

## **BAUÜBERWACHUNG EINER BALKONSANIERUNG**

*OLG Dresden, Urteil vom 3.4.2017 — Aktenzeichen: 13 U 74/16*

### **Leitsatz**

1. Der Architekt und der Unternehmer sind im Umfang ihrer Haftung Gesamtschuldner. Dem Auftraggeber steht es grundsätzlich frei, ob er wegen eines Mangels am Bauwerk den Unternehmer oder den Architekten, der seine Aufsichtspflicht verletzt hat, in Anspruch nehmen will.

2. Allerdings kann sich die Inanspruchnahme eines Gesamtschuldners als rechtsmissbräuchlich darstellen. Der Gläubiger darf bei seinem Entschluss, gegen welchen Gesamtschuldner er vorgeht, nicht jede Rücksichtnahme auf den anderen vermissen lassen. Er hat vielmehr seine Rechte nach Treu und Glauben auszuüben, § 242 BGB.

3. Wenn der Auftraggeber durch seine unberechtigte Auftragsentziehung gegenüber dem Unternehmer, der seine Bereitschaft zur Nachbesserung gezeigt hatte, eine einfachere und billigere Beseitigung der Mängel, die er ohne unzumutbare Schwierigkeiten hätte erlangen können, unterbunden hat und nunmehr den Architekten wegen des Schadens in Anspruch nehmen will, dessen Ersatz er von dem Unternehmer aufgrund seines eigenen Vorgehens nicht mehr verlangen kann, ist dies treuwidrig.

### **Sachverhalt**

Der klagende Bauherr lässt vom beklagten Architekten eine Kindertagesstätte planen und deren Errichtung überwachen. Der ebenfalls beklagte Bauunternehmer führt auf der Grundlage eines VB/B Bauvertrages die Außenputzarbeiten, das WDVS und die Abdichtungsarbeiten aus.

Dabei treten Mängel auf. Nach einer entsprechenden Aufforderung zur Mangelbeseitigung erklärt sich der beklagte Bauunternehmer schließlich bereit, die Mängel zu beseitigen. Daraufhin verhandeln der Bauherr und die Bauunternehmer über einen längeren Zeitraum über die Art und Weise der Nachbesserung, wobei der Bauunternehmer auch ein Nachbesserungskonzept vorlegt und mit den Nachbesserungsarbeiten beginnt. Während dieser Zeit kündigt der Bauherr den Vertrag mit dem Architekten. Die Verhandlungen mit dem Bauunternehmer beendet der Bauherr, indem er zum einen eine Frist zur Mangelbeseitigung bis 16.08. setzt, mit weiteren Schreiben die Vorlage bestimmter Unterlagen unter Fristsetzung verlangt sowie die „Entziehung des Nachbesserungsrechts“ und die

Ersatzvornahme androht. Schon am 30.07. „entzieht“ er dann dem Bauunternehmer „das Nachbesserungsrecht“, führt die Ersatzvornahme durch und macht deren Kosten sowohl gegen den Bauunternehmer als auch gegen den Architekten geltend. Mit Erfolg?

### **Entscheidung**

Ohne Erfolg.

Der Bauherr nimmt den Bauunternehmer sowie den bauüberwachenden Architekten gesamtschuldnerisch in Anspruch. Die Klage gegen den Bauunternehmer wird abgewiesen, weil dem Bauunternehmer zu Unrecht gekündigt worden ist. Der Bauunternehmer habe die Mangelbeseitigung nicht endgültig verweigert. Einen Schadensersatzanspruch gegen den bauleitenden Architekten hat das OLG ebenfalls für unbegründet erachtet. Die geltend gemachten Ersatzvornahmekosten könne der Bauherr nach Treu und Glauben nicht vom bauleitenden Architekten verlangen. Zwar stehe es dem Auftraggeber frei, ob er wegen Mängel den Unternehmer oder den seine Bauüberwachungspflicht verletzenden Architekten in Anspruch nehme, allerdings könne sich die Inanspruchnahme eines Gesamtschuldners als rechtsmissbräuchlich darstellen. Bei seinem Entschluss, gegen welchen Gesamtschuldner vorgegangen werden solle, dürfe der Bauherr nicht jede Rücksichtnahme auf andere vermissen lassen. Vielmehr habe er seine Rechte nach Treu und Glauben auszuüben. So könne der Bauherr ausnahmsweise gehindert sein, einen bauüberwachenden Architekten wegen eines Bauaufsichtsfehlers in Anspruch zu nehmen, wenn und soweit er auf einfachere, insbesondere billigere Weise von dem Bauunternehmer die Beseitigung des Mangels verlangen könne. Dem Bauherrn sei nicht zuzumuten, sich nennenswerten Schwierigkeiten bei der Durchsetzung seiner Ansprüche gegen den Bauunternehmer auszusetzen, um den ebenfalls haftenden Architekten zu schonen. Ergeben sich solche Schwierigkeiten, so wird es dem Bauherren regelmäßig unbenommen sein, sich ohne Einschränkung zügig an den Architekten zu halten. Das gilt insbesondere, wenn der Bauherr nur durch einen Prozess gegen den Unternehmer zu seinem Recht kommen könne. Gleichwohl ist das OLG Dresden im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis gelangt, der Bauherr sei nach Treu und Glauben gehindert, die Kosten der Ersatzvornahme gegenüber dem bauüberwachenden Architekten geltend zu machen. Infolge der unberechtigten Entziehung des Auftrages gegenüber dem Bauunternehmer, welcher zur Nachbesserung bereit gewesen sei, habe der Bauherr eine einfachere und billigere Beseitigung der Mängel, die er ohne unzumutbare Schwierigkeiten hätte erlangen können, unterbunden. Wenn der Bauherr dann den bauüberwachenden Architekten wegen des Schadens in Anspruch nehmen will, dessen Ersatz von dem Bauunternehmer aufgrund seines eigenen Vorgehens nicht verlangen kann, so ist dies treuwidrig.

### **Anmerkung**

Das Urteil weicht von der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ab, entspricht aber Forderungen in der Literatur. Das neue Bauvertragsrecht enthält dazu in § 650 s BGB eine Lösung.

**SCHLÜNDER** | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)