BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 8/10

Verkündet am:
10. Februar 2011
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 631, 633, 254 Da

a) Ein Architekt, der sich zur Erstellung einer Genehmigungsplanung verpflichtet, schuldet als Werkerfolg grundsätzlich eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung. Etwas anderes gilt dann, wenn der Auftraggeber das Risiko der Genehmigungsfähigkeit der Planung aufgrund vertraglicher Vereinbarung übernimmt.

b) Es können bauordnungsrechtliche Bedenken von solchem Gewicht gegen die Zulässigkeit eines Bauvorhabens bestehen, dass der Bauherr ihretwegen nicht ohne weiteres auf die Rechtmäßigkeit der erteilten Baugenehmigung vertrauen darf (im Anschluss an BGH, Urteil vom 12. Juni 1975 - III ZR 34/73, NJW 1975, 1968, 1969).

c) Sind dem Auftraggeber Umstände bekannt, aufgrund derer sich die Fehlerhaftigkeit der Genehmigungsplanung des Architekten aufdrängt, und macht er von der erteilten Baugenehmigung dennoch Gebrauch, verstößt er regelmäßig gegen die im eigenen Interesse bestehende Obliegenheit, sich selbst vor Schäden zu bewahren (§ 254 Abs. 1 BGB).

BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - VII ZR 8/10 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Dezember 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka und die Richter Dr. Kuffer, Bauner, Halfmeier und Prof. Leupertz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 18. Dezember 2009 aufgehoben, soweit zu seinem Nachteil entschieden worden ist.

Die Anschlussrevision der Kläger wird zurückgewiesen.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Kläger begehren die Feststellung, dass der beklagte Architekt für Schäden hafte, die durch die Rücknahme der Baugenehmigung für einen gartenseitigen Anbau an ihrem Einfamilienhaus in D. sowie durch eine Abrissverfügung und weitere Maßnahmen der Stadt D. verursacht werden.

2 Die Kläger beauftragten den Beklagten 1990 mit der Erstellung einer Bauplanung für einen An- und Umbau ihres Einfamilienhauses in D. Diese Planung sah auf der zum Nachbargrundstück K. gelegenen Seite einen eingeschossigen Anbau mit einer Dachterrasse vor. Bestandteil des auf Grundlage der Planung des Beklagten eingereichten Bauantrags war ein von ihm erstellter Lageplan, der von den damaligen Eigentümern des benachbarten Grundstücks, den Eheleuten K., unterzeichnet war und deren Zustimmung zur Unterschreitung des Grenzabstands belegen sollte. Dieses Bauvorhaben wurde nicht verwirklicht.

3 Nachdem am 3. Dezember 1997 ein Gespräch mit Mitarbeitern des Bauaufsichtsamtes stattgefunden hatte, beauftragten die Kläger den Beklagten 1998 mit der Bau- und Ausführungsplanung eines zweigeschossigen Anbaus auf der zum Nachbargrundstück K. gelegenen Seite. Am 10. November 1998 fand eine weitere Besprechung im Bauaufsichtsamt betreffend die Genehmigungsfähigkeit des geänderten Bauvorhabens statt, bei der die Klägerin und der Beklagte anwesend waren. Der Beklagte fasste das Ergebnis dieser Besprechung in einer Aktennotiz vom 12. November 1998 zusammen, in der unter anderem festgehalten war, dass eine erneute Nachbarzustimmung notwendig sei. Die Klägerin war hiermit nicht einverstanden und verfasste mit Datum vom 14. November 1998 einen geänderten Gesprächsvermerk, in dem sie auch das Gespräch aus dem Jahr 1997 zusammenfasste und in den sie aufnahm, dass nach den Ergebnissen der beim Bauaufsichtsamt geführten Gespräche eine erneute Zustimmung der Nachbarn nicht erforderlich sei. Diesen Vermerk übersandte sie dem Beklagten, der ihn mit einigen kleineren Korrekturen von technischen Daten, jedoch keinen weiteren Anmerkungen zum Erfordernis der Nachbarzustimmung der Klägerin zurücksandte, die ihn sodann dem Bauaufsichtsamt zuleitete. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Beklagte die Kläger mündlich darüber aufgeklärt hat, dass die von den Nachbarn K. erteilte Ge-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

nehmigung nicht für das geänderte Vorhaben gelte. Das Bauvorhaben wurde mit Bescheiden vom 21. Januar 1999 und 26. November 1999 auf der Grundlage der vom Beklagten gefertigten Planung ohne neuerliche Nachbarzustimmung genehmigt, obwohl eine solche aufgrund der zweigeschossigen Bauweise im Bauwich erforderlich gewesen wäre.

4 Im Frühjahr 1999 begannen die Kläger mit der Baumaßnahme. Kurz vor Abschluss der Bauarbeiten legte der neue Eigentümer des Nachbargrundstücks, der Sohn der Eheleute K., am 12. November 1999 Nachbarwiderspruch ein. Daraufhin erließ das Bauaufsichtsamt der Stadt D. am 9. Dezember 1999 eine Stilllegungsverfügung, welche darauf gestützt wurde, dass näher an die Nachbargrenze gebaut worden sei als genehmigt. Mit Bescheid vom 15. Oktober 2002 nahm das Bauaufsichtsamt die Baugenehmigung vom 3. Mai 1993 in der Form der veränderten Ausführungen vom 21. Januar 1999 und 26. November 1999 zurück. Ein Antrag der Kläger auf Abweichung von den notwendigen nachbarlichen Abstandsflächen wurde abgelehnt. Widersprüche der Kläger gegen die Stilllegungsverfügung, die Rücknahmeverfügung und den Ablehnungsbescheid hatten ebenso wie eine nachfolgende Klage vor dem Verwaltungsgericht keinen Erfolg.

