführt. Die Parteien waren sich gleichwohl einig, dass die Klägerin diese Steuerungselemente, die sie auch als „Warema Sonnenschutzsteuerung“ bezeichneten, liefern und anschließen solle.

Am 09.02.2022 übermittelte der Geschäftsführer der Klägerin der Beklagten per Mail ein Angebot für „die fehlende ausgeschriebene Steuerung“.

Am 11.02.2022 schrieb der Geschäftsführer der Beklagten dem Geschäftsführer der Klägerin per Mail:

„Sehr geehrter Herr S,

wir beziehen uns auf den Rahmenvertrag VE 444010 und rufen höflichst die nachstehenden Leistungen nach den Vergütungsregelungen des zuvor genannten Rahmenvertrages ab:

Es handelt sich bei den Ausführungen um folgende Leistungen:

- Herstellung der benötigten Elt-Zuleitung für die Aufzüge PA20, PA21, PA22, PA23 (Süd) und PA1 (H)
- Warema Sonnenschutzsteuerung für 775 Jalousiemotoren inkl. Zentrale – Lieferung, Montage, Programmierung und Inbetriebnahme im Bauteil Süd und H (D).

Wir bitten Sie, diese Leistung auf Grund der sich darstellenden Dringlichkeit schnellstmöglich umzusetzen. Vielen Dank im Voraus. (...)“

In der Folgezeit lieferte die Klägerin die Sonnenschutzsteuerungen in der geforderten Anzahl, baute sie in den gewünschten Bereichen D und H ein und schloss sie an das Stromnetz an.

Unter dem 04.07.2023 übermittelte die Klägerin der Beklagten den Entwurf einer Schlussrechnung, wonach ihr gem. § 4 des Rahmenvertrags VE 444010 für Lieferung und Montage der Sonnenschutzsteuerung eine Vergütung von 320.330,08 € zuzüglich Zinsen i.H.v. 10.406,44 € zustünden. Ferner forderte die Klägerin die Beklagte am 04.07.2023 dazu auf, ihr bis zum 18.07.2023 eine Sicherheit gem. § 650f BGB über

350.000,00 € zu stellen. Am 26.07.2023 wiederholte ihr Prozessbevollmächtigte diese Forderung. Die Beklagte leistete der Klägerin keine Sicherheit.

Mit ihrer Klage beansprucht die Klägerin eine Sicherheitsleistung gem. § 650f BGB i.H.v. 30.000,00 € für ihre Vergütung wegen der Sonnenschutzsteuerungen.

Mit Urteil vom 18.06.2024 hat das Landgericht Berlin II die Beklagte antragsgemäß zur Sicherheitsleistung i.H.v. 30.000,00 € für den Vergütungsanspruch der Klägerin verurteilt, der sich aus der Mail der Beklagten vom 11.02.2022 für die Herstellung der genannten Sonnenschutzsteuerung ergebe.

Gegen diese Entscheidung haben beide Parteien Berufung eingelegt, und verfolgen mit ihren Rechtsmitteln ihre erstinstanzlichen Anträge weiter, soweit sie beim Landgericht keinen Erfolg hatten.

II. Beide Berufungen sind zulässig, aber unbegründet.

1. Die Berufung der Beklagten

Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht verurteilt, der Klägerin eine Sicherheitsleistung gem. § 650f BGB i.H.v. 30.000,00 € zu leisten.

Die Klägerin hat aus dem Vertrag, der aufgrund des Leistungsabrufs der Beklagten per Mail vom 11.02.2022 zustande kam, einen Vergütungsanspruch i.H.v. mindestens 27.272,73 € gegen die Beklagte, §§ 631 Abs. 1, 650a BGB. Weil es sich bei dem Vertrag um einen Bauvertrag handelt, steht der Klägerin somit in dieser Höhe zuzüglich 10 %, also i.H.v. mindestens 30.000,00 €, ein Sicherungsanspruch aus § 650f Abs. 1 BGB gegen die Beklagte zu.

a) Vergütungsanspruch der Klägerin dem Grunde nach

Zwischen den Parteien ist ein Bauvertrag zustande gekommen, in dem die Beklagte die Klägerin mit Lieferung und Montage der Steuerungselemente für den Sonnenschutz in den Bauteilen D und H beauftragt hat.

aa) Vertragsschluss

Der Geschäftsführer der Klägerin übermittelte per Mail vom 09.02.2022 der Beklagten ein Angebot für Lieferung und Einbau der Sonnenschutzsteuerungen. Daraufhin teilte der Geschäftsführer der Beklagten dem Geschäftsführer der Klägerin am 11.02.2022 per Mail mit, Lieferung und Einbau der Sonnenschutzsteuerungen (und außerdem Elektrozuleitungen für näher bezeichnete Aufzüge) nach den Vergütungsregelungen des Rahmenvertrags VE 444010 abzurufen. Da die Vergütungsregelungen des Rahmenvertrags im Zweifel von dem vorherigen Angebot der Klägerin abweichen, liegt in der Mail des Geschäftsführers der Beklagten

ein neues Vertragsangebot (§ 150 Abs. 2 BGB). Dieses Angebot nahm die Klägerin an, indem sie in der Folgezeit die von der Beklagten abgerufenen Arbeiten ausführte bzw. – soweit sie mit ihnen schon begonnen hatte – diese fortsetzte.

bb) Vertragsinhalt

Damit hatte die Beklagte die Klägerin mit Lieferung und Einbau der Sonnenschutzsteuerungen zu den Bedingungen des Rahmenvertrags VE 444010, also insbesondere der in § 4 dieses Vertrags geregelten Vergütung, beauftragt.

(1) Es gelten die Vergütungsregelungen des Rahmenvertrags VE 444010.

Es ist unerheblich, dass sich die von der Beklagten beauftragten Sonnenschutzsteuerungen in den Bauteilen „D“ und „H“ bzw. „Süd“ und „H (D)“ befinden und damit nicht im Bauteil Nord. Selbst wenn die Parteien bei Abschluss des Rahmenvertrags VE 444010 die übereinstimmende Absicht gehabt haben sollten, dass sich dieser nur auf das Bauteil Nord beziehen solle – wobei es fraglich ist, ob dies allein durch den handschriftlichen Zusatz „(BT Nord)“ eines unbekannten Urhebers auf S. 2 der Vertragsurkunde vereinbart ist – nahm der Geschäftsführer der Beklagten in seiner Mail vom 11.02.2022 hinsichtlich der Sonnenschutzsteuerungen im Bauteil Süd unmissverständlich auf den Rahmenvertrag Bezug und bot der Klägerin die Beauftragung „nach den Vergütungsregelungen (dieses) Rahmenvertrages“ an. Indem die Klägerin dieses Angebot durch schlüssiges Verhalten annahm, sind die Vergütungsregelungen des Rahmenvertrags auch dann durch nachträgliche Vereinbarung auf die streitgegenständlichen Sonnenschutzsteuerungen erstreckt, wenn Leistungen im Bauteil Süd ursprünglich nicht Gegenstand des Rahmenvertrags gewesen sein sollten. Es ist nicht ersichtlich, warum die Parteien den Regelungsbereich ihres Rahmenvertrags nicht durch nachträgliche Vereinbarung sollten einvernehmlich erweitern können.

(2) Bauvertrag

Der so zustande gekommene Vertrag ist ein Bauvertrag. Bei der beauftragten Leistung – „Lieferung, Montage, Programmierung und Inbetriebnahme“ der Sonnenschutzsteuerung für 775 Jalousiemotoren inkl. Zentrale – handelt es sich um ein Bauwerk (wobei „Bauwerk“ als „gebaute“ oder „eingebaute Leistung“, nicht als „Gebäude“ zu verstehen ist). Gegen die Annahme eines Bauwerks spricht nicht, dass die Klägerin in dem Vertrag auch zur Lieferung von Bauteilen und Materialien (hier etwa von Steuerungseinheiten und Kabeln) verpflichtet wird. So verhält es sich regelmäßig bei Bauverträgen, solange das zu verbauende Material nicht ausnahmsweise vollständig vom Auftraggeber gestellt wird.

Dass der Leistungserbringer aufgrund eines Vertrags Bauteile oder Materialien zu liefern hat, steht der Annahme eines Bauvertrags nur dann entgegen, wenn deren Einbau, Verarbeitung oder Montage daneben nur noch untergeordnete Bedeutung haben. Ob das der Fall ist, ist in einer Gesamtbeurteilung zu entscheiden. Bei dieser kommt es nicht auf das quantifizierte Verhältnis der Werte bzw. Vergütungsanteile von Lieferpositionen einerseits und Montagepositionen andererseits an, sondern auf die qualitative Betrachtung, ob für den Leistungsempfänger bei der Vertragserfüllung die individuelle Einpassung von Sachen in ein Gesamtwerk und dessen Funktionsfähigkeit im Vordergrund stehen.¹ Von einem Vorrang der Einbauleistungen gegenüber der Warenlieferung und somit einem Bauvertrag ist insbesondere dann auszugehen, wenn für die Erreichung dieses Erfolgs eine auf den Einzelfall ausgerichtete Planung oder besondere Fachkompetenzen erforderlich sind. Hierfür spricht es ebenfalls, wenn sich die Vergütung des Leistungserbringers – insbesondere ihre Fälligkeit – nach dem Werkvertragsrecht richten soll, denn dies rechtfertigt die Anwendung des Sicherungsanspruchs aus § 650f BGB zu seinen Gunsten.²

Danach sind im vorliegenden Fall die Voraussetzungen eines Bauvertrags erfüllt. Der Schwerpunkt der beauftragten Leistung bestand für die Beklagte darin, funktionierende Steuerungen für den Sonnenschutz in den bezeichneten Bereichen ihres Bauvorhabens zu erhalten. Für deren Einbau, Einbindung in die Stromversorgung und die von der Beklagten ausdrücklich gewünschte Programmierung ist ein Fachunternehmen erforderlich, zudem sollte die Vergütung erst mit Abnahme der Gesamtleistung fällig werden.

cc) Vertragsinhalt ist nicht von anderem Vertrag erfasst

Der gesonderte Vergütungsanspruch der Klägerin scheitert auch nicht daran, dass sie zu Lieferung und Einbau der Sonnenschutzsteuerungen bereits aufgrund eines bestehenden Vertrages mit der Beklagten verpflichtet war, als deren Geschäftsführer diese Leistungen mit seiner Mail vom 11.02.2022 bei ihr abrief. In einem solchen Fall hätte die Beklagte eine Leistung gegen zusätzliche Vergütung beauftragt, die die Klägerin auch ohne eine solche hätte erbringen müssen. Dies hätte zur Folge, dass die Klägerin sich auf diese Nachtragsvereinbarung nicht berufen kann.³

Ein solcher Fall liegt hier indessen nicht vor.

(1) Die Leistung war nicht vom Vertrag VE 442001 erfasst.

Das Landgericht hat zutreffend entschieden, dass Lieferung und Einbau der Sonnenschutzsteuerung nicht vom Vertrag VE 442001 erfasst war. Es mag sein, dass die Baubeschreibung D, die als Anlage 5 Bestandteil des Vertrags VE 442001 ist, den Einbau der Sonnen-

schutzsteuerung unter Punkt 3.7 „KG 338 Sonnenschutz, Blendschutz, Verdunkelung“ mit enthält. Dieses Element der Baubeschreibung ist aber nicht Gegenstand des Vertrags VE 442001 geworden. Das Berufungsgericht schließt sich der Auslegung des Landgerichts an, wonach nicht alle in der Baubeschreibung enthaltenen Leistungen Gegenstand des Vertrags VE 442001 wurden, sondern nur diejenigen, die in dem bepreisten Leistungsverzeichnis aufgeführt und mit einem Preis versehen waren, das als Anlage 2 a ebenfalls Bestandteil des Vertrags VE 442001 war.

Für diese Sichtweise spricht zunächst, dass nach dem Vertrag VE 442001 das bepreiste Leistungsverzeichnis bei Widersprüchen vorrangig gegenüber der Baubeschreibung DRV ist. Der Umstand, dass eine bestimmte Leistung nach dem detaillierten Leistungsverzeichnis nicht Vertragsbestandteil ist, nach der Baubeschreibung hingegen schon, ist ein solcher Widerspruch, bei dem also das Leistungsverzeichnis den Ausschlag gibt.

Außerdem ist zu beachten, dass das Leistungsverzeichnis anders als die Baubeschreibung bepreist ist und die Parteien auf seiner Grundlage die Gesamtvergütung der Klägerin vereinbart haben, wie sich aus dem Verhandlungsprotokoll zu dem Vertrag 442001 ergibt. Wenn sie die Pauschalvergütung ausgehend von den Preisen des Leistungsverzeichnisses verhandelten, liegt es nahe, dass Gegenstand der so verhandelten Vergütung eben nur die bepreisten Leistungen waren und nicht auch solche, die im Leistungsverzeichnis nicht aufgeführt oder jedenfalls nicht bepreist waren.

Auch die Vereinbarung einer „7,5 % Zulage für Pauschalierung“ zwingt nicht zu der Schlussfolgerung, dass die Klägerin gegen diese Erhöhung ihrer Vergütung bereit war, sämtliche Leistungen der Baubeschreibung D gegen die vereinbarte Pauschale zu erbringen, die im abschließenden Vertragsdokument dann wiederum etwas auf insgesamt 3.356.000,00 € abgesenkt wurde. Vielmehr liegt nahe, dass sich die Pauschalierung nur auf die Leistungen bezog, die Gegenstand des bepreisten Angebots der Klägerin waren, denn auf dieses bezieht sich das Verhandlungsprotokoll ausdrücklich. Die Pauschalierung ist damit ausschließlich als Mengenpauschalierung der in dem Leistungsverzeichnis enthaltenen Einzelpositionen zu verstehen. Dass sich die Klägerin bereitgefunden haben

1 KG, Beschl. v. 29.10.2024 – 21 U 52/24 zu einem anderen Vertrag betreffend das streitgegenständliche Bauvorhaben; Retzlaff, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 84. Aufl. 2025, § 650 BGB, Rdnr. 7 m.w.N.

2 Vgl. KG, Beschl. v. 29.10.2024 – 21 U 52/24.

3 BGH, Urt. v. 26.04.2005 – X ZR 166/04; Urt. v. 08.03.2012 – VII ZR 177/11; Retzlaff, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 84. Aufl. 2025, § 632 Rdnr. 13a.

soll, gegen die Vergütungserhöhung auch alle sonstigen Leistungen auszuführen, die in der 168 Seiten langen Baubeschreibung D „überschießend“ zum Leistungsverzeichnis aufgeführt sind, ist ohne besondere Anhaltspunkte, die hier nicht ersichtlich sind, nicht anzunehmen. Die Annahme, die Parteien hätten eine Zulage von über 150.000,00 € nur für eine Mengenauspauschalierung vereinbart, ist auch nicht „lebensfremd“, wie die Beklagte meint. Einen Erfahrungssatz, der eine solche Beurteilung zuließe, gibt es nicht. Vielmehr ist es je nach den Einzelumständen eines Projekts durchaus möglich, dass ein Auftraggeber von Bauleistungen das Auftreten von beträchtlichen Mehrmengen gegenüber einem Leistungsverzeichnis befürchtet und dass er je nach Auftragsvolumen und vereinbarten Preisen zu einer Preiserhöhung um 150.000,00 € bereit ist, um die Mengen zu pauschalisieren.

(2) Die Leistung ist nicht von einem anderen Vertrag erfasst

Die Klägerin war auch nicht bereits aufgrund eines anderen Vertrags mit der Beklagten zu Lieferung und Einbau der Steuerungselemente verpflichtet.

In ihrem Schriftsatz an das Berufungsgericht vom 18.11.2024 hat die Beklagte insoweit die Verträge VE 444006, 334052, 334017 und 335019 aufgeführt.

Dieses Vorbringen hat bei der vorliegenden Entscheidung außer Betracht zu bleiben, da die Beklagte hiermit gem. § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen ist. Die Frage, ob die Sonnenschutzsteuerungen Gegenstand eines anderen Vertrags zwischen den Parteien sind, ist kein Gesichtspunkt, den das Landgericht erkennbar übersehen hätte (§ 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO), vielmehr hat ihn das Landgericht sogar ausdrücklich in seinem Urteil behandelt. Wenn die Beklagte diesen Gesichtspunkt nicht in der ersten Instanz geltend gemacht hat, ist ebenfalls nicht ersichtlich, dass dies auf einem Verfahrensmangel (§ 531 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) oder einem anderen Grund als dem der Nachlässigkeit der Beklagten (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO) beruhen könnte.

Der Zurückweisung des neuen Vorbringens gem. § 531 Abs. 2 ZPO steht auch nicht entgegen, dass es unstreitig geblieben wäre. Vielmehr hat die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 06.12.2024 gerade bestritten, dass die Sonnenschutzsteuerungen Gegenstand der Verträge VE 444006, 334052, 334017 oder 335019 gewesen wäre.

b) Höhe der Vergütung

Die Klägerin hat schlüssig dargelegt, dass ihr aus dem Vertrag, der aufgrund der Mail der Beklagten vom 11.02.2022 zustande kam, eine Vergütung von mindestens 27.272,73 € gegen die Beklagte zusteht. Diese schlüssige Darlegung ist für den vorliegenden Sicherungsprozess grundsätzlich allein maßgeblich, das

Bestreiten der Beklagten hat nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs außer Betracht zu bleiben.⁴

aa) Maßstab

Maßgeblich für die Höhe des Sicherungsanspruchs aus § 650f Abs. 1 BGB ist die vereinbarte Vergütung. Damit ist die Gesamthöhe der Vergütung für sämtliche beauftragten Leistungen gemeint, wie sie sich aus der Vereinbarung ergibt; ob diese Leistungen bereits erbracht sind, ist für den Sicherungsanspruch aus § 650f Abs. 1 BGB – anders als bei dem Sicherungsanspruch aus § 650e BGB – unerheblich. Dies folgt insbesondere daraus, dass dem Unternehmer bereits unmittelbar bei Vertragschluss oder in frühen Phasen der Leistungserbringung der Sicherungsanspruch in voller Höhe zustehen soll, auch wenn der von ihm erreichte Leistungsstand dann noch niedrig ist. Zudem soll die Sicherheitsleistung nach § 650f BGB für die Dauer der Vertragsdurchführung – vorbehaltlich des Abzugs erhaltener Zahlungen und Vergütungsnachträgen – der Höhe nach unveränderlich sein, was nur gewährleistet ist, wenn sie sich nach der Höhe der Vergütung für die insgesamt vereinbarten Leistungen und nicht nach dem sich laufend ändernden tatsächlich erreichten Leistungsstand richtet.

Allerdings haben die Parteien eines Bauvertrags nur dann eine bezifferte Vereinbarung über die Gesamthöhe der Vergütung für die Vertragsleistungen (vorbehaltlich Leistungsänderungen und Zusatzvereinbarungen) getroffen, wenn sie die Vergütung pauschaliert haben. Bei allen anderen Vergütungsformen fehlt es an einer einvernehmlichen Bezifferung der Gesamtvergütung für die Vertragsleistungen.

In diesen Fällen ist die vom Unternehmer in einem Sicherungsprozess schlüssig darzulegende vereinbarte Vergütung i.S.v. § 650f Abs. 1 Satz 1 BGB wie folgt zu bestimmen:

Gibt es eine einvernehmliche Prognose der Parteien über die voraussichtliche Gesamthöhe der Vergütung, ist diese maßgeblich und vorzutragen. Dies wäre die Gesamtsumme eines Leistungsverzeichnisses mit Einheitspreisen (bei dem die tatsächlich anfallenden Mengen noch nicht feststehen) oder eines anderen Kostenanschlags, den die Parteien ihrem Vertrag zugrunde gelegt haben.

Allerdings gibt es auch Bauverträge, bei denen es an einer einvernehmlichen Prognose der Parteien über die Höhe der Gesamtvergütung fehlt. So verhält es sich bspw., wenn sie als Vergütung nur Stundenlohn nach einem bestimmten Satz ohne Angaben zur voraussichtlichen Stundenzahl oder die Erstattung von Aufwendungen mit einem Zuschlag („Cost plus fee“) ohne Veranschlagung

4 BGH, Urt. v. 06.03.2014 – VII ZR 349/12; Urt. v. 17.08.2023 – VII ZR 228/22.

eines Gesamtbetrags vereinbart haben. Das Gleiche gilt bei Vereinbarung der unbezifferten üblichen Vergütung (§ 632 Abs. 2 BGB).

In Ermangelung einer gemeinsamen Prognose der Gesamtvergütungshöhe muss sich die Höhe der vereinbarten Vergütung in einem solchen Fall grundsätzlich danach richten, wie aus Sicht einer objektiven Partei bei Vertragsschluss die Gesamtvergütungshöhe auf Basis der Elemente der Vergütungsvereinbarung zu veranschlagen wäre. Es ist nicht erkennbar, wie die Sicherheit nach § 650f BGB in einem solchen Fall sonst vor Beginn der Leistungsausführung oder bei einem niedrigen Leistungsstand der Höhe nach bestimmt werden könnte.

Begehrt der Unternehmer bei einem Bauvertrag ohne einvernehmlich prognostizierte Gesamtvergütung eine Sicherheit gem. § 650f BGB, müsste er folglich grundsätzlich schlüssig vortragen, wie hoch diese Gesamtvergütung aus objektiver Sicht bei Vertragsschluss zu veranschlagen gewesen wäre. Alternativ kann ein Unternehmer in einem solchen Fall aber auch schlüssig vortragen, welche Leistungen er bislang tatsächlich erbracht hat. Denn in diesem Vortrag liegt im Zweifel zugleich die Behauptung, dass bei der – eigentlich maßgeblichen – objektiven Prognose wenigstens dieser (nunmehr tatsächlich erreichte) Leistungsstand für die Gesamthöhe der Vergütung angesetzt worden wäre.

bb) Anwendung auf den Fall

Aus diesen Grundsätzen folgt für den vorliegenden Fall:

Der Bauvertrag zwischen den Parteien, der auf Grundlage der Mail des Geschäftsführers der Beklagten vom 11.02.2022 zustande gekommen ist, enthält keine einvernehmliche Prognose der vereinbarten Gesamtvergütung, sondern gem. § 4 des Rahmenvertrags VE 444010 nur die Vereinbarung eines Stundenlohnsatzes und der Aufwandserstattung zuzüglich eines Zuschlags. Somit kann die Klägerin die Höhe der vereinbarten Vergütung gem. § 650f Abs. 1 Satz 1 BGB schlüssig vortragen, indem sie den Umfang ihrer erbrachten Leistungen darlegt. Darin liegt zugleich die Behauptung, dass die sich daraus ergebende Vergütungshöhe auch bei Vertragsschluss aus objektiver Sicht so prognostiziert werden musste, worauf es entscheidend ankommt.

Die Klägerin hat schlüssig dargelegt, mit ihren Leistungen eine Vergütung von mindestens 27.272,73 € verdient zu haben. Der Schlussrechnungsentwurf der Klägerin mit seiner Übersicht über die abgerechneten Stunden und den dazugehörigen Stundennachweisen ist eine schlüssige Darlegung der Stunden, die die Klägerin erbracht haben will und für die sie nach § 4 des Rahmenvertrags 444010 jeweils 25,00 € abrechnen kann.

Dass die Schlussrechnung von der Klägerin selbst nur als Entwurf bezeichnet wird, ist unerheblich, es kommt nur darauf an, dass sie behauptet, die dort aufgeführten Leistungen tatsächlich erbracht zu haben. Der Anspruch auf Sicherheitsleistung ist nicht davon abhängig, dass eine Schlussrechnung gelegt ist, es muss nicht einmal Schlussrechnungsreife eingetreten sein.

Wenn in der Schlussrechnung Materialbestellungen aufgeführt sein sollten, die die Klägerin bereits im November 2020 tätigte, führt auch das nicht zur Unschlüssigkeit der Darlegung. Die Klägerin ist grundsätzlich immer dann berechtigt, Material gem. § 4 des Rahmenvertrags abzurechnen, wenn sie es für die Erfüllung des Auftrags verwendet hat. Zu welchem Zeitpunkt sie es angeschafft hat, ist grundsätzlich unerheblich, solange hierdurch nicht vermeidbare Kosten verursacht werden, was im vorliegenden Fall nicht ersichtlich ist. Somit kann die Klägerin auch Materialien nach dem Streitgegenständlichen Vertrag abrechnen, die sie vor Vertragsschluss erworben hatte, zumal dies möglicherweise in Erwartung des Auftrags geschah.

Ob die in die Schlussrechnung ebenfalls eingestellten Zinsen vom 10.406,44 € schlüssig dargelegt sind, kann dahinstehen, da die sich aus der Rechnung ergebende Vergütung den Betrag von 27.272,73 € ohnehin weit übersteigt.

c) Höhe der Sicherheit

Auf Basis einer schlüssig dargelegten vereinbarten Vergütung von mindestens 27.272,73 € errechnet sich zuzüglich des Zuschlags von 10 % für Nebenforderungen (§ 650f Abs. 1 Satz 1 BGB) die vom Landgericht zurecht zugesprochene Sicherheit i.H.v. 30.000,00 €.

2. Berufung der Klägerin

Die Berufung der Klägerin hat ebenfalls keinen Erfolg.

Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen, soweit die Klägerin die Erstattung vorprozessualer Rechtsverfolgungskosten geltend macht. Der auf §§ 280, 286 BGB gestützte Schadensersatzanspruch setzt voraus, dass die Klägerin ihre Prozessbevollmächtigten mit der Durchsetzung der Sicherheit aus § 650f BGB erst beauftragte, nachdem sich die Beklagte mit der Erfüllung dieses Anspruchs in Verzug befand. Dieser Verzug trat erst mit Ablauf des 18.07.2023 ein. Zwar hat die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung vom 11.07.2024 vorgetragen, ihre Prozessbevollmächtigten erst nach Ablauf dieser Frist mit der Durchsetzung der Sicherheit mandatiert zu haben, die Beklagte bestreitet dies aber. Die Klägerin hätte deshalb näher zur Mandatserteilung an ihren Prozessbevollmächtigten vortragen müssen, was unterblieben ist.

(Mitgeteilt von Vors. Richter am Kammergericht
Björn Retzlaff, Berlin)

Voraussetzungen für das Bestehen eines Nacherfüllungsanspruchs

BGB §§ 203, 204 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2, 214 Abs. 1, 631, 633, 634 Nr. 4.634a, 280, 398.

Bei dem Nacherfüllungsanspruch handelt es sich um einen modifizierten Erfüllungsanspruch, so dass – auch unabhängig von der Verjährungsfrage – Nacherfüllung nach Abnahme nur verlangt werden kann, wenn zuvor noch Erfüllung verlangt werden konnte. Konnte vor der Abnahme keine Erfüllung mehr verlangt werden (etwa weil der Vertrag angefochten, einverständlich aufgehoben worden oder vom Unternehmer ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht worden ist), kann eine Abnahme nicht zur Umwandlung des Erfüllungsanspruchs in einen Nacherfüllungsanspruch führen. Das Bestehen eines durchsetzbaren Erfüllungsanspruchs bis zur Abnahme ist folglich Voraussetzung des Bestehens eines Nacherfüllungsanspruchs. (Leitsatz des Einsenders)

OLG Braunschweig, Urt. v. 31.07.2025 – 8 U 193/22.

Aus den Gründen: I. Die Klägerin begehrt aus abgetretenem Recht der K. G. Bauunternehmen GmbH von deren Architekten die Zahlung von Schadensersatz für Schallschutzmängel in Wohneinheiten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Gegen dieses dem Klägersvertreter am 21.10.2022 zugestellte Urteil hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 17.11.2022, eingegangen beim Oberlandesgericht am selben Tag Berufung eingelegt.

II. Die Berufung der Klägerin ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

In der Sache hat sie aber keinen Erfolg. Das gilt sowohl für den Haupt- als auch für den Hilfsantrag.

Der Klägerin steht kein Anspruch auf Schadensersatz aus von der K. G. Bauunternehmen GmbH (nachfolgend Bauträgerin) abgetretenem Recht gegen den Beklagten aus §§ 631, 634 Nr. 4, 280, 398 BGB zu. Hierbei kann letztlich dahingestellt bleiben, ob die Klägerin aktivlegitimiert ist, weil es jedenfalls an einem Schaden des Zedenten und damit an einem abtretungsfähigen Anspruch mangelte.

a) Es dürfte allerdings viel dafür sprechen, dass die Vereinbarungen vom 26.03.2019, dahingehend auszulegen sind, dass trotz des an sich eindeutigen Wortlautes „an die Käufer als Gesamtgläubiger“ in Wirklichkeit eine Abtretung an die Klägerin vereinbart worden ist. Wäre allein eine Abtretung an die Käufer beabsichtigt gewesen, wäre die Benennung der Klägerin einschließlich der Angabe der Verwalterin in der „ersten“ Vereinbarung (also jener, die

mit „Abtretungsvereinbarung“ überschrieben ist) nicht notwendig gewesen. Auch ist der Klägerin darin zuzustimmen, dass es in der Tat kaum erklärbar ist, warum die Abtretung an alle Wohnungseigentümer und damit auch an jene, die von den Mängeln im Sondereigentum gar nicht betroffen waren, erfolgen sollte. Diese sonst nicht erklärbaren Widersprüche lösen sich allerdings dann auf, wenn man zugrunde legt, dass mit „Gesamtgläubiger“ in Wirklichkeit „Gesamthandsgläubiger“ gemeint gewesen sind. Gesamthandsgläubigerschaft ist heute ein auf die eheliche Gütergemeinschaft und Erbengemeinschaft beschränkter Ausnahmefall.¹ Früher galten jedoch auch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und die Wohnungseigentümergeinschaft als Gesamthandsgemeinschaften.² Sollte beim Formulieren der Vereinbarung die seinerzeit bereits anerkannte Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft noch nicht berücksichtigt worden sein,³ ließe sich die ungewöhnliche Formulierung der Abtretungsvereinbarung mit Aufnahme von WEG und Käufern sehr gut erklären. Die Vereinbarung wäre dann in dem Sinne auszulegen, dass die Forderung den Käufern als Eigentümergemeinschaft zustehen sollte, was im Hinblick auf die seinerzeit bereits anerkannte Teilrechtsfähigkeit der WEG als Abtretung an die Wohnungseigentümergeinschaft zu verstehen wäre.

Einer abschließenden Entscheidung dieser Frage bedarf es im Streitfall jedoch nicht.

b) Unabhängig von der Frage der Aktivlegitimation ist ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten aus abgetretenem Recht der G. Bauunternehmen GmbH aber deshalb nicht gegeben, weil im Zeitpunkt der Abtretung (26.03.2019) ein Schaden des Bauträgers nicht mehr vorgelegen hat.

aa) Da mit der Klage ein Schadensersatzanspruch aus abgetretenem Recht geltend gemacht wird, ist allein auf das Vermögen des Bauträgers als Zedenten abzustellen. Bei dem insoweit anzustellenden Vermögensvergleich ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Kaufverträge bereits 2002/2003 geschlossen und von den Käufern keine Abzüge für die Schallschutzmängel vorgenommen worden sind. Im Schriftsatz vom 17.08.2023 hat die Klägerin ausgeführt, dass ein Sicherheitsseinbehalt in Folge von Mängeln am Sondereigentum erfolgt sei, aber nicht aufgrund der Schallschutzmängel. Dann aber hatte der Bauträger im Hinblick auf die hier allein streitgegenständliche Frage der Schallschutzmängel keine mangelbedingte Mindereinnahme.

Auch war das Vermögen des Bauträgers zum Zeitpunkt der Abtretung nicht mehr mit Ansprüchen der Käufer

1 Vgl. Weidenkaff, in: Grüneberg, BGB, 84. Aufl., § 432 Rdnr. 4.

2 Vgl. Bub, ZWE 2002, 103 (105).

3 Zur Entwicklung vgl. Emmerich, in: Bärmann/Pick, WEG, 21. Aufl. 2025, § 9a Rdnr. 9.

belastet. Nach Auffassung des Senats ist in der vorliegenden Konstellation der Rechtsgedanke der Vorteilsausgleichung heranzuziehen, und zwar entsprechend der Leistungsketten-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Danach ist der Nachunternehmer, der von seinem Auftraggeber (Hauptunternehmer) wegen Mängeln am Werk nicht mehr in Anspruch genommen wird, gehindert, gegenüber seinem eigenen Auftragnehmer wegen dieser Mängel Ansprüche geltend zu machen.⁴ Ein Beispiel ist unter anderem die Verjährung des Anspruchs gegen den Nachunternehmer.⁵ Die vorliegende Konstellation des Bauträgers, der quasi „zwischen“ Käufer und Architekt steht, ist damit durchaus vergleichbar. Erhält der Bauträger vom Käufer den vollen Kaufpreis und ist er keinen mangelbedingten Ansprüchen der Käufer mehr ausgesetzt, dann wäre es unangemessen, wenn der Bauträger noch Schadensersatzansprüche gegen den Architekten wegen eines Mangels geltend machen könnte, weil der Bauträger sonst besser als bei mangel freier Leistung des Architekten stünde.

bb) Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche der Erwerber beginnt mit der Abnahme, § 634a Abs. 2 BGB, bzw. mit der endgültigen Verweigerung der Abnahme zu laufen.⁶ Hier ist eine Abnahme durch die Erwerber unstreitig nicht erfolgt.

Eine endgültige Verweigerung der Abnahme, welche zu einem sogenannten Abrechnungsverhältnis führt, kann ebenfalls nicht angenommen werden. Ein Abrechnungsverhältnis liegt dann vor, wenn der Besteller gegenüber dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, nur noch Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes geltend macht oder die Minderung des Werklohns erklärt.⁷ Ein solcher Fall des Übergangs zu Sekundärrechten gegenüber dem Unternehmer ist hier nicht gegeben. Die Vorbereitungen der Abtretungsvereinbarung können damit nicht gleichgesetzt werden. Während bei einem Abrechnungsverhältnis der Besteller davon ausgeht, Rechte gegenüber dem Unternehmer zu besitzen, und diese geltend macht, sind die Käufer (Besteller) im vorliegenden Fall davon ausgegangen, gerade keine Ansprüche gegen den Bauträger (Unternehmer) durchsetzen zu können, weil sie infolge des Schreibens des Rechtsanwaltes F. vom 16.10.2018 Verjährung angenommen haben. Sind die Erwerber aber von Verjährung ausgegangen, war aus ihrer Sicht eine Erklärung zur Abnahme (insbesondere eine Verweigerung derselben) gar nicht mehr erforderlich, so dass in ihrem Verhalten vor Abschluss der Abtretungsvereinbarung auch keine endgültige Abnahmeverweigerung gesehen werden kann. Lagen also weder Abnahme noch Abrechnungsverhältnis vor, konnten in der Sekunde vor der Abtretung Gewährleistungsansprüche noch nicht entstanden sein.

cc) Die Frage, ob Gewährleistungsansprüche im vorliegenden Fall noch hätten entstehen können, ist nach Auffassung des Senats zu verneinen. Zur Beantwortung dieser Frage kommt es darauf an, ob bzw. wann es zur Verjährung des Erfüllungsanspruches (der Käufer gegenüber dem Bauträger) kommt und ob eine Verjährung des Erfüllungsanspruches dem Entstehen von Gewährleistungsansprüchen entgegenstehen kann. Diese Frage ist umstritten:

(1) Nach einer Auffassung sollen die Mängelrechte nach §§ 634 ff. BGB voraussetzen, dass bei Abnahme noch ein durchsetzbarer Herstellungsanspruch besteht, weil der den Mängelrechten zugrundeliegende Nacherfüllungsanspruch letztlich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch in modifizierter Form sei. Der Mängelanspruch setze also einen unverjährten und im Übrigen durchsetzbaren Herstellungsanspruch voraus, nicht umgekehrt.⁸

Nach anderer Auffassung soll der auf die Herstellung einer mangelfreien Sache gerichtete Erfüllungsanspruch nicht früher als der nach Abnahme bestehende Nacherfüllungsanspruch verjähren. Die Verjährung könne nicht eintreten, solange das Werk nicht abgenommen sei, weil das Gesetz (und die VOB/B) die Verjährung der Gewährleistungsansprüche erst mit der Abnahme beginnen lasse. Auch diese Auffassung verweist zur Begründung auf das Verhältnis von Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch.⁹

Der Bundesgerichtshof hat die Frage, ob und welchen Einfluss ein Ablauf der Verjährungshöchstfrist bezüglich des Erfüllungsanspruchs auf die Verjährung von Mängelansprüchen hat, bislang offengelassen.¹⁰

(2) Im vorliegenden Fall ist diese Frage zu entscheiden, da nach der erstgenannten Auffassung der Erfüllungsanspruch im Zeitpunkt der Abtretung verjährt gewesen wäre, was nach dieser Auffassung zur Folge hätte, dass sowohl Gewährleistungsrechte nach Werkvertragsrecht (nach einer etwaigen Abnahme) als auch Schadensersatzansprüche nach allgemeinem Schuldrecht (vor der Abnahme) nicht mehr hätten entstehen können.

Für die Verjährung des Erfüllungsanspruches gelten die allgemeinen Vorschriften. Gem. § 195 BGB beträgt die

4 Vgl. BGH, ZfBR 2007, 667 (679).

5 Vgl. Grüneberg, in: ders., BGB, 84. Aufl., Vorb. v. § 249 Rdnr. 79.

6 Vgl. BGH, Urt. v. 08.07.2010 – VII ZR 171/08, NJW 2010, 3573 Rdnr. 14.

7 Vgl. BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13, NJW 2017, 1604 Rdnr. 44.

8 Vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 02.04.2024 – 10 U 13/23 Rdnr. 167 ff., juris, m.w.N.

9 Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 30.04.2019 – 24 U 14/18 Rdnr. 110 ff., juris, m.w.N.

10 So ausdrücklich: BGH, Urt. v. 09.11.2023 – VII ZR 241/22 Rdnr. 45, NJW-RR 2024, 503.

regelmäßige Verjährungsfrist drei Jahre. Sie beginnt gem. § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste. Entstanden ist ein Anspruch in dem Zeitpunkt, in dem der Berechtigte den Anspruch erstmals geltend machen und ihn im Wege der Klage, sei es auch einer Feststellungsklage, verfolgen kann. Erforderlich ist grundsätzlich die Fälligkeit des Anspruchs.¹¹ Gem. § 199 Abs. 4 BGB verjähren Ansprüche ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Berechtigten in zehn Jahren von ihrer Entstehung an.

Da im vorliegenden Fall keine in den Bauträgerverträgen enthaltene Fertigstellungsfrist vorgetragen worden ist, gilt für die Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs der allgemeine Grundsatz, dass Fälligkeit mit Ablauf der nach den Umständen angemessenen Herstellungsdauer bezüglich des Gesamtwerkes eintritt.¹² Wie sich aus dem Antrag im selbständigen Beweisverfahren vom 21.03.2007 ergibt, sind die ersten Wohnungen 2005 bezogen worden. Die Außenanlagen waren allerdings noch nicht fertiggestellt, auch waren damals (2007) noch nicht alle Wohnungen veräußert. Nach alledem ist davon auszugehen, dass jedenfalls 2008 Fälligkeit eingetreten ist.

Diese Fälligkeit hat jedoch nicht zum Lauf der Verjährung ab dem 01.01.2009 führen können, da es durch das selbständige Beweisverfahren zu einer Hemmung der Verjährung nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB gekommen ist. Diese Hemmung hat im Hinblick auf die hier relevanten Daten (letzter Schriftsatz der Antragsteller vom 02.02.2012, eingegangen am 03.02.2012, dort Mitteilung eines geplanten Erörterungstermins) unter Berücksichtigung der sechsmonatigen Frist des § 204 Abs. 2 BGB am 03.08.2012 geendet.

Aus den von den Nebenintervenienten mit Schriftsatz vom 06.06.2025 eingereichten außergerichtlichen Schreiben, deren für die Klägerseite günstiger Inhalt jedenfalls dann zu berücksichtigen ist, wenn man von einem konkludenten Zueigenmachen der Klägerin ausgeht, folgt allerdings, dass jedenfalls noch im August 2012 (Schreiben vom 02.08.2012), zwischen den Käufern und dem Bauträger verhandelt worden ist, so dass nach dem 03.08.2012 die Verjährung zunächst noch nach § 203 BGB gehemmt gewesen ist. Diese Hemmung hat spätestens mit Ende des Jahres 2012 geendet. Zwar ist eine Verweigerung der Fortsetzung von Verhandlungen nicht ersichtlich, jedoch ist es nach 2012 zunächst zu keinen weiteren Verhandlungen gekommen, so dass von einem „Einschlafen“ der Verhandlungen auszugehen ist. In einer solchen Konstellation sind die Verhandlungen in dem Zeitpunkt beendet, in dem der nächste Schritt nach Treu und Glauben zu erwarten gewesen wäre.¹³ In dem vorgenannten Schreiben wurde

eine Antwort zum 15.08.2012 erwartet, so dass ein nächster Schritt zumindest im September 2012, aber auf jeden Fall im Jahr 2012 zu erwarten gewesen wäre. Zu weiterem Schriftverkehr ist es aber in der Folgezeit nicht gekommen, so dass die dreijährige Verjährungsfrist mit Ablauf des Jahres 2015 geendet hat. Die Gespräche vom November 2017 haben dann nicht mehr zur Hemmung der Verjährung führen können, da die Verjährung bereits eingetreten war. Wie sich aus dem Schreiben vom 16.11.2017 des Rechtsanwaltes Dr. G der den Bauträger seinerzeit vertrat, ergibt, war von Seiten des Bauträgers bereits die Verjährung erwähnt worden („Ansprüche der WEG auf Mangelbeseitigung könnten zwischenzeitlich verjährt sein“).

(3) Da die unter (1) genannten Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, ist die Streitfrage zu entscheiden. Nach Auffassung des Senats ist grundsätzlich der ersten Auffassung der Vorzug zu geben, wobei jedoch zu berücksichtigen ist, dass die Einrede der Verjährung auch erhoben werden muss:

Ausgangspunkt muss sein, dass es sich bei dem Nacherfüllungsanspruch um einen modifizierten Erfüllungsanspruch handelt. Dies beinhaltet – auch unabhängig von der Verjährungsfrage –, dass Nacherfüllung nach Abnahme nur verlangt werden kann, wenn zuvor noch Erfüllung verlangt werden konnte. Konnte vor der Abnahme keine Erfüllung mehr verlangt werden (etwa weil der Vertrag angefochten, einverständlich aufgehoben worden oder vom Unternehmer ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht worden ist), kann eine Abnahme nicht zur Umwandlung des Erfüllungsanspruchs in einen Nacherfüllungsanspruch führen. Das Bestehen eines durchsetzbaren Erfüllungsanspruchs bis zur Abnahme ist folglich Voraussetzung des Bestehens eines Nacherfüllungsanspruchs. Dies muss auch für die Einrede der Verjährung gelten.

Dem Wesen des Nacherfüllungsanspruchs als modifiziertem Erfüllungsanspruch kann nach Auffassung des Senats nicht entnommen werden, dass Erfüllungsanspruch einerseits und Nacherfüllungsanspruch andererseits hinsichtlich der Verjährung als ein einziger Anspruch betrachtet werden müssen, für den einheitlich die Verjährungsvorschrift des Nacherfüllungsanspruchs nach § 634a BGB gelten muss. Eine getrennte Betrachtung, die die Verjährung des Erfüllungsanspruchs nicht von dem ungewissen und vom Besteller zu beeinflus-

11 Vgl. BGH, Urt. v. 19.05.2022 – VII ZR 149/21 Rdnr. 24, NJW 2022, 3347.

12 Vgl. Retzlaff, in: Grüneberg, BGB, 84. Aufl., § 631 Rdnr. 16a.

13 Vgl. BGH, Urt. v. 07.01.1986 – VI ZR 203/84, NJW 1986, 1337 (1338); Urt. v. 06.11.2008 – IX ZR 158/07, NJW 2009, 1806 Rdnr. 10, beck-online; Ellenberger, in: Grüneberg, BGB, 84. Aufl., § 204 Rdnr. 4.

senden Zeitpunkt der Abnahme abhängig macht, ist nach dem Gesetz ohne Weiteres möglich. § 634a BGB regelt allein, wann ein entstandener Nacherfüllungsanspruch verjährt. Die Vorschrift nimmt keinen Bezug auf den Erfüllungsanspruch. Ihre Existenz lässt es ohne Weiteres zu, zwischen Verjährung des Erfüllungsanspruchs einerseits und Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs andererseits zu unterscheiden. Und wenn letztlich infolge Verjährung des Erfüllungsanspruchs kein Nacherfüllungsanspruch entsteht, ist darin kein Widerspruch zur Existenz der Verjährungsregelung zum Nacherfüllungsanspruch zu sehen, da sich § 634a BGB nur auf entstandene Nacherfüllungsansprüche bezieht. Folglich ist es durchaus möglich, dass Erfüllungsansprüche vor der Abnahme verjähren können.

Zu beachten ist allerdings, dass der Eintritt der Verjährung nicht zum Untergang des Anspruchs führt, sondern dem Schuldner lediglich ein Recht zur Leistungsverweigerung gibt, § 214 Abs. 1 BGB, somit nur die Durchsetzbarkeit des Anspruchs betrifft. Ist also hinsichtlich des Erfüllungsanspruchs Verjährung eingetreten, steht das der Entstehung eines Nacherfüllungsanspruchs nach der Abnahme zunächst nicht entgegen. Relevant wird der Eintritt der Verjährung des Erfüllungsanspruchs nur dann, wenn sich der Schuldner (Werkunternehmer) darauf beruft. Geschieht dies vor der Abnahme, gelangt der Nacherfüllungsanspruch nicht zur Entstehung. Geschieht dies hingegen erst nach der Abnahme, ist es durch die Abnahme bereits zur Umwandlung des Erfüllungsanspruchs in einen Nacherfüllungsanspruch gekommen, so dass sich die Einrede der Verjährung nur noch auf den Nacherfüllungsanspruch beziehen kann, für den dann die Verjährungsvorschriften des § 634a BGB gelten, so dass bei einer kurz nach der Abnahme erhobenen Einrede der Verjährung diese nicht greifen kann.

(4) Für den vorliegenden Fall, in dem es keine Abnahme gegeben hat, ergibt sich nach alledem, dass es für die Frage, ob im Zeitpunkt der Abtretung 2019 mögliche Gewährleistungsansprüche der Erwerber als Belastung des Vermögens des Bauträgers (und damit als vom Beklagten zu ersetzender Schaden) anzusetzen waren, darauf ankommt, ob sich der Bauträger gegenüber den Erwerbern auf den Eintritt der Verjährung berufen hat. Dies ist hier jedenfalls im Schreiben von Rechtsanwalt Dr. G. als Bevollmächtigtem des Bauträgers vom 16.11.2017 erfolgt. Zwar ist die Verjährung nur hypothetisch angesprochen („könnten zwischenzeitlich verjährt sein“), doch ist aus der Tatsache, dass der sodann folgende Einigungsvorschlag „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und ohne Präjudiz“ unterbreitet worden ist, zu schließen, dass der Bauträger im Streitfall bereit gewesen wäre, die Einrede der Verjährung ausdrücklich zu erheben.

Nach Auffassung des Senates ist der Situation, in der die Einrede der Verjährung ausdrücklich erhoben wird, der Fall gleichzustellen, dass ein Berufen auf die Einrede der Verjährung nur deshalb nicht erfolgt ist, weil im Hinblick auf den allseits bekannten Eintritt der Verjährung keine Ansprüche geltend gemacht worden sind bzw. allen Beteiligten klar war, dass die Erhebung der Einrede bei Geltendmachung der Ansprüche sofort erfolgen würde. Zumindest Letzteres ist hier zu bejahen. Die Käufer sind infolge ihrer anwaltlichen Beratung von Verjährung ausgegangen. Ein Grund, weshalb sich der ebenfalls anwaltlich vertretene Bauträger trotz eingetretener Verjährung des Erfüllungsanspruches darauf nicht hätte berufen sollen, ist nicht ersichtlich.

Bei der Bewertung des Vermögens des Bauträgers ist folglich davon auszugehen, dass er keine Ansprüche der Erwerber erfüllen musste: Erfüllungsansprüche der Erwerber waren verjährt, Gewährleistungsansprüche nicht entstanden und konnten auch nicht mehr entstehen. Somit mangelt es an einem Schaden des Bauträgers.

cc) Soweit die Klägerin im Schriftsatz vom 05.12.2024 auf die Rechtsprechung zur Unwirksamkeit von Klauseln über die Abnahme des Gemeinschaftseigentums verwiesen hat, greift diese im vorliegenden Fall nicht ein. Nach jener Rechtsprechung werden Klauseln in Bauträgerverträgen als unwirksam erachtet, die dem Erwerber die Möglichkeit nehmen, das Gemeinschaftseigentum selbst abzunehmen. Die Unwirksamkeit der Klausel hat dann zur Konsequenz, dass es dem Bauträger als Verwender der Klausel nach Treu und Glauben verwehrt ist, sich bei der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen durch die Erwerber auf die fehlende Abnahme und das somit fortbestehende Erfüllungsstadium zu berufen, nachdem die (unwirksame) Abnahme stattgefunden hat.¹⁴

Eine solche Konstellation liegt hier bereits deshalb nicht vor, weil es nicht nur keine unwirksame Abnahme, sondern überhaupt keine Abnahme gegeben hat. Im Übrigen dürfte es fraglich sein, ob die streitgegenständliche Klausel überhaupt unwirksam ist, weil die Bevollmächtigung des Verwalters keine unwiderrufliche ist und der Erwerber vom Abnahmetermin zu benachrichtigen war, so dass er sogar im Abnahmetermin noch die Vollmacht hätte widerrufen können.

(Mitgeteilt von Rechtsanwalt
Hans Christian Schwenker, Hannover)

14 Vgl. BGH, Urt. v. 09.11.2023 – VII ZR 241/22 Rdnr. 45, NJW-RR 2024, 503; vgl. auch OLG Stuttgart, Urt. v. 02.04.2024 – 10 U 13/23, MDR 2024, 895.

Architekten- und Ingeniurrecht

Notwendige Angabe von Kündigungsgründen im Kündigungsschreiben

BGB §§ 133, 157, 150 Abs. 2, 242, 307 Abs. 1 Satz 1, 309 Nr. 14; ZPO § 533 Abs. 1 und 2.

1. Erstreckt sich eine Vertragsklausel über den vorübergehenden Ausschluss des Zugangs zum Rechtsschutz auf sämtliche Streitigkeiten der Vertragsparteien „über die Auslegung und Abwicklung dieses Ingenieurvertrages“, sind damit auch etwaige Streitigkeiten über die Höhe der Vergütung – als eine Hauptpflicht des Auftraggebers – und über die Erfüllung der primären Leistungspflichten – als eine Hauptpflicht des Auftragnehmers – erfasst. Gleiches gilt für sekundäre Leistungspflichten.

2. Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gestellte Klausel über den vorübergehenden Ausschluss des Rechtsweges ist auch im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB wegen Intransparenz unwirksam, wenn sie das Erfordernis der vorherigen Durchführung eines Schlichtungs- oder Mediationsverfahrens festlegt, ohne hinsichtlich der Ausgestaltung des Verfahrens (z.B. Auswahl und Gewährleistung der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und beruflichen Qualifikation des Mediators, Gewährleistung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, Bestehen eines Vorschlagsrechts des Mediators und Gewährleistung einer ausreichenden Bedenkzeit, angemessene Dauer des Verfahrens, Zulässigkeit der Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes, Regelungen zur Vertraulichkeit einschließlich der Einräumung eines Zeugnisverweigerungsrechts des Mediators, Regelungen zur Kostentragung und zur Schaffung von Vollstreckungstiteln) nähere Bestimmungen zu treffen oder auf eine allgemein zugängliche oder anerkannte Verfahrensordnung zu verweisen.

3. Vereinbaren die Vertragsparteien ausdrücklich, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund die Benennung und Erläuterung des zur Kündigung Veranlassung gebenden Grundes (bzw. der Gründe) beinhalten müsse, so genügt der im Kündigungsschreiben angegebene Grund, dass die Fortführung des Vertrages für den Auftraggeber unzumutbar sei, weil der Auftragnehmer keine oder allenfalls unzureichende Maßnahmen ergriffen habe, um den Bauablauf zu optimieren, nicht. Nutzt der Auftraggeber die – hier im Vertrag sogar ausdrücklich vorgesehene – Möglichkeit des Nachschiebens der Benennung und Erläuterung des Kündigungs-

grundes innerhalb angemessener Frist nicht, so ist die Kündigung als Kündigung aus wichtigem Grund unwirksam und u.U. in eine freie Kündigung umzu-deuten.

OLG Naumburg, Urt. v. 07.06.2024 – 2 U 93/23 (rechtskräftig durch BGH, Besch. v. 02.04.2025 – VII ZR 111/24).

Aus den Gründen: A. Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Vergütung von Ingenieurleistungen nach einem vorzeitig beendeten Vertragsverhältnis über eine Bauleitung.

Mit „Ingenieurvertrag“ vom 07./12.05.2020 beauftragte die Beklagte die Rechtsvorgängerin der Klägerin, die G. Baumanagement GmbH, projektbezogen mit der Bauüberwachung (Objektplanung, Leistungsphase 8) für das Bauvorhaben „P.“ einer sog. Quartiersbebauung in I., zur Schaffung von Wohn- und Gewerbeflächen. Im Vertrag wurden als Projektziele u.a. in zeitlicher Hinsicht Daten für die Fertigstellung einzelner Teilkomplexe festgelegt, das waren bezüglich des Komplexes C1 (Wohnen) der 01.12.2021, hinsichtlich des Komplexes C2 (Wohnen) der 07.04.2022 und hinsichtlich des Komplexes C3 (Gewerbe) der 25.03.2022 (vgl. § 7 Ziffer 72). Als Vergütung war ein Pauschalhonorar i.H.v. 1.150.000 € netto zzgl. 3 % Nebenkosten und zzgl. Mehrwertsteuer vereinbart (§ 8). Das von der Beklagten gestellte Vertragsformular enthielt in § 13 spezielle Kündigungsregelungen, darunter in Ziffer 13.4 die Vereinbarung, dass es in allen Fällen einer Kündigung aus wichtigem Grund einer vorherigen angemessenen Nachfristsetzung mit gleichzeitiger Kündigungsandrohung bedürfe (Satz 1). Bei der Kündigung aus wichtigem Grund seien die maßgeblichen Umstände und der wichtige Grund im Kündigungsschreiben näher festzulegen und zu erläutern (Satz 2). Die Folgen eines Versäumnisses regelten die Sätze 3 und 4 dahin, dass bei erfolglosem Ablauf einer vom Kündigungsempfänger gesetzten angemessenen Nachfrist zur Benennung und Erläuterung des wichtigen Grundes die Kündigung ohne weiteres unwirksam sei. In § 14 war eine Regelung zur Streitbeilegung enthalten. Während in Ziffer 14.1 Regelungen zur Kooperationspflicht im Streitfall und in Ziffer 14.3 eine Gerichtsstandvereinbarung getroffen wurden, lautete Ziffer 14.2, wie folgt:

„¹Können sich die Parteien über die Auslegung und Abwicklung dieses Ingenieurvertrages nicht einigen, werden sie vor der Inanspruchnahme des Rechtsweges versuchen, ihre Probleme im Rahmen eines Mediationsverfahrens beizulegen. ²Jede Partei ist berechtigt, die Einleitung eines solchen Mediationsverfahrens vorzuschlagen. ³Erst wenn die Mediation – gleich aus welchem Grund – gescheitert ist, soll der Rechtsweg möglich sein.“ (Satzzählung durch den Senat).

Mit Nachtragsangebot N01 vom 21.10.2020, also ca. fünf Monate nach dem Vertragsschluss, bot die Klägerin der Beklagten für dasselbe Bauvorhaben ergänzend die Leistungen eines Bauleiters nach § 56 SächsBO gegen eine monatliche Pauschalvergütung i.H.v. 3.000 € netto zzgl. 3 % Nebenkosten und zzgl. Mehrwertsteuer an. Als voraussichtliches Ende der Ausführungsfrist wurde nunmehr der Monat Juni 2022 avisiert. Die Beklagte erteilte einen entsprechenden Auftrag am 18.12.2020 mit Wirkung ab dem 15.12.2020, die Klägerin bestätigte die Auftragserteilung schriftlich erst am 17.05.2021.

Gemäß einer am 15.12.2021 geführten Abstimmung bot die Klägerin der Beklagten am 17.12.2021 als Nachtrag N02 die Unterstützung bei den Abnahmebegehungen und beim Qualitätsmanagement des Gewerkes Rohbau im Zeitraum 13. bis 22.12.2022 durch zwei Mitarbeiter zu Tagessätzen, insgesamt zu einer Vergütung i.H.v. 17.201 € netto inkl. Nebenkosten und zzgl. Mehrwertsteuer, an. Die Klägerin nahm dieses Angebot an, wobei die Leistungserbringung im Monat Januar 2022 erfolgen sollte. Erst im Nachgang am 14.04.2022 erteilte die Klägerin der Beklagten einen entsprechenden schriftlichen Auftrag, welchen die Klägerin am 22.04.2022 annahm.

Am 20.04.2022 bot die Klägerin der Beklagten gemäß eines am 30.03.2022 aufgestellten Terminplans und einer hierzu geführten Abstimmung als Nachtrag N03 die Verlängerung der Laufzeit ihrer Tätigkeiten im Bauvorhaben gegen eine nach Qualifikationsgruppen gestaffelte monatliche Pauschalvergütung zzgl. 3 % Nebenkosten und zzgl. Mehrwertsteuer an. Bei einer prognostizierten Verlängerung bis einschließlich Dezember 2022 ergab sich hieraus eine Nettoauftragssumme von 489.250 €. Optional bot die Klägerin der Beklagten isoliert die Fortführung der Bauleitung bis November 2022 an. Die Beklagte erklärte am 16.05.2022 schriftlich die Beauftragung mit der Verlängerung des Gesamtvertrags bis Dezember 2022, wobei neue Fertigstellungstermine jeweils ohne Restarbeiten Fassade und Außenanlagen für C1 (August 2022), für C2 (November 2022) und für C3 (Oktober 2022) sowie ein überarbeiteter Personaleinsatzplan vom 16.05.2022 vorgegeben wurden. Als Vergütung bot sie ein Pauschalhonorar i.H.v. 467.650 € netto inklusive Nebenkosten und zzgl. Mehrwertsteuer an. Die Klägerin antwortete am 10.06.2022. Sie bedankte sich für die Vertragsverlängerung bis Dezember 2022, bat im Zusammenhang mit dem Ausscheiden des bisherigen Vertreters der Auftraggeberin um Klarstellung, wer künftig als Ansprechpartner zur Verfügung stehe, und stellte weiter hinsichtlich der vorgegebenen Termine klar, dass sie keine Bauleistungen ausführe, sondern lediglich Leistungen der Bauüberwachung und einzelne Projektsteuerungsleistungen (sog. Oberbauleitung). Am 23.06.2022 unterzeichnete der Vertreter der Klägerin die schriftliche Auftragserteilung der Beklagten vom

16.05.2022 mit der Bemerkung: „Auftrag angenommen *unter Beachtung unseres Schreibens vom 10.06.2022“.

Die Beklagte als Bauherrin und die S. AG als künftige Eigentümerin des Gesamtobjekts beauftragten im September 2020 gemeinsam die T. GmbH (künftig: Controller) mit einem baubegleitenden Qualitätscontrolling. Am 06.07.2022 fand im Rahmen dieses regelmäßigen Controllings die 20. Baustellenbegehung (2. Begehung Elektrotechnik) statt; hierüber fertigte der Controller am 12.07.2022 einen Bericht für seine beiden Auftraggeber.

Im Anschluss an die Baustellenbegehung lud die Beklagte die Klägerin noch am 06.07.2022 zu einem Gespräch ein, um Streitigkeiten über die weitere Vertragsabwicklung zu erörtern. An diesem Termin sollte neben einem Vertreter der Klägerin, Herrn W., und dem Geschäftsführer der Beklagten, Herrn Sch., auch der von der Beklagten eingeschaltete, aber von der Klägerin als Gesprächsmittler anerkannte Rechtsanwalt E. teilnehmen. Dieses Gespräch fand am 19.07.2022 statt. In diesem Gespräch thematisierten die Klägerin verzögerte Abschlagszahlungen und die Beklagte die verzögerte Fertigstellung der Teilprojekte und die Qualität der Bauleistungen. Der Geschäftsführer der Beklagten stellte jedenfalls Gegenforderungen der Beklagten gegen die Klägerin auf Schadensersatz im Bereich eines höheren sechsstelligen Betrages in Aussicht. Eine Einigung zwischen den Parteien kam nicht zustande.

Mit Schreiben ebenfalls vom 06.07.2022 forderte die Beklagte die Klägerin zur Einstellung sämtlicher Tätigkeiten und zur Räumung der Baustelle mit sofortiger Wirkung auf und bezog sich auf ein Auslaufen des Vertragsverhältnisses Ende Mai 2022. Hilfsweise für den Fall des wirksamen Zustandekommens einer Vertragsverlängerung erklärte die Beklagte die Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund und (äußerst) hilfsweise eine freie Kündigung. Zur Begründung führte der Geschäftsführer der Beklagten aus, dass das Vertrauensverhältnis zur Fortführung des Vertrages erheblich gestört sei, weil die Klägerin trotz vertraglicher Verpflichtungen und wiederholter Aufforderungen keine oder allenfalls unzureichende Maßnahmen ergriffen habe, um den Bauablauf zu optimieren und die erheblichen Terminverzögerungen wieder aufzuholen. Die Klägerin habe die Beklagte nicht unverzüglich und jedenfalls unzureichend über den Stand des Bauvorhabens informiert. Gleiches gelte für eingetretene Kostenabweichungen. Überdies seien erhebliche Baumängel infolge unzureichender Bauleitung festzustellen.

Die Klägerin wies die fristlose Kündigung mit Schriftsatz vom 11.07.2022 zurück; diese komme „aus heiterem Himmel“ und sei hinsichtlich der Kündigungsgründe nicht nachvollziehbar. Dies gelte umso mehr, als noch am 16.05.2022 eine Vertragsverlängerung vereinbart

worden sei. Unter Verweis auf die vertragliche Abrede in § 13 Ziffer 13.4 forderte die Klägerin die Beklagte zu einer konkreten Begründung der fristlosen Kündigung innerhalb einer bis zum 18.07.2022 gesetzten Frist auf und wies darauf hin, dass bei erfolgreichem Ablauf der Frist die Kündigung als freie Kündigung wirksam werde. Schließlich forderte die Klägerin die Beklagte in diesem Schriftsatz auf, binnen gleicher Frist die Abnahme der bisher erbrachten Leistungen der Klägerin zu erklären und im Einzelnen aufgeführte, noch offene Abschlagsrechnungen zu bezahlen.

Die Beklagte antwortete mit Schriftsatz vom 15.07.2022 und wies das Abnahmebegehren der Klägerin unter Verweis auf eine Mangelaufstellung – ohne Anspruch auf Vollständigkeit zurück. Diese Mangelaufstellung bezog sich auf einzelne, stichpunktartig bezeichnete Bauleistungen und deren „mangelhafte Bauüberwachung“. Die Beklagte schlug vor, „... dass parallel zur Aufbereitung der Mängel und der Prüfung der Berechtigung der Vergütungsansprüche ... das direkte Gespräch gesucht wird ...“, und stellte in Aussicht, dass die Beklagte auf die Klägerin „direkt zugehen“ werde.

Auf nochmalige Forderung des Ausgleichs der offenen Abschlagsrechnungen überreichte die Beklagte der Klägerin am 28.07.2022 eine Zahlungsbürgschaft über 302.039,97 €.

Die Klägerin erteilte der Beklagten unter dem 10.11.2022 ihre Schlussrechnung, mit der sie neben erbrachten Leistungen des Ursprungsvertrages und der Nachträge N01 und N02 auch Leistungen des Nachtrags N03 mit einem Teilbetrag von 303.251,57 € netto inklusive Nebenkosten abrechnete. Gemäß Anlage 1 zur Schlussrechnung unterteilte sich das Honorar für N03 in die Vergütung von erbrachten Leistungen – anteilig bis zum 08.07.2022 – und von nicht erbrachte Leistungen in der Zeit vom 11.07.2022 bis 28.02.2023. Unter Hinzurechnung der Mehrwertsteuer und Berücksichtigung der geleisteten Abschlagszahlungen ermittelte die Klägerin eine Restvergütung i.H.v. 551.794,71 €.

Mit ihrer am 21.11.2022 beim Landgericht eingereichten und der Beklagten am 22.12.2022 zugestellten Klage hat die Klägerin die vorgenannte Restvergütungs-forderung gerichtlich geltend gemacht.

Das Landgericht hat der Klage mit seinem am 19.09.2023 verkündeten Urteil stattgegeben.

Die Beklagte hat gegen das ihr am 25.09.2023 zugestellte Urteil Berufung eingelegt.

B. Die Berufung der Beklagten ist zulässig, insbesondere ist sie form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden. Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

I. Die Berufung ist unbegründet, soweit mit ihr eine Abweisung der Klage wegen vermeintlicher Unzulässigkeit angestrebt wird.

1. Die sog. Klagbarkeit ist eine Sachurteilsvoraussetzung. Vereinbaren die Parteien lediglich einen vorläufigen Ausschluss der Klagbarkeit – z.B., wie hier, für die Dauer eines zuvor zu unternehmenden Mediationsversuchs –, ist deren Vorliegen nur auf konkrete Einrede zu prüfen.¹ Die Beklagte hat die Einrede erhoben und das Landgericht hat eine entsprechende Prüfung vorgenommen. Ob das Gericht hierfür eine gesonderte Verhandlung und deren Abschluss durch ein Zwischenurteil über die Zulässigkeit der Klage – eingeleitet durch einen Beschluss nach § 280 Abs. 1 ZPO – vorsieht, steht in dessen Ermessen. Das Landgericht hat sein Ermessen erkannt und ausgeübt. Es hat sich bis zum Termin der mündlichen Verhandlung eine entsprechende Vorgehensweise offengehalten, letztlich aber keine Maßnahme ergriffen, welche auf eine Aufspaltung des Rechtsstreits in einen Teilprozess um die Zulässigkeit und ggf. einen weiteren um die Begründetheit der Klage gerichtet gewesen wären. Es hat im Termin ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es keine gesonderte Entscheidung über die Zulässigkeit der Klage zu treffen beabsichtigt.

2. Die Beklagte hat unter Verweis auf die vertragliche Vereinbarung in § 14 des Ingenieurvertrages, dort Ziffer 14.2, einen vorübergehenden, vertraglich vereinbarten Ausschluss des Zugangs zum Rechtsschutz geltend gemacht. Die gegen diese Klausel geäußerten Bedenken der Klägerin sind unbegründet, denn das Regelungsziel, die Funktion und der Anwendungsbereich der Klausel sind hinreichend erkennbar.

a) Die Klausel ist eindeutig dahin auszulegen, dass mit ihr ein temporär aufschiebender (sog. dilatorischer) Ausschluss der Zulässigkeit des Rechtsschutzes geregelt wird. Zwar könnten die Sätze 1 („werden ... versuchen“) und 2 („Jede Partei ist berechtigt, ...“) bei isolierter Betrachtung auch als bloße Absichtserklärung gedeutet werden, der noch keine Verbindlichkeit im Sinne einer vorübergehenden Beschränkung des Rechts auf Inanspruchnahme von staatlichem Rechtsschutz zu entnehmen ist. Für eine Auslegung der Klausel in dem Sinne, dass ein gescheiterter Mediationsversuch als eine zwingende Klagbarkeitsvoraussetzung vereinbart werden sollte, spricht aber schon der Zweck dieser Klausel, welcher sich auch aus der systematischen Stellung ableitet. Es wird ein einheitlicher Gerichtsstand vereinbart, dann aber eine Regelung getroffen, die gegen eine sofortige Inanspruchnahme des Rechtswegs gerichtet ist. Diese Regelung lässt auf ein gleichgerichtetes Interesse an der Vermeidung zeit- und kostenintensiver Ausein-

¹ Vgl. BGH, Urt. v. 29.10.2008 – XII ZR 165/06, NJW-RR 2009, 637, Rdnr. 19 m.w.N.; auch Greger, in: Zöllner, ZPO, 35. Aufl. 2024, vor § 253 Rdnr. 19a; MünchKomm.-Münch, ZPO, Bd. 3, 6. Aufl. 2022, vor § 1025 Rdnr. 109–111.

andersetzungen in der Öffentlichkeit schließen.² Letztlich stellt jedenfalls Satz 3 klar, dass der „Rechtsweg“ erst nach einem Scheitern der Mediation „möglich sein“ soll, er zuvor also wegen der getroffenen Vereinbarung „unmöglich“ ist.

b) Die Klausel erstreckt sich auf Streitigkeiten der Vertragsparteien „über die Auslegung und Abwicklung dieses Ingenieurvertrages“. Damit sind auch etwaige Streitigkeiten über die Höhe der Vergütung – betreffend eine Hauptpflicht der Auftraggeberin – und über die Erfüllung der primären Leistungspflichten – als eine Hauptpflicht der Auftragnehmerin – erfasst. Gleiches gilt für sekundäre Leistungspflichten – hier vermeintliche Gewährleistungspflichten der Auftragnehmerin –, weil auch diese Verpflichtungen Bestandteil der Vertragsabwicklung sind. Das vorausgeführte Verständnis der Klausel nach ihrem Wortlaut wird durch ihre systematische Stellung in § 14 verstärkt, denn der vorübergehend ausgeschlossene – Rechtsweg erstreckt sich ebenfalls auf primäre und sekundäre Leistungspflichten.

3. Der Senat kann offenlassen, ob die Klägerin sich zu Recht auf einen gescheiterten vorgerichtlichen Mediationsversuch berufen kann. Dies kommt allerdings ernsthaft in Betracht.

a) Es ist allgemein anerkannt, dass eine Rechtsausübung durch die Erhebung der Einrede des vorläufigen Verzichts auf die Klagbarkeit unwirksam und zurückzuweisen ist, wenn sie gegen die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstößt. In der forensischen Praxis betrifft das insbesondere zwei Fallkonstellationen:

Die Berufung auf diese Einrede ist einerseits dann treuwidrig, wenn die Durchführung eines vom Kläger eingeleiteten Schlichtungsverfahrens an einer unzureichenden Mitwirkung des Beklagten gescheitert ist.³

Einem Kläger ist es andererseits unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht zuzumuten, sich vor der Einleitung eines Gerichtsverfahrens auf ein vorprozessuales Mediationsverfahren einzulassen, wenn beide Parteien ihr Vertrauen in die jeweilig andere Partei verloren haben und somit die Voraussetzungen für ein erfolgversprechendes Mediationsverfahren aufgrund der zerstörten Vertrauensbasis nicht mehr gegeben sind.⁴

b) Da die Mediationsklausel in Ziffer 14.2 des Ingenieurvertrages – worauf noch einzugehen sein wird – keinerlei Vorgaben für den anzustrengenden Mediationsversuch enthält, kommt in Betracht, dass das von der Beklagten initiierte Gespräch über einen Einigungsversuch am 19.07.2022 bereits als Mediationsversuch anzusehen wäre, wie die Klägerin geltend macht. Die Klägerin hat – letztlich unwidersprochen – vorgetragen, dass Rechtsanwalt E. von seiner Qualifikation her als Mediator geeignet war und von beiden Vertragsparteien als ein Gesprächsmittler anerkannt wurde. Entgegen dem

Berufungsvorbringen hat das Landgericht seine Feststellung, dass der Einigungsversuch endgültig gescheitert war – wobei es nach dem Wortlaut der Klausel in Ziffer 14.2 auf die Gründe des Scheiterns nicht ankam im wesentlichen Kern darauf gestützt, dass die Beklagte am Einigungsversuch nicht konstruktiv mitwirkte und jedenfalls zu einer einvernehmlichen Problemlösung, in welcher Art auch immer, nicht bereit war. Nicht nur das Gespräch vom 19.07.2022 endete ergebnislos, sondern es verblieb auch eindeutig bei der eine Mediation ausschließenden Haltung der Beklagten, es auf eine finanzielle Abwicklung des aus ihrer Sicht irreversibel beendeten Leistungsaustauschverhältnisses ankommen zu lassen. Letztlich kann dies dahinstehen.

4. Der durch eine von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung vereinbarte vorübergehende Ausschluss des Rechtsweges ist hier jedenfalls nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam, weil es ihm an der notwendigen Transparenz fehlt.

a) Grundsätzlich ist ein dilatorischer Ausschluss der Klagbarkeit im Geschäftsverkehr unter Unternehmern, wie hier, statthaft, wenn hierfür ein berechtigtes Interesse besteht.⁵ Die dem Verbraucherschutz dienende Vorschrift des § 309 Nr. 14 BGB ist nicht anwendbar.⁶ Gerade bei Verträgen über komplexe Bau- oder Architekten- und Ingenieurleistungen kann ein der gerichtlichen Anspruchsgeltendmachung vorgeschaltetes außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren im typischen Interesse beider Vertragsseiten liegen und deswegen auch für den Vertragspartner des Verwenders eine vernünftige und sachgerechte Vereinbarung darstellen, weil die gerichtliche Geltendmachung häufig zeit- und kostenintensiv ist und das Gericht für eine streitige Entscheidung u.U. der Mitwirkung eines oder mehrerer Sachverständiger bedarf.

b) Eine solche Klausel unterliegt aber der Inhalts- in Gestalt der Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1

2 Ebenso BGH, Urteil v. Ur. v. 23.11.1983 – VIII ZR 197/82, NJW 1984, 669.

3 Z.B. an der Weigerung der Einzahlung eines hälftigen Kostenvorschusses, vgl. BGH, Urteil v. Ur. v. 23.11.1983 – VIII ZR 197/82, NJW 1984, 669; BGH, Ur. v. 18.11.1998 – VIII ZR 344/97, NJW 1999, 647.

4 Vgl. KG Berlin, Ur. v. 24.05.2023 – 26 U 78/21; Saarländisches OLG, Teilurteil v. 29.04.2015 – 2 U 31/14.

5 Vgl. BGH, Ur. v. 23.11.1983 – VIII ZR 197/82, NJW 1984, 669; BGH, Ur. v. 18.11.1998 – VIII ZR 344/97, NJW 1999, 647.

6 Vgl. MünchKomm.-Wurmnest, BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 309 Nr. 14 Rdnr. 17; Hau, in: Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, § 309 Nr. 14 BGB Rdnr. 9; Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, § 309 Nr. 14 BGB Rdnr. 2 und 18 sowie Teil A (39) Schiedsklauseln Rdnr. 3 m.w.N. und Rdnr. 7.

Satz 2 BGB. Unter diesem Aspekt sind Klauseln zu beanstanden, wenn sie das Erfordernis der vorherigen Durchführung eines Schlichtungs- oder Mediationsverfahrens festlegen, ohne hinsichtlich der Ausgestaltung des Verfahrens nähere Regelungen zu enthalten. Neben Regelungen zur Auswahl und zur Gewährleistung der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und beruflichen Qualifikation des Mediators – dieser Begriff ist letztlich nicht geschützt – betrifft dies prozessuale Aspekte für einen fairen Verfahrensablauf, insbesondere die Gewährleistung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, z.B. auch im Hinblick auf vertrauliche Einzelgespräche, auf ein u.U. eingeräumtes Vorschlagsrecht des Mediators, die Gewährleistung jeweils ausreichender Bedenkzeit, aber auch die Frage der angemessenen Dauer des Verfahrens einschließlich der u.U. eingeräumten Zulässigkeit der Inanspruchnahme von einstweiligem Rechtsschutz, Regelungen über die Vertraulichkeit des Verfahrensverlaufs einschließlich der Einräumung einer Befugnis des Mediators zur Zeugnisverweigerung, Abreden über die Kostentragung oder Regelungen über die Möglichkeit der Schaffung von Vollstreckungstiteln im Mediationsverfahren. Es ist anerkannt, dass diese Regelungen nicht in allen Einzelheiten in der Klausel selbst enthalten sein müssen, sondern der Regelungsgehalt auch durch die Verweisung auf eine allgemein zugängliche oder anerkannte Verfahrensordnung geschaffen werden kann.⁷ durch Verweis auf gemeindliche Schiedsstellen. Jedenfalls muss der Vertragspartner des Verwenders aus der Klausel einen hinreichenden Eindruck über das Ausmaß seines Verzichts auf Rechtsschutz gewinnen können.

c) Das Landgericht hat in seiner angefochtenen Entscheidung zutreffend festgestellt, dass es der sog. Mediationsklausel im Ingenieurvertrag der Parteien an jeglichen Informationen mangelt, die für die Vertragspartnerin des Verwenders die Modalitäten, die faire Verfahrensführung und insbesondere das Ausmaß der Beschränkung beim Zugang zum Rechtsschutz erkennen oder auch nur abschätzen lassen. Letztlich zeigt das auch der Streit der Parteien über die Frage, ob das Gespräch vom 19.07.2022 bereits als Mediationsversuch ausreichte oder welche Obliegenheiten zu Lasten der Klägerin als Rechtssuchender bestanden hätten, bevor sie Klage erheben durfte.

II. Das Landgericht ist weiter zu Recht davon ausgegangen, dass das Vertragsverhältnis der Parteien in ein reines Abrechnungsverhältnis übergegangen ist, weil sämtliche primären Leistungspflichten der Klägerin durch die von der Beklagten am 06.07.2022 ausgesprochene Kündigung entfallen sind. Die Kündigung der Beklagten ist als eine sog. freie Kündigung zu bewerten.

1. Der Senat kann im Zusammenhang mit der Frage der Wirksamkeit der Kündigungserklärung der Beklagten vom 16.05.2022 als Kündigung aus wichtigem Grunde

offenlassen, ob – wie die Beklagte rügt – das Landgericht den Schriftsatz der Beklagten vom 15.09.2023 zum Anlass hätte nehmen müssen, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen.

2. Die Kündigung der Beklagten vom 16.05.2022 ist bereits aus formellen Gründen nicht als eine Kündigung aus wichtigem Grund wirksam.

a) Die Vertragsparteien hatten im Ingenieurvertrag ausdrücklich vereinbart, dass eine solche Kündigungserklärung die Benennung und Erläuterung des zur Kündigung Veranlassung gebenden Grundes (bzw. der Gründe) beinhalten müsse. Diese Anforderung erfüllte das Kündigungsschreiben der Beklagten vom 16.05.2022 nicht. Denn die darin enthaltenen Vorwürfe waren weder prüfbar noch einlassungsfähig.

b) Der Vertrag sah für einen solchen Fall eine Heilungsmöglichkeit vor, nämlich das Nachschieben der Benennung und Erläuterung innerhalb angemessener Frist auf Aufforderung durch den Kündigungsempfänger. Die Klägerin hielt sich an dieses Verfahren, forderte die Beklagte mit Schriftsatz vom 11.07.2022 zur Angabe des wichtigen Grundes auf und setzte hierfür eine angemessene Frist von einer Woche. Innerhalb dieser Woche erfolgte keine substantiierte Benennung des Kündigungsgrundes, auch nicht im Schriftsatz vom 15.07.2022. Denn die pauschale Aufführung des Vorliegens nicht näher benannter Ausführungsmängel bei verschiedenen Gewerken ließ einen sicheren Rückschluss auf konkrete Pflichtverletzungen der Klägerin nicht zu. Gleiches gilt für den Verweis auf die Nichteinhaltung der ursprünglich vorgesehenen Fertigstellungsfristen für Einzelkomplexe. Die Ursachen waren offenkundig vielfältig, welche Verhaltenspflichtverletzungen der Klägerin hierfür zumindest mitursächlich geworden sein sollen, lässt der Schriftsatz vom 15.07.2022 nicht erkennen.

c) Nach der vertraglichen Regelung führte die unzureichende Begründung der Kündigung zu deren Unwirksamkeit als Kündigung aus wichtigem Grund.

3. Darüber hinaus hat das Landgericht zu Recht darauf erkannt, dass für eine Kündigung aus wichtigem Grund eine vorherige Abmahnung – nach dem Vertragsinhalt eine Aufforderung zur Abstellung konkreter Pflichtverletzungen mit angemessener Fristsetzung und ausdrücklicher Kündigungsandrohung – nicht entbehrlich war.

Auslöser der Kündigungserklärung der Beklagten vom 06.07.2022 waren die Ereignisse an diesem Tage, insbe-

⁷ Vgl. Hau, a.a.O., Rdnr. 9 bis 12; Schmidt, a.a.O., Rdnr. 19 und 21; Münch, a.a.O., Rdnr. 86; vgl. BGH, Urt. v. 18.11.1998 – VIII ZR 344/97, NJW 1999, 647 durch Verweis auf das Schlichtungsverfahren der Steuerberaterkammer; BGH, Urt. v. 29.10.2008 – XII ZR 165/06, NJW-RR 2009, 637.

sondere die – zu diesem Zeitpunkt noch nicht verschriftlichten – Ergebnisse der 20. Baubegehung durch den Controller und die heraus abgeleitete Erkenntnis der Beklagten über den aktuellen Bautenstand. Mangels konkreter Darlegung der Kündigungsgründe durch die – auch für die Voraussetzungen für eine Entbehrlichkeit der Abmahnung darlegungsbelastete – Beklagte ist eine Bewertung zugunsten der Beklagten nahezu ausgeschlossen. Es lässt sich aber feststellen, dass jedenfalls die zeitlichen Verzögerungen bei der Fertigstellung der Beklagten spätestens seit dem 30.03.2022 bekannt gewesen waren; an diesem Tage war eine Abstimmung mit der Klägerin erfolgt, welche in die Vorlage des Nachtrages N03 mündete. Die möglichen Qualitätsmängel des Gewerks Fliesenleger waren zur Zeit ihrer Feststellung am 06.07.2022 sowohl in der Anzahl auch hinsichtlich des Aufwands der Beseitigung noch überschaubar. Ob insoweit überhaupt eine Pflichtverletzung der Klägerin vorlag, war nach dem bisherigen Sachstand höchst zweifelhaft, denn jedenfalls hatte die Klägerin mit der Beklagten eine Abstimmung zur technologischen Vorgehensweise gesucht. Allein die Berufung auf einen „erheblichen Vertrauensverlust“ genügt für die Darlegung der Voraussetzungen für eine Entbehrlichkeit der Abmahnung nicht.