5 Mit Ordnungsverfügung vom 6. Juli 2007 forderte das Bauaufsichtsamt der Stadt D. die Kläger zur Beseitigung des Anbaus auf. Gegen diese Verfügung haben sich die Kläger ebenfalls erfolglos verwaltungsrechtlich gewandt.

6 Eine Klage der Kläger gegen den Beklagten auf Feststellung, dass dieser verpflichtet sei, den Klägern als Gesamtgläubigern jeglichen Schaden zu ersetzen, der durch die Stilllegungsverfügung der Stadt D. vom 9. Dezember 1999 verursacht wird, hatte Erfolg. In den Gründen des Feststellungsurteils des Oberlandesgerichts D. vom 26. Oktober 2006 war ausgeführt, dass ein Vermögens-

schaden, den die Kläger durch die Rücknahmeverfügung vom 15. Oktober 2002 erleiden, nicht von dem Feststellungsantrag umfasst sei.

7 Das Landgericht hat antragsgemäß festgestellt, dass der Beklagte über den Tenor des Feststellungsurteils des Oberlandesgerichts D. vom 26. Oktober 2006 hinaus verpflichtet sei, den Klägern als Gesamtgläubigern jeglichen Schaden zu ersetzen, der durch die Rücknahme der Baugenehmigung vom 3. Mai 1993 in Gestalt der Bescheide vom 21. Januar 1999 und vom 26. November 1999 zur Errichtung des gartenseitigen Anbaus an ihrem Haus in D. sowie durch die Abrissverfügung der Stadt D. vom 6. Juli 2007 und weitere Maßnahmen der Stadt D. verursacht wird. Die Berufung des Beklagten hatte Erfolg, soweit es um einen Schaden aufgrund der Baugenehmigung vom 26. November 1999 geht. Im Übrigen war sie erfolglos.

8 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Mit der Anschlussrevision möchten die Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, soweit zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist. Die Anschlussrevision hat keinen Erfolg.

10 Auf das Schuldverhältnis finden die bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetze Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

11 Das Berufungsgericht, dessen Urteil in BauR 2010, 1255 veröffentlicht ist, bejaht die Zulässigkeit des Feststellungsantrags (§ 256 ZPO). Dabei sei unerheblich, dass es sich bei dem tatsächlich durchgeführten Anbau gegenüber dem genehmigten wegen eines noch geringeren Grenzabstandes zum Nachbargrundstück um ein "aliud" handele. Denn die für die Abrissverfügung (§§ 61, 6 BauO NRW) notwendige materielle Baurechtswidrigkeit folge ausschließlich aus der Tatsache, dass der bauordnungsrechtlich erforderliche Grenzabstand unzulässig unterschritten werde.

12 Die Klage sei auch weitgehend begründet. Die von dem Beklagten erstellte Genehmigungsplanung in Gestalt der den Baugenehmigungen vom 3. Mai 1993 und 21. Januar 1999 zugrunde liegenden Bauanträge sei mangelhaft im Sinne von § 633 BGB. Denn sie unterschreite den bauordnungsrechtlich vorgeschriebenen Grenzabstand von mindestens drei Metern zum Nachbargrundstück ohne Vorliegen einer wirksamen Nachbargenehmigung. Ein Architekt, der sich - wie der Beklagte - zur Erstellung einer Genehmigungsplanung verpflichte, schulde als Werkerfolg eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung.

13 Der Beklagte sei von seiner Haftung für die mangelhafte Genehmigungsplanung nicht ausnahmsweise befreit. Dies ergebe sich weder aus dem Gesichtspunkt einer (ausdrücklichen oder konkludenten) vertraglichen Übernahme des Risikos der Genehmigungsfähigkeit durch die Kläger noch einer Offenkundigkeit der Notwendigkeit einer (erneuten) Nachbarzustimmung noch einer Erteilung pflichtgemäßer Risikohinweise durch den Beklagten.

14 Der Mangel der Genehmigungsplanung sei kausal für den Schaden, den die Kläger mit ihrem Feststellungsbegehren verfolgen. Der Beklagte sei für den

Mangel seiner Genehmigungsplanung bzw. die Nichterfüllung seiner Hinweispflicht alleine verantwortlich. Ein Mitverschulden sei den Klägern nicht anzulasten.

15 Die vom Beklagten erhobene Einrede der Verjährung greife nicht durch. Der Gewährleistungsanspruch unterliege der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 638 BGB (a.F.) bzw. § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB (n.F.), da die Pflicht, deren Verletzung die Kläger dem Beklagten vorwürfen, eine vertragliche, leistungsbezogene Hauptpflicht sei. Diese mit der Abnahmeverweigerung durch die Kläger am 2. Oktober 2001 beginnende Verjährungsfrist sei durch die Geltendmachung im vorliegenden Verfahren mit Wirkung ab dem 30. September 2006 und damit rechtzeitig gehemmt worden.

16 Unbegründet sei die Klage, soweit es um den Schaden gehe, der durch die Rücknahme der Baugenehmigung vom 26. November 1999 verursacht werde. Den dieser weiteren Baugenehmigung (Nachtrag für einen zusätzlichen Hobbyraum im Keller) zugrunde liegenden Bauantrag habe nicht der Beklagte, sondern der Architekt L. erstellt. Der Beklagte rüge deshalb mit der Berufung zu Recht, dass der Klägervortrag für seine Verantwortlichkeit hinsichtlich dieser Genehmigung nicht ausreiche.

II.

A. Revision des Beklagten

17 Das Berufungsurteil hält nicht in jeder Hinsicht der rechtlichen Nachprüfung stand.

18 1. Ohne Erfolg macht die Revision zunächst geltend, die materielle Baurechtswidrigkeit des errichteten Objekts beruhe auch auf der im Vergleich zur erteilten Genehmigung abweichenden Ausführung mit noch geringeren Abstandsflächen. Das errichtete Objekt stelle ein "aliud" zu dem genehmigten Bauvorhaben dar, so dass die erteilte Baugenehmigung wegen Nichtausübung erloschen sei. Damit sei der Zurechnungszusammenhang zur beanstandeten Planungsleistung unterbrochen. Deshalb fehle es an einem rechtlichen Interesse für die Feststellungsklage, § 256 Abs. 1 ZPO.

19 Dies ist nicht der Fall. Die Revision zieht selbst nicht die Feststellungen des Berufungsgerichts in Zweifel, dass die Baugenehmigung vom 21. Januar 1999 ursächlich für die Errichtung des Anbaus und dass die materielle Baurechtswidrigkeit der dort genehmigten Abstände ursächlich für die Abrissverfügung und seine Bestätigung durch das Verwaltungsgericht war. Zwischen diesem Schaden und der beanstandeten Planungsleistung besteht auch ein Zurechnungszusammenhang, weil das Erfordernis einer genehmigungsfähigen Planung gerade vor derartigen Folgen schützen soll.

20 Es kann dahinstehen, ob die Auffassung der Revision zutrifft, die von der Genehmigung abweichende Bauausführung allein begründe auch dann eine materielle Baurechtswidrigkeit mit denselben Folgen, wenn die Planung des Beklagten genehmigungsfähig und die Baugenehmigung vom 21. Januar 1999 deshalb nicht zu beanstanden gewesen wäre. Dies würde nur dazu führen, dass ein Fall so genannter "Doppelkausalität" für den Schaden vorläge. Ist ein bestimmter Schaden durch mehrere gleichzeitig wirkende Umstände verursacht worden und hätte jede dieser Ursachen für sich allein ausgereicht, um den gesamten Schaden herbeizuführen, dann sind sämtliche Umstände als rechtlich ursächlich zu behandeln, obwohl keiner von ihnen als "conditio sine qua non" qualifiziert werden kann. In diesen Fällen bedarf es einer entsprechenden Modi-

fikation der Äquivalenztheorie, weil der eingetretene Schadenserfolg ansonsten auf keine der tatsächlich wirksam gewordenen Ursachen zurückgeführt werden könnte (BGH, Urteil vom 7. Mai 2004 - V ZR 77/03, BauR 2004, 1772 m.w.N.). Ein rechtliches Interesse an der Feststellung, dass jedenfalls auch eine mangelhafte Planungsleistung den Beklagten zum Ersatz des insbesondere in der auf der Rücknahme der Baugenehmigung beruhenden Abrissverfügung liegenden Schadens verpflichtet, ergibt sich hier schon daraus, dass das Feststellungsurteil des Oberlandesgerichts D. vom 26. Oktober 2006 diesen Schaden ausweislich seiner Gründe gerade nicht umfasst.

21 2. Zutreffend ist das Berufungsgericht weiter davon ausgegangen, dass die vom Beklagten erstellte Genehmigungsplanung wegen Verstoßes gegen den bauordnungsrechtlichen Grenzabstand zum Nachbargrundstück nicht genehmigungsfähig und damit mangelhaft nach § 633 BGB war.

22 a) Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats, dass ein Architekt, der sich zur Erstellung einer Genehmigungsplanung verpflichtet, als Werkerfolg grundsätzlich eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung schuldet (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 2002 - VII ZR 290/01, BauR 2002, 1872 = NZBau 2003, 38 = ZfBR 2003, 31; Urteil vom 21. Dezember 2000 - VII ZR 17/99, BauR 2001, 785, 787 = NZBau 2001, 261, 262 = ZfBR 2001, 310, 311; Urteil vom 25. März 1999 - VII ZR 397/97, BauR 1999, 1195 = ZfBR 1999, 315 m.w.N.). Die vertraglich geschuldete Leistung des Architekten ist deswegen in der Regel nicht erbracht, wenn die angestrebte Baugenehmigung durch die Behörde zunächst erteilt, jedoch später wegen erfolgreichen Drittwiderspruchs aufgehoben wird (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 1999 - VII ZR 190/97, BauR 1999, 934, 935 = ZfBR 1999, 202). Etwas anderes gilt dann, wenn der Auftraggeber das Risiko der Genehmigungsfähigkeit der Planung aufgrund vertraglicher Vereinbarung übernimmt. Die Parteien eines Archi-