3. Aus den vorgenannten Gründen muss der Senat nicht darüber befinden, ob der Sachvortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 15.09.2023 oder im Berufungsverfahren ausreichend gewesen wäre, eine Kündigung aus wichtigem Grund zu rechtfertigen, und deswegen die als außerordentliche Kündigung erklärte einseitige Beendigung des Vertragsverhältnisses durch eine spätere Erklärung der Beklagten nachgeholt wurde. Die eindeutige vertragliche Abrede in § 13 Ziffer 13.4 Sätze 3 und 4 sah für den hier vorliegenden Fall eine zwingende Umdeutung der Kündigungserklärung in eine sog. freie Kündigung vor. Dies entsprach auch der Intention der Beklagten am 06.07.2022, wie sie in diesem Schreiben zum Ausdruck gebracht wurde.

III. Die Klägerin hat bei der Berechnung ihrer Restvergütung zu Recht die Vertragsverlängerung gemäß des Nachtrags N03 mit den von der Beklagten am 16.05.2022 aufgestellten Vertragsmodalitäten berücksichtigt, denn diese Vertragsverlängerung ist wirksam zustande gekommen. Weitere Einwendungen gegen die Höhe der Klageforderung hat die Beklagte nicht erhoben.

1. Das Landgericht hat – materiell-rechtlich zutreffend – berücksichtigt, dass die schriftliche Erklärung der Beklagten vom 16.05.2022, wonach sie das Angebot der Klägerin vom 20.04.2022 annehme, nach § 150 Abs. 2 BGB als sog. modifizierte Annahme als eine Ablehnung des ursprünglichen Angebots und Unterbreitung eines neuen Angebots auszulegen ist. Denn die Beklagte änderte insbesondere die Modalitäten und die Höhe der Vergütung – Pauschalhonorar über die gesamte Vertrags-

laufzeit bis Ende Dezember 2022 auf der Grundlage des geänderten Personaleinsatzplanes als Nettohonorar einschließlich der Nebenkosten und nur zuzüglich der Mehrwertsteuer in gesetzlich bestimmter Höhe.

2. Die wirksame Vereinbarung der entsprechenden Vertragsverlängerung ist entgegen der Auffassung der Beklagten spätestens mit dem Schreiben der Klägerin vom 10.06.2022 erfolgt. Denn die darin enthaltene Erklärung der Klägerin ist als Annahme des modifizierten Angebots vom 16.05.2022 auszulegen.

a) Die Klägerin nimmt in dem vorgenannten Schreiben zunächst Bezug auf das Schreiben der Beklagten vom 16.05.2022 und bedankt sich für die Auftragserteilung. Bereits dieser Passus lässt auf ein Einvernehmen mit den Modifizierungen schließen. Gegen die von der Beklagten vorgenommenen Änderungen werden insgesamt, und zwar auch im weiteren Text des Schreibens vom 10.06.2022, keine Einwendungen erhoben.

b) Das Schreiben vom 10.06.2022 enthält darüber hinaus konkrete Äußerungen zur Fortsetzung der Zusammenarbeit. Diese – auch sprachlich eindeutig stets als „Klarstellungen“ bezeichneten – Äußerungen bezogen sich nicht auf den Vertragsinhalt, sondern auf die Vertragsabwicklung.

aa) In Abs. 2 ihres Schreibens erkundigte sich die Klägerin nach dem neuen, infolge des Ausscheidens des bisherigen Ansprechpartners notwendig zu bezeichnenden Ansprechpartner auf Seiten der Beklagten bei der Vertragsabwicklung. Damit war keine Änderung des Vertragsinhalts verbunden, sondern es handelte sich um eine rein organisatorische Frage.

bb) Kein Änderungscharakter kam auch der in Abs. 3 nachfolgenden Klarstellung zu, dass die Klägerin – natürlich – nur im Rahmen ihrer Vertragsleistungen zur Einhaltung der Fertigstellungsfristen Sorge tragen konnte. Da sie lediglich die Aufgaben der Bauüberwachung und der Bauoberleitung übernommen hatte, haftete sie auch ohne diese Klarstellung nur für eine Verletzung von Pflichten bei der Ausführung dieser Tätigkeiten, soweit sie eine (weitere) Verzögerung der Fertigstellung verursachten.

cc) Die in Abs. 4 des Schreibens aufgeführten Anstriche beinhalten nach dem nach §§ 133, 157 BGB maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont keine Einschränkung des Leistungsprogramms des Angebots der Beklagten vom 16.05.2022. Sämtliche Bemerkungen zielen auf eine Klarstellung der Abgrenzung der Verantwortungsbereiche, wie sie nach dem Ursprungsvertrag bereits vorzunehmen war.

(1) Für die (rechtzeitige) Beibringung der Baugenehmigung, der Bereitstellung der Ausführungsplanung (also Leistungsphase 5 der Objektplanung Gebäude und Innenräume, während der Klägerin nur die Leistungen

der Leistungsphase 8 dieses Leistungsbildes übertragen worden waren) sowie für die rechtzeitige und vollständige Beauftragung der jeweiligen Bauunternehmen mit der Ausführung der Gewerke war die Klägerin weder nach dem Ursprungsvertrag noch nach der Verlängerung des ursprünglichen Vertragsverhältnisses zuständig.

(2) Soweit die Beklagte im Rahmen der Erörterung dieser Frage im Termin der mündlichen Verhandlung vor allem auf die im dritten Anstrich aufgeführte „Sicherstellung der rechtzeitigen Freigabe der eingereichten Werk- und Montageplanung von den Ausführungsfirmen einschließlich der rechtzeitigen Mitteilung von Bemusterungsergebnissen mit dem Endkunden“ abgestellt hat, vermag der Senat hierin ebenfalls nach dem Inhalt des Ursprungsvertrages gerade keine Aufgabe der Bauüberwachung oder Bauleitung i.S.v. § 56 SächsBO zu sehen, sondern eine typische Aufgabe des Bauherrn, hier eine Aufgabe, welche sich die Beklagte vorbehalten und bei der sie der künftigen Eigentümerin der Immobilie ein Mitspracherecht eingeräumt hatte. Die Bauüberwachung i.S.d. Leistungsphase 8 des Leistungsbildes Objektplanung Gebäude und Innenräume (vgl. § 34 HOAI 2013) u.a. die Klärung der Aufgabenstellung, d.h. die Einholung der Freigabeerklärungen und der Entscheidungen nach Bemusterungen, sowie die Dokumentation der Ergebnisse, sie erforderte aber die Mitwirkung der Beklagten und ihrer Endkundin, gerade auch im Hinblick auf die Einhaltung der Terminvorstellungen. Die Aufgaben eines Bauleiters nach dem oben zitierten Bauordnungsrecht beinhalten die Überwachung der Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften, insbesondere auch für einen sicheren bautechnischen Betrieb.

(3) Die weitere, von der Beklagten für ihre Auffassung angeführte Erklärung der Klägerin in Abs. 7 des Schreibens vom 10.06.2022 wiederholt lediglich die im Schreiben der Beklagten vom 16.05.2022 enthaltene Vorgabe und ist insoweit ebenfalls rein klarstellender Natur. Das ist aus einem Vergleich beider Texte ersichtlich. Im Schreiben der Beklagten hieß es in Abs. 2: „Für die Mieterausbauten Konsum und Zahnarzt wird seitens des AG ein Bauleiter gestellt. Schnittpunkte und Art der Zusammenarbeiten wurden vorbesprochen und sind ebenfalls Inhalt dieses Auftrags.“ Der – bei objektiver Bewertung lediglich gespiegelte Text im Schreiben der Klägerin vom 10.06.2022 lautete: „Hinsichtlich des Mieterausbaues, Bauteil C 2 – Büro, werden Sie einen eigenen Bauleiter einsetzen, welcher die notwendigen Planungs- und Bauleistungen mit den Beteiligten in direkter Abstimmung mit Ihnen leitet. Bezüglich der bestehenden Schnittstellen sichern wir Ihnen auch hier selbstverständlich unsere Kooperation zu. Sofern Leistungen zum Mieterausbau in unserer Vertragslaufzeit ausgeführt werden, sind mit der Baubeschreibung auf der Seite 13 mit der Ausbaustufe 1 – Grundausbau der Schnittstellen – zu unseren Aufgaben definiert“.

3. Die Unterzeichnung der zur Rücksendung gedachten Urkunde über den Abschluss des Verlängerungsvertrages diente – ebenso wie bei Vereinbarung der Leistungen des Nachtrags N02 lediglich der Schaffung vollständiger Unterlagen. Sie hatte nach der Übung der Vertragsparteien keine konstituierende Wirkung. Das zeigte sich auch im Nachverhalten der Vertragsparteien. Die Klägerin stellte nicht etwa Ende Mai ihre Tätigkeiten der Bauüberwachung und Bauoberleitung ein, sondern setzte sie fort; die Beklagte nahm diese Tätigkeiten auch in Anspruch. So ging sie anlässlich der 20. Baubegehung am 06.07.2022 davon aus, dass die Klägerin weiterhin die Aufgaben der Bauüberwachung und bauordnungsrechtlichen Bauleitung ausführte. Darüber hinaus ist darauf zu verweisen, dass auch die Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch die Klägerin am 23.06.2022 noch ausgereicht hätte für einen wirksamen Vertragsabschluss vor der Kündigungserklärung.

IV. Die hilfsweise für den Fall der Erfolglosigkeit der anderen Verteidigungsmittel erklärte Aufrechnung mit eigenen Schadensersatzforderungen ist nach § 533 ZPO als unzulässig zurückzuweisen.

1. Es kann offenbleiben, ob der Senat eine Entscheidung über die Gegenforderung nach § 533 Nr. 1 ZPO wegen des Fehlens der Zustimmung der Klägerin für sachdienlich erachtet. Jedenfalls ist die Voraussetzung nach § 533 Nr. 2 ZPO nicht erfüllt, denn über die Hilfsaufrechnung kann nicht auf der Grundlage des bisherigen Prozessstoffes entschieden werden. Die Beklagte hat bisher versäumt, die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch mit zwei Schadenspositionen schlüssig darzulegen. Es wäre weiteres, im zivilprozessualen Sinne neues Vorbringen erforderlich, um einen Schadensersatzanspruch der Beklagten gegen die Klägerin schlüssig darzulegen.

1. Allerdings hat die Beklagte auf Vorhalt des Senats klargestellt, dass die Hilfsaufrechnung lediglich i.H.v. 650.000 € erklärt werden sollte; bei der sowohl in dem in erster Instanz eingereichten, nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 15.09.2023 als auch in der Berufungsbegründung vom 24.11.2023 genannten Bezifferung i.H.v. 750.000 € habe es sich um einen Rechenfehler gehandelt. Durch diese Klarstellung ist die Widersprüchlichkeit hinsichtlich der aufgeführten Beträge beseitigt worden.

2. Der Senat kann offenlassen, ob das Landgericht das Vorbringen der Beklagten in deren vorgenannten Schriftsatz vom 15.09.2023 dadurch hätte berücksichtigt müssen, dass es die mündliche Verhandlung wiedereröffnet.

a) Das Landgericht ist jedenfalls zu Recht davon ausgegangen, dass dieses Vorbringen nach § 296a ZPO nicht berücksichtigungsfähig gewesen ist, weil es nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung gehalten worden ist und die Beklagte jedenfalls versäumt hatte, auf die

Hinweise des Gerichts im Termin, insbesondere auf die eindeutige Absage an eine isolierte Entscheidung über die Zulässigkeit der Klage, eine Schriftsatzfrist zu beantragen.

b) Selbst wenn der Senat zugunsten der Beklagten unterstellte, dass das Landgericht trotz des bereits am 13.03.2023 erteilten Hinweises auf die fehlende bzw. unzureichende Erwidierung der Beklagten zur Begründetheit der Klage gehalten gewesen wäre, im Rahmen seiner nach § 156 ZPO zu treffenden Ermessensentscheidung trotz der erheblichen Verzögerungen der Erledigung des Rechtsstreits durch mehrere Fristverlängerungs- und Terminverlegungsanträge der Beklagten die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen, so beruhte die angefochtene Entscheidung nicht auf diesem – hier unterstellten – Verfahrensfehler.

3. Das Vorbringen der Beklagten in diesem Schriftsatz ist nicht geeignet, eine Gegenforderung der Beklagten gegen die Klägerin schlüssig darzulegen.

a) Ein Anspruch ist von einer Prozesspartei dann schlüssig dargelegt, wenn der Tatsachenvortrag, seine Richtigkeit unterstellt, geeignet ist, die geltend gemachte Forderung sachlich zu rechtfertigen.⁸ Der Vortrag von Einzelheiten des Sachverhalts gehört nicht zur Schlüssigkeit; erforderlich ist aber für die schlüssige Darlegung eines Gewährleistungsrechts die Darlegung eines konkreten Sachmangels, welcher die Tauglichkeit der Leistung für eine vertragsgemäße Erfüllung beeinträchtigt.⁹ Wird eine bezifferte Gegenforderung erhoben, bedarf es eines Sachvortrags insbesondere auch zu einem kausalen Zusammenhang zwischen der angeblichen Pflichtverletzung und dem angeblichen Vermögensschaden. Nach diesen Maßstäben genügt das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 15.09.2023 nicht.

b) Die Beklagte hat eine konkrete Pflichtverletzung der Klägerin nicht schlüssig vorgetragen:

aa) Sie hat behauptet, dass die Klägerin ihrer vertraglichen Verpflichtung zur Dokumentation nicht nachgekommen sei. Die im Dokumentenserver ePoS zentral gespeicherten Dokumente der Bauleitung seien unvollständig. Dieser pauschale Vortrag ist weder einlassungsfähig noch verifizierbar gewesen. Er hat auch keine Grundlage dafür geboten, eine mögliche Kausalität zu behaupteten Vermögensschäden zu prüfen. Soweit die Beklagte – als einzig konkretere Darlegung – darauf verweist, dass die spätere Erwerberin einen Mangel an den Arbeiten des Fliesenlegers gerügt habe, der mangels ausreichender Dokumentation der Ausführung der Arbeiten dieses Gewerks nicht habe widerlegt werden können, fehlt es bereits an einer Darlegung, welche Art der Dokumentation hierfür hilfreich hätte sein können. Soweit die Beklagte im Termin vor dem Senat darauf verwiesen hat, dass es Streit um die Abdichtungsmaß-

nahmen unterhalb des Fliesenspiegels in 185 Bädern gegeben habe, welcher durch die Vorlage von Lichtbildern über die Art und Weise der Abdichtung vor Fortsetzung der Fliesenlegerarbeiten hätte beendet werden können, vermag der Senat eine entsprechende Dokumentationsverpflichtung aus dem Vertrag nicht zu erkennen. Im Verlaufe des Rechtsstreits ist aber nach dem Vortrag der Klägerin unstreitig geblieben, dass es im Hinblick auf die Abdichtung der Duschen in den Nassräumen vor Beginn der Fliesenverlegung eine Abstimmung und Bemusterung mit entsprechender Freigabe durch die Beklagte selbst gegeben habe. Ein Mangel der Dokumentation käme in Betracht, falls die Klägerin das Ergebnis dieser Bemusterung nicht dokumentiert hätte; insoweit hat die Beklagte jedoch keinen Sachvortrag gehalten.

bb) Die Beklagte hat als vermeintliche Pflichtverletzung der Klägerin die Nichteinhaltung des Soll-Terminplans nach dem Ursprungsvertrag i.S. einer Gesamtfertigstellung bis zum 30.03.2022 angeführt. Das ist bereits deswegen unschlüssig, weil das Baufeld C 2 auch nach dem Ursprungsvertrag bis zum 07.04.2022 fertiggestellt werden sollte. Wie die Vorausführungen zum Inhalt des Nachtrags N03 zeigen, lässt allein der Umstand, dass diese Termine nicht eingehalten wurden, keinen sicheren Rückschluss auf Pflichtverletzungen der Klägerin zu. Es kommen ebenso eine unzureichende bzw. nicht rechtzeitige Mitwirkung der Beklagten, ein Eingreifen der Endkundin oder eine verzögerte, für den Bauüberwacher nicht ausgleichbare Ausführung der jeweiligen Bauleistungen als mögliche Ursachen in Betracht. Der Beklagten hätte es deswegen zumindest oblegen, konkrete Versäumnisse der Klägerin darzulegen, welche zumindest mitursächlich zu zeitlichen Verzögerungen geführt haben sollen. Der einer zeitlichen Verzögerung zugeordnete Vermögensschaden i.H.v. 500.000 € ist in keiner Weise nachvollziehbar dargelegt. Insoweit hat die Beklagte unter Rdnr. 64 des Schriftsatzes lediglich dargelegt: „verspäteter Fertigstellungstermin: 500.000 EUR“.

cc) Soweit die Beklagte es als Pflichtverletzung der Klägerin vorgetragen hat, dass diese die während der 20. Baubegehung des Controllers am 06.07.2022 festgestellten Ausführungsmängel nicht habe abstellen lassen ist das Vorbringen schon in zeitlicher Hinsicht nicht schlüssig, denn am selben Tage sprach die Beklagte die fristlose Kündigung und ein Tätigkeitsverbot für die Klägerin aus. Das Protokoll der Begehung vom 06.07.2022 lag zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht vor. Bei sämtlichen aufgeführten Mängeln der Bauausfüh-

⁸ Vgl. nur Greger, in: Zöller, ZPO, 35. Aufl. 2024, vor § 253 Rdnr. 23 m.w.N.

⁹ Vgl. nur BGH, Beschl. v. 25.10.2011 – VII ZR 125/11, NJW 2012, 382, Rdnr. 16 m.w.N.

rung handelte es sich um Mängel, welche im weiteren Verlauf des Baugeschehens noch beseitigt werden konnten.

dd) Schließlich hat die Beklagte Mängel der Bauüberwachung im Zusammenhang mit den Fliesenarbeiten behauptet und hierzu vorgetragen, dass die Art der Ausführung dieser Arbeiten nach Ansicht der Endkundin nicht den Herstellervorgaben entsprochen habe. Die Klägerin habe es unterlassen, die in einem Schiedsgutachten vom 28.10.2022 festgestellten „eklatanten Ausführungsfehler zu identifizieren und beheben zu lassen“. Diesem Mangel der Leistungen der Klägerin hat sie einen Vermögensschaden von 150.000 € zugeordnet. Es ist jedoch unstreitig, dass die Klägerin insoweit drei Musterabdeckungen einbauen ließ, eine Stellungnahme der Herstellerin zur Art des Einbaus sowie weitere Dokumente zur Tauglichkeit einholte und der Klägerin vorlegte und sie am 23.06.2022 zur Prüfung und zur Freigabe der Ausführungsart aufforderte. In Anbetracht dieses Sachverhalts ist der von der Beklagten gehaltene Vortrag nicht ausreichend, es fehlt insbesondere ein Bezug zu den Ergebnissen der Bemusterung und der Freigabe der Klägerin. Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die Ausführung der Fliesenlegerarbeiten noch vor dem 06.07.2022, dem Zeitpunkt der Beendigung der Tätigkeit der Klägerin, begonnen hatten, noch etwas dazu ausgeführt, ob die Ausführung der Fliesenlegerarbeiten von dem Ergebnis der Bemusterung und der Freigabeentscheidung der Klägerin oder lediglich von nachträglichen Beanstandungen der Endkundin, ggf. im Widerspruch zu der Freigabeentscheidung der Beklagten, abgewichen sei. Jedenfalls lässt selbst die Behauptung, dass die Fliesenlegerarbeiten nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprochen hätten, einen Rückschluss darauf zu, dass die Klägerin dies im Rahmen einer ordnungsgemäßen Bauüberwachung bis zum 06.07.2022 hätte verhindern müssen.

(Mitgeteilt von Vors. Richter am Oberlandesgericht a.D. Karl-Heinz Keldungs, Düsseldorf)

Gesamtschuldnerische Haftung von Objekt- und Fachplaner

BGB §§ 280 Abs. 1, 281, 633, 634 Nr. 4, 636.

1. Ein Besteller hat bei Mängeln an einem Bauwerk, welche er beseitigen lassen möchte, neben einem Anspruch gegen den Bauunternehmer auf einen Vorschuss für die Mängelbeseitigungskosten auch einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Ingenieur, dessen Planungs- und/oder Überwachungsfehler sich in dem Bauwerk verwirklicht haben, der Anspruch ist auf Zahlung eines zweck-

gebundenen und abzurechnenden Betrages für die Mängelbeseitigung gerichtet.

2. Die Planung der Konstruktion und Dimensionierung einer umlaufenden, zur Aufnahme und zum Abtransport des Schwallwassers eines Schwimmbades dienenden Rinne (sog. Durchschreiterinne) obliegt nicht allein dem Planer der Technischen Ausrüstung. Bei Planungsmängeln haften beide Planer als Gesamtschuldner.

OLG Naumburg, Urt. v. 29.04.2025 – 2 U 40/25.

Aus den Gründen: A. Die Klägerin begehrt Schadensersatz wegen einer fehlerhaften Planungsleistung der Beklagten, die diese als Nachunternehmerin der Klägerin bei dem Bauvorhaben der Sanierung des Freibades N. Bad in L. erbracht habe.

Die B. GmbH als Eigentümerin des Freibades N. Bad beauftragte die Klägerin, seinerzeit noch unter C. GmbH firmierend, mit Architektenvertrag vom 12.08.2010 (im Folgenden: AB KV) mit Projektsteuerungs- sowie Architekten-/Ingenieurleistungen (Projektsteuerung bis zur Realisierung; Architekten-/Ingenieurleistungen bis Genehmigungsplanning und Funktionalausschreibung) zur Sanierung dieses Freibades.

Mit Nachunternehmervertrag vom 24./28.09.2010 beauftragte die Klägerin die Beklagte gemäß deren Angebotes vom 04.08.2010 mit dem „Leistungsbild Technische Ausrüstung, HOAI Teil 4, Abschnitt 2, Grundleistungen, ausgenommen Leistungen für Kiosk/Laufsteg und den Sanitär- und Umkleidetakt, Leistungsphasen 1–4, Funktionalausschreibung“.

Aufgrund der Planung der Beklagten errichteten die K. GmbH und die P. Hochbau GmbH die Überlaufrinne, Durchschreiterinne genannt. Die Klägerin war gemäß dem Architektenvertrag mit dem Kontrollieren der Objektüberwachung beauftragt.

Die Beklagte legte gegenüber der Klägerin unter dem 06.12.2010 ihre Schlussrechnung, die am 13.01.2011 vollständig bezahlt wurde.

Die am 10.12.2015 vorab per Fax und am 15.12.2015 im Original eingegangene Klageschrift, mit der zugleich Gerichtskosten durch Scheck bezahlt wurden, wurde der Beklagten am 23.12.2015 zugestellt. Mit der Klage wurden zunächst Feststellungsansprüche geltend gemacht, unter anderem im Hinblick auf die Durchschreiterinne. Mit Beschluss vom 09.05.2016 wurde der Rechtsstreit gem. § 148 ZPO im Hinblick auf das inzwischen von der B. GmbH unter anderem gegen die Klägerin ebenfalls vor dem Landgericht Halle angestrebte selbstständige Beweisverfahren, Az. 5 OH 2/16, wegen behaupteter verschiedener Mängel, unter anderem an der Durchschreiterinne, ausgesetzt. In dem selbststän-

digen Beweisverfahren erstattete der Sachverständige D. schriftlich und mündlich sein Gutachten, wonach die Konstruktion der Durchschreiterin mangelhaft sei, insbesondere weise diese nicht die erforderliche Tiefe und Breite auf und könne deshalb das anfallende Schwallwasser selbst bei Benutzung des Beckens durch nur zwei Schwimmer nicht aufnehmen und nicht abführen, wodurch es zum Rücklauf des Schwallwassers in das Becken und zur Eintragung von Verschmutzung in den Badewasserkreislauf kommen könne. Die Durchschreiterin lasse sich, da einbetoniert, nicht zerstörungsfrei vertiefen und verbreitere. Nach Abschluss des selbstständigen Beweisverfahrens wurde der vorliegende Rechtsstreit wieder aufgenommen, aber nach übereinstimmendem Antrag der Parteien mit Beschluss vom 14.08.2019 im Hinblick auf den zwischenzeitlich von der B. GmbH gegen die Klägerin vor dem Landgericht Halle geführten Rechtsstreit, Az. 5 O 325/19, in welchem die B. GmbH Schadensersatz verlangte, erneut ausgesetzt. Die Klägerin hatte der Beklagten in beiden Verfahren den Streit verkündet, die der Klägerin jeweils als Streithelferin beigetreten war.

In dem Rechtsstreit 5 O 325/19 wurde die hiesige Klägerin mit Urteil vom 29.04.2022 verurteilt, an die B. GmbH 888.446,89 € nebst Zinsen zu zahlen. Ferner wurde festgestellt, dass sie einen etwaigen weiteren Schaden aus der Sanierung der Durchschreiterin zu ersetzen habe. Mit Urteil des erkennenden Senats vom 24.11.2022 – 2 U 59/22, wurde die Berufung der hiesigen Klägerin gegen ihre Verurteilung zurückgewiesen.

Der vorliegende Rechtsstreit wurde wieder aufgenommen. Die Klägerin beehrte nunmehr mit Schriftsatz vom 02.03.2023 neben dem modifizierten Feststellungsantrag Schadensersatz von der Beklagten. Die damalige Haftpflichtversicherung der Klägerin hatte am 19.12.2022 an die B. GmbH auf das Urteil des Landgerichts vom 29.04.2022 829.844,86 € geleistet; die Klägerin selbst hatte am 31.01.2023 einen weiteren Betrag i.H.v. 172.508,33 € an die B. GmbH gezahlt.

Das Landgericht hat der Klage mit am 12.04.2024 verkündetem Urteil vollständig stattgegeben.

Gegen das ihr am 15.04.2024 zugestellte Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt.

B. Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg.

Die Klägerin hat einen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Beklagte aus den §§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung (Art. 229 § 39 EGBGB), im Folgenden: a.F.

Hierbei handelt es sich um einen Anspruch auf Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrages für Mängelbeseitigungskosten. Dass im Ergebnis ein

Besteller bei Mängeln des Werks nicht nur gegenüber dem Bauunternehmer einen Anspruch auf einen Vorschuss für die Mängelbeseitigungskosten hat (§ 637 BGB), sondern auch gegenüber dem Architekten, wenn sich Planungs- oder Überwachungsfehler im Bauwerk verwirklicht haben, hat der Bundesgerichtshof in seiner grundlegenden Entscheidung vom 22.02.2018¹ hergeleitet. Dabei handelt es sich um einen Schadensersatzanspruch auf Vorfinanzierung in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrages gegen den Architekten.²

1. Die Parteien haben unter dem 24./28.09.2010 einen „Nachunternehmervertrag“ zum Bauvorhaben mit der Projektbezeichnung „Städtische Bäder ... Freibad ...“ geschlossen, mit welchem die Klägerin der Beklagten die in Ziff. 2 des Vertrages näher bestimmten Leistungen übertrug, insbesondere gemäß Ziff. 2.1 das Leistungsbild Technische Ausrüstung hinsichtlich der Grundleistungen (mit Ausnahme Kiosk/Laufsteg, Sanitär- und Umkleidetrakt) und als besondere Leistung die Funktionalausschreibung.

2. Das von der Beklagten erstellte Werk, nämlich die Planung der technischen Ausrüstung, insbesondere die Planung der Durchschreiterin, ist mangelhaft.

a) Hierzu kann sich die Klägerin allerdings nur zum Teil auf Feststellungen mit Bindungswirkung gemäß § 68 ZPO im Urteil des Landgerichts Halle vom 29.04.2022 aus dem sog. „Vorprozess“ mit dem Az. 5 O 325/19 bzw. im Senatsurteil vom 24.11.2022, Az. 2 U 59/22, berufen.

aa) Im „Vorprozess“ ist festgestellt worden, dass das von der Klägerin gegenüber der Bauherrin, der B. GmbH, geschuldete Werk, nämlich die Planungsleistungen für das N. Bad, betreffend die Durchschreiterin, mangelhaft gewesen ist.

Im Senatsurteil vom 24.11.2022 ist hinsichtlich der Haftung der (hiesigen) Klägerin dem Grunde nach auf die zutreffenden Ausführungen im Urteil des Landgerichts verwiesen worden. Die Haftung dem Grunde nach war im Vorverfahren im Berufungsverfahren nicht mehr streitig. Gestritten wurde dort nur noch um die Schadensberechnung.

Das Landgericht hat wiederum im Urteil vom 29.04.2022 festgestellt, dass die Planung der (hiesigen) Klägerin (und dortigen Beklagten) mangelhaft sei, weil das „Leitdetail Durchschreiterin“ als Anlage 9 zum LV „Rohbau Einbauten im Becken“ und der „Plan Nr. 17 Detail Durchschreiterin vom 21.10.2010“, welcher ebenfalls Bestandteil des vorgenannten LV der Klägerin sei, fehlerhaft sei.

¹ BGH, Entsch. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 – 22, aus § 634 Nr. 4 i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB.

² BGH, a.a.O., Rdnr. 67.

Dabei hat sich das Landgericht auf die Gutachten des Sachverständigen D. bezogen. Dieser habe schon im Erstgutachten vom 18.05.2017 im OH-Verfahren dargelegt, dass das auf Seite 8 des Gutachtens abgebildete Leitdetail zur Konstruktion der Überlaufrinne/Durchschreiterinne den KOK-Richtlinien für Bäderbau, Ausgabe 2002, sowie den Anforderungen der DIN 19643 widerspreche, weil sie nicht ausreichend dimensioniert sei. Die Rinne sei nicht in der Lage, die anfallenden Schwallwassermengen aufzunehmen und abzuleiten, da die Mindestmaße zur Tiefe nicht eingehalten worden seien. Es wären eine Tiefe von 15 cm und eine Breite von 1.550 m erforderlich gewesen.

bb) Diese tragenden Feststellungen des Landgerichts haben wegen des Beitritts der (hiesigen) Beklagten als Nebenintervenientin auf Seiten der (hiesigen) Klägerin (und damaligen Beklagten) gem. § 68 Satz 1 Halbs. 1 ZPO Bindungswirkung für den hiesigen Rechtsstreit. Voraussetzung hierfür sind ein wirksamer Beitritt, ein rechtskräftiges Sachurteil zu Ungunsten der Hauptpartei und dass die Interventionswirkung nicht gem. § 68 Satz 1 Halbs. 2 beseitigt worden ist.³ Diese Voraussetzungen sind erfüllt:

(1) Der Beitritt der (hiesigen) Beklagten als Nebenintervenientin auf Seiten der (hiesigen) Klägerin ist im Vorverfahren mit Schriftsatz vom 22.10.2019 wirksam i.S.v. § 66 ZPO erfolgt. Dies wird auch von keiner der Parteien angezweifelt oder gerügt.

(2) Im Vorprozess ist ein rechtskräftiges Sachurteil zuungunsten der Hauptpartei ergangen. Denn die (jetzige) Klägerin ist im Vorprozess verurteilt worden, Schadensersatz an die (dortige) Klägerin im Umfang von 888.446,89 € nebst Verzugszinsen zu leisten. Rechtskraft des Urteils des Landgerichts vom 29.04.2022 ist eingetreten mit Rechtskraft des Senatsurteils vom 24.11.2022, das wiederum, nachdem es am 05.12.2022 an die Beklagte zugestellt worden ist am 05.01.2023 mit Ablauf der Notfrist aus § 544 Abs. 3 ZPO rechtskräftig geworden ist, weil eine Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH nicht erhoben worden ist.

(3) Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass der Rechtsstreit im Vorverfahren unrichtig entschieden worden sei. Hierzu hat das Landgericht im angefochtenen Urteil zwar nicht ganz zutreffend ausgeführt, dass die Streitverkündung gegenüber der Beklagten sogleich „mit Einreichung der Klageschrift“ erfolgt sei. Die Streitverkündung ist indes mit der Klageerwiderung der dortigen Beklagten und hiesigen Klägerin erfolgt, also in einem frühen Stadium des Rechtsstreits, so dass die – hiesige – Beklagte als Streithelferin in der Lage gewesen ist, auf den Verlauf des Vorprozesses Einfluss zu nehmen, was sie im Wege des Beitritts auch getan hat. Die Beklagte hat eine entsprechende Rüge auch nicht erhoben.

cc) Die Beklagte hat deshalb mit ihrer erstinstanzlichen Behauptung, dass es an einem extremen, übermäßigen Überlaufen der Rinne und damit an einem Mangel

fehle, keinen Erfolg, da das Vorliegen des Mangels mit Bindungswirkung festgestellt ist. Dies wird in der Berufungsinstanz auch nicht mehr geltend gemacht.

dd) Keine tragenden Feststellungen im Urteil des Landgerichts (und auch nicht im Senatsurteil) im Vorverfahren gibt es indes dazu, dass die mangelhafte Planung der Durchschreiterinne von der (hiesigen) Beklagten als Nachunternehmerin der (hiesigen) Klägerin erbracht worden ist.

Solche Feststellungen waren im Vorverfahren auch nicht erforderlich, weil es allein auf das Vertragsverhältnis zwischen der Bauherrin als dortiger Klägerin und der hiesigen Klägerin als dortiger Beklagter ankam. In jenem Vertragsverhältnis schuldete allein die (hiesige) Klägerin der Bauherrin sämtliche Planungsleistungen. Sie haftete daher gegenüber der Bauherrin auch für alle Planungsleistungen, die sie durch Nachunternehmer wie die (hiesige) Beklagte (und – wie sich aus der Beilage 5 OH 2/16 ergibt – hinsichtlich der Gebäudeplanung, raumbildende Ausbauten, Ingenieurbauwerke, Funktionalausschreibung, jeweils Leistungsphasen 14, durch die l. GmbH) erbringen ließ, unabhängig von etwaigen Verantwortungsbereichen oder Verschuldensanteilen, die den verschiedenen Planern zuzuweisen sein könnten.

Im Übrigen hätte es sich bei solchen Feststellungen um sogenannte überschießende Feststellungen gehandelt, die deshalb keine Bindungswirkung entfaltet hätten. Überschießende Feststellungen sind solche, die im Erstprozess nicht erheblich sind und daher bei korrektem Verfahren im Erstprozess gar nicht zu klären waren.⁴

b) Die Mängel in der Planung der Durchschreiterinne stellen einen Mangel des Werkes der Beklagten dar. Denn die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass sie als Planerin für die Technische Ausrüstung nicht für die Dimensionierung der Durchschreiterinne hafte.

aa) Grundsätzlich gilt, dass ein Schwimmbad so zu planen ist, dass ein Wasserübertritt aus dem Becken auf den Umgang möglichst vermieden wird.⁵ Dies entspricht den Ausführungen des Sachverständigen D.

bb) Die Planung einer umlaufenden Rinne obliegt aber nicht allein dem Gebäudeplaner, sondern auch dem Planer der Technischen Ausrüstung. Zum einen ist die Rinne Teil des von den Architekten geplanten Baukörpers und gehört deshalb auch zu ihrem Planungsbereich; sie ist nicht allein Gegenstand der technischen Ausrüstung. Die Form des Beckenrandes und die Breite der Rinne ist – jedenfalls auch – Gegenstand der Funktionalität des Baukörpers und gehört damit – jedenfalls auch – zum Planungsbereich des Architekten. Zum anderen gehört die

3 Z.B. Althammer, in: Zöller, ZPO, 35. Aufl., § 68 Rdnr. 3–5.

4 Z.B. Althammer, in: Zöller, ZPO, 35. Aufl., § 68 Rdnr. 10.

5 Z.B. OLG Dresden, Ur. v. 23.08.2010 – 10 U 1054/08.

Frage der Aufnahmekapazität der Rinne und der Abläufe zum Bereich des Fachplaners für Technische Ausrüstung (Schwimmbadtechnik). Aus weiteren technischen Vorschriften (DIN 19643-1, Ausgabe 1997-04; Richtlinien für den Bäderbau des KOK Bäder, Ziff. 25.43.22; Merkblatt Nr. 65.06; Empfehlung des figawa-Arbeitskreises) folgt, dass die Planung einer umlaufenden Rinne sowohl dem das Freibad insgesamt planenden Architekten als auch dem Fachplaner für die technische Ausrüstung obliegt und dass eine Abstimmung zwischen den Planern zu erfolgen hat. Insbesondere aus den Richtlinien für den Bäderbau des Koordinierungskreises Bäder der Verbände Deutsche Gesellschaft für das Badewesen e.V., Deutscher Schwimm-Verband e.V. und Deutscher Sportbund e.V. ergibt sich, dass Wasserführung, Beckenrandausbildung, Wasserspeicher und Überlaufrinne voneinander abhängige Faktoren für ihre Dimensionierung sind. Dies impliziert zwar nicht, dass alle diese Faktoren allein vom Fachplaner zu beurteilen sind. Es bestehen vielmehr Abhängigkeiten und Schnittstellen zwischen den Planungen verschiedener am Objekt Beteiligter.⁶

cc) Vorliegend sprechen die Verträge, insb. der zwischen den Parteien geschlossene Nachunternehmervertrag dafür, dass für die vom Sachverständigen D. festgestellten funktionalen Mängel der Durchschreiterin die Beklagte verantwortlich ist. Denn sie hat die Funktionalausschreibung sowohl hinsichtlich der Gestaltung des Beckenkopfes als auch hinsichtlich der Überlaufrinne mit Rinnenleitung übernommen.

Im Einzelnen:

(1) Der Klägerin sind mit dem „Vertrag zur Projektsteuerung und Architekten-/Ingenieurleistungen“ mit der Bauherrin sämtliche Architekten- und Ingenieurleistungen bis zur Genehmigungsplanung und Funktionalausschreibung für das Bauvorhaben Freibad N. Bad übertragen worden (§ 1 des Vertrages).

In § 6 des Vertrages mit der Überschrift „Fachlich Beteiligte“ ist jedoch bereits geregelt, dass die Architekten- und Ingenieurleistungen durch Nachunternehmer der Klägerin erbracht werden sollten. Die Leistungsbilder Gebäude und raumbildende Ausbauten, Freianlagen, Ingenieurbauwerken, Verkehrsanlagen und Tragwerksplanung sollten danach vom I. GmbH (I.) erbracht werden. Mit dieser ist auch ein entsprechender Nachunternehmervertrag geschlossen worden, wie sich aus der beigezogenen Akte 5 OH 2/16 des Landgerichts Halle ergibt. Das Leistungsbild Technische Ausrüstung sollte von der Firma S. in L. erbracht werden. Diesen Nachunternehmervertrag für das Leistungsbild technische Ausrüstung hat die Klägerin indes, wie bereits oben unter Ziff. 1 ausgeführt, mit der Beklagten geschlossen.

(2) Der streitgegenständliche Nachunternehmervertrag der Klägerin und der Beklagten selbst enthält zur

Planung der Durchschreiterin keine detaillierten Regelungen. In Ziff. 2.1 ist geregelt, dass der Beklagten das Leistungsbild Technische Ausrüstung als Grundleistung und die Funktionalausschreibung als Besondere Leistung übertragen worden ist.

Gemäß dem gemäß Ziff. 1.2 zum Vertragsbestandteil bestimmten Angebot der Beklagten vom 04.08.2010 „für die Erarbeitung einer Funktionalausschreibung zur Sanierung des N. Bades L.“ beinhaltet die Funktionalausschreibung indes auch die Gestaltung des Beckenkopfes und der Überlaufrinne mit Rinnenleitung (Ziff. 4).

(3) Die vom Sachverständigen D. festgestellten Mängel an der aufgrund der Planung ausgeführten Durchschreiterin betreffen vor allem deren Dimensionierung, die nach dem Vorstehenden die Beklagte zu planen hatte. Denn die Dimensionierung ist ganz wesentlich für die – technische Funktionalität der Durchschreiterin, nämlich dafür, dass das Schwallwasser aufgenommen und abgeführt werden kann, ohne dass das Schwallwasser auf den Beckenumgang gerät und auch nicht von dort in das Becken zurückfließt und ohne dass das Schwallwasser aus der Durchschreiterin zurück in das Becken fließt. Aus diesem Grund war es zuvörderst Aufgabe der Beklagten, für eine ausreichende Dimensionierung der Durchschreiterin zu sorgen, da sie vor allem technisch funktional sein musste. Selbst wenn der von der Klägerin nachbeauftragte Architekt die Durchschreiterin auch hinsichtlich der Dimensionen geplant haben sollte, war es Aufgabe der Beklagten, auch die Dimensionierung zu überprüfen, eben, weil sie für die Funktion der Durchschreiterin von erheblicher Bedeutung waren. Dies entspricht auch der vorstehend dargestellten Auffassung des OLG Dresden,⁷ die der Senat teilt.

dd) Schon deshalb kann dahinstehen, ob – wie die Beklagte in der Berufungsbegründung unter Bezugnahme auf eine erst kurz zuvor eingeholte gutachterliche Stellungnahme des Dr.-Ing. M. vom 27.05.2024 behauptet – die Durchschreiterin allein von den mit der Objektplanung nachbeauftragten Architekten, konkret von den von der I. GmbH mit Vertrag vom 09.11.2011 nachbeauftragten W. GmbH, unter anderem vertreten durch den Geschäftsführer Dipl.-Ing. Architekt E., geplant worden ist.