tektenvertrages können im Rahmen der Privatautonomie vereinbaren, dass und in welchem Umfang der Auftraggeber rechtsgeschäftlich das Risiko übernimmt, dass die vom Architekten zu erstellende Planung nicht genehmigungsfähig ist (BGH, Urteil vom 26. September 2002 - VII ZR 290/01, aaO; Urteil vom 25. März 1999 - VII ZR 397/97, aaO). Da ein Architektenvertrag einem dynamischen Anpassungsprozess unterliegt, kann eine derartige vertragliche Risikoübernahme durch den Auftraggeber auch nach Vertragsschluss im Rahmen der Abstimmung über das geplante Bauvorhaben erfolgen. Voraussetzung für die vertragliche Risikoübernahme durch den Auftraggeber ist, dass dieser Bedeutung und Tragweite des Risikos erkannt hat, dass die Genehmigung nicht erteilt oder widerrufen wird. Das kann - sofern es nicht bereits offenkundig ist - in der Regel nur angenommen werden, wenn der Architekt den Auftraggeber umfassend über das bestehende rechtliche und wirtschaftliche Risiko aufgeklärt und belehrt hat und der Auftraggeber sich sodann auf einen derartigen Risikoausschluss rechtsgeschäftlich einlässt (vgl. BGH, Urteil vom 9. Mai 1996 - VII ZR 181/93, BauR 1996, 732, 734 = ZfBR 1996, 264, 265).

23 b) Von diesen Grundsätzen geht das Berufungsgericht zutreffend aus.

24 Ohne Erfolg macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe verkannt, dass nach den Behauptungen des Beklagten von vornherein eine Planung vereinbart worden sei, die mit dem Risiko behaftet gewesen sei, dass die vorliegende Nachbarzustimmung nicht ausreiche. Danach habe der Beklagte keine genehmigungsfähige Planung geschuldet. Die Darlegungs- und Beweislast für die Vereinbarung einer genehmigungsfähigen Planung trügen die Kläger.

25 Der Senat muss nicht entscheiden, ob die Auffassung der Revision zutrifft, die Darlegungs- und Beweislast für den Auftrag, eine genehmigungsfähige

Planung zu erstellen, trage der Auftraggeber des Architekten, wenn bei Vertragsschluss erhebliche Indizien bestünden, dass das Risiko der Genehmigungsfähigkeit erkannt und vom Auftraggeber übernommen worden sei. Selbst wenn ein Auftragnehmer behaupte, dass eine Unterschreitung des gewöhnlichen Standards vereinbart worden sei, gehe damit nicht die Beweislast auf den Auftragnehmer über.

26 Die von dem Beklagten angeführten Umstände rechtfertigen nicht die Annahme, die Kläger hätten bei der Beauftragung im Jahr 1998 das Risiko der Genehmigungsfähigkeit wegen der fehlenden Nachbarzustimmung übernommen. Insoweit weist der Beklagte lediglich darauf hin, dass die Kläger die Genehmigungsfähigkeit des von ihnen beabsichtigten Bauvorhabens bereits vor seiner Beauftragung mit dem Bauaufsichtsamt erörtert hätten und danach die Entscheidung, den Anbau zweistöckig zu errichten, bei der Beauftragung bereits gefallen gewesen sei.

27 Der Umstand, dass die Kläger nach einem am 3. Dezember 1997 geführten Gespräch mit dem Bauaufsichtsamt vor der Beauftragung des Beklagten möglicherweise davon ausgegangen sind, dass der zweistöckige Anbau ohne erneute Nachbarzustimmung im Bauwich errichtet werden könne, belegt nicht die Auffassung des Beklagten, die Kläger hätten mit ihrem Auftrag die nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion der Genehmigungsplanung dahin beschränken wollen, dass diese nicht dazu führen müsse, eine dauerhafte Genehmigung zu gewährleisten. Beauftragt ein Bauwilliger eine Genehmigungsplanung für ein Bauwerk, das nach seiner Vorstellung im Bauwich errichtet werden soll und ist ihm bekannt, dass eine Genehmigung von der Zustimmung des Nachbarn abhängen könnte, so hat er entgegen der Auffassung der Revision nicht von vornherein das Risiko übernommen, dass sich eine ohne Rücksicht auf die Nachbarzustimmung erfolgte Planung nicht verwirklichen lässt. Vielmehr