Denn nach den vorstehend dargestellten Grundsätzen waren beide beteiligten Planer jedenfalls verpflichtet, die jeweils vom anderen vorgenommenen Planungsdetails für die Funktionalität der eigenen Planung zu überprüfen. Die Beklagte hätte deshalb auf jeden Fall zu überprüfen gehabt, ob die vom Architekten dimensionierte Rinne ausreichend für die Entwässerung sein würde, denn danach hatte sie die technische Ausrüstung zu bestimmen.

⁶ Z.B. OLG Dresden, Urt. v. 23.08.2010 – 10 U 1054/08.

⁷ OLG Dresden, Urt. v. 23.08.2010 – 10 U 1054/08.

ee) Lediglich ergänzend wird ausgeführt, dass die im Rechtsstreit und den beigezogenen Vorverfahren vorgelegten Pläne indes dafür sprechen, dass sowohl die Objektplaner als auch die Beklagte selbst die streitgegenständliche Durchschreiterinne geplant haben.

Die „älteren“ Zeichnungen zur Durchschreiterinne stammen von der Beklagten, die jeweils als Entwurfsverfasserin genannt ist, so insbesondere die Zeichnungsnummer 02 vom 13.08.2010 und das Leitdetail Durchschreiterinne. Auf diesen Zeichnungen ist die Durchschreiterinne jeweils mit einer Breite von 1000 mm eingezeichnet. Eine Änderung hinsichtlich der Breite der Durchschreiterinne findet sich in der Zeichnung des Entwurfsverfassers E. vom 03.11.2020, also zeitlich nachfolgend, auf der nämlich die Durchschreiterinne mit einer Breite von 1,25 m eingezeichnet ist. Dies ist von der Beklagten allerdings in der zeitlich nachfolgenden Zeichnung Nr. 6.1.1 vom 17.01.2011 (möglicherweise) übernommen worden, denn der doppelschraffierte Bereich ist mit einem Maß von 1250 versehen. Allerdings ist hierin nur ein Teil tiefer dimensioniert, so dass die Rinne selbst möglicherweise nur 1 m breit ist.

3. Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass sie ihre Pflichtverletzung, den Mangel in ihrer Planung, nicht zu vertreten hat, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB.

4. Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung durch die Klägerin an die Beklagte war entbehrlich, weil sich der Mangel der Planung bereits im ausgeführten Werk realisiert hat und durch Nachbesserung der Planung nicht mehr behoben werden kann.

5. Der Klägerin ist ein kausaler Schaden entstanden.

Denn die Klägerin ist im Vorprozess⁸ zur Leistung von Schadensersatz in Form der Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrages für Mängelbeseitigungskosten aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB an die Bauherren verurteilt worden. Denselben Anspruch hat die Klägerin gegenüber der Beklagten, im Ergebnis also einen Anspruch auf Ersatz der Beträge, die sie aufgrund der mangelhaften Planung der Beklagten an die Bauherren zu leisten hat.

Die damalige Haftpflichtversicherung der Klägerin hatte am 19.12.2022 an die B. GmbH auf das Urteil des Landgerichts vom 29.04.2022 einen Betrag von 829.844,86 € geleistet; die Klägerin selbst hatte am 31.01.2023 einen weiteren Betrag i.H.v. 172.508,33 € an die B. GmbH gezahlt. Diese Beträge kann die Klägerin ersetzt verlangen. Soweit die damalige Haftpflichtversicherung gezahlt hat, hat die Klägerin dem durch Formulierung ihres Klageantrags zu 1. b), nämlich Zahlung an die Haftpflichtversicherung zu leisten, Rechnung getragen.⁹

6. Eine Mithaftung der Klägerin, die zu einer quotalen Kürzung des Anspruchs führte, besteht nicht.

Die Klägerin hat die gesamten Planungsleistungen für das Schwimmbad an Nachunternehmer vergeben, zum einen an die Beklagte als Fachplaner für die technische Ausrüstung, zum anderen an die I. GmbH hinsichtlich der übrigen Architektenleistungen. Etwaige Planungsfehler der I. GmbH muss sich die Klägerin im Verhältnis zur Beklagten nicht zurechnen lassen.

Vielmehr haften die Beklagte und die I. GmbH gegenüber der Klägerin als Gesamtschuldner i.S.v. § 421 BGB.¹⁰ Deshalb kann die Klägerin die Beklagte auf Ersatz des gesamten Schadens in Anspruch nehmen.

7. Der Anspruch der Klägerin ist auch nicht verjährt. Insoweit wird auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil verwiesen.

(Mitgeteilt von Vors. Richter am Oberlandesgericht a.D. Karl-Heinz Keldungs, Düsseldorf)

8 5 O 325/19 bzw. 2 U 59/22.

9 Z.B. BGH, Urt. v. 29.08.2012 – XII ZR 154/09, Rdnr. 8.

10 Z.B. Grüneberg, in: Grüneberg, 83. Aufl., § 421 RZ. 6 zu Architekt und Statiker; Genius, in: Herberger/Martinek/Rußmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 634 BGB (Stand: 01.02.2023) Rdnr. 106; OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.10.2012 – I-5 U 162/11 zu Objektplaner und Fachplaner; BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17 BGHZ 218, 1–22 Rdnr. 68 zu Architekt und Bauunternehmer.

Bauprozessrecht

§ 16 Abs. 5 SO Bau 2004 sieht kein Anhörungsrügeverfahren entsprechend § 321a ZPO vor

ZPO §§ 1059 Abs. 1 und 3, 1060 Abs. 2 Satz 1.

a) Die in § 16 Abs. 5 der Schlichtungs- und Schiedsordnung für Baustreitigkeiten 2004 vorgesehene ergänzende Verweisung auf die Vorschriften der Zivilprozessordnung ist nicht dahin auszulegen, dass sie im Anschluss an den Schiedsspruch die Durchführung eines Anhörungsrügeverfahrens entsprechend § 321a ZPO vorsieht (Abgrenzung zu BGH, Beschl. v. 16.04.2015 – I ZB 3/14, NJW 2015, 3234, juris, Rdnr. 27 bis 34).

b) Eine Entscheidung über den Antrag auf Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs schließt die Prüfung von Aufhebungsgründen ein (§ 1060 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Für einen selbständigen Aufhebungsantrag besteht deshalb neben einem bereits rechtshängigen Antrag auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs kein Rechtsschutzbedürfnis.

BGH, Beschl. v. 09.10.2025 – I ZB 20/25. (OLG Jena)

Aus den Gründen: [1] **A.** Die Antragstellerin war mit der Antragsgegnerin, der Stadt J., durch einen zwischenzeitlich gekündigten Bauvertrag betreffend Arbeiten an einer Gemeinschaftsgrundschule in J. verbunden. Die Parteien schlossen in diesem Zusammenhang eine Schiedsvereinbarung, in der es unter anderem hieß:

1. Alle aus dem genannten Bauvertrag entstehenden Streitigkeiten werden unter Ausschluss des Rechtsweges zu den ordentlichen Gerichten durch ein Schiedsgericht auf der Grundlage der Schlichtungs- und Schiedsordnung für Baustreitigkeiten (SO Bau) der Arbeitsgemeinschaft für Bau- und Immobilienrecht im DeutschenAnwaltVerein (ARGE Baurecht), wie diese in der Anlage beigelegt ist, entschieden. ...

[2] In der beigelegten Schlichtungs- und Schiedsordnung für Baustreitigkeiten aus dem Jahr 2004 (SO Bau 2004) heißt es in § 16 Abs. 5:

Ergänzend gelten die Vorschriften der Zivilprozessordnung (ZPO), insbesondere die §§ 1025 ff. ZPO.

[3] Im Jahr 2022 erhob die Antragsgegnerin Schiedsklage und verlangte von der Antragstellerin Fertigstellungsmehrkosten und Kosten für Mängelbeseitigung. Die Antragstellerin machte – teilweise im Wege der Widerklage – restlichen Werklohn für bis zur Vertragsbeendigung erbrachte Leistungen geltend. Die mit der Schiedsklage verfolgten Forderungen der Antragsgegnerin beliefen sich nach Abzug der ihrer Auffassung nach berechtigten Gegenansprüche der Antragstellerin auf zuletzt 146.808,77 € nebst Zinsen. Die Antragstellerin verlangte widerklagend Werklohn i.H.v. 97.524,76 € nebst Zinsen.

[4] Mit dem am selben Tag zugestellten Schiedsspruch vom 26.09.2023 wies das Schiedsgericht die Schiedsklage ab und verurteilte die Antragsgegnerin auf die Widerklage zur Zahlung von 32.720,12 € nebst Zinsen.

[5] Mit einem am 08.12.2023 beim Oberlandesgericht eingegangenen und den Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin am 18.12.2023 zugestellten Schriftsatz hat die Antragstellerin die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs begehrt. Die Antragsgegnerin hat unter dem 21.12.2023 beantragt, den Schiedsspruch wegen einer Verletzung ihres Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs aufzuheben.

[6] Das Oberlandesgericht hat den Schiedsspruch nach mündlicher Verhandlung auf den Antrag der Antragsgegnerin aufgehoben, die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Schiedsgericht zurückverwiesen und den Antrag der Antragstellerin auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs abgelehnt. Mit ihrer dagegen gerichteten Rechtsbeschwerde, deren Zurückweisung die Antragsgegnerin beantragt, verfolgt die Antragstellerin ihren Antrag auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs weiter.

[7] **B.** Das Oberlandesgericht hat angenommen, der unter Wahrung der Drei-Monatsfrist des § 1059 Abs. 3 ZPO eingereichte Aufhebungsantrag sei zulässig und begründet. Seiner Zulässigkeit stehe mit Blick auf die gerügte Verletzung rechtlichen Gehörs durch eine Überraschungsentscheidung nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin kein Rügeverfahren nach § 321a ZPO eingeleitet habe, auch wenn die Parteien nach § 16 Abs. 5 SO Bau 2004 die ergänzende Geltung der Vorschriften der Zivilprozessordnung vereinbart hätten.

[8] Der Aufhebungsantrag sei auch begründet. Die Antragsgegnerin berufe sich zu Recht auf einen entscheidungserheblichen Verstoß des Schiedsgerichts gegen ihren Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs in Form einer Überraschungsentscheidung. Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs sei deswegen abzulehnen und das Verfahren auf den Antrag der Antragsgegnerin nach § 1059 Abs. 4 ZPO an das bestehende Schiedsgericht zurückzuverweisen.

[9] **C.** Die gegen diese Beurteilung gerichtete Rechtsbeschwerde der Antragstellerin ist gem. § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 1065 Abs. 1 Satz 1, § 1062 Abs. 1 Nr. 4 Fall 2 ZPO statthaft und wegen grundsätzlicher Bedeutung zulässig (§ 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt (§ 575 ZPO).

[10] Die Rechtsbeschwerde hat nur teilweise Erfolg. Das Oberlandesgericht hat den Aufhebungsantrag der Antragsgegnerin zwar rechtsfehlerhaft für zulässig erachtet (dazu C I). Soweit sich die Rechtsbeschwerde aber in der Sache gegen die Aufhebung des Schiedsspruchs und die Ablehnung des Antrags auf Vollstreckbarerklärung wendet, bleibt sie ohne Erfolg (dazu C II). Auch die Entscheidung des Oberlandesgerichts, die Sache auf Antrag der Antragsgegnerin an das Schiedsgericht zurückzuverweisen, hält der rechtlichen Nachprüfung stand (dazu C III).

[11] **I.** Der nach Rechtshängigkeit des Antrags auf Vollstreckbarerklärung gestellte Aufhebungsantrag der Antragsgegnerin ist unzulässig.

[12] **1.** Das Oberlandesgericht hat angenommen, der Zulässigkeit des Aufhebungsantrags stehe nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin kein Rügeverfahren nach § 321a ZPO eingeleitet habe. Dies gelte unbeschadet des Umstands, dass im Rahmen der dem Schiedsverfahren zugrunde gelegten SO Bau 2004 die Vorschriften der Zivilprozessordnung ergänzend vereinbart gewesen seien. Eine unterlassene Gehörsrüge möge zwar der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Ausschöpfung des fachgerichtlichen Rechtswegs entgegenstehen. Dies folge aus dem Sinn und Zweck der Gehörsrüge, nämlich der Selbstkorrektur der Fachgerichtsbarkeit vor Inanspruchnahme der Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Möglich-

keit der Inanspruchnahme eines staatlichen Gerichts zur Überprüfung eines inländischen Schiedsspruchs sei hiervon auch unter Berücksichtigung des abweichenden Sinns und Zwecks von § 1059 Abs. 1 ZPO zu unterscheiden. Ein Rügeverfahren sei danach jedenfalls nicht Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Aufhebungsantrag nach 1059 Abs. 1 ZPO. Dessen Zulässigkeitsvoraussetzungen seien vielmehr in § 59 ZPO abschließend geregelt, auch wenn Vorschriften der Zivilprozessordnung (ergänzend) vereinbart gewesen seien.

[13] Dem stehe der Beschluss des Bundesgerichtshofs v. 16.04.2015 (I ZB 3/14, NJW 2015, 3234) nicht entgegen. Gegenstand dieser Entscheidung sei die ausdrückliche Vereinbarung eines gesonderten Rügeverfahrens im dortigen Schiedsvertrag gewesen, verbunden mit einer Ausschlussfrist für Gehörsrügen. Ein solches schiedsgerichtliches Rügeverfahren mit Ausschlussfrist sei hier nicht vereinbart. Die zwischen den Parteien getroffene Schiedsvereinbarung regle lediglich, dass das Schiedsgericht auf der Grundlage der beigefügten SO Bau 2004 entscheide. Die dort in § 16 Abs. 5 ergänzend vereinbarte Geltung der Vorschriften der Zivilprozessordnung, insbesondere der §§ 1025 ff. ZPO, bedeute nicht, dass die Parteien auch ausdrücklich vereinbart hätten, dass die Nichtdurchführung eines Rügeverfahrens nach § 321a ZPO den Ausschluss der Geltendmachung von Aufhebungsgründen betreffend einen Verstoß gegen die Gewährung rechtlichen Gehörs im Verfahren nach § 1059 Abs. 1 ZPO zur Folge hätte. Dies lasse sich der bloßen Bezugnahme auf die ergänzende Geltung der Vorschriften der Zivilprozessordnung nicht entnehmen. Ein Rügeverfahren mit Ausschlusswirkung für bestimmte Aufhebungsgründe sei insbesondere in den ausdrücklich in Bezug genommenen Vorschriften der §§ 1025 ff. ZPO auch nicht vorgesehen.

[14] Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nur teilweise stand.

[15] 2. Das Oberlandesgericht ist entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde allerdings mit Recht davon ausgegangen, dass die Durchführung eines von den Parteien aufgrund der Verweisung in § 16 Abs. 5 SO Bau 2004 – möglicherweise – vorgesehenen Abhilfeverfahrens entsprechend § 321a ZPO vor dem Schiedsgericht keine Voraussetzung für die Statthaftigkeit und sonstige Zulässigkeit des Aufhebungsantrags¹ der Antragsgegnerin ist.

[16] a) Gegen einen Schiedsspruch kann gem. § 1059 Abs. 1 ZPO nur der Antrag auf gerichtliche Aufhebung nach den Abs. 2 und 3 gestellt werden. Die Statthaftigkeit eines Aufhebungsantrags setzt mithin voraus, dass ein endgültiger (inländischer) Schiedsspruch vorliegt, der in einem schiedsrichterlichen Verfahren i.S.d. §§ 1025 ff. ZPO erlassen worden ist.²

[17] b) Bei dem den Parteien am 26.09.2023 zugestellten Schiedsspruch handelt es sich – jedenfalls im Zeitpunkt

des Aufhebungsantrags – um einen solchen endgültigen Schiedsspruch, gegen den ein Aufhebungsantrag gestellt werden konnte. Dafür kann an dieser Stelle noch offenbleiben, ob aufgrund der Verweisung auf die Vorschriften der Zivilprozessordnung in § 16 Abs. 5 SO Bau 2004 eine behauptete Gehörsrechtsverletzung zunächst in einem Verfahren entsprechend § 321a ZPO vor dem Schiedsgericht hätte gerügt werden müssen, und ob es in einem solchen Fall an einem endgültigen Schiedsspruch i.S.d. § 1059 Abs. 1 ZPO so lange fehlt, wie das Verfahren nach § 321a ZPO noch durchgeführt werden kann.³ Im Zeitpunkt des Aufhebungsantrags war die bei einer Anwendung des § 321a ZPO zu beachtende Notfrist von zwei Wochen (§ 321a Abs. 2 Satz 1 ZPO) bereits verstrichen.

[18] c) Zulässig ist ein Aufhebungsantrag, wenn er innerhalb der Frist des § 1059 Abs. 3 Satz 1 und 2 ZPO bei dem (sachlich und örtlich) zuständigen Gericht gestellt wird. Diese Voraussetzungen sind hier ebenfalls erfüllt.

[19] Dagegen lässt sich § 1059 ZPO – anders als § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG, der für das Verfassungsbeschwerdeverfahren die Erschöpfung des Rechtswegs vorschreibt – keine Zulässigkeitsvoraussetzung im Sinn einer vorherigen Rechtswegerschöpfung, hier der Durchführung eines möglicherweise vereinbarten Verfahrens entsprechend § 321a ZPO, entnehmen.⁴

[20] Auch bei einer Nichterschöpfung innerschiedsgerichtlicher Rechtsmittel wird deshalb regelmäßig allein eine Präklusion von Aufhebungsgründen im staatlichen Verfahren erwogen, nicht aber die Zulässigkeit des Aufhebungsverfahrens in Frage gestellt.⁵

[21] d) Danach ist die von der Rechtsbeschwerde aufgeworfene Frage, ob nach einem Schiedsverfahren auf der Grundlage der SO Bau 2004 eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch das Schiedsgericht in einem Verfahren vor den staatlichen Gerichten

1 Vgl. dazu Anders, in: Anders/Gehle, ZPO, 83. Aufl., § 1059 Rdnr. 4.

2 Vgl. BGH, Beschl. v. 27.05.2004 – III ZB 53/03, BGHZ 159, 207, juris, Rdnr. 15.

3 Vgl. dazu Wolff, LMK 2015, 374507; zur Vereinbarung eines Oberschiedsgerichts vgl. BGH, Beschl. v. 09.05.2018 – I ZB 77/17, NJW-RR 2018, 1334, juris, Rdnr. 14.

4 Vgl. MünchKomm.-Münch, ZPO, 6. Aufl., § 1042 Rdnr. 34.

5 Gegen eine Präklusion im Aufhebungsverfahren Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 22 Rdnr. 2; Kröll, SchiedsVZ 2018, 201 (205 f.); gegen eine Präklusion im Vollstreckbarerklärungsverfahren RG, Urt. v. 03.01.1939 – VII 121/38, RGZ 159, 92 (96); für eine Präklusion im Aufhebungsverfahren Schlosser, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl., § 1042 Rdnr. 26; Voit, in: Musielak/Voit, ZPO, 22. Aufl., § 1059 Rdnr. 19 mit § 1042 Rdnr. 29; Saenger/Saenger, ZPO, 10. Aufl., § 1059 Rdnr. 19; zum österreichischen Recht vgl. Vacek, wbl 2023, 310 (316 f.).

unter Berücksichtigung der Verweisung in § 16 Abs. 5 SO Bau 2004 nur gerügt werden kann, wenn zuvor ein Abhilfeverfahren entsprechend § 321a ZPO durchgeführt worden ist, von der Frage der Zulässigkeit des Aufhebungsantrags zu unterscheiden. Die Frage stellt sich – falls § 321a ZPO entsprechend anwendbar ist – jedenfalls erst im Rahmen der Begründetheit bei der Prüfung der Aufhebungsgründe unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Subsidiarität.⁶

[22] **3.** Der – ausdrücklich als selbständig bezeichnete – Aufhebungsantrag der Antragsgegnerin ist aber unzulässig, weil ihr für diesen Antrag unter Berücksichtigung des bereits zuvor rechtshängig gemachten Vollstreckbarerklärungsantrags der Antragstellerin das Rechtsschutzbedürfnis fehlte.

[23] Eine Entscheidung über den Antrag auf Vollstreckbarerklärung schließt die Prüfung von Aufhebungsgründen ein. Denn gem. § 1060 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist der Antrag auf Vollstreckbarerklärung unter Aufhebung des Schiedsspruchs abzulehnen, wenn einer der in § 1059 Abs. 2 ZPO bezeichneten Aufhebungsgründe vorliegt. Für einen selbständigen Aufhebungsantrag besteht deshalb neben einem bereits rechtshängigen Antrag auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs kein Rechtsschutzbedürfnis.⁷

[24] Auf die Frage, ob es wegen einer drohenden Präklusion von Aufhebungsgründen (vgl. § 1060 Abs. 2 Satz 3 ZPO) bei Rücknahme oder Verwerfung des Antrags auf Vollstreckbarerklärung einer entsprechenden Anwendung des § 269 Abs. 1 ZPO bedarf oder in diesem Fall ein Hilfsantrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs für zulässig zu erachten ist,⁸ kommt es im Streitfall nicht an.

[25] **II.** In der Sache wendet sich die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg gegen die Aufhebung des Schiedsspruchs und die Ablehnung des Antrags auf Vollstreckbarerklärung. Der (zulässige) Antrag der Antragstellerin auf Vollstreckbarerklärung ist gem. § 1060 Abs. 2 Satz 1 ZPO unter Aufhebung des Schiedsspruchs abzulehnen, weil einer der in § 1059 Abs. 2 ZPO bezeichneten Aufhebungsgründe vorliegt.

[26] **1.** Das Oberlandesgericht hat angenommen, es liege ein Aufhebungsgrund vor, weil das Schiedsgericht den Anspruch der Antragsgegnerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG und damit den *ordre public* i.S.d. § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b) ZPO durch eine Überraschungsentscheidung in entscheidungserheblicher Weise verletzt habe.

[27] **2.** Gegen diese Beurteilung wendet sich die Rechtsbeschwerde nicht. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich. Der Umstand, dass das Oberlandesgericht den von der Antragsgegnerin geltend gemachten Aufhebungsgrund im Rahmen des (unzulässigen) Aufhebungsantrags geprüft hat, begründet keinen entscheidungserheblichen Rechts-

fehler. Auch im Rahmen des Antrags auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs ist zu prüfen, ob Aufhebungsgründe gem. § 1059 Abs. 2 ZPO vorliegen (vgl. § 1060 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

[28] **3.** Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde war die Antragsgegnerin mit ihrer vom Oberlandesgericht für durchgreifend erachteten Rüge einer Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG auch nicht ausgeschlossen. Die ausdrückliche Vereinbarung eines Verfahrens der Anhörungsrüge sieht die von den Parteien getroffene Schiedsvereinbarung nicht vor. Aus der Verweisung in § 16 Abs. 5 SO Bau 2004 auf die Vorschriften der Zivilprozessordnung, insbesondere der §§ 1025 ff. ZPO, folgt nicht, dass die Antragsgegnerin in entsprechender Anwendung des § 321a ZPO ein Abhilfeverfahren hätte durchführen

6 Zum Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren vgl. BGH, Beschl. v. 22.03.2023 – V ZR 128/22, NZM 2023, 510, juris, Rdnr. 12; zur zulassungsfreien Rechtsbeschwerde gem. § 83 Abs. 3 MarkenG vgl. BGH, Beschl. v. 02.05.2024 – I ZB 59/23, juris, Rdnr. 19; soweit § 574 Abs. 2 ZPO für von Gesetzes wegen statthafte Rechtsbeschwerden gem. § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen normiert und die Nichtbeachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes danach zur Unzulässigkeit der Rechtsbeschwerde führt, vgl. BGH, Beschl. v. 17.07.2025 – I ZB 52/25, RdTW 2025, 335, juris, Rdnr. 6 und 9 bis 12, finden sich, in: § 1059 ZPO keine entsprechenden Zulässigkeitsvoraussetzungen.

7 Vgl. OLG Hamburg, SchiedsVZ 2003, 284, juris, Rdnr. 39; OLG Koblenz, Beschl. v. 27.11.2003 – 2 Sch 4/03, juris, Rdnr. 15; OLG München, Beschl. v. 25.09.2006 – 34 Sch 12/06, juris, Rdnr. 25; OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 11.09.2008 – 26 Sch 12/08, juris, Rdnr. 27; OLG Köln, SchiedsVZ 2012, 161, juris, Rdnr. 65; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 01.06.2018 – 10 Sch 12/13, juris, Rdnr. 60; Schlosser, in: Stein/Jonas, a.a.O. § 1059 Rdnr. 4; BeckOK.ZPO/Wilske/Markert, 58. Edition, Stand 01.09.2025, § 1059 Rdnr. 17; Voit, in: Musielak/Voit, a.a.O. § 1059 Rdnr. 33; Schwab/Walter, a.a.O. Kap. 25 Rdnr. 4; zu einem unselbständigen Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs vgl. BGH, Beschl. v. 23.01.2025 – I ZB 41/24, juris, Rdnr. 53; zu einem Rechtsschutzbedürfnis für einen vor dem Antrag auf Vollstreckbarerklärung gestellten Aufhebungsantrag vgl. BayObLG, Beschl. v. 02.04.2025 – 102 Sch 39/24 e, juris, Rdnr. 93 bis 95; a.A. Zöller/Althammer, ZPO, 36. Aufl., § 1059 Rdnr. 8, siehe aber auch Rdnr. 28; Winter/Sitter, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 17. Aufl., § 1059 Rdnr. 85; für einen Vorrang des Aufhebungsverfahrens Raeschke-Kessler, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 16. Aufl., § 1059 Rdnr. 85; abweichend auch MünchKomm.-Münch, ZPO, a.a.O. § 1059 Rdnr. 95, wonach bereits eine anderweitige Rechtshängigkeit besteht; für eine parallele Verfahrensführung Anders, in: Anders/Gehle, a.a.O. Vorbemerkung zu § 1059 Rdnr. 3.

8 Vgl. OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 19.12.2013 – 26 Sch 29/12, 26 Sch 8/13, juris, Rdnr. 459 bis 463; OLG Stuttgart, Beschl. v. 11.06.2024 – 1 Sch 1/24, juris, Rdnr. 37 bis 39; Zöller/Althammer, a.a.O. § 1059 Rdnr. 8 und 28; Saenger/Saenger, a.a.O. § 1059 Rdnr. 35; Voit, in: Musielak/Voit, a.a.O. § 1059 Rdnr. 33; van de Sande/Folter, SchiedsVZ 2016, 72, 73 f.; vgl. auch OLG Hamm, Beschl. v. 18.07.2007 – 8 Sch 2/07, juris, Rdnr. 23.

müssen, bevor sie die Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör als Aufhebungsgrund in einem Verfahren vor den staatlichen Gerichten geltend machen kann.

[29] **a)** Die Rechtsbeschwerde meint, bei interessenge-rechter Auslegung sei von der in § 16 Abs. 5 SO Bau 2004 angeordneten ergänzenden Geltung der Vorschriften der Zivilprozessordnung auch § 321a ZPO erfasst. Eine Partei, die dem Schiedsgericht die Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs vorwerfe, habe deshalb vor Anrufung der staatlichen Gerichte ein Abhilfefe-hrer durchzuführen. Die §§ 1059, 1060 ZPO stünden nach der Rechtsprechung des Senats⁹ der Vereinba-rung eines Verfahrens entsprechend § 321a ZPO nicht entgegen. Es entspreche auch der Intention der Parteien einer Schiedsvereinbarung, eine Entscheidung durch ein staatliches Gericht im Grundsatz zu vermeiden, wenn der Vorwurf einer Gehörsrechtsverletzung vorrangig vom Schiedsgericht selbst und nur hilfsweise von staatlichen Gerichten geprüft und gegebenenfalls ausgeräumt werde. Dieses Ziel werde mit einem Verfahren entsprechend § 321a ZPO vor dem Schiedsgericht erreicht, das zudem zusätzliche Verfahrenskosten durch die Inanspruchnahme der staatlichen Gerichte und einen erheblichen Zeitver-lust vermeide. Diese Auslegung stimme mit der allge-meinen Zielsetzung der SO Bau 2004, Streitigkeiten nach Möglichkeit ohne staatliche Gerichte beizulegen, sowie mit dem Subsidiaritätsgrundsatz im Zivilprozess überein.

[30] Mit dieser Auslegung des § 16 Abs. 5 SO Bau 2004 dringt die Rechtsbeschwerde nicht durch.

[31] **b)** Das Oberlandesgericht hat die Bezugnahme auf die SO Bau 2004 in der Schiedsvereinbarung mit dem Verweis auf die ergänzende Geltung der Vorschriften der Zivilprozessordnung ausgelegt und eine entspre-chende Anwendung von § 321a ZPO abgelehnt (oben Rdnr. 12 f.). Entsprechend den vom Bundesgerichtshof für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen entwickelten Grundsätzen ist die Überprüfung dieser Auslegung durch den Senat nicht darauf beschränkt, ob das Oberlandesgericht gegen Auslegungsregeln, Denk-gesetze oder Erfahrungssätze verstoßen hat.¹⁰

[32] Zwar ist eine Schiedsvereinbarung keine Rechts-norm, so dass ihre Auslegung grundsätzlich Sache des Tatgerichts ist. Hinsichtlich der Auslegung von Allge-meinen Geschäftsbedingungen entspricht es aber der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass diese wie reversible Rechtsnormen zu behandeln und infolgedessen vom Revisionsgericht frei auszulegen sind, da bei ihnen ein Bedürfnis nach einheitlicher Handha-bung besteht.¹¹ Dahinstehen kann im Streitfall, ob es sich bei der Schiedsvereinbarung mit der Verweisung auf die SO Bau 2004 um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Verweisen die Parteien in ihrer Schiedsvereinba-rung auf eine (freie oder gebundene) Schiedsordnung,¹² besteht jedenfalls nicht weniger als bei Allgemeinen

Geschäftsbedingungen ein Bedürfnis nach einheitlicher Handhabung.¹³

[33] **c)** Im Rahmen der danach gebotenen objektiven Auslegung sind die Bestimmungen einer Schiedsord-nung nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Inte-ressen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden.¹⁴ Ausgangspunkt ist in erster Linie der Wortlaut. Ist dieser nicht eindeutig, kommt es entscheidend darauf an, wie der Vertragstext aus Sicht der typischerweise an Geschäften der in Rede stehenden Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist, wobei der Vertragswille verständiger und redlicher Vertragspartner zu beachten ist.¹⁵

[34] Die von der Rechtsbeschwerdeerwiderung ange-regte historische Auslegung kommt dagegen mangels Normcharakters weder bei Allgemeinen Geschäftsbe-dingungen¹⁶ noch bei Schiedsordnungen in Betracht.

[35] **d)** Die in § 16 Abs. 5 SO Bau 2004 vorgesehene ergänzende Geltung der Vorschriften der Zivilprozess-ordnung ist danach nicht dahin auszulegen, dass § 321a ZPO entsprechend anzuwenden ist und die Nicht-durchführung des Abhilfefe-hrer dazu führt, dass Aufhebungsgründe wegen einer Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG im Verfahren vor den staatlichen Gerichten nicht mehr geltend gemacht werden können.

[36] **aa)** Nach § 16 Abs. 5 SO Bau 2004 gelten ergän-zend die Vorschriften der Zivilprozessordnung (ZPO), insbesondere die §§ 1025 ff. ZPO. Die SO Bau 2004 selbst enthält zwar keine im Streitfall einschlägigen

9 BGH, NJW 2015, 3234, juris, Rdnr. 29 bis 32.

10 Vgl. BGH, Beschl. v. 19.04.2018 – I ZB 52/17, SchiedsVZ 2019, 41, juris, Rdnr. 11.

11 Vgl. BGH, Urt. v. 09.06.2010 – VIII ZR 294/09, NZM 2010, 615, juris, Rdnr. 11 m.w.N.; BGH, SchiedsVZ 2019, 41, juris, Rdnr. 12.

12 Vgl. dazu MünchKomm.-Münch, ZPO, a.a.O. § 1042 Rdnr. 101.

13 Zur Schiedsvereinbarung eines Sportverbands vgl. BGH, SchiedsVZ 2019, 41, juris, Rdnr. 12 m.w.N.

14 Zur Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen vgl. BGH, Urt. v. 17.02.2016 – XII ZR 183/13, NZM 2016, 315, juris, Rdnr. 10 m.w.N.; Thüsing, in: Graf v. Westphalen/Thüsing/Pamp, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 45. Erg.Lfg. Stand März 2020, Auslegung Rdnr. 3.

15 Zur Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen vgl. BGH, Urt. v. 29.04.2021 – I ZR 193/20, BauR 2021, 1825, juris, Rdnr. 17 – Zugangsrecht des Architekten m.w.N.

16 Dazu BGH, Urt. v. 17.05.2000 – IV ZR 113/99, NJW-RR 2000, 1341, juris, Rdnr. 15; Urt. v. 27.06.2012 – IV ZR 212/10, NJW 2012, 3238, juris, Rdnr. 19, jeweils m.w.N.; Lindacher/Hau, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl., § 305c BGB Rdnr. 115; Thüsing, in: Graf v. West-phalen/Thüsing/Pamp, a.a.O. Auslegung Rdnr. 12.

Verfahrensregelungen. Die ergänzende Verweisung auf die Zivilprozessordnung in § 16 Abs. 5 SO Bau 2004 führt nach ihrem Wortlaut aber nicht zu einer Anwendung des § 321a ZPO.

[37] (1) Dagegen spricht bereits, dass das Zweite Buch der Zivilprozessordnung – Verfahren vor den Landgerichten (§§ 253 ff. ZPO) – und damit auch die Vorschrift des § 321a ZPO vom Wortlaut der Verweisung in § 16 Abs. 5 SO Bau 2004 nicht erfasst sein kann. Die Rechtsbeschwerde weist selbst darauf hin, dass insoweit von vornherein nur eine entsprechende Anwendung der Vorschriften in Betracht kommt, weil diese nach Wortlaut und Systematik ein Verfahren vor den staatlichen Gerichten voraussetzen. Eine „entsprechende“ Anwendung der Vorschriften der Zivilprozessordnung lässt sich dem Wortlaut des § 16 Abs. 5 SO Bau 2004, der eine „ergänzende“ Geltung vorsieht, aber nicht entnehmen.

[38] (2) Unabhängig davon sind nach dem Wortlaut der Regelung „insbesondere“ die §§ 1025 ff. ZPO und damit die Vorschriften des Zehnten Buchs der Zivilprozessordnung – Schiedsrichterliches Verfahren – ergänzend anzuwenden. Auch wenn die Geltung weiterer Vorschriften der Zivilprozessordnung danach nicht ausgeschlossen ist, gehen die ausdrücklich genannten, direkt anwendbaren und speziellen Verfahrensregelungen der §§ 1025 ff. ZPO den – wenn überhaupt nur entsprechend anwendbaren – zivilprozessualen Vorschriften für das Verfahren vor den staatlichen Gerichten vor.

[39] So schließt bspw. die Regelung des § 1048 ZPO zur Säumnis einer Partei im Schiedsverfahren die (entsprechende) Anwendung der Regelungen über das Versäumnisverfahren gem. §§ 330 ff. ZPO im Grundsatz aus. Eine anderweitige Regelung der Säumnisfolgen bedürfte der Vereinbarung der Parteien (§ 1048 Abs. 4 Satz 2 ZPO).

[40] Auch § 1059 ZPO hat als spezielle Vorschrift Vorrang vor den Vorschriften der Zivilprozessordnung für die staatlichen Gerichte. Nach Abs. 1 dieser über die Verweisung in § 16 Abs. 5 SO Bau 2004 in Bezug genommen und deshalb im Streitfall direkt anwendbaren Vorschrift kann gegen einen Schiedsspruch aber „nur“ der Antrag auf gerichtliche Aufhebung nach den Abs. 2 und 3 gestellt werden. Die ebenfalls von der Verweisung umfasste und direkt anwendbare Regelung in § 1060 Abs. 2 Satz 1 ZPO sieht vor, dass der Antrag auf Vollstreckbarerklärung unter Aufhebung des Schiedsspruchs abzulehnen ist, wenn einer der in § 1059 Abs. 2 ZPO bezeichneten Aufhebungsgründe vorliegt. Danach ist nach dem Wortlaut der Verweisung in § 16 Abs. 5 SO Bau 2004 für ein dem Verfahren nach § 1059 ZPO (oder § 1060 Abs. 2 ZPO) obligatorisch vorgeschaltetes Verfahren (mit präkludierender Wirkung) entsprechend § 321a ZPO kein Raum.

[41] (3) Die von der Rechtsbeschwerde herangezogene Rechtsprechung des Senats steht dem nicht entgegen. Danach wird durch die Vereinbarung einer Frist von zwei

Wochen nach Zustellung des Schiedsspruchs zur Einleitung eines Abhilfeverfahrens wegen eines Verstoßes des Schiedsgerichts gegen den Anspruch einer Partei auf rechtliches Gehör der Rechtsschutz der Parteien gegen Gehörsverstöße weder ausgeschlossen noch übermäßig beschränkt.¹⁷ In einem solchen Fall kann eine Partei, die einen Gehörsverstoß nicht oder nicht fristgerecht im Rahmen des vereinbarten Abhilfeverfahrens geltend gemacht hat, diesen zwar nicht mehr mit Erfolg im Rahmen des Aufhebungsverfahrens oder des Verfahrens auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs rügen.¹⁸ Dieser Entscheidung lag jedoch ein Schiedsvertrag zugrunde, in dem die Parteien ein an § 321a ZPO orientiertes Abhilfeverfahren und den Ausschluss jedweden Einwands von Gehörsrechtsverletzungen durch das Schiedsgericht nach Ablauf der Zwei-Wochen-Frist für das Abhilfeverfahren ausdrücklich vereinbart hatten.¹⁹ Eine vergleichbare Vereinbarung haben die Parteien im Streitfall nicht getroffen.

[42] bb) Auch das Verständnis redlicher Vertragspartner spricht unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise und Berücksichtigung des Grundsatzes der Rechtsmittelklarheit gegen eine Auslegung dahin, dass mit der Verweisung in § 16 Abs. 5 SO Bau 2004 ein Abhilfeverfahren entsprechend § 321a ZPO vereinbart werden sollte.

[43] Nach dem Grundsatz der Rechtsmittelklarheit muss es für die Parteien zweifelsfrei zu erkennen sein, welches Rechtsmittel für sie in Betracht kommt und unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist.²⁰ Danach ist für ein obligatorisches Verfahren entsprechend § 321a ZPO vor dem Schiedsgericht jedenfalls eine ausdrückliche Vereinbarung erforderlich.

[44] Die Intention der Schiedsparteien, ihre Streitigkeit durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen und Entscheidungen staatlicher Gerichte möglichst zu vermeiden, führt zu keinem anderen Auslegungsergebnis. Die Befassung staatlicher Gerichte mit der Überprüfung schwerwiegender Verfahrensfehler ist im Rahmen von Aufhebungs- und Vollstreckbarerklärungsverfahren gesetzlich vorgesehen (§ 1059 Abs. 2, § 1060 Abs. 2 Satz 1 ZPO) und verfassungsrechtlich geboten.²¹ Angesichts dessen kann die Rechtsbeschwerde auch nicht mit Erfolg auf den mit der gerichtlichen Nachprüfung verbundenen Zeit- und Kostenaufwand verweisen.

[45] cc) Der Subsidiaritätsgrundsatz fordert entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ebenfalls keine Auslegung der Verweisung in § 16 Abs. 5 SO Bau 2004

17 BGH, NJW 2015, 3234, juris, Rdnr. 29.

18 BGH, NJW 2015, 3234, juris, Rdnr. 31.

19 Vgl. BGH, NJW 2015, 3234, juris, Rdnr. 24.

20 Vgl. BVerfGE 108, 341, juris, Rdnr. 25; BGH, Beschl. v. 26.01.2023 – I ZR 79/22, K&R 2023, 440, juris, Rdnr. 9.

21 Vgl. Schütze, SchiedsVZ 2009, 241 (242).

dahin, dass die Rüge einer Gehörsrechtsverletzung vor Anrufung staatlicher Gerichte in einem Abhilfeverfahren entsprechend § 321a ZPO durch das Schiedsgericht selbst zu überprüfen ist.