hat der Planungsauftrag auch die Prüfung zum Gegenstand, ob und inwieweit die Nachbarzustimmung notwendig ist und sich die beabsichtigte Bebauung möglicherweise mit zumutbaren Modifikationen im Bauwich verwirklichen lässt. Das gilt auch dann, wenn der Auftraggeber den Auftrag in der Vorstellung erteilt, eine bereits Jahre zuvor für ein anderes Bauvorhaben erteilte Nachbarzustimmung reiche aus, die beabsichtigte abweichende Bebauung ohne erneute Zustimmung durchführen zu können. Der Architekt muss dies selbständig auf der Grundlage des von ihm zu fordernden Sachwissens überprüfen. Müssen ihm bei dieser Prüfung Bedenken kommen, ob die vorgelegte Nachbarzustimmung für die beabsichtigte Bebauung ausreicht, hat er den Auftraggeber darauf und auf die mit der fehlenden Zustimmung verbundenen Risiken hinzuweisen. Er ist zwar nicht verpflichtet, eine solche Zustimmung einzuholen, sofern ihm dazu kein Auftrag erteilt worden ist. Er muss jedoch die Entscheidung des Auftraggebers darüber herbeiführen, ob diese eingeholt wird. Erst wenn sich herausstellt, dass die Nachbarzustimmung notwendig ist, jedoch vom Bauherrn trotz der entsprechenden Aufklärung nicht eingeholt wird, verdichtet sich die Frage, ob der Bauherr bereit ist, die Planung seiner Bauabsicht trotz des Risikos, dass die Baugenehmigung versagt wird oder durch einen Nachbarwiderspruch zu Fall gebracht wird, weiter zu betreiben. Wird die Planung hingegen ohne die entsprechende Aufklärung erstellt und eine notwendige Nachbarzustimmung nicht herbeigeführt, so ist sie nicht genehmigungsfähig, und der Architekt ist nach § 635 BGB a.F. zum Schadensersatz verpflichtet. Das gilt nach der Rechtsprechung des Senats selbst dann, wenn von vornherein festgestanden hätte, dass die Nachbarzustimmung nicht erteilt wird und die vorgesehene Planung deshalb nicht mangelfrei zu verwirklichen gewesen wäre (BGH, Urteil vom 21. Dezember 2000 - VII ZR 17/99, BauR 2001, 785, 788).

28 Der Beklagte hatte danach im Jahr 1998 zunächst ohne jede Einschränkung den Auftrag übernommen, eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung

zu erstellen. Es stellt sich deshalb allenfalls die Frage, ob die Kläger später, namentlich im Zusammenhang mit dem zweiten Gespräch beim Bauaufsichtsamt am 10. November 1998, das Risiko der fehlenden Genehmigungsfähigkeit übernommen haben. Da es sich dann um eine Abänderung des bereits geschlossenen Vertrages handeln würde, trägt der Beklagte die Darlegungs- und Beweislast für seine Behauptungen, die eine derartige spätere Risikoübernahme rechtfertigen sollen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 1994 - X ZR 30/93, BauR 1995, 92 = ZfBR 1995, 27). Die Revision stützt sich dementsprechend auch in erster Linie auf das Verhalten der Parteien im Zusammenhang mit diesem Gespräch, um eine Risikoübernahme durch die Kläger zu belegen.

29 c) Eine im Zusammenhang mit dem zweiten Gespräch beim Bauaufsichtsamt am 10. November 1998 vereinbarte Übernahme des Risikos, dass die Baugenehmigung durch einen Nachbarwiderspruch aufgehoben wird, hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise verneint.

30 Weder der handschriftlichen Änderung des Aktenvermerks des Beklagten vom 12. November 1998 durch die Klägerin noch dem Gesprächsvermerk der Klägerin vom 14. November 1998 kann eine vertragliche Risikoübernahme der Genehmigungsfähigkeit der Planung durch die Kläger entnommen werden. Diese Anmerkungen der Klägerin belegen lediglich, dass sie die Auffassung vertrat, eine erneute Nachbarzustimmung sei für das geänderte Bauvorhaben nicht erforderlich, nicht jedoch, dass sie das aus einer fehlenden Nachbarzustimmung resultierende rechtliche und wirtschaftliche Risiko erkannt hat und übernehmen wollte.

31 Der Beklagte hat nicht den Beweis für den von ihm behaupteten Inhalt des Gesprächs im Bauaufsichtsamt am 10. November 1998 sowie des Telefo-

nats mit der Klägerin anlässlich der Fertigung ihres Gesprächsvermerks vom 14. November 1998 erbracht. Die Revision setzt ihre entgegenstehende Würdigung lediglich an die Stelle derjenigen des Tatrichters, ohne jedoch Rechtsfehler bei der abweichenden Würdigung durch das Berufungsgericht aufzuzeigen.

32 3. Aus dem Vorstehenden folgt, dass der Beklagte sich auch nicht darauf berufen kann, er hafte nicht nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen über die Haftungsbefreiung eines Unternehmers durch Erfüllung seiner Bedenkenhinweispflicht.

33 a) Auf der Grundlage, dass die Kläger dem Beklagten verbindlich vorgegeben hätten, das Bauwerk im Bauwich auf der Grundlage zu planen, dass eine weitere Zustimmung des Nachbarn nicht notwendig ist, käme allerdings nach diesen Grundsätzen eine Haftungsbefreiung in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 8. November 2007 - VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, 119 ff.; Locher/Koeble/Frik, HOAI, 10. Aufl., § 33 Rn. 109). Trotz Mangelhaftigkeit der Architektenleistung tritt eine Haftungsbefreiung des Architekten ein, wenn ihm eine bindende Vorgabe des Auftraggebers für die Planung gemacht worden ist, er seiner Bedenkenhinweispflicht ordnungsgemäß nachgekommen ist und aus dem Verhalten des Auftraggebers der Schluss gezogen werden durfte, dieser wolle die Fortführung der aus Sicht des Architekten bedenklichen Leistung. Eine Haftungsbefreiung des Architekten kann im Falle einer bindenden Planungsvorgabe auch dann eintreten, wenn er seine Bedenkenhinweispflichten zwar verletzt hat, jedoch gleichzeitig feststeht, dass der Auftraggeber trotz der an sich notwendigen Hinweise auf Durchführung der bedenklichen Leistung bestanden hätte (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 1975 - VII ZR 243/73, BauR 1975, 420, 421). Ein solcher Fall kann etwa dann angenommen werden, wenn der Auftraggeber nicht aufklärungsbedürftig war, weil er sich der Problematik bewusst war und auch die Tragweite derselben voll erkannt hat bzw. erkennen musste (dazu Kniffka

in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 6. Teil, Rn. 48). Beweisbelastet für die ordnungsgemäße Erfüllung der Bedenkenhinweispflicht bzw. für die Entbehrlichkeit einer Aufklärung des Auftraggebers ist - schon nach allgemeinen Grundsätzen - der Architekt (vgl. BGH, Urteil vom 8. November 2007 - VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110 Rn. 26; Urteil vom 4. Juni 1973 - VII ZR 112/71, BauR 1973, 313, 315).

34 b) Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht nicht verkannt und rechtsfehlerfrei sowohl die Erteilung eines ordnungsgemäßen Bedenkenhinweis durch den Beklagten (aa) als auch die Entbehrlichkeit eines solchen Hinweises (bb) verneint.

35 aa) Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass der Beklagte den Klägern keinen ordnungsgemäßen Bedenkenhinweis erteilt hat. Sämtliche von der Revision angeführten Umstände hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei geprüft und gewürdigt. Zutreffend hat es angenommen, dass eine Belehrung der Klägerin über die Notwendigkeit einer erneuten Nachbarzustimmung für das geänderte Bauvorhaben in der Besprechung im Bauaufsichtsamt am 10. November 1998 nicht feststellbar sei. Die Annahme des Berufungsgerichts, in der Aktennotiz des Beklagten vom 12. November 1998 sei kein derartiger Hinweis in laienhaft verständlicher Form enthalten, erweist sich schon deshalb als zutreffend, weil der Beklagte darin lediglich den Gesprächsinhalt vom 10. November 1998 ohne eigene Bewertung wiedergegeben hat. Zudem ist in diesem Vermerk kein Hinweis auf die mit einer fehlenden Nachbarzustimmung verbundenen rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken (Nachbarwiderspruch mit anschließender Stilllegungs- und Abrissverfügung) enthalten.

36 Wie bereits ausgeführt hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass der Beklagte den von ihm

behaupteten Bedenkenhinweis im Telefonat mit der Klägerin anlässlich der Fertigung des Vermerks vom 14. November 1998 nicht bewiesen hat.

37 bb) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht weiterhin die Entbehrlichkeit eines Bedenkenhinweises wegen Offenkundigkeit der Notwendigkeit einer erneuten Nachbarzustimmung abgelehnt. Weder der handschriftlichen Änderung des Aktenvermerks des Beklagten vom 12. November 1998 durch die Klägerin noch dem Gesprächsvermerk der Klägerin vom 14. November 1998 lässt sich entnehmen, dass den Klägern die Notwendigkeit einer erneuten Nachbarzustimmung bewusst war und sie die Tragweite dieser Problematik voll erkannt haben. Wie bereits ausgeführt lässt sich diesem Verhalten nur entnehmen, dass die Kläger davon ausgingen, die ursprünglich erteilte Nachbarzustimmung gelte auch für das geänderte Bauvorhaben. Eine andere Beurteilung ist vorliegend auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil allen Beteiligten bekannt war, dass der gewünschte Anbau den bauordnungsrechtlich vorgeschriebenen Grenzabstand von mindestens drei Metern (§ 6 Abs. 5 BauO NRW) unterschritt und eine Nachbarzustimmung erforderlich sein könnte. Dass die bereits erteilte Nachbarzustimmung nicht ausreichen könnte, lag zwar nahe, wurde jedoch von den Klägern offenbar anders gesehen. Auch wenn die von den Klägern vertretene Rechtsauffassung zur Tragweite der bereits erteilten Nachbarzustimmung eher fern lag, war sie nicht so offenkundig falsch, dass der Beklagte von einem Bedenkenhinweis befreit war. Dieser hätte den Klägern nicht nur die Bedenken gegen ihre Auffassung verdeutlichen, sondern sie auch darauf hinweisen müssen, welche rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken bestanden, wenn sie das Bauwerk ohne eine Nachbarzustimmung errichteten. Dazu hätte auch die Aufklärung darüber gehört, dass selbst die Erteilung einer Baugenehmigung wegen der Möglichkeit eines Nachbarwiderspruchs keine Rechtssicherheit schaffen konnte.

38 Soweit die Revision aus den Umständen ableiten möchte, die Kläger seien sich über die Notwendigkeit der Einholung einer erneuten Nachbarzustimmung vollständig im Klaren gewesen und hätten keiner (weiteren) Beratung bedurft und diese auch nicht gewünscht, setzt sie ihre Würdigung lediglich an die Stelle derjenigen des Tatrichters, ohne jedoch Rechtsfehler bei der abweichenden Würdigung durch das Berufungsgericht aufzuzeigen.

39 4. Rechtsfehlerhaft verneint das Berufungsgericht jedoch ein Mitverschulden der Kläger.

40 a) Die Haftungsverteilung im Rahmen des § 254 BGB kann im Revisionsverfahren darauf überprüft werden, ob alle in Betracht kommenden Umstände vollständig und richtig berücksichtigt und der Abwägung rechtlich zulässige Erwägungen zugrunde gelegt worden sind (BGH, Urteil vom 3. Juni 2008 - VI ZR 223/07, NJW 2008, 3775 m.w.N.).