[46] (1) Nach dem Subsidiaritätsgrundsatz muss eine Partei alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreifen, um eine Korrektur der geltend gemachten Grundrechtsverletzung zu erwirken oder eine solche zu verhindern.²²

[47] (2) Diesem Grundsatz ist bereits mit dem in § 1027 ZPO geregelten und von der Verweisung in § 16 Abs. 5 SO Bau 2004 ausdrücklich erfassten Verlust des Rüge-rechts hinreichend Rechnung getragen. Danach kann, wenn einer Bestimmung des Zehnten Buchs der Zivil-prozessordnung, von der die Parteien abweichen können, oder einem vereinbarten Erfordernis des schiedsrichter-lichen Verfahrens nicht entsprochen worden ist, eine Partei, die den Mangel nicht unverzüglich oder innerhalb einer dafür vorgesehenen Frist rügt, diesen später nicht mehr geltend machen (Satz 1). Dies gilt nicht, wenn der Partei der Mangel nicht bekannt war (Satz 2). Nach der Rechtsprechung des Senats ist es einer Partei danach regelmäßig verwehrt, eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs durch das Schiedsgericht, die sie nicht unver-züglich gerügt hat, später geltend zu machen, wenn sie die Möglichkeit hatte, diese Verletzung unverzüglich zu rügen, und zudem die Möglichkeit bestand, diese Verlet-zung zu heilen.²³ Unter dem Gesichtspunkt des Subsidia-ritätsgrundsatzes bedarf es aus diesem Grund nicht der Bereitstellung eines schiedsgerichtlichen Anhörungsrüge-verfahrens.

[48] III. Gegen die vom Oberlandesgericht auf Antrag der Antragsgegnerin ausgesprochene Zurückverweisung an das Schiedsgericht erhebt die Rechtsbeschwerde keine Rüge. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

[49] Gem. § 1059 Abs. 4 ZPO kann das Gericht die Sache in geeigneten Fällen auf Antrag einer Partei an das Schiedsgericht zurückverweisen, wenn die Aufhe-bung des Schiedsspruchs beantragt worden ist. Diese unmittelbar nur für das Aufhebungsverfahren (§ 1059 ZPO) geltende Vorschrift gilt im Verfahren auf Voll-streckbarerklärung (§ 1060 ZPO) entsprechend, wenn der Antrag auf Vollstreckbarerklärung – wie hier – unter Aufhebung des Schiedsspruchs abzulehnen ist, weil einer der in § 1059 Abs. 2 ZPO bezeichneten Aufhebungs-gründe vorliegt.²⁴

[50] D. Auf die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin ist der angefochtene Beschluss deshalb unter Zurückwei-sung der Rechtsbeschwerde im Übrigen teilweise aufzu-heben und zur Klarstellung insgesamt neu zu fassen. Die

Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

[51] E. Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerde-verfahren wird auf 179.528,89 € festgesetzt.

[52] I. Der Streitwert in Verfahren auf Vollstreckbar-erklärung von Schiedssprüchen bemisst sich nach dem Interesse des Antragstellers an der Vollstreckbarerklä-rung des Schiedsspruchs und entspricht deshalb grund-sätzlich dem Wert der zu vollstreckenden Forderungen. Die Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs dient allerdings nicht nur dazu, die Zwangsvollstreckung zu ermöglichen, sondern soll den Spruch auch gegen die Geltendmachung von Aufhebungsgründen sichern. Es kann sich deshalb als streitwerterhöhend auswirken, wenn der Antrag auf Vollstreckbarerklärung und das Interesse des Antragstellers über den Wert der zu voll-streckenden Forderungen hinausreichen.²⁵

[53] II. Danach ist der Gegenstandswert für das Rechts-beschwerdeverfahren auf 179.528,89 € festzusetzen.

[54] 1. Der Wert der zu vollstreckenden Forderung, hier die Verurteilung der Antragsgegnerin auf die Widerklage, beträgt 32.720,12 €. Daneben umfasst der Vollstreckbarerklärungsantrag und das Interesse der Antragstellerin aber auch die Abweisung der Schieds-klage der Antragsgegnerin i.H.v. 146.808,77 €. Da die Widerklage und die Schiedsklage nicht denselben Gegenstand i.S.d. § 45 Abs. 1 Satz 3 GKG betreffen, sind der Wert der abgewiesenen Schiedsklage und der Wert der Widerklage gem. § 45 Abs. 1 Satz 1 GKG zusammenzurechnen.

[55] 2. Der unzulässige Aufhebungsantrag der Antrags-gegnerin, der denselben Wert wie der Vollstreckbarer-klärungsantrag hat, führt dagegen gem. § 45 Abs. 2 i.V.m. § 45 Abs. 1 Satz 3 GKG nicht zu einer Erhöhung des Streitwerts. Dem Unterliegen der Antragsgegnerin war insoweit aber durch Bildung eines fiktiven Streit-werts mit der Folge der Kostenaufhebung Rechnung zu tragen.²⁶

(Mitgeteilt von VRiBGH Rüdiger Pamp, Karlsruhe)

22 Vgl. BGH, RdTW 2025, 335, juris, Rdnr. 10.

23 BGH, Beschl. v. 02.05.2017 – I ZB 1/16, SchiedsVZ 2017, 317, juris, Rdnr. 26.

24 BGH, Beschl. v. 07.06.2018 – I ZB 70/17, SchiedsVZ 2018, 318, juris, Rdnr. 24 m.w.N.

25 Vgl. BGH, Beschl. v. 16.05.2019 – I ZB 46/18, SchiedsVZ 2019, 351, juris, Rdnr. 5.

26 Vgl. BGH, Urt. v. 23.06.2023 – V ZR 158/22, NJW-RR 2023, 1242, juris, Rdnr. 32.

Zulässiges Grundurteil

ZPO § 304 Abs. 1.

Zu den Voraussetzungen für den Erlass eines Grundurteils.

BGH, Urt. v. 11.12.2025 – VII ZR 124/24. (OLG Karlsruhe)

Sachverhalt: [1] Die Klägerin nimmt die Beklagte als Nachunternehmerin im Zusammenhang mit einem Wasserschaden auf Schadensersatz in Anspruch.

[2] Die Klägerin wurde im Jahr 2013 von der Streithelferin zu 1 mit der schlüsselfertigen Erstellung eines Neubaus „Kantine mit Sozialräumen“ in I. beauftragt. Mit Nachunternehmervertrag vom 25.10./06.11.2013 beauftragte die Klägerin die Beklagte unter Einbeziehung der VOB/B und der VOB/C mit den Gewerken Heizungs-, Lüftungs- und Sanitärinstallation für das Bauvorhaben. Im Vertrag wurden die Abnahmefiktionen des § 12 Abs. 5 VOB/B ausgeschlossen und eine förmliche Abnahme vereinbart. Neben der Beklagten beauftragte die Klägerin als Nachunternehmer die Streithelferin zu 2 mit Trockenbauarbeiten und die Streithelferin zu 3 mit Fliesenarbeiten.

[3] Die Beklagte führte die ihr übertragenen Arbeiten Ende 2013/Anfang 2014 aus und errichtete in der Herrentoilette im Obergeschoss im Raum 3.18 unter anderem ein sogenanntes Hock-WC. In dem Toilettenraum, der zu einem Umkleide- und Duschbereich gehört, befanden sich noch ein weiteres Hock-WC, mehrere Urinale und sechs Wand-WCs. Nach Setzung des betreffenden Hock-WCs wurde der Boden- und Wandbereich am 21. und 22.05.2014 von der Streithelferin zu 3 verfließt.

[4] Im Juli 2014 noch vor der Gesamtabnahme des Bauvorhabens kam es zu einem Wasserschaden, bei dem Wasser aus der Heizzentrale durch die Decke ins Erdgeschoss floss. In der Folge mussten Wände und Fußböden in dem unter der Austrittsstelle liegenden Bereich instandgesetzt und die Geschosdecke nachgearbeitet werden.

[5] Am 08.07.2014 erklärte die Streithelferin zu 1 die Gesamtabnahme des errichteten Gebäudes gegenüber der Klägerin. In der Folge wurde das Gebäude von der Streithelferin zu 1, die 400 Mitarbeiter beschäftigt, genutzt. Im September 2016 trat an der Decke des im Erdgeschoss befindlichen Lagerbereichs Wasser aus. Die Klägerin forderte die Beklagte daraufhin zur Mangelbeseitigung auf. Diese kam dem nicht nach, weil nach ihrer Ansicht nicht eigene Ausführungsfehler, sondern gerissene Silikonfugen im Bereich der Duschen die Schadensursache darstellten.

[6] Zwischen dem 23. und dem 27.12.2016 – während einer bei der Streithelferin zu 1 herrschenden Betriebsruhe – wurden Reinigungsarbeiten durch ein Reinigungsunternehmen durchgeführt. Am 27.12.2016

wurden wieder Wasseraustritte an der Decke des Lagerbereichs im Erdgeschoss festgestellt. Die Klägerin forderte die Beklagte erneut erfolglos zur Mangelbeseitigung auf. In der Folge nahm die Streithelferin zu 1 die Klägerin auf Mangelbeseitigung und Schadensersatz in Anspruch. Die Klägerin ließ die Schadensursache durch die H. GmbH untersuchen, die feststellte, dass im Bereich des Anschlusses des von der Beklagten im Raum 3.18 errichteten Hock-WCs eine Verformung im Bereich der Zuwasserleitung bestand und es bei Betätigung der Spülung zu einem Austritt von Wasser im Umfang von mindestens 0,1 l aus der Zuwasserleitung kam. Die Klägerin ließ anschließend den Schaden sanieren.

[7] Sie hat die Auffassung vertreten, dass die festgestellte Verformung im Bereich der Zuwasserleitung des betreffenden Hock-WCs auf einen Ausführungsfehler der Beklagten zurückzuführen sei. Der bei jedem Spülvorgang erfolgte Wasseraustritt habe zu einer Durchfeuchtung des Fußbodenaufbaus und der aufstehenden Wände im Sockelbereich geführt. Hiervon betroffen sei der gesamte Umkleide- und Sanitärbereich auf einer Fläche von 140 m², wobei auch eine Kontamination mit Schimmelpilzen im Fußbodenaufbau und in der Raumluft eingetreten sei. Für die Sanierung sei ein Kostenaufwand i.H.v. 579.685,62 € entstanden; dieser Betrag sei von ihr insgesamt bezahlt worden. Mit der Klage hat die Klägerin zuletzt eine Schadensersatzforderung in dieser Höhe gegen die Beklagte geltend gemacht.

[8] Das Landgericht hat ein Grundurteil erlassen. Es ist nach Beweisaufnahme zu der Überzeugung gelangt, dass die Installation des Hock-WCs im Raum 3.18 durch die Beklagte mangelhaft gewesen und es aufgrund dessen bei Spülvorgängen zum Austritt von Wasser gekommen sei. Infolgedessen sei es zur Schädigung des umliegenden Baukörpers gekommen, wobei nicht sicher festzustellen sei, ob das gesamte Schadensbild auf die mangelhafte Ausführung des Hock-WCs zurückzuführen sei oder nur ein Teil davon. Der Klägerin, die der Streithelferin zu 1 gewährleistetungspflichtig gewesen sei, sei hierdurch ein Schaden entstanden. Die Forderung der Klägerin gegen die Beklagte bestehe mit hoher Wahrscheinlichkeit in irgendeiner Höhe. Dies gelte auch, wenn ein Mitverschulden der Klägerin hinsichtlich des Ausmaßes des Schadens anzunehmen sei.

[9] Auf die Berufung der Beklagten, mit der diese die Abweisung der Klage erstrebt hat, hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.

[20] Mit der vom Senat zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

[21] Die Beklagte hat Anschlussrevision eingelegt mit dem Ziel, das Berufungsurteil aufzuheben, soweit das Beru-

fungungsgericht die Aufhebung des erstinstanzlichen Verfahrens abgelehnt hat, und unter Aufhebung des erstinstanzlichen Verfahrens die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

Aus den Gründen: [12] Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Die Anschlussrevision der Beklagten ist unbegründet.

[13] **I.** Das Berufungsgericht führt zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen aus, das Urteil des Landgerichts beruhe auf einem wesentlichen Verfahrensfehler, der die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht gem. § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO rechtfertige. Im Falle eines unzulässigen Grundurteils dürfe das Berufungsgericht die Sache, soweit ihre weitere Verhandlung erforderlich sei, gem. § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO unter Aufhebung des Urteils und gegebenenfalls des Verfahrens an das Gericht des ersten Rechtszugs zurückverweisen, wenn mindestens eine Partei die Zurückverweisung beantragt habe. Die Voraussetzungen für die Zurückverweisung seien erfüllt. Das Landgericht habe ein unzulässiges Grundurteil erlassen. Die Beklagte habe die Zurückverweisung beantragt. Die Zurückverweisung sei nach Abwägung aller Umstände auch sachdienlich.

[14] Der Erlass eines Grundurteils sei stets unzulässig, wenn dies nicht zu einer echten Vorabentscheidung des Prozesses, sondern zu einer ungerechtfertigten Verzögerung und Verteuerung des Prozesses führe. Dies sei insbesondere der Fall, wenn die Tatsachen für Grund und Höhe des Anspruchs annähernd dieselben seien oder in einem so engen Zusammenhang stünden, dass die Herausnahme einer Grundentscheidung unzweckmäßig wäre.

[15] Letzteres sei hier der Fall. Das ergangene Grundurteil führe nicht zu einer echten Vorabentscheidung des Prozesses, weil es keine Feststellungen dazu treffe, in welchem Umfang der vom Landgericht festgestellte Ausführungsfehler der Beklagten für den eingetretenen Wasserschaden verantwortlich sei. Damit lasse das Grundurteil eine für den Ausgang des Rechtsstreits entscheidende Frage, die den Anspruchsgrund betreffe und weiterer Aufklärung bedürfe, unbeantwortet. Das Landgericht habe nach durchgeführter Beweisaufnahme einen Ausführungsfehler der Beklagten bejaht und festgestellt, dass es hierdurch bei Spülvorgängen an dem Hock-WC in Raum 3.18 zum Austritt von Wasser aus der Zuwasserleitung gekommen und es aufgrund dieses Wasseraustritts jedenfalls zu einer Schädigung des Baukörpers im Bereich des Hock-WCs gekommen sei. Zumindest ein Teil des von der Klägerin geltend gemachten Gesamtaufwands sei damit auf die mangelhafte Werkleistung der Beklagten zurückzuführen. Damit habe das Landgericht eine zentrale Frage des Rechtsstreits, die den Anspruchsgrund betreffe, nicht beantwortet. Die Kausalität, und zwar sowohl die haftungsbegründende als auch die haftungsausfüllende, und der Eintritt eines Schadens gehörten zum

Grund des Anspruchs und seien deshalb bereits im Grundurteil zu klären.

[16] Soweit der Schadensumfang auch die Höhe des Anspruchs beeinflusse und deshalb nicht stets im Grundverfahren abschließend geklärt werden müsse, gelte dies nur unter der hier nicht gegebenen weiteren Voraussetzung, dass das Grundurteil prozessökonomisch sei und zu einer echten Vorabentscheidung des Rechtsstreits führe. Im Streitfall könne die Klärung der Frage, in welchem Umfang der vom Landgericht festgestellte Ausführungsfehler für den geltend gemachten Schaden verantwortlich sei, nicht dem Betragsverfahren vorbehalten werden, weil die Höhe des von der Klägerin geltend gemachten Anspruchs entscheidend von der Beantwortung dieser Frage abhängt. Es sei naheliegend, dass die vom Landgericht festgestellte Schädigung des Baukörpers im Bereich des Hock-WCs möglicherweise nicht annähernd zu einem Vermögensschaden in der geltend gemachten Höhe von 579.685,62 € geführt habe. Ein Grundurteil, das sich mit der Feststellung der Verantwortlichkeit der Beklagten für einen den eingeklagten Betrag weit unterschreitenden und zudem nicht abgegrenzten Mindestschaden begnüge, führe nicht zu einer echten Vorabentscheidung, sondern verlagere die vom Landgericht nicht zu Ende geführte Beweisaufnahme zum Anspruchsgrund ins Betragsverfahren. Ein solches Grundurteil sei weder sinnvoll noch prozesswirtschaftlich, sondern führe nur zu einer Verlängerung und Verteuerung des Rechtsstreits, und sei daher unzulässig.

[17] Nach Abwägung sämtlicher Umstände sei eine eigene Sachentscheidung des Berufungsgerichts nicht sachdienlich oder unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie geboten. Aufgrund der nicht abgeschlossenen Beweisaufnahme zum Anspruchsgrund sei ohnehin mit einer weiteren Verfahrensdauer zu rechnen. Umso mehr falle ins Gewicht, dass den Parteien im Falle einer eigenen Sachentscheidung des Berufungsgerichts zum Anspruchsgrund eine Instanz verloren ginge.

[18] **II.** Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

[19] **1.** Die Revision der Klägerin hat Erfolg und führt zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Auffassung des Berufungsgerichts, dem Erlass eines Grundurteils stünden prozessökonomische Gründe entgegen, ist unzutreffend. Vielmehr liegen auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen die Voraussetzungen für den Erlass eines Grundurteils vor.

[20] **a)** Das Landgericht hat zu Recht ein Grundurteil über den von der Klägerin gegen die Beklagte geltend gemachten Schadensersatzanspruch erlassen. Ein Grundurteil (§ 304 Abs. 1 ZPO) darf nur ergehen, wenn ein Anspruch nach Grund und Höhe streitig ist, alle Fragen, die zum Grund des Anspruchs gehören, erledigt sind, und wenn nach dem

Sach- und Streitstand zumindest wahrscheinlich ist, dass der Anspruch in irgendeiner Höhe besteht.¹

[21] **b)** Der Klägerin steht dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch zu, der seine Grundlage entweder in § 4 Abs. 7 Satz 2 oder § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2 VOB/B findet. Daher kann dahinstehen, ob, was das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht offengelassen hat, eine Abnahme der Werkleistung der Beklagten durch die Klägerin erfolgt ist.

[22] **aa)** Nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen, die auch das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, hat die Beklagte das betreffende Hock-WC im Raum 3.18 fehlerhaft eingebaut, wodurch es bei Spülvorgängen zu Wasseraustritten gekommen ist, die zu einer Beschädigung des umliegenden Baukörpers geführt haben. Der Senat hat die von der Beklagten insoweit erhobenen Verfahrensrügen geprüft, sie jedoch nicht für durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO. Gegenstand des geltend gemachten Anspruchs der Klägerin, die ihrerseits gegenüber der Streithelferin zu 1 schadensersatzpflichtig ist, sind die von ihr aufgewendeten Sanierungskosten zur Beseitigung dieser Schäden, die im Wege des Schadensersatzes zu erstatten sind.

[23] Der Umstand, dass das Landgericht nicht geklärt hat, in welchem Umfang der eingetretene Schaden auf die fehlerhafte Ausführung des Hock-WCs zurückzuführen ist, steht dem Erlass des Grundurteils nicht entgegen. Nach den getroffenen Feststellungen beruht jedenfalls ein Teil des Schadens auf dem von der Beklagten zu vertretenden mangelhaften Einbau des Hock-WCs. Steht fest, dass ein Schaden in irgendeiner Höhe entstanden ist, kann die Frage, welchen Umfang der Schaden hat und damit die Höhe der berechtigten Schadensersatzforderung dem Bettragsverfahren vorbehalten werden.²

[24] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war die Frage, in welchem Umfang der Schaden auf dem Mangel beruht, nicht bereits im Grundurteil zu klären. Die Vorschrift des § 304 ZPO beruht in erster Linie auf prozesswirtschaftlichen Erwägungen. Maßgebender Gesichtspunkt für die Zulässigkeit eines Grundurteils ist, ob es ohne Feststellungen zum konkreten Schadensumfang gleichwohl zu einer echten Vorabentscheidung des Prozesses führt. Das hängt davon ab, ob wenigstens die Wahrscheinlichkeit eines aus dem geltend gemachten Haftungsgrund resultierenden Schadens feststeht.³ Diese Voraussetzung ist erfüllt.

[25] Soweit das Landgericht einen Verstoß der Klägerin gegen die sie treffende Obliegenheit zur Schadensminderung (§ 254 Abs. 2 Satz 1 BGB) hinsichtlich des Schadensumfangs für möglich hält, wirkt sich dieser Umstand nur auf die Höhe des Schadensersatzanspruchs aus mit der Folge, dass für den Erlass eines Grundurteils hierzu keine weiteren Feststellungen getroffen werden mussten.

[26] **bb)** Ohne Erfolg rügt die Beklagte, dass das Berufungsgericht, indem es in Übereinstimmung mit dem

Landgericht offengelassen hat, ob eine Abnahme der Werkleistung der Beklagten erfolgt ist, die Beweislast und die damit einhergehenden Beweisforderungen verkannt hat. Das Landgericht und ihm folgend das Berufungsgericht haben keine Beweislastentscheidung getroffen, sondern haben sich aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme eine sichere Überzeugung davon gebildet, dass die Ausführung des Hock-WCs im Raum 3.18 durch die Beklagte fehlerhaft gewesen ist und zu einem Schaden am umliegenden Baukörper geführt hat. Entgegen der Auffassung der Beklagten gelten für die Überzeugungsbildung durch den Tatrichter keine unterschiedlichen Maßstäbe oder Anforderungen je nachdem, welche Vertragspartei die Beweislast für die Mangelfreiheit oder für bestehende Mängel trägt.

[27] **cc)** Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war der Erlass eines Grundurteils nicht aus sonstigen prozessökonomischen Gründen unzulässig. Zwar ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Erlass eines Grundurteils unzulässig, wenn dieses zu einer ungerechtfertigten Verzögerung und Verteuerung des Prozesses führt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Tatsachen für Grund und Höhe des Anspruchs annähernd dieselben sind oder in einem so engen Zusammenhang stehen, dass die Herausnahme einer Grundentscheidung unzumutbar und verwirrend wäre.⁴ Diese Voraussetzungen sind aber nicht gegeben.

[28] Das vom Landgericht erlassene Grundurteil ist geeignet, eine Vorabentscheidung über den Grund herbeizuführen. Die zum Grund des Anspruchs gehörenden Tatsachen, wie das Vorliegen eines Ausführungsfehlers und dessen Kausalität für die Entstehung des Schadens in irgendeiner Höhe, sind nicht identisch mit den im Bettragsverfahren zu klärenden Fragen, in welchem Umfang der Schaden konkret auf die mangelhafte Leistung der Beklagten zurückzuführen ist. Dabei stellt sich die Kausalitätsfrage für das konkrete Ausmaß des eingetretenen Schadens anders als für die Frage, ob es überhaupt aufgrund des Ausführungsfehlers zu einer Vermögensbeeinträchtigung gekommen ist. Der Erlass eines Grundurteils war auch aus Gründen der Prozessökonomie zweckmäßig, um die Fragen zum Anspruchsgrund einer abschließenden Entscheidung zuzuführen.

1 St. Rspr.; vgl. z.B. BGH, Urt. v. 06.06.2019 – VII ZR 103/16 Rdnr. 16, BauR 2019, 1655; Urt. v. 08.09.2016 – VII ZR 168/15 Rdnr. 21, BauR 2017, 136; Urt. v. 13.08.2015 – VII ZR 90/14 Rdnr. 44, BGHZ 206, 332, jeweils m.w.N.

2 Vgl. BGH, Urt. v. 16.01.1991 – VIII ZR 14/90, MDR 1991, 767, juris, Rdnr. 19.

3 Vgl. BGH, Urt. v. 16.01.1991 – VIII ZR 14/90, MDR 1991, 767, juris, Rdnr. 19.

4 Vgl. BGH, Urt. v. 18.10.2022 – XI ZR 606/20 Rdnr. 20, MDR 2023, 385; Urt. v. 23.09.2020 – KZR 4/19 Rdnr. 69, WM 2022, 193 – Schienenkartell V; Urt. v. 28.06.2016 – VI ZR 559/14 Rdnr. 26, BauR 2016, 1919.

[29] 2. Die Anschlussrevision der Beklagten ist hiernach unbegründet.

[30] 3. Die angefochtene Entscheidung kann danach keinen Bestand haben. Das Urteil des Berufungsgerichts ist aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Grundurteil des Landgerichts ist zurückzuweisen. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, § 563 Abs. 3 ZPO, weil die Aufhebung nur wegen einer Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist.

[31] III. Die Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens sowie die durch die Nebeninterventionen auf Seiten der Klägerin verursachten Kosten werden der Beklagten auferlegt (§ 97 Abs. 1, § 91 Abs. 1 Satz 1, § 101 Abs. 1 ZPO).

(Mitgeteilt vom VII. Zivilsenat des BGH)

Aussetzung des Verfahrens wegen vorgreiflicher Rechtsfrage

BGB §§ 305c Abs. 2, 307 Abs. 2, 310 Abs. 3; MaBV § 3; ZPO § 148 Abs. 1.

1. Der Begriff der „vollständigen Fertigstellung“ im Sinne der MaBV ist mit der Herstellung der Abnahmereife gleichzusetzen. Das Vertragsobjekt des Bauträgervertrages ist deshalb „vollständig fertiggestellt“, wenn es insgesamt abgenommen oder die in das Sonder- und Gemeinschaftseigentum fallenden Bereiche abnahmereif hergestellt sind.¹

2. Die im Abnahmeprotokoll festgehaltenen Mängel, die sogenannten Protokollmängel, hindern die Fälligkeit der Schlussrate nicht, sondern begründen zugunsten des Erwerbers eine Mängeleinrede mit der Folge einer Zug-um-Zug-Verurteilung.²

3. Zahlt der Erwerber die nach dem Bauträgervertrag vorgesehene Schlussrate von 3,5 % nicht und beruft sich auf Mängel am Gemeinschaftseigentum, hat er bis zum Abschluss der Beweisaufnahme über diese Mängel keinen Anspruch auf Zustimmung des Bauträgers zur Eigentumsübertragung.

4. Gegebenenfalls ist die vom Erwerber begehrte Eigentumsumschreibung Zug-um-Zug gegen Zahlung der restlichen Kaufpreisforderung auszusprechen, wobei letzteres wiederum erst Zug-um-Zug gegen Beseitigung der Mängel zu erfolgen hat. Für eine solche Konstellation kann eine „doppelte Zug-um-Zug-Verurteilung“ sachgerecht sein.

5. Die folgende Bestimmung zur Regelung von Flächenabweichungen des Vertragsobjekts ist als Allgemeine Geschäftsbedingung eines Bauträgers wirksam:³

„Verändert sich die ca.-Fläche des Kaufgegenstandes um mehr als 3 %, so verändert sich der Kaufpreis entsprechend für die 3 % überschreitende Abweichung. Maßgeblich für die Flächenberechnung ist die Wohnflächenverordnung, wobei bei der Berechnung die Rohbaumaße zugrunde gelegt und die Flächen ohne Putzabzug ermittelt wurden sowie nichttragende Zwischenwände, Vorwandinstallationen und Treppen übermessen wurden.“

KG, Beschl. v. 27.05.2025 – 21 W 8/25.

Aus den Gründen: I. Die Kläger begehren mit ihrer Klage in der Hauptsache die Eigentumsumschreibung zu ihren Gunsten für eine von ihnen am 02.11.2016 erworbene Wohnung. Die Beklagte macht im Wege der Widerklage die Zahlung des Restkaufpreises geltend.

Die Kläger haben die nach dem Bauträgervertrag vorgesehene Schlussrate von 3,5 % des Kaufpreises nicht gezahlt. Sie machen Mängel geltend, nachdem sie die Abnahme des Sonder- und Gemeinschaftseigentums unter Vorbehalt von Mängeln erklärt haben. Die Beklagte hat die Zustimmung zur Eigentumsumschreibung mit Blick auf die offene Kaufpreisforderung nicht erteilt. Sie bestreitet, dass Mängel vorliegen.

Nach Ziffer II.1.2 des Bauträgervertrags bezog sich die Herstellungsverpflichtung der Beklagten auf den „Bauabschnitt 2“.

Der Kaufpreis ist nach dem Bauträgervertrag in Raten entsprechend dem Baufortschritt zu zahlen. Nach Ziffer II 3.2 des Vertrages ist die letzte Rate i.H.v. 3,5 % des Kaufpreises nach vollständiger Fertigstellung zur Zahlung fällig. Derzeit ist hiervon noch eine Restforderung i.H.v. 13.570,00 € offen.

Nach Ziffer VII 2 des Vertrages wird der Notar angewiesen, Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften zur Auflassung u.a. erst zu erteilen, wenn der gesamte Kaufpreis an den Verkäufer gezahlt worden ist oder der Verkäufer den beurkundenden Notar schriftlich zur Antragstellung ermächtigt hat.

In Ziffer II 2.1 des Bauträgervertrags heißt es:

„Verändert sich die ca. Wohnfläche des Kaufgegenstandes um mehr als 3 %, so verändert sich der Kaufpreis entsprechend für die 3 % überschreitende Abweichung. Maßgeblich für die Flächenberechnung ist die Wohnflächenverordnung, wobei der Berechnung die Rohbaumaße zugrunde gelegt und die Flächen ohne Putzabzug ermittelt wurden sowie nicht tragende Zwischenwände, Vorwandinstallationen und Treppen übermessen wurden. Die Terrassen und Loggien/Balkone wurden zu ½ angerechnet.“

1 Vgl. Senat, Urt. v. 27.05.2025 – 21 U 44/22.

2 Vgl. Senat, Urt. v. 27.05.2025 – 21 U 44/22.

3 Vgl. Senat, Urt. v. 27.05.2025 – 21 U 44/22.

Mit Beschluss vom 18.10.2024 hat das Landgericht das Verfahren gem. § 148 Abs. 1 ZPO bis zur Erledigung des Rechtsstreits 19 O 151/24 des Landgerichts Berlin II ausgesetzt. Gegenstand des Bezugsverfahrens sei die Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum in der Wohnanlage der Kläger. Die dortige Entscheidung über Mängelansprüche bezogen auf das Gemeinschaftseigentum sei vorgreiflich und maßgeblich für ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht der Kläger insoweit im hiesigen Verfahren.

Gegen diesen ihrem Prozessbevollmächtigten am 21.10.2024 zugestellten Beschluss hat dieser mit Schriftsatz vom 04.11.2024, eingegangen am Folgetag, sofortige Beschwerde eingelegt.

Das Landgericht II hat der sofortigen Beschwerde mit Beschluss vom 26.02.2025 nicht abgeholfen und die Sache dem Kammergericht zur Entscheidung vorgelegt. Wegen der Mängel am Sondereigentum sei ein vollständiger Einbehalt der Schlussrate nicht zu rechtfertigen. Zu einer verringerten Wohnfläche hätten die Kläger nicht schlüssig vorgetragen, so dass es auf die Klärung der weiteren Mängelbehauptungen am Gemeinschaftseigentum ankomme.

II. Die sofortige Beschwerde ist zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg.

Der Senat entscheidet als Kollegialgericht, nachdem die originär zuständige Einzelrichterin die Sache dem Senat gem. § 568 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ZPO wegen grundsätzlicher Bedeutung mit Beschluss vom 24.03.2025 übertragen hat.

A. Die sofortige Beschwerde ist gem. § 252 ZPO statthaft und auch im Übrigen gem. §§ 567 Abs. 1, 569 Abs. 1 und 2 ZPO zulässig.

Gem. § 252 ZPO findet gegen die Entscheidung, durch die aufgrund der Vorschriften der §§ 239 ff. ZPO oder aufgrund anderer gesetzlicher Bestimmungen die Aussetzung des Verfahrens angeordnet oder abgelehnt wird, die sofortige Beschwerde statt.

B. Der Aussetzungsbeschluss des Landgerichts II vom 01.02.2024 hält der rechtlichen Überprüfung stand.

1. Das Landgericht II hat zu Recht einen Aussetzungsgrund gem. § 148 Abs. 1 ZPO angenommen.

Für den Prüfungsmaßstab gilt Folgendes:

Im Beschwerdeverfahren ist in vollem Umfang zu überprüfen, ob auf Tatbestandsseite ein Aussetzungsgrund vorliegt.⁴

Nach § 148 Abs. 1 ZPO kann das Gericht, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet, anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits auszusetzen sei. Die Aussetzung der Verhandlung setzt damit Vorgreiflichkeit der in dem anderen Rechts-

streit zu treffenden Entscheidung im Sinne einer (zumindest teilweise) präjudiziellen Bedeutung voraus.⁵

Vorgreiflichkeit ist insbesondere gegeben, wenn in einem anderen Rechtsstreit eine Entscheidung ergeht, die für das auszusetzende Verfahren materielle Rechtskraft entfaltet oder Gestaltungs- bzw. Interventionswirkung erzeugt.⁶ Die Aussetzung ist grundsätzlich nur dann eröffnet, wenn die Entscheidung in dem einen Rechtsstreit die Entscheidung des anderen rechtlich beeinflussen kann.⁷

So liegt der Fall hier.

1.1 Gegenstand des Bezugsverfahrens ist die Klärung der Frage, ob der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer Ansprüche wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum zusteht. Die Kläger haben sich wegen der von ihnen behaupteten Mängel am Gemeinschaftseigentum auf das Gutachten des T zum 1. und 2. Bauabschnitt berufen. Die dort festgehaltenen Mängel betreffen jedenfalls auch teilweise den 2. Bauabschnitt und sind Gegenstand des Bezugsverfahrens 19 O 151/24 LG Berlin II. Im Hinblick auf die Frage der Zulässigkeit, die Herstellungsverpflichtung auf Bauabschnitte zu begrenzen, verweist der Senat auf seine Ausführungen in der Entscheidung v. 27.05.2025 – 21 U 44/22. Auf etwaige Mängel am Gemeinschaftseigentum im 2. Bauabschnitt kommt es nach Auffassung des Senats im vorliegenden Verfahren streitentscheidend an, da dort das Sondereigentum liegt, das Gegenstand des Bauträgervertrags der Kläger ist, und sich auch ihr Herstellungsanspruch auf diesen Bauabschnitt bezieht.

Solange die Kläger die restliche Schlussrate nicht zahlen und das Vorliegen von Mängeln am Gemeinschaftseigentum im 2. Bauabschnitt sowie die Höhe etwaiger Mängelbeseitigungskosten insoweit nicht geklärt sind, haben sie entgegen ihrer Ansicht keinen Anspruch im Sinne ihres Klagebegehrens. Die Kläger können sich nicht darauf berufen, dass ihnen ein Zuwarten bis zum Abschluss der Beweiserhebung nicht zumutbar sei. Ihre Annahme, dass die Schlussrate wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum nicht fällig sei und deshalb ein Anspruch auf Zustimmung zur Eigentumsübertragung bestehe, geht fehl. Dies entspricht nicht Ziffer VII. 2 des Vertrags.

4 BGH, Beschl. v. 23.01.2025 – I ZB 39/24, Rdnr. 25; BGH, Beschl. v. 24.07.2023 – VIa ZB 10/21, Rdnr. 11; BGH, Beschl. v. 08.04.2014 – XI ZB 40/11, Rdnr. 12; BGH, Beschl. v. 12.12.2005 – II ZB 30/04, Rdnr. 6; BGH, Beschl. v. 25.07.2019 – I ZB 82/18, Rdnr. 38.

5 BGH, Beschl. v. 24.07.2023 – VIa ZB 10/21, Rdnr. 11 m.w.N.; BGH, Beschl. v. 30.03.2005 – X ZB 26/04, Rdnr. 8; Beschl. v. 13.09.2012 – III ZB 3/12, Rdnr. 10; BGH, Beschl. v. 27.06.2019 – IX ZB 5/19, Rdnr. 7.

6 BGH, Beschl. v. 27.06.2019, a.a.O., Rdnr. 7 m.w.N.

7 BGH, Beschl. v. 24.07.2023 – VIa ZB 10/21, Rdnr. 11; BGH, Beschl. v. 30.03.2005 – X ZB 26/04, Rdnr. 11.

Ob und welche Mängel einer vollständigen Fertigstellung im Sinne der MaBV und damit der Fälligkeit der Schlussrate entgegenstehen, ist umstritten und nicht abschließend geklärt.⁸

Der Senat hat hierzu in seiner Entscheidung v. 27.05.2025 – 21 U 44/22 – ausgeführt:

„a) Eine Ansicht: Mängel für Fälligkeit irrelevant

Soweit teilweise vertreten wird, das Vorliegen von Mängeln sei für die Fälligkeit der Schlussrate gänzlich irrelevant, weil für die vollständige Fertigstellung allein maßgeblich sei, ob die geschuldeten Arbeiten ‚erbracht‘ seien (vgl. Hinweise bei Basty, Der Bauträgervertrag, 11. Aufl. 2023, Kapitel 5 Rn. 124), schließt sich der Senat dem nicht an.

b) Andere Ansicht: Nur wesentliche und Protokollmängel relevant

Nach anderer Ansicht stehen Mängel einer vollständigen Fertigstellung und mithin der Fälligkeit der Restkaufpreisforderung entgegen. Danach ist die vollständige Fertigstellung erst dann gegeben, wenn alle wesentlichen Mängel und die sogenannten Protokollmängel beseitigt sind (vgl. LG Frankfurt, Urteil vom 28.12.2021 – 2-20 O 51/21, Rn. 29 m.w.N.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.09.2002 – 21 U 16/02, Rn. 21; LG München II, Urteil vom 20.04.2023 – 3 O 5314/19 Bau, Rn. 136; OLG Hamm, Urteil vom 03.07.2007 – 21 U 14/07, Rn. 7; OLG München, Urteil vom 05.11.2019 – 9 U 3774/18 Bau, Rn. 16). Was unter ‚Protokollmängeln‘ zu verstehen ist, wird nicht einheitlich beantwortet. Teilweise wird abgestellt auf die bei Abnahme festgestellten Mängel (vgl. OLG Celle, Urteil vom 30.10.2014 – 16 U 90/14, Rn. 38), auf die bei der Abnahme gerügten Mängel (OLG Hamm, Urteil vom 03.07.2007 – 21 U 14/07, Rn. 7; OLG Hamm, Urteil vom 29.05.2007 – 21 U 73/06, Rn. 8 f., 12; KG, Urteil vom 26.02.2029 – 27 U 9/18, Rn. 28), die bei Abnahme übereinstimmend festgestellten Mängel (Pause/Vogel, Bauträgerkauf und Baumodelle, 7. Aufl. 2022, Kapitel 4 Rdnr. 266) oder auf Mängel, deren Beseitigung im Protokoll vereinbart wurde (vgl. Bischoff, in: Grziwotz, MaBV, 4. Auflage 2022, § 3 Rdnr. 186).

Jedenfalls werden zu den Protokollmängeln vielfach auch die unwesentlichen gezählt (vgl. Koeble, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 6. Aufl. 2025, Teil 10 Rn. 656 m.w.N.). Nur wenn Protokollmängel so geringfügig sind, dass die Berufung hierauf gegen Treu und Glauben verstößt, kommt nach dieser Ansicht eine Korrektur gemäß § 242 BGB in Betracht (vgl. LG München II, Urteil vom 20.04.2023 – 3 O 5314/19 Bau, Rn. 155; LG Heidelberg, Urteil vom 28.03.2014 – 3 O 309/13, Rn. 23).

Die Einrede der fehlenden Fälligkeit unterliegt danach auch keiner betragsmäßigen Begrenzung auf die Mängelbeseitigungskosten oder eine etwaige Quote (vgl. BGH, Urteil vom 27.10.2021 – VII ZR 84/09, Rn. 19 ff.).

Dem Erwerber stehe im Hinblick auf die vorbehaltenen Mängel noch ein Erfüllungsanspruch zu. Dieser Erfüllungsanspruch müsse nicht als Gegenrecht dem Vergütungsanspruch entgegengehalten werden, sondern in diesem Stadium sei der Bauträger noch vorleistungspflichtig (LG München II, Urteil vom 20.04.2023 – 3 O 5314/19 Bau, Rn. 154). Die betragsmäßige Begrenzung des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 641 Abs. 3 BGB auf das Doppelte der Mängelbeseitigungskosten gründe nämlich darauf, dass der Werklohnanspruch an sich fällig sei. Die Schlussrate nach dem Ratenzahlungsplan sei hingegen bei Protokollmängeln gerade nicht fällig, sodass es auf ein Zurückbehaltungsrecht nicht ankomme (vgl. KG, Urteil vom 26.02.2029 – 27 U 9/18, Rn. 37).

c) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

In seiner Entscheidung vom 27.10.2011 (VII ZR 84/09, Rn. 14) hat der Bundesgerichtshof nicht ausdrücklich ausgeführt, ob die Einordnung als unwesentlicher oder wesentlicher Mangel relevant ist, um festgestellte Mängel als der Fälligkeit der Schlussrate entgegenstehend ansehen zu können. Der Bundesgerichtshof hat in dem dort zur Entscheidung stehenden Fall nicht beanstandet, dass das Berufungsgericht die Schlussrate in Höhe von 18.025,00 Euro nicht für fällig erachtet hat, weil es Mängel festgestellt hat, die mit einem Kostenaufwand von 1.400,00 Euro netto beseitigt werden müssten. Auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben könne der Unternehmer die Fertigstellungsrate nicht einziehen, wenn er vorhandene Restmängel seiner Bauleitung nicht beseitige. Wohl überwiegend wird diese Entscheidung des Bundesgerichtshofs bisher dahingehend verstanden, dass bestehende Mängel einer vollständigen Fertigstellung und mithin der Fälligkeit entgegenstehen (vgl. KG, Urteil vom 26.02.2019 – 27 U 9/18, Rn. 28; KG, Urteil vom 18.10.2022 – 7 U 41/21, Rn. 26 sogar bezüglich unwesentlicher Mängel; LG Heidelberg, Urteil vom 28.03.2014 – 3 O 309/13, Rn. 22).