41 b) Die Mitverschuldensprüfung durch das Berufungsgericht ist unvollständig, da es nicht alle für ein Mitverschulden der Kläger sprechenden Umstände berücksichtigt hat.

42 aa) Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist es, dass das Berufungsgericht eine von ihm unterstellte fahrlässige Mitverursachung der Kläger daran, dass der Beklagte eine baurechtswidrige Genehmigungsplanung erstellt hat, nicht hat ausreichen lassen, um einen Mitverschuldensanteil an der mangelhaften Architektenleistung anzunehmen. Es ist nicht rechtsfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht im Zusammenhang mit der Frage, wie die Aussagen der Mitarbeiter der Baugenehmigungsbehörde zu verstehen waren und wie die hierüber gefertigten Aktenvermerke zu lauten hatten, darauf abstellt, dass es die primäre Pflicht des Architekten ist, den Bauherrn im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens aufzuklären und zu belehren, und diese Pflicht durch die Be-

rücksichtigung eines nur fahrlässigen Mitverschuldens des Bauherrn ausgehöhlt und entwertet werde (vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 2004 - XI ZR 355/02, BauR 2004, 1154, 1157). Ebenso wenig ist es zu beanstanden, dass das Berufungsgericht betont hat, dass der Beklagte als geistiger Urheber des Baugenehmigungsantrags nebst Plänen für ein Bauvorhaben in der Abstandsfläche mit unzureichender Nachbarzustimmung den wesentlichen Verursachungsanteil an der rechtswidrig erteilten Baugenehmigung gesetzt hat.

43 bb) Das Berufungsgericht hat jedoch nicht berücksichtigt, dass der hier geltend gemachte Schaden auch darauf beruht, dass die Kläger von der rechtswidrig erteilten Baugenehmigung Gebrauch gemacht haben, ohne auf die sich aufdrängende Frage Rücksicht zu nehmen, ob die beeinträchtigten Nachbarn sich hiergegen wehren würden und welche Konsequenzen dies haben könnte. Indem die Kläger, bevor sie mit den erheblichen Investitionen in das Bauvorhaben begannen, die jetzt Grundlage des begehrten Ersatzes für Folgeschäden der mangelhaften Architektenleistung sind, diese Frage nicht abklärten, verstießen sie gegen die ihrem eigenen Interesse dienende Obliegenheit, sich selbst vor Schäden zu bewahren, § 254 Abs. 1 BGB.

44 Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wussten die Kläger, dass der Anbau den bauordnungsrechtlich vorgeschriebenen Grenzabstand von mindestens drei Metern (§ 6 Abs. 5 BauO NRW) unterschritt. Auch wussten sie, dass zur Realisierung des Bauvorhabens deswegen eine Zustimmung des Nachbarn erforderlich war. Weiterhin wussten sie, dass die Bauausführung erheblich von der ursprünglich geplanten abwich (zusätzliches Obergeschoss statt eingeschossiger Anbau mit Terrasse). Dass dies zwangsläufig nachbarrelevante Folgen haben musste, die bereits erteilte Nachbarzustimmung nicht ausreichen könnte und der Nachbar Rechte haben könnte, das Bauvorhaben zu verhindern, drängte sich, worauf die Verwaltungsgerichte bereits hingewiesen

haben, ohne weiteres auf. Die Kläger durften vor diesen Umständen nicht die Augen verschließen und allein im Vertrauen darauf, dass der Beklagte ihrer Rechtsauffassung, die erteilte Nachbarzustimmung reiche aus, nicht deutlich genug entgegengetreten ist, das Bauvorhaben in Angriff nehmen. Die Kläger wären vielmehr vor dem Beginn der Bauarbeiten im eigenen Interesse gehalten gewesen, mit den Nachbarn eine Klärung darüber herbeizuführen, ob die erteilte Zustimmung auch die Erweiterung des Bauvorhabens erfasste, oder Rechtsrat einzuholen, ob und wie lange und mit welchen Folgen die Nachbarn sich noch gegen das Bauvorhaben wehren konnten. Hätten sie dies getan, wäre es nach normalem Verlauf der Dinge nicht zu dem Schaden gekommen, der jetzt durch die Rücknahme der Baugenehmigung und die Abrissverfügung entsteht.

45 Die Berücksichtigung dieses Verursachungsbeitrags der Kläger an dem hier in Rede stehenden Schaden ist nicht im Hinblick auf die wesentliche Pflicht des Architekten zur Erstellung einer dauerhaft genehmigungsfähigen Planung ausgeschlossen oder im Ergebnis vollkommen zu vernachlässigen. Zwar wird ein Bauherr regelmäßig darauf vertrauen dürfen, dass sein Architekt eine mangelfreie Genehmigungsplanung erstellt hat. Insbesondere wird ihm normalerweise nicht vorgeworfen werden können, nicht erkannt zu haben, dass die Voraussetzungen für eine genehmigungsfähige Planung fehlen. Das gilt nicht nur für die Beurteilung der technischen Voraussetzungen (vgl. BGH, Urteil vom 29. Oktober 1970 - VII ZR 14/69, VersR 1971, 157), sondern auch für die Beurteilung der rechtlichen Voraussetzungen, ob eine Planung wegen des Unterschreitens der Abstandsflächen der Zustimmung des Nachbarn bedarf.