In einer früheren Entscheidung vom 30.04.1998 (VII ZR 47/97, dort Rn. 15) hatte der Bundesgerichtshof wiederum ausgeführt, dass die Fälligkeit der letzten Rate einer vertraglichen Vereinbarung, die § 3 Abs. 2 der MaBV entsprach, dann eintritt, wenn und soweit der vorleistungspflichtige Bauträger sämtliche Arbeiten erbracht und alle wesentlichen Mängel behoben hat.

d) Auffassung des Senats

Der Senat setzt die ‚vollständige Fertigstellung‘ mit dem Begriff der Abnahmereife gleich. Danach dürfen jedenfalls keine wesentlichen Mängel mehr vorliegen (vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 02.10.2019 – 12 U 10/18, juris Rn. 138; Retzlaff, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 84. Aufl. 2025,

⁸ Vgl. Basty, Der Bauträgervertrag, 11. Aufl. 2023, Kap. 5, Rdnr. 123 ff.

§ 650u BGB, Rn. 22; ders. in: Bau(träger)recht, Festschrift für Hans-Egon Pause zum 70. Geburtstag, 2022, S. 345 ff.; Basty, Der Bauträgervertrag, 11. Aufl. 2023, Kapitel 5 Rn. 124; Marcks, MaBV, 10. Aufl. 2019, § 3 Rn. 42 f.; Pause/Vogel, Bauträgerkauf und Baumodelle, 7. Aufl. 2022, Kapitel 4 Rn. 263 f.; Kleinjohann, Überlegungen zur ‚vollständigen Fertigstellung‘ nach § 3 II MaBV, NZBau 2025, 278 Rn. 48). Das Vertragsobjekt des Bauträgervertrags ist dann ‚vollständig fertiggestellt‘, wenn es insgesamt, also sowohl die in das Sonder- als auch die in das Gemeinschaftseigentum fallenden Bereiche, abgenommen oder abnahmereif hergestellt sind. Daraus folgt, dass sogenannte Protokollmängel, also Mängel, die im Abnahmeprotokoll aufgeführt sind und die am ansonsten abgenommenen Sonder- und Gemeinschaftseigentum fortbestehen, die Fälligkeit der Schlussrate nicht hindern, sondern nur zugunsten des Erwerbers eine Mängelreue mit der Folge einer Zug-um-Zug-Verurteilung begründen.

Der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in seinem oben genannten Urteil vom 27.10.2011 zum Aktenzeichen VII ZR 84/09 ist nach Auffassung des Senats keine allgemeingültige Aussage zu entnehmen, dass stets bei dem Vorliegen von auch nur geringfügigen Mängeln eine vollständige Fertigstellung im Sinne der MaBV ausscheide. Der Bundesgerichtshof beschäftigt sich in seiner Entscheidung vorrangig mit dem Einwand der dortigen Anschlussrevision, es widerspreche Treu und Glauben, dem Bauträger die Schlussrate nach einem Zeitraum von mehr als sieben Jahren wegen geringfügiger Mängel vorzuenthalten. So führt er aus, dass ein solcher Grundsatz der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats nicht zu entnehmen sei und ‚allein der Umstand, dass die Parteien nunmehr seit Jahren über das Vorhandensein und die Beseitigung dieser Mängel streiten‘, nicht zur Fälligkeit führen würde (vgl. a.a.O., Rn. 23). Soweit er fortfährt, dass ‚gerade dem Unternehmer, der sich besonders hartnäckig weigert, vorhandene Restmängel seiner Bauleistung zu beseitigen, nicht die Möglichkeit zu eröffnen [sei], trotz weiterhin vorhandener Mängel die Fertigstellungsrate einzuziehen‘, ist dem nach Auffassung des Senats zu entnehmen, dass es sich um Erwägungen dazu handelt, was nach Treu und Glauben billig erscheint. Zur Frage, wie der Begriff der vollständigen Fertigstellung der MaBV auszulegen sei, macht der Bundesgerichtshof keine expliziten Ausführungen. Soweit der Entscheidung entnommen werden kann, dass der Bauträger nicht unbillig zur Einziehung der Schlussrate berechtigt sein soll, kommt auch die Auffassung des hiesigen Senats zu demselben Ergebnis. Der ohne Rücksicht auf geringfügige Mängel fälligen Schlussrate kann der Erwerber nämlich ein Zurückbehaltungsrecht nach § 641 Abs. 3 BGB entgegenhalten. Die frühere Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 30.04.1998 (VII ZR 47/97) stützt ebenfalls die vom Senat vertretene Auffassung.

Auch nach den zivilrechtlichen Wertungen in §§ 640 und 641 BGB wird die Vergütung bei Abnahme oder

Abnahmereife fällig und kann der Erwerber bei Mängeln das Zurückbehaltungsrecht nach § 641 Abs. 3 BGB geltend machen. Es erscheint daher folgerichtig, auch bei Verträgen, die einen an die MaBV angelehnten Zahlungsplan enthalten, an diesen Fälligkeitsbegriff anzuknüpfen. So wird ein im Sinne der praktischen Handhabung erstrebenswerter Gleichlauf zwischen dem gewerberechtlichen Begriff der MaBV und dem zivilrechtlichen Fertigstellungsbegriff sichergestellt.

Zudem hat diese Auffassung einen gewichtigen Vorteil in der praktischen Anwendung, weshalb sie aus Sicht des Senats einen besseren Ausgleich der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien darstellt:

Streiten die Parteien um die Fälligkeit der Schlussrate, beruft sich der Erwerber häufig auf eine Vielzahl von Mängeln. Stünde ein einzelner fortbestehender Mangel der Fälligkeit der Schlussrate entgegen, sei es, dass er im Abnahmeprotokoll aufgeführt ist oder nicht (enge Auslegung‘ der Schlussratenfälligkeit), könnte die Klage eines Bauträgers allein wegen dieses einen Mangels als derzeit unbegründet abgewiesen werden. Erhebt der Bauträger nach der Beseitigung erneut Klage auf die Schlussrate, könnte sich der Erwerber auf einen anderen fortbestehenden Mangel berufen, der erneut zur Abweisung der Klage als derzeit unbegründet führen würde usf. Begründen unwesentliche Mängel hingegen nur die Mängelreue zugunsten des Erwerbers (weite Auslegung‘ der Schlussratenfälligkeit), muss der vom Erwerber vorgebrachte Mängelkatalog in aller Regel gleich im ersten Schlussratenprozess geklärt werden, was zu einer abschließenden Klärung der umstrittenen Mängel und damit der Streitigkeit führt, was erstrebenswert ist. Genau so hat der Senat das vorliegende Verfahren im Unterschied zum Landgericht durchgeführt.

Das Argument der möglichst frühen abschließenden Klärung der Streitigkeit wird auch nicht durch den Hinweis entkräftet, wenn es unter der engen Auslegung der Schlussratenfälligkeit zu Folgeprozessen um die Schlussrate komme, liege das nur an der nur zögerlichen Mängelbeseitigung des Bauträgers. Dieser Einwand berücksichtigt aus Sicht des Senats nicht, dass sich Mängelbehauptungen, mit denen sich ein Erwerber gegen die Zahlung einer Schlussrate verteidigt, durchaus auch als unberechtigt erweisen können oder dass jedenfalls die vom Erwerber gewünschte Beseitigungsmaßnahme unverhältnismäßig ist. Deshalb kann sich die Haltung eines Bauträgers, einen Mangel nicht anzuerkennen oder jedenfalls nicht in der vom Erwerber gewünschten Weise zu beseitigen, im Einzelfall durchaus als berechtigt herausstellen. Wenn es aber ein berechtigtes Interesse des Bauträgers gibt, den vom Erwerber vorgebrachten Mängeln an Sonder- oder Gemeinschaftseigentum entgegenzutreten und sie durch einen objektiven Dritten – das Gericht und den von ihm beauftragten Sachverständigen – überprüfen zu lassen, dann spricht dies

entscheidend dafür, die MaBV so auszulegen, dass Vorliegen und Gewicht der umstrittenen Mängel strukturiert in einem einzigen Prozess geklärt werden, also für die ‚weite Auslegung‘ der Schlussratenfälligkeit. Dies steht auch mit den allgemeinen Grundsätzen des Werkvertragsrechts in Einklang. Ein ausreichender Schutz des Erwerbers wird über die Mängelvereinbarung (§ 641 Abs. 3 BGB) sichergestellt (vgl. Retzlaff, in: Bau(träger)recht, Festschrift für Hans-Egon Pause zum 70. Geburtstag, 2022, S. 345 ff.).“

Dies bedeutet für den vorliegenden Fall:

Auf den Ausgang des Bezugsverfahrens 19 O 151/24 vor dem Landgericht II käme es dann im Sinne einer Vorgeiflichkeit nicht an, wenn das Vorliegen von Mängeln für die Fälligkeit der Schlussrate gänzlich irrelevant wäre. Hiernach wäre der Rechtsstreit ohne Rücksicht auf Mängel entscheidungsreif. Die Klage wäre dann allerdings abzuweisen, weil der Anspruch der Kläger auf Eigentumsumschreibung mangels Zahlung des Restkaufpreises nicht fällig wäre. Diese Ansicht teilt der Senat indes wie dargelegt nicht.

Auf der Grundlage der Rechtsauffassung wie oben unter b) aufgeführt und von den Klägern vertreten, wäre die Klage ebenfalls abweisungsreif. Dies verkennen die Kläger. Sie haben vor Zahlung des vollständigen Kaufpreises keinen Anspruch auf Zustimmung zur Eigentumsumschreibung. Es handelt sich hier um die spiegelbildliche Konstellation zu der Klage des Bauträgers auf Schlusszahlung, die beim Vorliegen von Mängeln mangels Fälligkeit abzuweisen ist. Hierauf weisen die Kläger selbst hin. Dies gilt jedoch für die Kläger bei der hier in Rede stehenden Fallgestaltung entsprechend.

Unter Zugrundelegung der Ansicht des Senats – oben unter Ansicht d) – folgt für den vorliegenden Fall, dass der Anspruch der Beklagten auf Restkaufpreiszahlung fällig ist, selbst wenn Protokollmängel vorliegen. Die Kläger haben die Abnahme am Sonder- und Gemeinschaftseigentum unter Mängelvorbehalt erklärt und damit zu erkennen gegeben, dass aus ihrer Sicht jedenfalls keine die Abnahme hindernenden wesentlichen Mängel vorliegen. Wenn neben den bereits festgestellten Mängeln am Sondereigentum auch Mängel am Gemeinschaftseigentum im 2. Bauabschnitt bestehen, könnte den Klägern eine Mängelvereinbarung in Höhe der offenen Schlussrate zustehen mit der Folge, dass die Kläger die begehrte Eigentumsumschreibung Zug um Zug gegen Zahlung der restlichen Kaufpreisforderung erhalten, wobei letzteres wiederum erst Zug um Zug gegen Beseitigung der Mängel erfolgen müsste. Ob und in welcher Form eine solche „doppelte Zug-um-Zug-Verteilung“ hier auszusprechen ist, kann somit erst nach Abschluss der Beweisaufnahme über die Mängel am 2. Bauabschnitt geklärt werden. Aus diesem Grund ist die vom Landgericht beschlossene Aussetzung des vorliegenden Rechtsstreits zutreffend.

Soweit der Bundesgerichtshof zuletzt eine solche „doppelte Zug-um-Zug-Verteilung“ für eine bestimmte

Konstellation als unangemessen erachtet hat,⁹ folgt hieraus nach dem Verständnis des Senats nicht, dass der Bundesgerichtshof einer solchen Lösung eine generelle Absage erteilt hätte. Im vorliegenden Fall erachtet der Senat sie weiterhin als sachgerecht.

1.2 Der Aussetzungsgrund ist auch nicht wegen der von den Klägern erklärten Aufrechnung mit einer Kaufpreisminderung i.H.v. 19.214,50 € entfallen.

a) Nach Auffassung des Senats ist die Schlussrate fällig und gem. § 3 MaBV erfüllbar.

Zu Recht weist das Landgericht aber darauf hin, dass die Kläger einen aufrechenbaren Gegenanspruch bereits nicht schlüssig vorgetragen haben.

b) Ergänzend merkt der Senat an, dass die Regelung zur Wohnflächenberechnung, bei der es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten als Verwenderin i.S.v. § 305 BGB handelt, für wirksam erachtet. Es liegt weder eine Mehrdeutigkeit i.S.v. § 305c Abs. 2 BGB noch eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 BGB vor.

Der Senat hat hierzu in seiner Entscheidung v. 27.05.2025 – 21 U 44/22 – ausgeführt:

„aa) Keine Mehrdeutigkeit im Sinne des § 305c Abs. 2 BGB

Nach § 305c Abs. 2 BGB gehen Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden. Dabei sind die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen. Ansatzpunkt für die bei einer Formalklausel gebotene objektive, nicht am Willen der konkreten Vertragspartner zu orientierende Auslegung, ist in erster Linie ihr Wortlaut. Sofern nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten Zweifel verbleiben und zumindest zwei Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar sind, kommt die sich zu Lasten des Klauselverwenders auswirkende Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zur Anwendung. Hierbei bleiben allerdings Verständnismöglichkeiten unberücksichtigt, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend sind und für die an solchen Geschäften typischerweise Beteiligten nicht ernsthaft in Betracht kommen (ständige Rechtsprechung; vgl. BGH, Urteil vom 27.05.2020 – VIII ZR 45/19, Rn. 119 m.w.N.).

Die Angaben über die Wohnflächen einer Eigentumswohnung und deren Berechnungsgrundlage müssen richtig und unmissverständlich sein, da sie aus der Sicht des Erwerbers

⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 16.04.2025 – VII ZR 236/23, Rdnr. 30 ff.

zu den für seine Entscheidung zentralen Beschaffenheitsmerkmalen des Objektes gehören. Diese sind deshalb erforderlich, weil die Kenntnis der Wohnfläche den Erwerber in die Lage versetzt, zu entscheiden, ob das Objekt für seine Zwecke geeignet ist und ob er die Gegenleistung für die Eigentumswohnung erbringen kann und will (vgl. BGH, Urteil vom 07.09.2000 – VII ZR 443/99, Rn. 41).

Die Wohnflächenklausel des Bauträgervertrags erfüllt diese Anforderungen. Sie benennt das Vorgehen bei der Berechnung der Wohnfläche eindeutig und zweifelsfrei. Der Erwerber erhält aufgrund der Angaben im Vertrag Klarheit darüber, welche Flächen als Wohnflächen tatsächlich nutzbar sind und welche nicht, etwa wenn er zusätzliche nichttragende Wände errichten lässt.

Die Regelung lässt nach ihrem Wortlaut und den allgemein gültigen Auslegungsmethoden keine unterschiedlichen Verständnismöglichkeiten zu. Der objektive Inhalt dieser Allgemeinen Geschäftsbedingung geht – was sich bei Anlegung des Verständnisses verständiger und redlicher Vertragspartner unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise, also von Bauträgern und Erwerbern, ohne Weiteres ergibt – dahin, dass für die Flächenberechnung die Wohnflächenverordnung auf der Grundlage der Rohbaumaße maßgeblich ist. Dies ergibt sich ohne Weiteres aus der Formulierung ‚wobei bei der Berechnung die Rohbaumaße zugrunde gelegt und die Flächen ohne Putzabzug ermittelt wurden sowie nichttragende Zwischenwände, Vorwandinstallationen und Treppen übermessen wurden.‘ Dieses Verständnis eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses kommt im Wortlaut bereits durch die Satzstellung zum Ausdruck, in dem die zunächst geltende Regel vorangestellt ist, nämlich ‚Maßgeblich für die Flächenberechnung ist die Wohnflächenverordnung, ...‘. Erst im Anschluss wird mit ‚wobei‘ ein Nebensatz eingeleitet, der den Inhalt des Satzanfanges näher erläutert. Ein klares Auslegungsergebnis kann bei objektiver Auslegung und Würdigung des Gesamteinhalts einer Regelung auch gewonnen werden, wenn die Bedeutung einer vorangegangenen Angabe durch nachfolgende Erläuterungen bestimmt wird (vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2010 – VIII ZR 306/09, Rn. 17 ff.). Es ist den Parteien bei der Berechnung von – wie hier – preisfreiem Wohnraum auch unbenommen, durch eine verbindliche Regelung zu bestimmen, welche Flächen in die Berechnung der Wohnfläche einzubeziehen sind (vgl. BGH, Beschluss vom 22.06.2021 – VIII ZR 26/20, Rn. 10, 13 zum Mietvertrag).

Damit verbleibt eine Mehrdeutigkeit aufgrund der gewählten Formulierung der Klausel allenfalls insoweit, als allein durch die Lektüre der Vertragsklausel für den durchschnittlichen Erwerber mangels Kenntnis der Einzelheiten der Wohnflächenverordnung nicht ohne Weiteres zu beantworten ist, ob für die Flächenberechnung die Wohnflächenverordnung mit oder ohne Modifikationen

gilt. Während nämlich eindeutig ist, wie gemessen werden soll, könnte der mit ‚wobei‘ eingeleitete Nebensatz entweder eine Erläuterung der Wohnflächenverordnung darstellen oder – und so ist es hier – eine Abweichung von der Wohnflächenverordnung regeln. Da die Wohnflächenverordnung jedoch außerhalb der sozialen Wohnungsförderung nicht verbindlich ist und von ihr durch Parteivereinbarung abgewichen werden kann, stellt dies keinen ‚Zweifel bei der Auslegung‘ im Sinne des § 305c Abs. 2 BGB dar, sondern allenfalls einen unbeachtlichen Motivirrtum. Die bloße Frage, ob ein bestimmtes Regelwerk, hier die Wohnflächenverordnung, mit oder ohne Modifikationen vereinbart wurde, führt nicht zu Auslegungszweifeln bei der Bestimmung der Wohnfläche. Dem Erwerber ist es unbenommen, zur Aufklärung dieser Frage den eindeutigen Vertragstext mit den Regelungen der Wohnflächenverordnung abzugleichen.

bb) Kein Verstoß gegen § 307 BGB

Die Regelung stellt auch keine unangemessene Benachteiligung des Erwerbers im Sinne von § 307 Abs. 1 und 2 BGB dar.

Die oben erläuterte Lesart, die an den Wortlaut und dessen objektive Auslegung anknüpft, entspricht nämlich dem offensichtlichen Sinn und Zweck der Regelung. Die Vertragspartner haben als Ausgangspunkt für die Flächenberechnung die Geltung der unmittelbar nur für den sozialen Wohnungsbau anzuwendenden Wohnflächenverordnung vereinbart, deren austarierte Bestimmungen auch im frei finanzierten Wohnungsbau gewählt werden können. Der Sinn und Zweck des einschränkenden Zusatzes, der eine Abweichung von der Ermittlung der Grundfläche gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 Wohnflächenverordnung vorsieht, ist es, beiden Vertragsparteien frühzeitig, nämlich bereits anhand der Rohbaumaße, Klarheit über die Grundfläche zu verschaffen und nicht erst im fertiggestellten Wohnraum.“

Nach Ziff. II.1.4 des Bauträgervertrags konnten die Erwerber Sonderwünsche anbringen. Im vorliegenden Fall sah der zum Vertrag gehörende Grundriss einen ungeteilten Wohnbereich auf einer Ebene vor, der mit 95,2 m² angegeben war. Es liegt nahe, dass die Erwerber eine räumliche Trennung besonderer Bereiche, etwa für die Küche oder die Schlaf-, Arbeits- oder Kinderzimmer, als Sonderwunsch in Betracht ziehen werden. Es ist sachgerecht, wenn die Parteien solche Änderungen, die allein aus der Sphäre der Erwerber herrühren, hinsichtlich der Grundflächenberechnung nicht zu Lasten des Bauträgers dem Regime der WFIV unterstellen. Die hier getroffene vertragliche Vereinbarung der Flächenberechnung ist interessengerecht und transparent. Andernfalls hätte es der Erwerber einseitig in der Hand, durch übermäßige nicht tragende Zwischenwände, Vorwandinstallationen und Treppen die Grundfläche maximal für die Flächenberechnung nach der WFIV zu verringern und seinen Kaufpreis zu optimieren.

Später könnte er die „fliegenden Bauten“ ohne Weiteres entfernen und hätte hierdurch Wohnfläche zum Nulltarif zur Verfügung. Deshalb liegt in der Klausel auch keine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 2 BGB.

Aus Ziffer II 2.2 Satz 3 des Bauträgervertrages („Die Terrassen und Loggien/Balkone wurden zu ½ an gerechnet.“) ergibt sich bereits keine Abweichung zur WoFIV, weil dieser Anrechnungsmaßstab den von § 4 Nr. 4 WoFIV vorgegebenen Rahmen einhält.

c) Entgegen der Ansicht der Kläger folgt aus einer Abweichung der berechneten Wohnfläche nach unten auch kein Anspruch auf Herabsetzung des Kaufpreises in voller Höhe, sondern nur über die Geringfügigkeitsgrenze von 3 % hinaus gemäß der Regelung in Ziffer II 2.1 des Vertrags.

Soweit der Bundesgerichtshof entschieden hat, dass eine berechtigte Herabsetzung des Kaufpreises nicht um einen „Geringfügigkeitszuschlag“ von 3 % gekürzt werden darf,¹⁰ waren die dort in Rede stehenden Preisanpassungsklauseln anders als hier gefasst. Dort war lediglich geregelt, dass „baubedingte Wohnflächenverminderungen von bis zu 3 %“ keinen Einfluss auf das Entgelt haben sollten. Hiernach konnte der Minderwert in der Weise berechnet werden, dass der Verkäufer uneingeschränkt haftet, wenn sich die Wohnfläche um mehr als 3 % zu Lasten des Erwerbers ändert. Im Gegensatz dazu sieht die vorliegende Vertragsklausel aber bei der Berechnung des neuen Erwerbspreises im Falle einer Wohnflächenänderung ausdrücklich den Geringfügigkeitsabschlag von 3 % vor. Diese Kappungsgrenze wird hier gerade nicht obsolet, wenn die Preisanpassungsklausel zur Anwendung kommt.

Der Senat sieht die Regelung in Ziffer II 2.1 als wirksam an, §§ 308, 310 Abs. 3 BGB. Es handelt sich um eine zulässige Beschaffenheitsvereinbarung i.S.v. § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB, wonach eine Abweichung bis zu 3 % von der Wohnfläche keinen Mangel darstellt. Vereinbarte Wohnflächen sind Beschaffenheitsmerkmale einer aufgrund des Erwerbvertrages vom Bauträger geschuldeten Wohnung.¹¹ Ist eine Größenangabe zuungunsten des Erwerbers falsch, begründet dies einen Fehler im gewährleistungsrechtlichen Sinne.¹²

Hier jedoch haben die Parteien zum Vorteil und zu Lasten beider Seiten vereinbart, dass eine Änderung der ca. Wohnfläche von bis zu 3 % keine Preisanpassung zur Folge hat. Deshalb liegt ein Mangel bis zu dieser Geringfügigkeitsgrenze gerade nicht vor. Denn die Parteien haben sich auf ein um bis zu 3 % flexibles Leistungssoll hinsichtlich der Wohnfläche geeinigt.

Selbst wenn der Senat deshalb eine verringerte Wohnfläche von 4,63 m² nach dem Klägervortrag unterstellt, ergäbe dies eine Abweichung von 4,28 % der geschuldeten Wohnfläche mit ca. 108,12 m². Gemäß der Regelung in Ziffer 2.1 wäre nur die über 3 % liegende

Abweichung relevant für eine Anpassung des Kaufpreises, mithin 1,28 %. Dies entspräche einem Betrag i.H.v. 5.743,33 €. Auch im Zusammenspiel mit dem Zurückbehaltungsrecht der Kläger wegen Mängeln am Sondereigentum reichen beide Beträge nicht an die offene Schlussrate heran, so dass es auf die streitigen Mängel am Gemeinschaftseigentum ankommt.

2. Eine Überschreitung des dem Landgericht II zustehenden Ermessens oder Ermessensfehler sind nicht ersichtlich.

Das Beschwerdegericht darf auf der Rechtsfolgenseite eine Ermessensausübung des erstinstanzlichen Gerichts nur darauf überprüfen, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten oder ob Ermessensfehler gegeben sind.¹³ Dabei ist zu prüfen, ob das erstinstanzliche Gericht alle wesentlichen Gesichtspunkte in seine Entscheidung einbezogen hat. Ob es zweckmäßig ist, ein Verfahren auszusetzen, kann hingegen nicht nachgeprüft werden. Dem Beschwerdegericht sind eigene Zweckmäßigkeitserwägungen verwehrt.¹⁴

Die angestellten Ermessenserwägungen des Landgerichts II sind frei von Rechtsfehlern.

Das Landgericht II hat im Rahmen der nach § 148 ZPO erforderlichen Ermessensprüfung alle für die Entscheidung maßgeblichen Kriterien berücksichtigt und nachvollziehbar gegeneinander abgewogen. Insbesondere hat es in seine Abwägung die mögliche Verzögerung einerseits und die Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie und der Vermeidung sich widersprechender Entscheidungen andererseits einbezogen. Es ist nicht festzustellen, dass sich das Landgericht II von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen oder die vorgenommene Gesamtwürdigung sonst fehlerhaft ist.

Das Landgericht II ist bei seiner Abwägung zu dem Ergebnis gelangt, der Gesichtspunkt der Prozessökonomie überwiege das ausdrücklich bekundete Interesse der Kläger an einem Fortgang des Verfahrens ohne dessen Aussetzung. Dies ist im vorliegenden Einzelfall aufgrund der vom Landgericht II vorgenommenen Gesamtwürdigung nicht zu beanstanden.

10 BGH, Urt. v. 22.10.1999 – V ZR 398/98, Rdnr. 8f BGH, Urt. v. 08.01.2004 – VII ZR 181/02, Rdnr. 31.

11 BGH, Urt. v. 22.12.2000 – VII ZR 310/99, Rdnr. 15; BGH, Urt. v. 08.01.2004 – VII ZR 181/02, Rdnr. 14; BGH, Beschl. v. 17.10.2023 – VIII ZR 61/23, Rdnr. 19 zum Mietvertrag.

12 BGH, Urt. v. 22.12.2000 – VII ZR 310/99, Rdnr. 15 m.w.N.

13 BGH, Beschl. v. 23.01.2025 – I ZB 39/24 – 25; BGH, Beschl. v. 03.03.2005 – IX ZB 33/04, Rdnr. 5; BGH, Beschl. v. 22.06.2011 – I ZB 64/10, Rdnr. 11; BGH, Beschl. v. 08.04.2014 – XI ZB 40/11, Rdnr. 12; BGH, Beschl. v. 25.07.2019 – I ZB 82/18, Rdnr. 36, 38.

14 BGH, Beschl. v. 09.03.2021 – II ZB 16/20, Rdnr. 20; BGH, Beschl. v. 25.07.2019 – I ZB 82/18, Rdnr. 36.

C. Die Rechtsbeschwerde lässt der Senat gem. § 574 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 Satz 1 ZPO zur Fortbildung des Rechts zu, da in der Rechtsprechung und Literatur ein unterschiedliches Verständnis zu konstatieren ist, wann eine vollständige Fertigstellung im Sinne der MaBV vorliegt, und die hieran anknüpfenden Rechtsfolgen hohe Praxisrelevanz besitzen.

(Mitgeteilt von Vors. Richter am Kammergericht
Björn Retzlaff, Berlin)

Kostenentscheidung im selbstständigen Beweisverfahren infolge Nicht-einzahlung eines ergänzenden Vorschusses

ZPO §§ 269 Abs. 3 Satz 2, 379, 402, 494a.

1. Im selbstständigen Beweisverfahren ist grundsätzlich außerhalb des Anwendungsbereichs von § 494a ZPO keine Entscheidung über die Kostentragungspflicht zu treffen; diese Entscheidung ist dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.

2. Ein selbstständiges Beweisverfahren ist sachlich erledigt und damit beendet, wenn trotz Erinnerung ein angeforderter Vorschuss für ein Ergänzungsgutachten nicht eingezahlt wird.

3. Die Einholung eines Ergänzungsgutachtens darf nicht von der Einzahlung offener Vorschüsse für bereits eingeholte Sachverständigengutachten abhängig gemacht werden. Hierfür besteht keine Rechtsgrundlage.

KG, Beschl. v. 11.07.2025 – 7 W 11/25.

Aus den Gründen: I. Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 02.01.2023 die Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens gegen die Antragsgegnerin beantragt.

Mit Beschluss vom 21.02.2023, ergänzt durch Beschluss vom 21.03.2023, hat das Landgericht durch den Einzelrichter die beantragte Beweiserhebung durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens angeordnet und den Sachverständigen nach Eingang des zuvor angeforderten Auslagenvorschusses i.H.v. 3.000,00 € mit Verfügung vom 21.03.2023 entsprechend beauftragt. Mit Beschluss vom 30.03.2023 hat das Landgericht den Beweisbeschluss vom 21.02.2023 zwecks Korrektur erneut ergänzt.

Der Sachverständige beantragte mit Schreiben vom 24.03.2023 die Gewährung eines erhöhten Stundensatzes von 115,00 € und teilte mit, dass seine voraussichtlichen Kosten insgesamt etwa 8.000,00 € betragen werden und daher den angeforderten Auslagenvor-

schuss übersteigen; er bat um Erhöhung des Kostenvorschusses und Mitteilung der Einzahlung des weiteren Vorschusses, damit er die Bearbeitung des Gutachtenauftrags beginnen könne.

Mit Verfügung vom 13.04.2023 hat das Landgericht dem Sachverständigen mitgeteilt, dass beide Verfahrensbeteiligte dem erhöhten Stundensatz zugestimmt hätten. Ein weiterer Vorschuss wurde vom Landgericht nicht angefordert.

Nach Eingang des (ersten) Sachverständigengutachtens vom 11.05.2023 hat das Landgericht dieses den Verfahrensbeteiligten mit Verfügung vom 17.05.2023 übermittelt und eine Stellungnahmefrist für etwaige Einwendungen, Ergänzungsfragen und Anträge gesetzt.

Mit Schreiben vom 11.05.2023 teilte der Sachverständige mit, dass ein zweiter Ortstermin stattdessen und die voraussichtlichen Kosten für die weitere Begutachtung insgesamt 6.000,00 € betragen werden, so dass der Kostenvorschuss erhöht werden müsse. Ein weiterer Vorschuss wurde vom Landgericht nicht angefordert.

Nach Eingang des (zweiten) Sachverständigengutachtens vom 12.06.2023 hat das Landgericht dieses den Verfahrensbeteiligten mit Verfügung vom 30.06.2023 übermittelt und eine Stellungnahmefrist für etwaige Einwendungen, Ergänzungsfragen und Anträge gesetzt.

Mit Rechnung vom 11.03.2023, eingegangen bei Gericht am 16.05.2023, hat der Sachverständige seine Vergütung i.H.v. 7.307,94 € (für das erste Gutachten) abgerechnet sowie mit weiterer Rechnung vom 12.06.2023, eingegangen bei Gericht am 15.06.2023, weitere 5.641,48 € (für das zweite Gutachten), mithin insgesamt 12.949,42 €.

Mit Verfügung vom 04.09.2023 hat der Einzelrichter den Verfahrensbeteiligten aufgegeben, „für die Ergänzungsfragen“ weitere Kostenvorschüsse i.H.v. 2.000,00 € (Antragsgegnerin) und 4.000,00 € (Antragstellerin) einzuzahlen.

Mit Verfügung vom 23.10.2023 hat der Einzelrichter den Verfahrensbeteiligten mitgeteilt, dass dem Verfahren kein Fortgang gegeben werden könne. Die mit Verfügung vom 04.09.2023 angeforderten Vorschüsse seien zwar eingezahlt worden, danach jedoch gerichtsintern vollständig auf die Rechnungen des Sachverständigen i.H.v. insgesamt 12.949,42 € verrechnet worden, da unter Berücksichtigung des bislang eingezahlten Vorschusses i.H.v. 3.000,00 € zunächst noch ein Restbetrag i.H.v. 9.949,42 € offen gewesen sei, der sich aufgrund der Verrechnung der beiden Vorschüsse i.H.v. insgesamt 6.000,00 € auf nunmehr noch offene 3.949,42 € reduziert habe. Im Ergebnis seien von der Antragstellerin daher 3.949,42 € für die offene Sachverständigenrechnung und weitere 6.000,00 € für den Vorschuss für die Ergänzungsfragen zu zahlen. Das Landgericht kündigte

an, das Verfahren ohne weitere Bearbeitung der Ergänzungsfragen in 6 Monaten wegzulegen, sofern die Antragstellerin nicht zuvor insgesamt 9.949,42 € zahlt. Eine Reaktion hierauf erfolgte von der Antragstellerin nicht.

Mit Beschluss vom 27.06.2024 hat das Landgericht den Verfahrenswert auf bis zu 110.000,00 € festgesetzt, die Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens festgestellt und die Antragstellerin zwecks Abwendung von Vollstreckungsmaßnahmen zur Zahlung der offenen 3.949,42 € aufgefordert.

Mit Schriftsatz vom 26.02.2025 hat die Antragsgegnerin beantragt, der Antragstellerin analog § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens aufzuerlegen. Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 19.03.2025 beantragt, den Antrag vom 26.02.2025 abzulehnen.

Durch den angefochtenen Beschluss vom 06.04.2025 hat das Landgericht der Antragstellerin die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens auferlegt. Zur Begründung hat das Landgericht auf den Beschluss des BGH vom 14.12.2016 – VII ZB 29/16 – Bezug genommen und ausgeführt, dass der vorliegende Fall „genau so“ liege. Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 15.04.2025, eingegangen am selben Tag, gegen diesen Beschluss sofortige Beschwerde eingelegt und zur Begründung angeführt, dass § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO auf den vorliegenden Fall nicht – mangels Regelungslücke auch nicht entsprechend – anwendbar sei; vielmehr sei § 494a ZPO einschlägig, dessen Voraussetzungen jedoch nicht erfüllt seien.

Das Landgericht hat der sofortigen Beschwerde mit Beschluss vom 22.04.2025 nicht abgeholfen und diese dem Kammergericht zur Entscheidung vorgelegt.

Die Antragsgegnerin hat mit Schriftsatz vom 19.05.2025 beantragt, die sofortige Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

II. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 15.04.2025 ist nach § 269 Abs. 5 Satz 1 ZPO i.V.m. § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, § 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht gem. § 569 Abs. 1, Abs. 2 ZPO; sie ist auch begründet.

1. Der Senat entscheidet in voller Besetzung, nachdem das vorliegende Beschwerdeverfahren durch Beschluss der Einzelrichterin vom 11.07.2025 gem. § 568 Satz 2 Nr. 2 ZPO auf den Senat übertragen worden ist.

2. Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Beschluss die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens rechtsfehlerhaft der Antragstellerin auferlegt. Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist der Anwendungsbereich des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO vorliegend nicht eröffnet und es besteht kein Raum für eine isolierte Kostenentscheidung im vorliegenden selbständigen Beweisverfahren.

a) Nach § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO ist ein Kläger nach Klagerücknahme verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, soweit nicht bereits rechtskräftig über sie erkannt ist oder sie dem Beklagten aus einem anderen Grund aufzuerlegen sind. Vorliegend handelt es sich nicht um ein Klageverfahren, sondern ein selbständiges Beweisverfahren. Eine unmittelbare Anwendung der – im Titel 1 der ZPO (Verfahren bis zum Urteil) enthaltenen – Vorschrift des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO kommt daher nicht in Betracht. Auch für eine – von dem Landgericht angenommene – entsprechende Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO auf das – im Titel 12 der ZPO geregelte – selbständige Beweisverfahren gem. §§ 485 ff. ZPO besteht hinsichtlich der vorliegenden Sachverhaltskonstellation mangels planwidriger Regelungslücke kein Anlass.

aa) Im selbständigen Beweisverfahren ist grundsätzlich außerhalb des Anwendungsbereichs von § 494a ZPO keine Entscheidung über die Kostentragungspflicht zu treffen; diese Entscheidung ist dem Hauptsacheverfahren vorbehalten. Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens bilden einen Teil der Kosten eines anhängigen oder zukünftigen Erkenntnisverfahrens zwischen den Parteien, neben dem oder zu dessen Vorbereitung das selbständige Beweisverfahren stattgefunden hat.¹

bb) Die Rechtsprechung hat jedoch Ausnahmen von diesem Grundsatz zugelassen, wenn der Antragsgegner ein schützenswertes Interesse an einer sofortigen Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren hat. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Antragsteller den Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens zurückgenommen oder einseitig für erledigt erklärt hat, da diese Erklärungen des Antragstellers hinreichend erkennen lassen, dass er das selbständige Beweisverfahren endgültig als beendet ansieht.²

So liegt der Fall vorliegend nicht.

Die Antragstellerin hat weder eine Antragsrücknahme noch dessen Erledigung erklärt. Das Verhalten der Antragstellerin lässt auch nicht erkennen, dass diese das selbständige Beweisverfahren endgültig als beendet ansieht.

Ein solcher Erklärungsinhalt kann insbesondere nicht darin erkannt werden, dass die Antragstellerin den angeforderten weiteren Vorschuss für die Einholung eines Ergänzungsgutachtens nicht – erneut – eingezahlt hat. Die Antragstellerin hat den mit gerichtlicher Aufforderung vom 04.09.2023 angeforderten Vorschuss i.H.v. 4.000,00 € fristgemäß eingezahlt. Ohne ihre Veranlassung wurde dieser Vorschuss, ebenso wie der zugleich von der Antragsgegnerin eingezahlte weitere Vorschuss i.H.v.

¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 07.12.2010 – VIII ZB 14/10, Rdnr. 7, juris.

² Vgl. BGH, Beschl. v. 07.12.2010 – VIII ZB 14/10, Rdnr. 8 ff., juris.

2.000,00 €, sodann gerichtsintern auf die – nicht vollständig durch Vorschusszahlungen gedeckten – Sachverständigenrechnungen vom 11.03.2023 und 12.06.2023 für die bereits durch Einholung schriftlicher Sachverständigengutachten erfolgten Beweiserhebungen verrechnet.

Die Nichteinzahlung des mit Verfügung vom 23.10.2023 angeforderten restlichen Vorschusses i.H.v. 9.949,42 € durch die Antragstellerin ist vor diesem Hintergrund nicht dahin zu verstehen, dass sie an der Fortführung der Beweiserhebung kein Interesse hat. Ganz im Gegenteil hat die Antragstellerin durch ihre für die Ergänzungsfragen erfolgte Vorschusseinzahlung i.H.v. 4.000,00 € alles Erforderliche getan, um der ergänzenden Beweiserhebung Fortgang zu geben. Das Landgericht darf – wie mit der Verfügung vom 23.10.2023 jedoch erfolgt – die Einholung des Ergänzungsgutachtens dagegen nicht von der Begleichung der noch offenen Rechnung für bereits eingeholte Sachverständigenkosten abhängig machen. Hierfür besteht keine Rechtsgrundlage; insbesondere folgt aus §§ 402, 379 ZPO nicht, dass das Gericht die weitere Beweisaufnahme davon abhängig machen darf, dass der Auslagenvorschuss für die vorangegangene Beweiserhebung vollständig eingegangen ist.³ Nach § 402 ZPO folgt aus der entsprechenden Anwendung der für Zeugen geltenden Regelung des § 379 ZPO, dass ein Kostenvorschuss nur für die Beauftragung eines Sachverständigen, für die Fortsetzung der begonnenen Begutachtung oder für die Ladung des Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung des Gutachtens angefordert werden darf.⁴ Eine – den §§ 273, 320 BGB nachgebildete – prozessuale Vorschrift, derzufolge die Fortsetzung der Beweisaufnahme von der Begleichung offener Rechnungen des Sachverständigen für bereits erbrachte Begutachtungstätigkeiten abhängig gemacht werden kann, besteht nicht mit Ausnahme einzelner gebührenrechtlicher Sondervorschriften, namentlich § 17 GKG, dessen Voraussetzungen vorliegend jedoch nicht erfüllt sind. Dabei kommt es nicht darauf an, dass – rein begrifflich – auch die Nachforderung auf eine offene Sachverständigenrechnung für bereits erbrachte Begutachtungstätigkeiten ein „Vorschuss“ ist, da Auslagen erst mit Beendigung des Rechtszugs fällig werden.⁵ Mit dem Tatbestandsmerkmal „Auslagen“ des § 17 Satz 1 GKG sind nämlich nicht jedwede Auslagen gemeint, sondern nur die Auslagen für diejenige Handlung, die von dieser Vorschrift in Bezug genommen wird und die in der Folge von dem Zurückbehaltungsrecht des § 17 Abs. 1 Satz 2 GKG erfasst wird.

cc) Vor diesem Hintergrund kommt es vorliegend nicht entscheidungserheblich auf die Frage an, ob Anlass für eine entsprechende Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO in Fällen besteht, in denen eine ergänzende Beweiserhebung aufgrund der Nichteinzahlung des hierfür angeforderten weiteren Auslagenvorschusses unterbleibt.

Der Senat neigt insoweit zu der Auffassung, dass in diesen Fällen von einer Beendigung der Beweiserhebung auszu-

gehen ist und damit der Anwendungsbereich des § 494a ZPO eröffnet ist. Nach § 494a ZPO sind die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens dem Antragsteller aufzuerlegen, wenn dem Antragsteller nach Beendigung der Beweiserhebung auf Antrag des Antragsgegners – erfolglos – eine Frist zur Klageerhebung gesetzt worden ist.

Nach der Rechtsprechung des BGH endet das Beweisverfahren mit seiner sachlichen Erledigung.⁶ Diese Erledigung tritt ein, wenn die erforderlichen Beweise erhoben sind. In Fällen der durch Einholung eines Sachverständigengutachtens begonnenen Beweiserhebung findet das Beweisverfahren seine sachliche Erledigung auch darin, dass der ergänzende Auslagenvorschuss trotz Fristsetzung und ordnungsgemäßer Belehrung nicht gezahlt wird und daher die weitere Beweisaufnahme gem. § 492 Abs. 1, § 402, § 379 Satz 2 ZPO unterbleibt.⁷ Dieser Entscheidung des OLG Köln lag ein Fall zugrunde, in dem bereits ein Sachverständigengutachten eingeholt worden war und lediglich die weitere Beweisaufnahme durch Einholung eines Ergänzungsgutachtens unterblieb infolge der Nichteinzahlung des hierfür angeforderten weiteren Vorschusses. Darin unterscheidet sich dieser Fall von demjenigen, über den der BGH⁸ zu entscheiden hatte, in dem mangels Einholung eines Sachverständigengutachtens noch gar keine Beweisaufnahme begonnen worden war und damit keine verwertbaren Beweise vorlagen.

Vorliegend ist der Anwendungsbereich des § 494a ZPO mangels Beendigung der Beweiserhebung durch die – ausstehende – Einholung eines Ergänzungsgutachtens nicht eröffnet. Der Beschluss des Landgerichts vom 27.06.2024, durch den die Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens festgestellt worden ist, hat nur deklaratorische Wirkung;⁹ das selbständige Beweisverfahren endet durch sachliche Erledigung der Beweissicherung.¹⁰ Das Landgericht wird dem selbständigen Beweisverfahren durch Einholung des Ergänzungsgutachtens Fortgang zu geben haben, wie mit der Verfügung vom 04.09.2023 bereits angekündigt. Der insoweit angeforderte Vorschuss wurde gezahlt.

3 Vgl. OLG Oldenburg, Urt. v. 01.10.2003 – 5 U 57/03, Rdnr. 34, juris.

4 Vgl. OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 24.06.2004 – 4 W 34/04, Rdnr. 9, juris.

5 Vgl. NK-GK/Volpert, 3. Aufl. 2021, GKG § 17 Rdnr. 19, beck-online.

6 Vgl. BGH, Urt. v. 22.06.2023 – VII ZR 881/21, juris, Rdnr. 22; BGH, Beschl. v. 24.03.2009 – VII ZR 200/08, Rdnr. 4, juris.

7 Vgl. OLG Köln, Beschl. v. 03.09.2014 – I-16 W 37/13, Rdnr. 16, juris.

8 Beschl. v. 14.12.2016 – VII ZB 29/16, juris.

9 Vgl. OLG München, Beschl. v. 21.05.2024 – 9 W 705/24 Bau e, Rdnr. 8, juris.

10 Glöckner/Manteufel/Rehbein, PrivBauR-HdB/Praun, 7. Aufl. 2025, § 19 Rdnr. 553, beck-online.

III. Die Rechtsbeschwerde wurde wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen in Bezug auf die Frage, ob der Anwendungsbereich des § 269 III 2 ZPO auch in Fällen eröffnet ist, in denen die weitere Beweisaufnahme, wie vorliegend durch Einholung eines Ergänzungsgutachtens, von der Einzahlung eines Vorschusses auf noch offene Sachverständigenvergütung für bereits erbrachte Begutachtungsleistungen sowie der Einzahlung eines erneut angeforderten Vorschusses für Ergänzungsfragen abhängig gemacht werden darf, nachdem der aufforderungsgemäß gezahlte Vorschuss für die Ergänzungsfragen gerichtsintern anderweitig verrechnet worden ist.

(Mitgeteilt von RichterIn am Kammergericht
Antje Werk, Berlin)

Sonstiges

Haftung für Sturz eines Turmdrehkrans auf das Nachbargrundstück

BGB §§ 31, 823 Abs. 1, 836, 837, 844 Abs. 3, 249 ff., 253 Abs. 2; SGB VII §§ 14 Abs. 1 Satz 1, 15 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 4, 17 Abs. 1 Satz 1, 18 Abs. 2 Satz 1, 19, 21 Abs. 1; DGUV Krane § 26; ZPO § 287.

1. Die Eigentümerin und Vermieterin eines auf einem fremden Grundstück errichteten Turmdrehkrans haftet den beim Umsturz des Krans verletzten Personen aus §§ 836, 837 BGB, wenn der Kran fehlerhaft errichtet wurde und sie wegen der Lieferung fehlerhafter Teile nicht entlasten kann.

2. Die mit dem Kranaufbau u.a. betraute GmbH und ihren Geschäftsführer treffen eigene Verkehrssicherungspflichten hinsichtlich des im Eigentum Dritter stehenden und auf einem fremden Grundstück fehlerhaft errichteten Krans, was gegenüber den verletzten Personen eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB begründen kann.

3. Ein Kraftprüfungsvertrag zur Erfüllung der Pflichten aus § 26 Abs. 1 und 4 DGUV Krane entfaltet keine Schutzwirkung zugunsten auf dem Nachbargrundstück verletzter Dritter. Der Prüfer übernimmt hierdurch weder ohne weiteres eigene Verkehrssicherungspflichten noch trifft ihn eine Garantenstellung.

OLG Frankfurt, Urt. v. 15.09.2025 – 29 U 50/24.

Aus den Gründen: I. Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche der Klägerin aufgrund eines Kranunfalls vom 11.12.2013 in Bad Homburg.

Ein auf einer Baustelle der „K GmbH“ (im Folgenden: die Bauherrin) auf dem Grundstück G. betriebener Turmdreh-

kran stürzte während der Ausführung von Bauarbeiten auf einen benachbarten „Aldi“-Markt und durchschlug mit dem Gegenausleger, an dem sich die Kontergewichte befanden, das Dach. Bei dem umgestürzten Kran handelte es sich um einen Turmdrehkran „MAN WOLF“ vom Typ „WK 122 SL 1“ aus dem Baujahr 1992 (im Folgenden: der „Kran“). Herstellerin des Krans war die K. GmbH, deren Rechtsnachfolgerin die Streithelferin zu 7) ist. Die Beklagte zu 4) war Eigentümerin und Vermieterin des umgestürzten Turmdrehkrans. Sie vermietete den Kran im Herbst 2013 an die Streithelferin zu 5) einschließlich Montage zum Betrieb auf der Baustelle. Die Streithelferin zu 5) hatte unter dem 20.06.2013 einen als Generalunternehmervertrag bezeichneten Vertrag mit der K. GmbH geschlossen.

Die Streithelferin zu 6) war Nachunternehmerin der Streithelferin zu 5). Die Streithelferin zu 8) stellte aufgrund einer Vereinbarung, die sie mit der Streithelferin zu 6) getroffen hatte, für diese den Kranführer.

Die Beklagte zu 3) ist im Handelsregister des Amtsgerichts Bad Kreuznach unter der Firma F. eingetragen. Der Beklagte zu 2) ist einer der im Handelsregister eingetragenen Geschäftsführer der Beklagten zu 3).

Seit 2002 sieht die Service-Information der Streithelferin zu 2) zum streitgegenständlichen Kran vor, dass gelb markierte Federstecker am Laufkatzenausleger zum Einsatz kommen.

Der Kran verfügte über einen Laufkatzenausleger, der sich aus einzelnen Auslegerstücken zusammensetzte, die durch Einstecken von Bolzen miteinander verbunden wurden. Um zu verhindern, dass diese Bolzen sich in den Bohrungen der Verbindungsstücke frei drehen, wandern und sich lösen konnten, war herstellenseits eine zusätzliche Sicherung der Bolzen durch Federstecker vorgesehen. Die Federstecker sollten jeweils in eine Bohrung im Bolzenschaft aufgesteckt werden. Federstecker sind sicherheitsrelevante Bauteile, die dazu verwendet werden, dass sich die Steckverbindungen nicht aus ihrer Verbindung (Sitz) lösen und/oder die miteinander verbundenen Teile „auswandern“. Die Beklagte zu 4) lieferte die zum Aufbau erforderlichen Bolzen und Federstecker des Krans.

Die Beklagte zu 3) wurde mit der Aufstellung des Krans betraut, auch wenn sie diese Arbeiten teilweise untervergab. Der Kran wurde am 10.09.2013 von einem Montageteam mit einem 40-m-Ausleger aufgestellt. Der Beklagte zu 2) war hieran beteiligt und verbrachte 11 1/2 Stunden auf der Baustelle. Er überprüfte u.a. alle Bolzen und Federstecker des am Boden liegenden Kranauslegers. Danach wurde das Hubseil gespannt und der Kran unter seiner Aufsicht angehoben. Als Richtmeister nach den Unfallverhütungsvorschriften war er auch mit der Überprüfung des Krans vor der Inbetriebnahme betraut, weshalb er den

Kran nach dem Aufbau überprüfte. Er stellte fest, dass der Ausleger zu lang war und erteilte keine Betriebsfreigabe. Weitere Mängel stellte er nicht fest. Die Beklagte zu 3) rechnete unter dem 15.09.2013 die Arbeiten des Beklagten zu 2) gegenüber der Beklagten zu 4) ab.

Am darauffolgenden Tag – dem 11.09.2013 – wurde der Kranausleger unter Mithilfe des Streithelfers zu 9), einem Mitarbeiter der Beklagten zu 4), auf 35 m gekürzt. Hierfür wurde das vordere 10-m-Auslegerstück demontiert und durch ein 5-m-Auslegerstück ersetzt. Die Gewichte im Gegenausleger wurden entsprechend angepasst. Die streitgegenständliche Bolzenverbindung befand sich zwischen dem zweiten und dritten Auslegerteil und war von dieser Kürzung des Auslegers nicht betroffen. Der Streithelfer zu 9) prüfte den Kran und fertigte ein Protokoll nach „§ 26 Abs. 1 der UVV „Krane“ (VBG)“ an.

Der Beklagte zu 1) – als von der Berufsgenossenschaft Holz und Metallbau/Maschinenbau- und Metallverarbeitung bestellter Sachverständiger – führte am 07.10.2013 im Auftrag der Beklagten zu 4) die sogenannte wiederkehrende Prüfung nach § 26 der Unfallverhütungsvorschriften Krane (BGV D 6) durch (im Folgenden auch: „DGUV Krane“). Er beging den gesamten Kran in 28 Metern Höhe inklusive Ausleger und stellte dabei keine zur Untersuchung des Betriebs führenden technischen Mängel an dem Kran fest. Der Beklagte zu 1) fertigte während der Prüfung ein Foto an, das den Kran vom Ausleger aus Richtung Kranführerhaus zeigt. Nach der Prüfung wurde der Kran auf der Baustelle weiterbetrieben.

Am 11.12.2013 führte ein Mitarbeiter der Streithelferin zu 8), den Kran. Um 11:33 Uhr knickte der Laufkatzenausleger des Krans ab; im Anschluss kippte der Kran nach hinten – Richtung Gegenausleger – auf das benachbarte Grundstück und durchschlug das Dach des dort befindlichen Supermarktes. Der Kranführer wurde dabei schwer verletzt.

Die Klägerin stand zum Unfallzeitpunkt mit ihrer 45-jährigen Tochter vor der Kasse des betroffenen Aldi-Marktes. Die Klägerin wurde durch den umgestürzten Kran schwer verletzt, während ihre Tochter tödliche Verletzungen erlitt. Die Klägerin zog sich aufgrund des Unfalls eine Hüftpfannen- sowie eine Beckenfraktur zu. Dazu kam ein Schädel-Hirn-Trauma I. Grades. Ferner kam es zu Rippenbrüchen, einer linksseitigen Gesichtslähmung, einer akuten Belastungsreaktion und Hautabschürfungen am Kopf. Die Klägerin wurde eine Woche stationär im Krankenhaus behandelt.

Am umgestürzten Kran fehlte ein Verbindungsbolzen am rechten Untergurt in der Verbindung zwischen dem zweiten und dem dritten Auslegerstück. Ein passender Bolzen mit zwei Bohrungen für Federstecker wurde auf der Baustelle wiedergefunden. Ein dazugehöriger Federstecker konnte hingegen an der Unfallstelle nicht aufgefunden werden.

Im Februar 2014 versandte die zuständige Berufsgenossenschaft das Rundschreiben „Krane SV 19“.

Im Strafverfahren der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Frankfurt am Main erstattete der Sachverständige Sch. ein Sachverständigengutachten (im Folgenden: das „TÜV-Gutachten“). Weiter erstattete der Sachverständige H. im Strafverfahren bei dem Landgericht Frankfurt ein Sachverständigengutachten.

Der Beklagte zu 1) hat ein Sachverständigengutachten eines Privatsachverständigen vorgelegt. Er hat – unstrittig – die Einrede der Verjährung erhoben.

Das streitgegenständliche Unfallereignis war Gegenstand eines Rechtsstreits vor dem Landgericht Saarbrücken gegen den Beklagten zu 1).

Die Klägerin hat einen immateriellen Schaden von 50.000,00 € und einen materiellen Schaden von 14.027,74 € geltend gemacht.

Das Landgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Es hat die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 50.000,00 € Schmerzensgeld und materielle Schäden i.H.v. 14.027,74 € sowie vorgerechtigte Rechtsanwaltskosten zu zahlen. Daneben hat es festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet seien, der Klägerin zukünftige materielle Schäden aus dem Unfallereignis zu zahlen.

Hiergegen wenden sich die Berufungen der Beklagten, soweit sie verurteilt worden sind.

II. 1. Die Berufungen der Beklagten sind zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Dem wirksamen Beitritt der Streithelferinnen steht dabei nicht entgegen, dass die Streithelferinnen zu 1 bis 3), 5), 7) und 8) die von ihnen unterstützte Partei in der Berufungsinstanz gewechselt haben. Der Wechsel der unterstützten Partei eines Streithelfers ist grundsätzlich möglich¹ und wurde von den Streitverkündern auch nicht gerügt.

2. Die Berufungen der Beklagten zu 2) bis 4) sind unbegründet. Der Klägerin stehen die geltend gemachten Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche aus § 823 Abs. 1 i.V.m. §§ 249 ff. BGB gegen die Beklagten zu 2) und 3) und aus §§ 836, 837 i.V.m. §§ 249 ff. BGB gegen die Beklagte zu 4) zu. Die Berufung der Beklagten zu 1) ist begründet, die Klage gegen ihn ist abzuweisen.

a) Allerdings bestehen keine Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage insgesamt, insbesondere der Zulässigkeit des in der Berufungsinstanz noch streitgegenständlichen Feststellungsantrags für weitere materielle Schäden (in der Fassung der Ziffer 4 des

¹ Vgl. BeckOGK/Seichter, 01.04.2025, BGB § 634 Rdnr. 922.

landgerichtlichen Tenors). Das Feststellungsinteresse der Klägerin aus § 256 Abs. 1 ZPO ergibt sich für die materiellen Schäden zwanglos aus dem dargetanen, nicht abgeschlossenen Schadensverlauf aufgrund ihrer erheblichen körperlichen Verletzungen.²

b) Die Beklagte zu 4) ist der Klägerin als Eigentümerin und Vermieterin des Krans schadensersatzpflichtig. Es kann offenbleiben, ob sie der Klägerin aus § 823 Abs. 1 BGB auf Ersatz des durch den Unfall entstandenen Schadens haftet, wie das Landgericht festgestellt hat, weil sie ihre gegenüber der Klägerin bestehende Verkehrssicherungspflicht durch die Vermietung eines aufgrund mangelhafter Teile unsicher montierten Krans, der später kollabierte, verletzt hat. Der klägerische Anspruch gegen die Beklagte zu 4) ist jedenfalls aus §§ 836, 837 BGB begründet. Die Beklagte zu 4) war zwar nicht Eigentümerin des Baugrundstücks, allerdings des sich hierauf befindlichen Werks, nämlich des Krans.

aa) § 836 BGB begründet die Haftung des Eigenbesitzers des Grundstücks, wenn durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen mit dem Grundstück verbundenen Werkes oder durch die Ablösung von Teilen des Gebäudes oder des Werkes u.a. der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt wird und der Einsturz oder die Ablösung die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelnder Unterhaltung ist. § 837 BGB verlagert diese Haftung auf denjenigen, der auf einem fremden Grundstück ein solches Gebäude oder Werk besitzt. Dabei ist für das Eingreifen der Haftungsverchiebung nach § 837 BGB erforderlich, dass der Eigenbesitz (§ 872 BGB) am Grundstück und am Bauwerk auseinanderfallen.³ Alle diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

bb) Der Kran ist ein Werk i.S.v. §§ 836, 837 BGB. Der streitgegenständliche Turmdrehkran war im Unfallzeitpunkt ein mit dem Grundstück eines Dritten – vermutlich der Bauherrin – verbundenes Werk im Sinne dieser Vorschrift. Es macht keinen Unterschied, ob die Herstellung auf Dauer oder, wie hier, zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt ist.⁴ Ein Turmdrehkran, ist auch ein „anderes mit dem Grundstück verbundenes Werk“ i.S.d. BGB § 836 BGB. Eine verhältnismäßig lose Verbindung des Werkes mit dem Erdboden genügt. Das Bauwerk muss nicht mit seinen Standfüßen tief in das Erdreich eingelassen sein, sondern es reicht aus, dass die Standfestigkeit durch das Anbringen von ausreichender Ballastierung hergestellt wurde. Letzteres hat der Sachverständige H festgestellt. Im Übrigen ist das Anbringen von Zentralballast zur Sicherstellung der Standfestigkeit auf einem kurz nach dem Unfallereignis aufgenommenen Bild auch ohne sachverständige Hilfe zu erkennen. Diese Verbindung mit dem Grund und Boden durch die eigene Schwere des Werks genügt für eine Haftung nach §§ 836, 837 BGB.⁵

cc) Die Beklagte zu 4) war zum Zeitpunkt des Unfalls Eigenbesitzerin des Krans, was Voraussetzung der

Haftung nach §§ 836, 837 BGB ist. Als Eigentümerin und Vermieterin des Krans ist sie dessen Eigenbesitzerin i.S.v. § 837 Abs. 3 BGB i.V.m. § 872 BGB. Eigenbesitzer ist diejenige natürliche Person oder juristische Person, die das Werk als ihr gehörend oder wie ihr gehörend besitzt, mithin wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt mit dem Willen, sie wie eine ihm gehörende Sache zu beherrschen.⁶ Dabei kann die Beklagte zu 4) nicht darauf verweisen, dass sie die Nutzungsrechte am Kran auf die Streifhelferin zu 5) übertragen hat. Sie bleibt als Vermieterin dennoch aus §§ 836, 837 BGB verpflichtet. Ihren grundsätzlichen dem Eigentum innewohnenden Beherrschungswillen am Kran hat die Beklagte zu 4) durch die Vermietung nicht aufgegeben. Für den Eigenbesitzer kommt es nicht darauf an, ob er unmittelbaren oder mittelbaren Besitz gem. § 868 BGB inne hat.⁷ Durch die Vermietung oder Verpachtung eines Grundstücks oder Werks wird die den (mittelbaren) Grundstücks- oder Werksbesitzer nach §§ 836, 837 BGB treffende Haftung nicht berührt.⁸

dd) Die weiteren Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten zu 4) aus §§ 836, 837 BGB sind ebenfalls erfüllt. Beim Umstürzen des Kranes ist die Klägerin schwer verletzt und ihre Tochter getötet worden.

ee) Der Unfall war weiter Folge einer „fehlerhaften Errichtung“ i.S.v. § 836 BGB. Dass der Kran aufgrund eines Aufbaufehlers umgefallen ist, steht aufgrund der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme positiv fest. Es kam zu einem Montagefehler. Der Kran wurde nicht entsprechend der anwendbaren Sicherheitsvorschriften montiert, was letztendlich zum Unfallgeschehen führte. Das Unfallgeschehen ist darauf zurückzuführen, dass entweder kein oder kein passender und in der Sicherungswirkung herabgesetzter gekürzter Federstecker am unfallträchtigen Bolzen zum Einsatz kam. Die diesbezügliche Beweiswürdigung des Landgerichts ist nicht zu beanstanden.

(1) Dass – soweit überhaupt ein Federstecker in den unfallträchtigen Bolzen gesteckt wurde – dieser jedenfalls ungeeignet war, haben die erhobenen Beweise ergeben. Die Polizei hat nach dem Unfall auf der Baustelle ein Sammelsurium verschiedenster Federstecker sicher gestellt, die nahezu ausnahmslos entweder beschädigt, zu kurz oder in ihrem gekrümmten Teil nicht an den Umfang der zu sichernden Bolzen angepasst waren.

2 Vgl. Stein/Roth, 24. Aufl. 2024, ZPO § 256 Rdnr. 60.

3 Vgl. BeckOGK/Petershagen, 01.06.2025, BGB § 837 Rdnr. 4.

4 Vgl. Staudinger/Bernau (2022), BGB § 836 Rdnr. 23.

5 Vgl. Staudinger, a.a.O. sowie OLG München, Urt. v. 04.04.2000 – 18 U 4536/99, juris; OLG Hamm, Urt. v. 27.04.1995 – 27 U 169/94, juris, Rdnr. 24.

6 Vgl. OLG Brandenburg, Urt. v. 11.01.2023 – 4 U 136/21, juris, Rdnr. 29.

7 Vgl. Staudinger/Bernau (2022) BGB § 836 Rdnr. 78.

8 Vgl. Staudinger/Bernau (2022) BGB § 836 Rdnr. 79.

Der sichernde Effekt der Federstecker war deshalb im Vergleich zu neuen, passenden Exemplaren zumindest erheblich reduziert. Die diesbezügliche Beweiswürdigung des Landgerichts teilt der Senat.⁹

(2) Der Kran ist deswegen gestürzt, weil sich im – bei Blickrichtung vom Turm in Richtung Auslegerspitze – rechten Untergurt ein Verbindungsbolzen zwischen dem zweiten und dem dritten Auslegerstück herausgelöst hatte.

(3) Dafür, dass dieser Unfall auf einer fehlerhaften Montage des Krans beruht, spricht bereits der Beweis des ersten Anscheins. Ein ordnungsgemäß montierter und auf stabilem Baugrund aufgebauter Kran fällt mangels ganz besonderer, hier fehlender Umstände – z.B. katastrophenartiger Sturm, Kollision mit einem anderen Baustellenfahrzeug o.ä. – nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht um.¹⁰ Instabile Baugrundverhältnisse lagen ausweislich der unstreitigen Feststellungen des TÜV-Gutachtens nicht vor; das Kranfundament zeigte keinerlei Unregelmäßigkeiten.

(4) Dass der Kran aufgrund eines Aufbaufehlers umgefallen ist, steht aufgrund der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme im Übrigen positiv fest. Die Gutachten des Sachverständigen H, welcher sich zum Teil auf die Feststellungen TÜV-Gutachtens am Unfallort stützt, sind unter sorgfältiger Auswertung umfangreicher Anknüpfungstatsachen auf der Grundlage erkennbarer Sachkunde erstellt worden und auch aus Sicht des Senats (§ 286 ZPO) überzeugend.

(5) Der Bolzen zwischen dem zweiten und dem dritten Auslegerstück konnte sich lösen, weil er überhaupt nicht oder jedenfalls zum Zeitpunkt des Unfallereignisses nicht mehr mit einem Federstecker gesichert war. Zur Sicherung zu verwenden war ausweislich der Gutachten des Sachverständigen H. wegen hier nicht zusätzlich einzubauender Teile grundsätzlich die innere Bohrung des Bolzens. In dieser befand sich ein Textilfetzen, der beim Durchschieben eines Federsteckers passenden Durchmessers mit herausgeschoben worden wäre; umgekehrt bedeutet dies, dass ein Federstecker ausreichender Länge und passenden Durchmessers nicht durch diese Bohrung gesteckt worden sein kann. Für die Verwendung der äußeren Bohrung gab es keinerlei Anlass, sie liegt fern. Dies hätte dem Bolzen eine unerwünschte Bewegung in der Horizontalen ermöglicht und damit die Gefahr eines Abscherens heraufbeschworen. Abgesehen davon war auch die äußere Bohrung innen derartig verschmutzt, dass ihre Verwendung im vorliegenden Falle auszuschließen ist, wie der Sachverständige H nochmals vor dem Landgericht mündlich bestätigt hat.

(6) Der Umstand, dass der Ausleger erst geraume Zeit nach der Montage des Krans abgeknickt ist und zum Umfallen des Krans geführt hat, legt insoweit keine gegenteiligen Schlüsse nahe. Der Sachverständige H hat hierzu erläutert, dass auch ein ungesicherter Bolzen unter Umständen lange in der Bohrung steckenbleiben

kann und dass seine Ablösung von den Einsatzbedingungen des Krans abhängt, die sich von Zeit zu Zeit unterscheiden können. Ausweislich des, seinem Inhalt nach unstreitigen und vom Sachverständigen H in Bezug genommenen, TÜV-Gutachtens, war der fragliche Bolzen nahezu fettfrei, was zusätzlich indiziert, dass er sich längere Zeit bewegt hat. Für ein längeres Verbleiben des Bolzens in der Bohrung spricht auch, dass es ausweislich der Sachverständigenutachten nicht zu erheblichen Kollisionen zwischen der Laufkatze und dem Bolzen gekommen ist.

(7) Die von den Beklagten mit der Berufung weiterhin bemühten Alternativursachen für das Herausfallen des Bolzens bei ordnungsgemäßer Montage liegen nach den auch insoweit überzeugenden Sachverständigenutachten samt und sonders fern oder sind aus Rechtsgründen unbeachtlich.

(α) Die Behauptung, der Federstecker sei anfänglich vorhanden gewesen, aber dann infolge winterlicher Witterung aufgefroren und herausgefallen, ist zur Entlastung schon aus Rechtsgründen von vornherein ungeeignet. Winterliche Kälte gehört auf Baustellen im Freien zu den üblichen Betriebsbedingungen. In tatsächlicher Hinsicht hat der Sachverständige H in seinem Ergänzungsgutachten vom 03.08.2021 aufgezeigt, dass verborgene Materialfehler bei äußerlich unbeschädigten Federsteckern und deren Zerbrechen bei in Mitteleuropa üblichen Minusgraden äußerst unwahrscheinlich sind. Zudem ist kein zerbrochener Federstecker gefunden worden. Für einen Sabotageakt in 28 Metern Höhe auf einer gesicherten Baustelle spricht ebenfalls nichts. Im Übrigen lässt sich ein Sabotageakt dergestalt, dass ein Unbekannter in 28 Metern Höhe den ordnungsgemäß eingesetzten Federstecker gezogen hat, nicht mit den im Bolzen vorgefundenen Stoffresten und weiteren Rückständen in Einklang bringen.

(β) Für eine grundsätzlich fehlerhafte Konstruktion des umgestürzten Krans fehlen jegliche Anhaltspunkte. Der Sachverständige H hat seine diesbezüglichen Erwägungen dahin zusammengefasst, dass der Krantyp extern auf seine Sicherheit geprüft und zur Verwendung allgemein zugelassen, nicht zurückgerufen worden und in der Vergangenheit auch nicht durch besondere Schadensanfälligkeit aufgefallen sei. Frühere Unfälle mit anderen Kränen anderen Typs geben keinen Anlass zur weiteren Sachverhaltsaufklärung.

(ff) Die Haftung der Beklagten zu 4) ist auch nicht nach § 836 Satz 2 BGB ausgeschlossen, wie die Beklagte zu

9 Vgl. auch Senat, Urt. v. 11.07.2022 – 29 U 222/19 (rechtskräftig), dem der gleiche Sachverhalt zu Grunde lag.

10 Vgl. Senat, Urt. v. 11.07.2022 – 29 U 222/19; OLG München, Urt. v. 04.04.2000 – 18 U 4536/99, juris; OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.04.1975, VersR 1976, 74 ff.

4) mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 03.09.2025 geltend macht. Die Beklagte zu 4) kann den ihr obliegenden Entlastungsbeweis nicht führen; insbesondere kann sie sich hierfür nicht auf die Einschaltung der Beklagten zu 3) und 1) oder der Streithelferin zu 5) berufen.¹¹ Ob die „[]“ auch nach §§ 836, 837 verantwortlich ist, wie die Beklagte zu 4) vorträgt, kann ebenfalls dahingestellt bleiben. Dies enthebt die Beklagte zu 4) nicht von ihrer Verantwortlichkeit. Die Beklagte zu 4) hat die im Verkehr erforderliche Sorgfalt i.S.v. § 836 Satz 2 BGB schon deshalb nicht beobachtet, weil sie selbst sicherheitsrelevante Teile des Krans mangelhaft geliefert hat¹² und damit nicht ausgeschlossen ist, dass sie eine eigene adäquat-kausale Ursache für das Unfallereignis gesetzt hat. An die Befolgung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt i.S.v. § 836 Satz 2 BGB und an die Substantiierungs- und Beweispflicht des Haftpflichtigen sind hohe Anforderungen zu stellen.¹³

(1) Es kommt insofern auch nicht darauf an, ob die Beklagte zu 4) die „Sicherheitsrelevante Service Information“ aus 2002 vor dem Unfallereignis erhalten hatte, welche über eine neue Generation an Federsteckern mit gelber Farbkennzeichnung informierte und empfahl, bei jeder Montage neue Originalfederstecker für den Aufbau zu verwenden. Eine entsprechende Unkenntnis würde ihre Verantwortlichkeit nicht entfallen lassen. Die Beklagte zu 4) und ihre mit dem Aufbau des Krans betrauten Mitarbeiter oder Nachunternehmer hatten sich in Bezug auf geeignete Federstecker eigenständig auf dem Laufenden zu halten.¹⁴ Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil die für den Kran relevante Service-Information bereits 2002 angepasst worden war. Ein Austausch der nicht passenden Federstecker wäre bei der vorliegenden Sachlage zwingend vor dem Kranhub erforderlich gewesen, wie sich auch aus dem Ergänzungsgutachten des Sachverständigen H vom 03.08.2021 ergibt.

(2) Zu Gunsten der Beklagten zu 4) kann auch nicht angenommen werden, dass beim Aufbau des Krans von Anfang an kein Federstecker am unfallträchtigen Bolzen gesteckt wurde. Zwar wäre in diesem Fall die Lieferung der mangelhaften Federstecker nicht kausal für das Unfallergebnis, da möglicherweise auch ein Originalfederstecker von den Erfüllungsgehilfen bzw. Nachunternehmern der Beklagten zu 4) beim Aufbau vergessen worden wäre. Nach den getroffenen Feststellungen ist es aber ebenso möglich, dass ein von der Beklagten zu 4) gelieferter, in der Sicherungswirkung herabgesetzter, gekürzter Federstecker ursächlich für das Unfallereignis war, was den der Beklagten zu 4) obliegenden Entlastungsbeweis nach § 836 Satz 2 BGB ausschließt.

(3) Für eine Haftung der Beklagten zu 4) nach §§ 836, 837 BGB gegenüber der Klägerin kommt es im Übrigen nicht darauf an, ob der Streithelfer zu 9) gem. § 831 BGB Verrichtungsgehilfe der Beklagten zu 4) war.

gg) Der Klägerin sind die vom Landgericht festgestellten immateriellen Schäden, die ein Schmerzensgeld i.H.v. 50.000,00 € rechtfertigen, Beerdigungs- und weitere Kosten i.H.v. 14.027,74 € sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten aufgrund des Umsturzes des Krans entstanden.

(1) Der Klägerin ist aufgrund der Rechtsgutsverletzung ein immaterieller Schaden entstanden, weshalb die Beklagte zu 4) ihr ein Schmerzensgeld i.H.v. 50.000,00 € gem. § 253 Abs. 2, 844 Abs. 3 BGB schuldet. Dass der Einsturz des Krans für die Verletzung der Klägerin und den Tod ihrer Tochter kausal war, steht zwischen den Parteien nicht in Streit. Im Übrigen stehen der Geschädigten im Rahmen der Gebäudehaftung auch Schmerzensgeldansprüche nach § 253 BGB zu.¹⁵ Die Höhe der vom Landgericht nach § 253 Abs. 2 ZPO zugesprochenen Schmerzensgelds ist nicht zu beanstanden (und wird mit der Berufung auch nicht gerügt).

(2) Weiter waren der Klägerin die von der Beklagten zu 4) nicht weiter angegriffenen materiellen Schäden i.H.v. 14.027,74 € aus §§ 836, 837 BGB i.V.m. § 844 Abs. 1 BGB und § 287 ZPO zuzusprechen. Das Gleiche gilt für den vom Landgericht mit richtigen Erwägungen tenorierten Feststellungsanspruch (Tenor Ziffer 4 der angegriffenen Entscheidung). Hinsichtlich der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten, die der Höhe nach auch keinem Berufungsangriff unterliegen, wird auf das landgerichtliche Urteil verwiesen.

c) Die Berufungen der Beklagten zu 2) und 3) sind im Ergebnis ebenfalls unbegründet. Die Beklagten zu 2) und 3) haften der Klägerin aus § 823 Abs. 1 BGB (i.V.m. § 31 BGB analog) weil der Beklagte zu 2) schuldhaft die von ihm und der Beklagten zu 3) übernommene allgemeine Pflicht zur Sicherung der von ihm mitgeschaffenen Gefahrenquelle „Kran“ verletzt hat und der Beklagten zu 3) sein Organhandeln zuzurechnen ist. Die Beklagten zu 2) und 3) trafen, obwohl sie weder Eigentümer noch Betreiber des Krans auf der Baustelle waren, eigene, die Klägerin schützende Verkehrssicherungspflichten. Hierfür kann allerdings entgegen der angegriffenen Entscheidung nicht lediglich darauf abgestellt werden, dass der Beklagte zu 2) es pflichtwidrig unterlassen habe, das von der Beklagten zu 4) gelieferte Material auf dessen Geeignetheit zu überprüfen und es pflichtwidrig unterlassen habe zu beanstanden, dass die Bolzenverbindungen

11 Vgl. zur Entlastung BGH, Urt. v. 21.01.1988 – III ZR 66/86, juris.

12 Vgl. OLG Zweibrücken, Beschl. v. 12.07.2011 – 4 W 28/11, juris, Rdnr. 17 a.E.

13 Vgl. BGH, a.a.O. Rdnr. 19.

14 Zur Informationspflicht der Kran-Verantwortlichen vgl.: Senat, Urt. v. 11.07.2022 – 29 U 222/19, rechtskräftig.

15 Vgl. BeckOGK/Petershagen, 01.06.2025, BGB § 836 Rdnr. 55.

am Laufkatzenausleger des Krans im Untergurt durch nicht auf die Verbindungsbolzen abgestimmte Federstecker gesichert waren. Diese vom Landgericht aus § 26 Abs. 2 DGVV Krane hergeleiteten Pflichten trafen die Beklagte zu 3) nur gegenüber der Beklagten zu 4). Ein deliktischer Anspruch der Klägerin ergibt sich hieraus alleine nicht. Dies setzt eine die Beklagten zu 2) und 3) treffende allgemeine Verkehrssicherungspflicht voraus, die hier im Ergebnis aber anzunehmen ist.

aa) Die allgemeine Verkehrssicherungspflicht beruht auf dem Gedanken, dass derjenige, der in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle oder einen gefährdenden Zustand schafft oder andauern lässt, die Pflicht hat, alle ihm zumutbaren Maßnahmen und Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer zu verhindern.¹⁶ Insbesondere hat ein Bauunternehmer nicht nur vertragsrechtlich seinen Auftraggeber vor etwaigen Schäden zu bewahren; er ist zur Verkehrssicherung deliktsrechtlich auch gegenüber Dritten verpflichtet, die vorhersehbar mit den Gefahren der Baumaßnahme in Berührung kommen und dadurch Schaden erleiden können.¹⁷ Die Verkehrssicherungspflicht kann dabei auf einen Dritten übertragen werden.¹⁸ Wer sie übernimmt, wird seinerseits deliktisch verantwortlich.

bb) Die Beklagte zu 4) schuf eine solche allgemeine Verkehrssicherungspflichten auslösende Gefahrenquelle, deren Sicherung beim Aufbau sie auf die Beklagte zu 3) übertrug. Die Beklagte zu 4) veranlasste die Errichtung und den Betrieb des später umgestürzten Krans.¹⁹ Sie vermietete den Kran am 01.08.2013 an die Streifhelferin zu 5) einschließlich Montage zum Betrieb auf der Baustelle. Die Beklagte zu 4) lieferte die Bauteile und veranlasste die Aufstellung des Krans durch die Beklagte zu 3). Letztere wurde hierdurch neben dem Beklagten zu 2) durch die tatsächliche Übernahme selbst deliktisch verantwortlich.

(1) Der Beklagte zu 2) schuf durch das Mit-Aufstellen des Krans eine Gefahrenquelle, welche eine eigene deliktische Verhaltenspflicht in seiner Person und der von ihm als Geschäftsführer vertretenen Beklagten zu 3) in Form einer sekundären Verkehrssicherungspflicht begründet hat.²⁰ Es bestand für die Beklagten zu 2) und 3) ein Gebot zur Verkehrssicherung in Bezug auf das vom Beklagten zu 2) (mit-)errichtete Werk selbst.²¹ Sie trafen eigene Sicherungspflichten aufgrund der Errichtung des Krans, weil sie an der Schaffung einer Gefahr für die Allgemeinheit mitgewirkt haben. Ihnen oblag es ab diesem Zeitpunkt – zusammen mit anderen Verantwortlichen wie bspw. der Beklagten zu 4) – dafür zu sorgen, dass niemand durch die von ihnen aufgrund des (fehlerhaften) Aufbaus gesetzte Gefahr „Kran“ zu Schaden kommt. Durch die vertragliche Verpflichtung zur Errichtung des Krans, haben die Beklagte zu 3) und der für sie handelnde Beklagte zu 2) die Verpflichtung übernommen, sämtliche hierbei zu beachtenden Sicher-

heitsanforderungen einschließlich der einschlägigen Unfallverhütungsvorschriften einzuhalten.²²

(2) Die Beklagten zu 2) und 3) haben daran mitgewirkt, eine Gefahr für die Allgemeinheit zu schaffen. Der Kran wurde am 10.09.2013 unter Mithilfe des Beklagten zu 2) aufgestellt, der 11 1/2 Stunden auf der Baustelle arbeitete. Er überprüfte nach seiner eigenen Einlassung in der informativen Anhörung alle Bolzen des am Boden liegenden Kranauslegers. Danach wurde das Hubseil gespannt und der Kran unter seiner Aufsicht angehoben. Als Richtmeister war er zusätzlich mit der Überprüfung des Krans vor der Inbetriebnahme betraut.

(3) Dadurch hat sich die allgemeine von einem Kran ausgehende Verkehrssicherungspflicht – zusätzlich zu möglichen anderen deliktisch Verantwortlichen – in der Person des Beklagten zu 2) und der ihm nach § 31 BGB analog zurechenbaren Beklagten zu 3) verselbstständigt. Indem der Beklagte zu 2) am Aufbau des Kranauslegers mit dem Stecken der Bolzen und der Sicherung durch Federstecker aktiv beteiligt war, beim Aufbau insgesamt mitarbeitete und diesen überwachte, unterblieben eigene Schutzmaßnahmen der Beklagten zu 4) beim Aufbau, weil sie sich auf das Tätigwerden der Beklagten zu 3) verlassen hat und dies grundsätzlich auch durfte. Die Übertragung der Verkehrssicherungspflicht auf einen Bauunternehmer ist üblich, weil der Bauunternehmer, der die Arbeiten durchführt, die Gefahren in der Regel besser beherrschen kann.²³ Inhalt und Schutzbereich dieser verselbstständigten Verkehrssicherungspflicht bestimmen sich dabei allein danach, was objektiv erforderlich ist, um mit der Gefahrenstelle in Berührung kommende Personen vor Schaden zu bewahren.²⁴

(4) Dabei kommt es für die den Beklagten zu 2) treffenden Verkehrssicherungspflichten nicht darauf an, dass er den Kranaufbau als Organ der Beklagten zu 3) durchgeführt

16 BGH, Urt. v. 02.03.2010 – VI ZR 223/09, juris, Rdnr. 5; BGH, Urt. v. 02.02.2006 – III ZR 159/05, juris, Rdnr. 12 jeweils m.w.N.

17 BGH, Urt. v. 12.11.1996 – VI ZR 270/95, juris, Rdnr. 12; OLG Frankfurt, Urt. v. 19.02.2008 – 18 U 58/07, juris.

18 Vgl. BGH, Urt. v. 17.01.1989 – VI ZR 186/88, juris; OLG Hamm, Urt. v. 27.04.1995 – 27 U 169/94, juris; OLG Frankfurt, Urt. v. 19.02.2008 – 18 U 58/07, juris, m.w.N.

19 Vgl. hierzu auch OLG Frankfurt a.a.O. Rdnr. 28.

20 Vgl. hierzu: BGH, Urt. v. 18.11.2014 – VI ZR 47/13, BGHZ 203, 224 (239) Rdnr. 13; allgemein zur Gefahrenlage vgl. BGH, Urt. v. 16.05.2006 – 18 U 58/07, juris, Rdnr. 6.

21 Vgl. BGH, Urt. v. 12.11.1996 – VI ZR 270/95, juris, Rdnr. 12.

22 Vgl. hierzu den Fall des OLG Frankfurt, Urt. v. 19.02.2008 – 18 U 58/07, juris, Rdnr. 30.

23 Vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 30.01.2018 – 9 U 161/15, Beck-Online Rdnr. 28.

24 Vgl. BGH, Urt. v. 22.01.2008 – VI ZR 126/07, juris; OLG Frankfurt, Urt. v. 19.02.2008 – 18 U 58/07, juris.

hat, die wiederum gegenüber der Beklagten zu 4) vertraglich verpflichtet war. Die Übernahme der Verkehrssicherungspflicht des Beklagten zu 2) wurde durch die tatsächliche Übernahme der arbeitsteiligen Errichtung des Krans begründet. Der vom Beklagten zu 2) übernommene Arbeitsauftrag bezog sich auf die Mit-Errichtung eines Baustellenkrans, der angesichts seiner Größe und Höhe bei Instabilität eine offenkundige Gefahrenquelle für die Allgemeinheit darstellte. Die tatsächliche Übernahme der Ausführung dieses Auftrages begründete deshalb eine Schutzpflicht des Beklagten zu 2) auch gegenüber der im Gefahrenbereich des umfallenden Krans befindlichen Klägerin und ihrer verstorbenen Tochter.²⁵ Insoweit ist auch ohne Bedeutung, dass nur die Beklagte zu 3) gegenüber der Beklagten zu 4) vertraglich verpflichtet war, beim Aufbau zu helfen und den Kran im Sinne der Unfallvorschriften vor Inbetriebnahme zu prüfen. Maßgebend für die Begründung einer Garantenstellung bzw. der Verkehrssicherungspflicht im Deliktsrecht ist allein die tatsächliche Übernahme des Pflichtenkreises, nicht auch das Bestehen einer entsprechenden vertraglichen Verpflichtung.²⁶ Dies gilt jedenfalls für den als Geschäftsführer der Beklagten zu 3) agierenden Beklagten zu 2), weil er als Organ der Beklagten zu 3) den gefahrenträchtigen Aufbau des Krans in eigener Verantwortung durchführte. Bereits (in eigener Verantwortung agierende) Arbeitnehmer einer am Bau tätigen Gesellschaft sind von der Verkehrssicherungspflicht nicht ausgenommen.²⁷ Weiter kommt es für die Verkehrssicherungspflichtverletzung des Beklagten zu 2) nicht darauf an, dass er letztendlich die Freigabe des Krans nach den anwendbaren Unfallverhütungsvorschriften nicht erteilt hat. Bereits der Aufbau des Krans setzte eine Gefahrenquelle, die besondere Schutzpflichten auslöste.

(5) Daneben hatte auch die Beklagte zu 3) eine haftungsauslösende Verkehrssicherungspflicht gegenüber der Klägerin inne. Das tatsächliche Handeln, das die Schutzpflichten des Beklagten zu 2) begründet hat, ist der Beklagten zu 3) nach § 31 BGB analog i.V.m. § 35 GmbHG zuzurechnen. Nach § 31 BGB analog ist neben dem Verschulden auch das Handeln und Wissen organschaftlicher Vertreter zuzurechnen, zu denen der Beklagte zu 2) als Geschäftsführer der Beklagten zu 3) zählt.²⁸ Der Beklagte zu 2) ist beim Aufbau des Krans auch innerhalb des ihm als Geschäftsführer übertragenen Pflichtenkreises tätig geworden. Die Beklagte zu 3) erfüllte durch den Beklagten zu 2) ihre vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Beklagten zu 4) aus dem entsprechenden Vertrag über die Mithilfe beim Aufbau und der Übernahme der Prüfung nach der Unfallverhütungsvorschriften (DGUV Krane).

cc) Diese sie treffenden Verkehrssicherungspflichten haben die Beklagten zu 2) und 3) verletzt. Es kam unter der Aufsicht und Mitarbeit des Beklagten zu 2) zu einem Montagefehler. Der Kran wurde nicht entsprechend der anwendbaren Sicherheitsvorschriften montiert, was letztendlich zum Unfallgeschehen führte. Der Beklagte

zu 2) hat bei der von ihm am 10.09.2013 durchgeführten Überprüfung aller Bolzen des auf dem Boden vormontierten Kranauslegers übersehen, dass, wie bereits festgestellt, entweder kein oder kein passender und in der Sicherungswirkung herabgesetzter, gekürzter Federstecker am unfallträchtigen Bolzen zum Einsatz kam, obwohl ihm dies hätte erkennbar sein müssen.

dd) Hinsichtlich der Kausalität dieser Verkehrssicherungspflichtverletzung der Beklagten zu 2) und 3) für das streitgegenständliche Unfallereignis und den dadurch eingetretenen Schaden, bestehen keine Bedenken. Der Sachverständige H hat mehrfach nachvollziehbar erläutert, dass das Einsetzen eines geeigneten oder neuen Federsteckers am letztendlich herausgefallenen Bolzen des Kranauslegers das Schadensereignis verhindert hätte, wie auch das Landgericht zutreffend festgestellt hat. Insofern wurde dieses für das Unfallereignis kausale Handeln des Beklagten zu 2) auch nicht überholt, wie im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 11.09.2025 geltend gemacht wird. Dass der Beklagte zu 2) den Kran bei der von ihm nach dem Aufbau durchgeführten Richtprüfung nach § 26 Abs. 2 DGUV Krane nicht freigab, beruhte nicht auf dem eigenen Montagefehler am unfallträchtigen Bolzen, sondern auf dem Umstand, dass der Kranausleger mit 40 Metern zu lang bemessen war. Das vom Beklagten zu 2) mitangelegte Unfallgeschehen wurde durch seine Richtprüfung nicht unterbrochen. Sein Handeln als Erstverursacher hat bis zum Eintritt des Unfalls fortgewirkt, es liegt kein Fall der „abgebrochenen oder überholenden“ Kausalität vor.²⁹ Der von Beklagten zu 2) mitaufgebaute Kran unter Verwendung eines ungeeigneten oder fehlenden Federsteckers gelangte trotzdem in den Verkehr. Der unfallträchtige Bolzen wurde bereits am Vortag verbaut, befand sich zwischen dem zweiten und dritten Auslegerteil und war von der Kürzung des Auslegers nicht betroffen.

ee) Die Beklagten zu 2) und 3) trifft auch das erforderliche und von der Klägerin zu beweisende Verschulden. Der Beklagte zu 2), dessen Verschulden der Beklagten zu 3) nach § 31 BGB analog zuzurechnen ist, hat jedenfalls die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 BGB) missachtet. Obwohl er nach seiner eigenen Einlassung in der informatorischen Anhörung alle Bolzen des am Boden liegenden Kranauslegers überprüfte, fiel ihm entweder das Fehlen des Federsteckers nicht auf, was auch nach seinem eigenen Vortrag erkennbar gewesen wäre und er

25 Vgl. die übertragbare Entscheidung: BGH, Urt. v. 31.01.2002 – 4 StR 289/01, BGHSt 47, 224 (233) Rdnr. 20.

26 Vgl. BGH, a.a.O.; BGH, Urt. v. 22.01.2008 – VI ZR 126/07, juris, Rdnr. 9.

27 Vgl. BGH, Urt. v. 13.11.2008 – 4 StR 252/08, BGHSt 53, 38 (45).

28 Vgl. BeckOGK/Offenloch, 01.02.2025, BGB § 31 Rdnr. 142, 143.

29 Vgl. hierzu HK-GS/Manfred Heinrich, 5. Aufl. 2022, StGB Vor § 13 Rdnr. 52, 53, 54.

hätte erkennen müssen, oder es fiel ihm nicht auf, dass ein nicht auf die Verbindungsbolzen abgestimmter und gekürzter Federstecker zum Einsatz gekommen ist, was beim Aufbau des Auslegers auf dem Boden ersichtlich gewesen wäre. Der Beklagte zu 2) hatte als Richtmeister individuelle Kenntnisse der einschlägigen Aufbauvorgaben. Dass nicht nur ein fehlender Federstecker, sondern auch das gefundene Sammelsurium an Federsteckern ungeeignet für einen sicheren Aufbau des Krans war, war nach den gut nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen H erkennbar. Dies ist angesichts der im Verfahren eingeführten Fotodokumentation der nach dem Unfallgeschehen gefundenen Federstecker auch dem Laien nachvollziehbar. Der Beklagte zu 2) hätte die Ungeeignetheit der gekürzten und verbogenen Federstecker als Fachunternehmer für Kranaufbau und -prüfungen erkennen müssen, weil er sich in Bezug auf geeignete Federstecker eigenständig auf dem Laufenden zu halten hatte. Ein Austausch der nicht passenden Federstecker wäre bei der vorliegenden Sachlage, nach den zutreffenden Feststellungen des Landgerichts, zwingend vor dem Kranhub erforderlich gewesen, wie sich auch aus dem Ergänzungsgutachten des Sachverständigen H vom 03.08.2021 ergibt.

ff) Zur Schadenshöhe gilt das oben Gesagte entsprechend.

d) Die der Klägerin zustehenden Ansprüche gegen die Beklagten zu 2) bis 4) sind auch nicht verjährt. An der verjährungshemmenden Wirkung der Klage (§ 204 ZPO) ändert sich auch dadurch nichts, dass das Urteil gegen die Beklagte zu 4) nunmehr auf eine andere Anspruchsgrundlage gestützt wird. Es handelt sich beim ebenfalls deliktischen Anspruch aus §§ 836, 837 BGB weiterhin um einen vom gleichen Streitgegenstand getragenen materiell-rechtlichen Anspruch.³⁰ Der zur Entscheidung stehende Klageantrag und Sachverhalt haben sich nicht geändert. Im Übrigen würde § 213 ZPO zum gleichen Ergebnis führen.³¹

e) Die Berufung des Beklagten zu 1) ist indes begründet. Der Klägerin stehen gegen den Beklagten zu 1) keine Schadensersatz- oder Schmerzensgeldansprüche zu. Trotz der von ihm geprüften Gefahrenquelle „Kran“, ist dem Beklagten zu 1) keine Verkehrssicherungspflichtverletzung vorzuwerfen. Dass der Beklagte zu 1) möglicherweise schuldhaft seine (vertraglichen) Pflichten aus dem mit der Beklagten zu 4) geschlossenen „Kranprüfvertrag“ verletzt haben könnte, führt hier nicht zu einer deliktischen Haftung des Beklagten zu 1) gegenüber der Klägerin. Letzteres gilt, obwohl der Beklagte zu 1) den Kran im Rahmen der wiederkehrenden Prüfung nach § 26 Abs. 1 und 4 DGUV Krane begutachtete, als dieser bereits in Betrieb genommen war, und keine Beanstandungen feststellte.

aa) Ein schuldrechtlicher Anspruch der Klägerin wegen möglicher Pflichtverletzungen des Beklagten zu 1) aus dem zwischen der Beklagten zu 4) und ihm geschlos-

senen „Kranprüfungsvertrag“ zur Erfüllung der Pflicht aus § 26 Abs. 1 u. 4 DGUV Krane besteht schon deshalb nicht, weil dieser Vertrag keine Schutzwirkungen gegenüber der Klägerin entfaltet. Zwar kann ein Gutachter für schädliche Auswirkungen seines Gutachtens auch einem Dritten gegenüber haften.³² Allerdings sind an die Einbeziehung des Dritten strenge Anforderungen zu stellen, da der Vertrag aus Schuldnersicht zu einer Haftungsausdehnung führt.³³ Die Rechtsfigur darf sich nicht zum Ersatz für eine (fehlende) deliktische General Klausel entwickeln.³⁴ Hier fehlt es bereits an der qualifizierten Leistungsnähe der Klägerin. Sie ist rein zufällig, nicht bestimmungsgemäß und nur entfernt mit den vertraglichen Leistungen des Beklagten zu 1) in Berührung gekommen. Insofern kommt es nicht weiter darauf an, ob ein so weit gezogener Personenkreis ausreichend begrenzt und überschaubar wäre.³⁵

bb) Der Beklagte zu 1) haftet der Klägerin auch nicht aus § 823 Abs. 1 BGB. Die Darlegungs- und Beweislast für die Verkehrssicherungspflichtverletzung trifft hier im rein deliktischen Bereich, anders als im vertraglichen Bereich, allein die Klägerin.³⁶

(1) Der Beklagte zu 1), der lediglich als von der Berufsgenossenschaft Holz und Metallbau/Maschinenbau- und Metallverarbeitung bestellter Sachverständiger am 07.10.2013 die sogenannte wiederkehrende Prüfung nach § 26 der Unfallverhütungsvorschriften Krane (BGV D 6) auf dem aufgebauten Kran durchführte, hat keine gegenüber der Klägerin bestehende Verkehrssicherungspflicht verletzt. Eine solche hat der Beklagte zu 1) nicht übernommen. Der Prüfungsumfang des § 26 der BGV D 6 ist begrenzt.

(2) Nach § 26 der berufsgenossenschaftlichen Unfallverhütungsvorschrift für Krane vom 01.12.1974 in der Fassung vom 01.04.2001 (BGV D 6) hat der Unternehmer dafür zu sorgen, dass Krane entsprechend den Einsatzbedingungen und den betrieblichen Verhältnissen nach Bedarf, jährlich jedoch mindestens einmal, durch einen Sachkundigen geprüft werden. Dabei sind die Prüfhinweise der Hersteller in den Betriebsanleitungen zu beachten. Die Unfallverhütungsvorschrift für Krane (BGV D 6) verpflichtet den Unternehmer sicherzustellen,

30 Vgl. BeckOGK/Meller-Hannich, 01.05.2025, BGB § 213 Rdnr. 1.

31 Vgl. BeckOGK/Meller-Hannich, 01.05.2025, BGB § 204 Rdnr. 59.

32 Vgl. BGH, Urt. v. 14.11.2000 – X ZR 203/98, juris.

33 Vgl. Bayer, in: Erman BGB, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 328 BGB Rdnr. 67.

34 Vgl. BGH, Urt. v. 11.01.1977 – VI ZR 261/75, juris, Rdnr. 18.

35 Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 17.11.2016 – III ZR 139/14, juris, Rdnr. 20.

36 Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 21.01.2025 – I-7 U 3/25, juris, Rdnr. 4 m.w.N.

dass deren Beschaffenheit und deren Betrieb den Bestimmungen der BGV D 6 sowie den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen (§§ 3, 3a DGUV Krane).

Nach § 1 Nr. 1, § 14 Abs. 1 Satz 1 SGB VII obliegt den Trägern der gesetzlichen Unfallversicherung die Aufgabe, mit allen geeigneten Mitteln Arbeitsunfälle zu verhüten. Zu diesem Zweck können sie – mit Genehmigung durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales – unter anderem Vorschriften über die Maßnahmen erlassen, welche die Unternehmer zur Vermeidung von Arbeitsunfällen treffen müssen (§ 15 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 SGB VII). Die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung sollen darüber hinaus die Unfallverhütungsvorkehrungen in den einzelnen Unternehmen überwachen (§ 17 Abs. 1 Satz 1 SGB VII) und hierzu sogenannte Aufsichtspersonen (früher: technische Aufsichtsbeamte, § 712 Abs. 2 RVO), die ihre Befähigung zuvor durch eine Prüfung nachzuweisen haben (§ 18 Abs. 2 Satz 1 SGB VII) und denen gesetzlich umfangreiche Befugnisse gegenüber den Unternehmern eingeräumt sind (§ 19 SGB VII), in ausreichender Zahl beschäftigen (§ 18 Abs. 1 SGB VII).³⁷

Für die Durchführung der Maßnahmen ist der Unternehmer verantwortlich (§ 21 Abs. 1 SGB VII; siehe auch § 2 der Unfallverhütungsvorschrift „Grundsätze der Prävention“ in der Fassung vom April 2005, BGV A 1). § 21 Abs. 1 SGB VII enthält insoweit „die grundlegende Verpflichtung des Unternehmers zum Schutz der Versicherten“ und verdeutlicht i.V.m. § 14 Abs. 1 Satz 1 SGB VII die Rollenverteilung auf dem Gebiet der Unfallprävention. Die Unfallversicherungsträger sind für den Erlass von entsprechenden Vorschriften, für Überwachung und Beratung zuständig, während der Unternehmer die konkreten Präventionsmaßnahmen durchzuführen hat, zu denen er gegebenenfalls vom Träger der Unfallversicherung anzuhalten ist.³⁸ Die Verantwortlichkeit des Unternehmers nach § 21 Abs. 1 SGB VII beinhaltet insoweit seine Verpflichtung, die Vorgaben der Unfallversicherungsträger nach §§ 14 ff. SGB VII im Einzelfall umzusetzen und den Erfolg der Umsetzung auch selbst zu überwachen.³⁹ Seine Primärzuständigkeit für den Arbeitsschutz wird durch die einzelnen Unfallverhütungsvorschriften – hier durch die BGV D 6 – konkretisiert.⁴⁰ Die von den Trägern der gesetzlichen Unfallversicherung erlassenen Unfallverhütungsvorschriften verdeutlichen dabei die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.⁴¹

(3) Hieraus ergibt sich, dass die Beklagte zu 4) die Unfallverhütungsvorschriften einzuhalten hatte und nicht der Beklagte zu 1). Nur die Beklagte zu 4) ist als „Unternehmer“ Adressat der o.g. Unfallverhütungsvorschriften.

(4) Dass der Beklagte zu 1) die in § 26 DGUV Krane vorgesehene Prüfung übernommen hat, führte nicht dazu, dass die Beklagte zu 4) ihre eigene Verkehrssicherungspflicht im Hinblick auf die von ihr geschaffene und unterhaltene Gefahrenquelle „Kran“ auf den Beklagten zu 1) – auch nur

teilweise – übertragen hätte, so dass dieser selbst (sekundär) verkehrssicherungspflichtig geworden wäre. Der Beklagte zu 1), der den bereits aufgebauten Kran prüfte, unterscheidet sich in seiner Rolle erheblich vom Beklagten zu 2), der beim Aufbau der Gefahrenquelle mitwirkte. Dies zeigt sich daran, dass der Sachkundige nach § 26 DGUV Krane selbst nicht befugt ist, Maßnahmen zum Arbeitsschutz gegenüber dem Kranbetreiber zu treffen, weder was die Durchführung der Prüfung noch – bei Feststellung von Mängeln im Rahmen der Untersuchung – deren Beseitigung anbetrifft. Seine Aufgabe besteht in der vom Betreiber beauftragten Untersuchung des Krans und der Dokumentation des Prüfungsergebnisses.⁴²

cc) Ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten zu 1) aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den Unfallverhütungsvorschriften Krane (BGV D 6) scheitert schon deshalb, weil letztere keinen Drittschutz gegenüber der Klägerin entfalten. Da diese Unfallverhütungsvorschriften nur den Schutz der (Unfall-)Versicherten bezwecken, sind sie im Verhältnis zu Dritten grundsätzlich nicht als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB anzusehen.⁴³ Auf die vom Landgericht zutreffend festgestellte Passivlegitimation kommt es deshalb nicht an.

dd) Der Klägerin steht auch kein Anspruch gegen den Beklagten zu 1) aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 222, 229, 13 StGB zu, was gleichzeitig auch einen Anspruch der Klägerin aus § 823 Abs. 1 BGB durch Unterlassen ausschließt. Es ist bereits fraglich, ob der Beklagte zu 1) gegenüber der Klägerin und ihrer Tochter eine Sorgfaltspflicht i.S.d. §§ 222, 229 StGB verletzt und nach den konkreten Umständen des Streitfalls eine haftungsbegründende Rechtspflicht übernommen hat. Zwar hat der Beklagte zu 1) als unabhängiger Sachverständiger i.S.v. § 26 Abs. 2 DGUV gehandelt, die ihm übertragene Rechtspflicht war aber, wie oben ausgeführt, derart eingeschränkt und nicht von drittschützender Natur, dass eine die strafrechtliche Haftung auslösende Pflichtenstellung gegenüber der Klägerin und ihrer Tochter bereits fraglich ist.⁴⁴ Jedenfalls fehlte es dem Beklagten zu 1) aber auch an der erforderlichen Garantenstellung i.S.v. § 13 StGB.

37 Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 14.05.2009 – III ZR 86/08, BGHZ 181, 65 (77) Rdnr. 11.

38 BGH, a.a.O. Rdnr. 12.

39 Vgl. BGH, a.a.O.

40 Vgl. BGH, a.a.O.

41 BGH, a.a.O. Rdnr. 13.

42 Vgl. BGH, Urt. v. 14.05.2009 – III ZR 86/08, BGHZ 181, 65 (77).

43 Vgl. Kranig/Timm, in: Hauck/Nofz SGB VII, 3. Erg.Lfg. 2025, § 15 SGB 7, S. 9 m.w.N.

44 Vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 12.05.2017 – 10 U 183/15, juris, Rdnr. 21; vgl. auch BGH, Urt. v. 07.07.2020 – VI ZR 308/19, juris, Rdnr. 15.

(1) Eine mögliche Verletzung der hier vom Beklagten zu 1) gegenüber der Beklagten zu 4) übernommenen Vertragspflichten aus der Kranprüfung nach § 26 Abs. 2 DGUV Krane ist für sich alleine weder eine unerlaubte Handlung noch eine Straftat. Grundsätzlich bezieht sich der Schutz aus §§ 823 ff. BGB nur auf die allgemeinen Pflichten zum Schutz Dritter, die jedermann beachten muss. Vertragsrechtlich begründete, nur zwischen den Vertragsparteien wirkende Pflichten und Rechte genießen keinen deliktsrechtlichen oder auch strafrechtlichen Schutz für Dritte.⁴⁵ Verletzungen von Vertragspflichten stellen zwar für sich jedenfalls nicht ohne weiteres unerlaubte Handlungen dar, sie können aber als solche zu bewerten sein, wenn sie zugleich die eigenständig zu beurteilenden tatbestandlichen Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung erfüllen.⁴⁶

(2) Wann insbesondere eine die strafrechtliche Haftung auslösende Sorgfaltspflicht verletzt ist, ist mangels einer meist fehlenden Detailregelung zum Pflichtenprogramm im betreffenden Handlungsbereich unbestimmt.⁴⁷ Zur Ermittlung des anwendbaren Sorgfaltsmaßstabs im Rahmen von §§ 222, 229 StGB sind die vom Beklagten zu 1) zu beachtenden Unfallverhütungsvorschriften insbesondere aus § 26 Abs. 2 DGUV Krane heranzuziehen. Die objektive Sorgfaltspflicht ist auf zahlreichen Sachgebieten durch Verhaltensvorschriften⁴⁸ oder allgemeine Erfahrungssätze (z.B. anerkannte Regeln der Technik) konkretisiert und verallgemeinert. Insofern sieht der Senat diese auch nicht als „deliktsrechtlich funktionslos“ an, wie die Streithelferin zu 5) im Schriftsatz vom 03.09.2025 vorträgt. Diese Sondernormen sind das Ergebnis einer auf Erfahrung und Überlegung beruhenden umfassenden Voraussicht möglicher Gefahren.⁴⁹ Ein Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik oder Unfallverhütungsvorschriften ist indes nicht gleichbedeutend mit sorgfaltswidrigem Handeln i.S.d. §§ 222, 229 StGB.⁵⁰

(3) Es ist insofern zweifelhaft, ob die den Beklagten zu 1) aus der DGUV Krane nicht direkt treffenden eingeschränkten Aufgaben und Handlungsmöglichkeiten – wie oben ausgeführt – angesichts des fehlenden Drittschutzes zu einer eine strafrechtliche Haftung auslösenden Pflichtenstellung führen. Die Unfallverhütungsvorschriften geben zwar den Inhalt der Verkehrssicherungspflicht vor,⁵¹ wie die Streithelferin zu 5) ausdrücklich im Nachgang zur mündlichen Verhandlung mit Schriftsatz vom 05.09.2025 vorträgt. Dies gilt allerdings nur für den Adressaten der Unfallverhütungsvorschriften, zu denen der Beklagte zu 1) nicht direkt zählt und deren Erfüllung er nur zu einem sehr eingeschränkten Teil vertraglich übernommen hat. Insofern bleibt die strafrechtliche Pflichtenstellung des Beklagten zu 1) fraglich, obwohl der Senat nicht verkennet, dass der anzuwendende Sorgfaltsmaßstab sich danach bestimmt, was von einem besonnenen und gewissenhaften Menschen – aus ex ante Sicht – in der konkreten Situation und der sozialen Rolle des in Anspruch Genommenen erwartet wird.⁵² Der Beklagte zu 1) hatte aber lediglich die Verpflichtung

einer ordnungsgemäßen wiederkehrenden Kranprüfung i.S.d. § 26 Abs. 2 DGUV Krane von der Beklagten zu 4) übernommen. Diese dient zwar erkennbar der Beherrschung der Gefahrenquelle Kran, aber es kann nicht außer Betracht bleiben, dass diese Unfallverhütungsvorschriften weder die Allgemeinheit schützen, noch sich direkt an den Beklagten zu 1) richteten. Der Beklagte zu 1) wurde als Sachkundiger schließlich auch nicht als Teil der staatlichen Gefahrenabwehr tätig oder übte eine ordnungspolizeiliche Überwachungstätigkeit aus.⁵³ Im Übrigen hatten die von ihm erteilte Prüfplakette und der Prüfbericht nur einen sehr eingeschränkten Erklärungswert.⁵⁴

(4) Es fehlt dem Beklagten zu 1) aber jedenfalls an der erforderlichen Garantenstellung für eine Haftung nach § 823 Abs. 1 oder 2 BGB. Eine mögliche Garantenstellung ist im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB und bei einer Haftung nach strafrechtlichen Gesichtspunkten einheitlich zu beurteilen. Die Ergebnisse der hier vorherrschenden Entscheidungen im strafrechtlichen Kontext sind auch bei § 823 BGB heranzuziehen, um das Vorliegen einer Garantenstellung zu beurteilen.⁵⁵

(α) Die hier relevante Tathandlung des Beklagten zu 1) ist als Unterlassen und nicht als aktives Tun zu qualifizieren. Der Schwerpunkt der gegen den Beklagten zu 1) im Raum stehenden Vorwerfbarkeit liegt im Unterlassen. Zwar hat er aktiv den Prüfungsbericht unterzeichnet und ein Prüfsiegel erteilt. Schwerer wiegt aber, dass der Beklagte zu 1) es unterlassen hat, die Beklagte zu 4) auf Probleme bei der Sicherheit beim unfallträchtigen Federstecker aufmerksam zu machen und den Austausch der Federstecker zu veranlassen. Er hat nicht aktiv auf die Willensbildung der Eigentümerin eingewirkt,⁵⁶ vielmehr liegt der

45 Vgl. BeckOGK/T. Voigt, 01.02.2025, BGB § 823 Rdnr. 7.

46 Vgl. BGH, Urt. v. 03.02.1998 – X ZR 27/96, juris, Rdnr. 9.

47 Vgl. BeckOK StGB/Eschelbach, 65. Ed. 01.05.2025, StGB § 222 Rdnr. 1.

48 Sog. Sondernormen, z.B. Verkehrsregeln, Unfallverhütungsvorschriften, Lenkzeitvorschriften, Spielregeln beim Kampfsport usw.

49 Vgl. Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, 30. Aufl. 2023, StGB § 15 Rdnr. 39.

50 Vgl. Esser, Keuten: Strafrechtliche Risiken am Bau – Überlegungen zum Tatbestand der Baugefährdung (§ 319 StGB) und seinem Verhältnis zu §§ 222, 229 StGB, NSZ 2011, 311 ff.

51 Vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 28.04.2009 – 6 U 56/08, juris, Rdnr. 57.

52 Vgl. Esser, a.a.O.

53 Vgl. ausdrücklich zur DGUV Krane: BGH, Urt. v. 14.05.2009 – III ZR 86/08, BGHZ 181, 65 (77) Rdnr. 23.

54 Vgl. zu § 29 StVZO: BayOLG, Urt. v. 29.10.1998 – 5St RR 167/98, juris, Klinger, Strafbarkeit des Sachverständigen, DS 2007, 219 ff.

55 Vgl. BeckOK BGB/Förster, 74. Ed. 01.05.2025, BGB § 823 Rdnr. 103.

56 In Abgrenzung zu BGH, Urt. v. 12.01.2010 – 1 StR 272/09, juris, Rdnr. 50.

Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf dem Nichterkennen des Sicherheitsproblems und des Nicht-Handelns.

(ß) Dies genügt nicht für eine deliktsrechtliche Haftung des Beklagten zu 1) gegenüber der Klägerin. Ein Begehen durch Unterlassen ist nach § 13 Abs. 1 StGB nur dann strafbar, wenn der Täter rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatabstands durch ein Tun entspricht. Bei den unechten Unterlassungsdelikten muss ein besonderer Rechtsgrund nachgewiesen werden, wenn jemand ausnahmsweise dafür verantwortlich gemacht werden soll, dass er es unterlassen hat, zum Schutz fremder Rechtsgüter positiv tätig zu werden. Die Gleichstellung des Unterlassens mit dem aktiven Tun setzt deshalb voraus, dass der Täter als Garant für die Abwendung des Erfolgs einzustehen hat. Insbesondere reichen vertragliche Pflichten aus gegenseitigen Rechtsgeschäften nicht ohne weiteres zur Begründung einer strafbewehrten Garantenpflicht gegenüber am Vertrag nicht beteiligten Dritten aus.⁵⁷

(γ) An dieser erforderlichen Garantenstellung fehlt es hier. In Betracht käme insofern nur die Übernahme einer Überwachungsgarantenstellung.⁵⁸ Dem Beklagten zu 1) wurde aber aus der Übernahme der nach § 26 Abs. 2 DGUV Krane übernommenen Prüfung und der Befolgung des Pflichtenkatalogs nicht zum Überwachungsgaranten des Krans. Vertragliche Pflichten aus gegenseitigen Verträgen reichen nicht ohne Weiteres zur Begründung strafrechtlicher Garantenpflichten aus;⁵⁹ erforderlich sind tatsächliche Umstände, die eine Verpflichtung zur Gewähr gerade für das geschützte Rechtsgut begründen. Hieran fehlt es. Der Arbeitsauftrag des Beklagten zu 1) bezog sich nur auf das Erkennen und Dokumentieren von möglichen Mängeln des Krans im Rahmen des Gutachtenauftrags. Wie oben unter 2) e) bb) ausgeführt, übernahm er hierdurch nicht die Abwendung der für die Allgemeinheit ausgehenden Gefahren des Krans. Er war weder Adressat der Unfallverhütungsvorschriften noch schützten diese, wie oben bereits ausgeführt, die Allgemeinheit.

Dass der Beklagte zu 1) durch den Kranprüfungsvertrag nicht zum Überwachungsgarant des Krans wurde, zeigt sich auch an folgender Kontrollüberlegung: Die vom Beklagten zu 1) aufgrund des Prüfungsauftrags übernommene Verpflichtung kann hinsichtlich des Schutzes der Allgemeinheit nicht über das hinausgehen, was er seiner Vertragspartnerin, der Eigentümerin des Krans, schuldete. Er schuldete indes lediglich die Prüfung gemäß (nicht drittschützender) Unfallverhütungsvorschriften. Hierdurch übernahm er weder die allgemeine Verkehrssicherungspflicht noch eine Garantenpflicht für die Gefahrenquelle Kran insgesamt.

(δ) Vor diesem Hintergrund kommt es nicht darauf an, dass es jedenfalls bisher auch an ausreichenden Feststellungen dazu fehlt, dass dem Beklagten zu 1) überhaupt

objektiv ein Sorgfaltspflichtverstoß vorzuwerfen wäre, weil er nicht erkannt hat, dass entweder kein Federstecker oder ein gekürzter Federstecker im relevanten Bolzen steckte. Dies würde nämlich voraussetzen, dass er als Kranprüfer nach § 26 DGUV Krane die Unfallträchtigkeit des Bolzens bei der wiederkehrenden Prüfung des Krans hätte erkennen können. Dabei ist zu beachten, dass der Beklagte zu 1) in 28 Metern Höhe einen aufgebauten Kran zu prüfen hatte. Dazu fehlt es an Feststellungen, dass er den Fehler an der Verbindung zwischen Bolzen und Federstecker – von oben gesehen – vom Laufkatzenausleger hätte sehen und erkennen können. Jedenfalls fehlt es an einer nachvollziehbaren Darstellung der Anknüpfungstatsachen und Schlussfolgerungen, die diese Annahme belegen könnten. Es macht einen Unterschied, ob der Beklagte zu 1) als Kransachverständiger die Sachverhaltsvariante „kein Federstecker“ oder „fehlerhafter Fehlerstecker“ zu begutachten hatte. Die Aussage des Sachverständigen H, dass der Beklagte zu 1) dies hätte bei seiner Prüfung am 07.10.2013 erkennen können und müssen, genügt hierfür nicht. Die Federstecker waren zwingend von oben zu stecken. Ob in diesem Fall ein Kransachverständiger dies vom Laufkatzenausleger aus erkennen konnte, hängt auch davon ab, in welchem Abstand der Beklagte zu 1) sich in diesem Fall von der zu prüfenden Steckverbindung befand und, für den Fall, dass noch ein zur Sicherung ungeeigneter, gekürzter Federstecker steckte, was zu seinen Gunsten anzunehmen ist, inwieweit er den unfallträchtigen Bolzen „von unten“ einsehen konnte, obwohl er sich angeseilt auf dem Kranausleger befand. Der Sachverständige H hat in seiner informatorischen Anhörung selber ausgeführt, dass die Kranprüfung in 28 Metern teilweise knieend auszuführen sei. Außerdem oblag dem Beklagten zu 1) lediglich eine Sichtprüfung auf augenscheinliche Mängel. Die Steckverbindungen waren von ihm grundsätzlich nicht zu lösen.

(5) Entsprechend haben gegenüber dem Beklagten zu 1) nicht nur die Verurteilung aus den bezifferten Leistungsanträgen, sondern auch der Feststellungsausspruch und die gesamtschuldnerische Verurteilung keinen Bestand.

f) Soweit allerdings die Beklagten zu 2) bis 4) nebeneinander der Klägerin verantwortlich sind, haften sie gem. § 840 BGB als Gesamtschuldner.

(Mitgeteilt von RichterIn am Oberlandesgericht
Nicole Voegeli, Frankfurt)

57 Vgl. BGH, Urt. v. 25.07.2000 – 1 StR 162/00, juris, Rdnr. 8.

58 Vgl. hierzu Köhl, Höchststrichtr. Rspr. NSZ 2008, 276 ff.

59 St. Rspr. vgl. etwa BGH, Beschl. v. 02.02.2010 – 4 StR 345/09, juris, Rdnr. 19, vgl. auch Fischer, Komm. z. StGB, 72. Aufl. 2025, § 13 Rdnr. 36.

Jetzt Fachwissen bestellen und erfolgreich digital arbeiten

shop.wolterskluwer-online.de →



Wolters Kluwer



baurecht (BauR), 57. Jahrgang 2026. Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Werner Verlag, Wolters-Kluwer-Straße 1, 50354 Hürth. E-Mail: stefan.kolbe@wolterskluwer.com, Tel.: 02233/ 3760-7646

Bezugspreis zzgl. Versandkosten:

jährlich: 599,00 €

Preis für das Einzelheft: 58,00 €

Kündigungsfrist: 3 Monate zum Jahresende

Auslieferung und Abonnementsverwaltung: Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Kundenservice, Wolters-Kluwer-Str. 1, 50354 Hürth, Telefon 02233/3760-7201, Telefax 02233/3760-7202.

Anzeigen: Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Wolters-Kluwer-Straße 1, 50354 Hürth, Anzeigenverkauf: Gabriele Wieneber, Telefon 02233/3760-7608, E-Mail: gabriele.wieneber@wolterskluwer.com
Anzeigendisposition: Anja Bottner, Telefon 02233/3760-7697, E-Mail: anzeigen@wolterskluwer.com
www.werner-verlag.de

Es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 34 vom 01.01.2026.

Herausgeber und Schriftleitung:

1. Privates Bau- und Architektenrecht:

- a) zuständig für Aufsätze und Editorial: Björn Retzlaff, E-Mail: bjorn.retzlaff@t-online.de
- b) zuständig für BGH-Rechtsprechung: Rüdiger Pamp, Vors. Richter am BGH, E-Mail: pamp.schoen@t-online.de
- c) zuständig für Koordination und Rechtsprechung Instanzgerichte: VRIOLG a.D. Karl-Heinz Keldungs, Mauerstr. 45, 40476 Düsseldorf, E-Mail: keldungs@arcor.de

2. Öffentliches Baurecht:

Zuständig für Koordination, Aufsätze und Rechtsprechung: VRI-
OVG Jens Saurenhaus, E-Mail: jens.saurenhaus@yahoo.de

Einsendungen an die Schriftleitung werden gern geprüft, erfolgen aber auf eigene Gefahr und ohne Gewähr für die Rücksendung. Der Autor eines Beitrags versichert, über die Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Er versichert, das eingedachte Manuskript bzw. die gleiche Thematik nicht gleichzeitig in einer anderen Zeitschrift zu veröffentlichen. Mit der Annahme des Beitrags oder der redigierten Entscheidung erhält der Werner Verlag die ausschließlichen Nutzungsrechte. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken und die Verwertung mittels elektronischer Medien (Online-Dienste und CD-ROM).

Urheber und Verlagsrechte: Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze; denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Redaktion erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen; diese bedürfen zur Auswertung einer Genehmigung des Verlages. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden.

Herstellung: Lotos Poligrafia Sp. z o.o., Warszawa, Polen
ISSN 0340-7489

Einzigartig fachübergreifend

Die Zeitschrift **Bauwirtschaft** ist die deutsche Plattform für Aufsätze zu den Bereichen Baubetrieb, Bauwirtschaft und Baurecht. Einzelne Beiträge sind peer reviewed.

Die Komplexität bei Bauvorhaben erfordert einen Blick über den Tellerrand der eigenen Fachrichtung. Deshalb decken die Beiträge in der Bauwirtschaft viele Bereiche ab und erläutern sowohl Praxisbeispiele als auch wissenschaftliche Forschungsarbeiten.

Die **Bauwirtschaft** ist die Zeitschrift für Baubetriebl:innen, Bauingenieur:innen, Architekt:innen und Baujurist:innen sowie für die Wissenschaft.

Sundermeier / Meinen, Bauwirtschaft – neben vielen anderen Titeln enthalten in den Modulen Bauwirtschaft und Wolters Kluwer Kommunales Rechtsamt auf Wolters Kluwer Online.



ISSN 2509-8594, € 204,-
im Jahresabo zzgl. Versandkosten

Onlineausgabe ca. € 14,67 mtl.
(im Jahresabo zzgl. MwSt)

Auch im Handel erhältlich



Wolters Kluwer

Mehr Infos:

shop.wolterskluwer-online.de →

Lösungen zu allen Aspekten des Bauträgervertrages

Mit der 12. Auflage 2026 auf dem neuesten Stand:

- Einfügung eines neuen Kapitels zu rechtlichen Rahmenbedingungen einer Smart-Home-Ausstattung
- Neuerungen bei gesetzlichen und vertraglichen Änderungsbefugnissen des Bauträgers
- Ausführungen zu aktuellen Fragen: Altbauvorhaben, Mehrhausanlagen und Abnahme
- Einarbeitung der wirtschaftlichen Entwicklungen der vergangenen Jahre: steckenbleibende Bauträgervorhaben und Bauträgerinsolvenz

Basty, Der Bauträgervertrag – neben vielen anderen Titeln enthalten in den Modulen Notarrecht, Privates Baurecht und Wolters Kluwer Kommunales Rechtsamt auf Wolters Kluwer Online.



ISBN 978-3-452-30573-2, ca. € 189,-

Onlineausgabe ca. € 14,72 mtl.
(im Jahresabo zzgl. MwSt)

Auch im Handel erhältlich

Mehr Infos:

Der Werner/Pastor NEU im Juni 2026

Mit der 19. Auflage 2026 auf dem neuesten Stand im Baurecht:

- Diskussion zu Begriff und Relevanz der allgemein anerkannten Regeln der Technik und ihrer Bedeutung für die Mängelhaftung
- Mehrparteienvertrag und IPA
- Neue Rechtsprechung des BGH bzw. der Oberlandesgerichte zu
 - Mängelhaftung
 - Bauzeitansprüchen des Unternehmers
 - 650f BGB (Bauhandwerkersicherung, Anspruch auf Sicherheit)
 - Hemmung der Verjährung durch Streitverkündung
 - Vertragsstrafe
 - Bauträgerrecht
 - Abrechnung des gekündigten Bau- und Architektenvertrages

Werner/Pastor, Der Bauprozess – neben vielen weiteren Titeln im Modul Privates Baurecht auf Wolters Kluwer Online.



ISBN 978-3-8041-5676-0, ca. € 259,-

Onlineausgabe ca. € 16,28 mtl.
(im Jahresabo zzgl. MwSt)

Auch im Handel erhältlich



Wolters Kluwer

Mehr Infos:

shop.wolterskluwer-online.de →