46 Darum geht es hier jedoch nicht. Zur Beurteilung stand vielmehr allein die Frage, ob die vor mehreren Jahren für einen eingeschossigen Anbau mit Terrasse möglicherweise erteilte Nachbarzustimmung auch für einen zweigeschossigen Anbau gilt. Dass diese offen zutage liegende Rechtsfrage zu beja-

hen ist, lag fern. Sind dem Bauherrn solche Umstände bekannt, aufgrund derer sich bereits bei einer laienhaften Bewertung das Risiko der Fehlerhaftigkeit der Planung und damit der Baugenehmigung ableiten lässt, muss er sich sein hieraus abzuleitendes Verschulden gegen sich selbst anrechnen lassen. Denn insoweit geht es nicht nur um spezifische Kenntnisse des Architekten, deretwegen der Bauherr diesen gerade eingeschaltet hat. Vielmehr geht es um die Einschätzung, ob wegen der ein anderes Bauvorhaben betreffenden Nachbarzustimmung ein Risiko dahin besteht, dass und inwieweit der offensichtlich durch das Bauvorhaben betroffene Nachbar Veranlassung und Möglichkeiten hat, später noch dessen Abriss durchzusetzen. Dabei handelt es sich um eine rechtliche Frage, die die Kläger, sofern sie sie nicht selbst überblicken konnten, notfalls durch Einholung von Rechtsrat hätten weiter klären können, wenn sie nicht jedes Risiko durch Bekanntgabe der genehmigten Planung an die Nachbarn und Abwarten ihrer Reaktion ausschließen wollten.

47 Im Ergebnis gilt deshalb im vorliegenden Fall dasselbe wie in Fällen der Amtshaftung für rechtswidrige Baugenehmigungen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können auch dort bauordnungsrechtliche Bedenken von solchem Gewicht gegen die Zulässigkeit des Bauvorhabens bestehen, dass der Bauherr ihretwegen nicht ohne weiteres auf die Rechtmäßigkeit der erteilten Baugenehmigung vertrauen darf (BGH, Urteil vom 12. Juni 1975 - III ZR 34/73, NJW 1975, 1968). Ein Bauherr trägt deshalb auch dann zur Entstehung des Schadens schuldhaft bei, wenn er mit den Bauarbeiten beginnt, obwohl er weiß - oder mindestens damit rechnen muss -, dass die von ihm geplante Erweiterung seines Bauvorhabens geeignet ist, die Rechte der Nachbarn erheblich zu stören (BGH, Urteil vom 12. Juni 1975 - III ZR 34/73, aaO).

48 5. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, ein Schadensersatzanspruch sei nicht verjährt, weil die fünfjähri-

ge Verjährungsfrist gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB und nicht die dreijährige Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 BGB Anwendung finde. Der Senat hat nach Erlass des angefochtenen Urteils entschieden, dass werkvertragliche Gewährleistungsansprüche des Bestellers auch dann der Verjährungsregelung des § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. und nicht der Regelverjährung unterliegen, wenn sie vor der Abnahme entstanden sind. Die Verjährungsfrist beginnt erst zu laufen, wenn die Abnahme erfolgt oder endgültig verweigert wird (BGH, Urteil vom 8. Juli 2010 - VII ZR 171/08, BauR 2010, 1778 = NZBau 2010, 768 = ZfBR 2010, 773). Er hat damit seine frühere gegenteilige Auffassung (BGH, Urteil vom 30. September 1999, VII ZR 162/97, BauR 2000, 128 = NZBau 2000, 22 = ZfBR 2000, 97) aufgegeben. Damit kommt es auch nicht mehr auf die weiteren Angriffe der Revision gegen die Feststellungen des Berufungsgerichts an, die Kläger hätten am 2. Oktober 2001 die Abnahme endgültig verweigert. Wäre dies nicht der Fall, wäre erst recht keine Verjährung eingetreten.

B. Anschlussrevision der Kläger

49 1. Die Kläger rügen ohne Erfolg die Verletzung ihres Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs, Art. 103 Abs. 1 GG. Dieser Anspruch verpflichtet das entscheidende Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Die Anschlussrevision meint, es sei davon auszugehen, dass das Berufungsgericht den Vortrag der Kläger im Schriftsatz vom 11. November 2009 mit dem Bezug auf ein Schreiben vom 22. Mai 1999 nicht zur Kenntnis genommen habe. Dort seien sie dem Berufungsangriff des Beklagten, dass er nichts mit der Erwirkung der Baugenehmigung vom 26. November 1999 zu tun gehabt habe, entgegengetreten.

50 Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein Gericht das von ihm entgegengenommene Vorbringen der Beteiligten auch zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat. Die Gerichte brauchen nicht jedes Vorbringen der Beteiligten in den Gründen der Entscheidung ausdrücklich zu bescheiden. Eine Verletzung der Pflicht, den Vortrag der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und zu erwägen, kann nur angenommen werden, wenn sich dies aus den besonderen Umständen des Falles ergibt (vgl. BVerfGE 96, 205, 216 f. m.w.N.). Nach diesen Maßstäben kann hier keine Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs angenommen werden. Das Berufungsgericht hat die Einwände der Kläger gegen die Berufungsbegründung zwar nicht im Einzelnen in den Entscheidungsgründen beschieden. Jedoch hat es darauf hingewiesen, dass die Kläger dem Berufungsvorbringen zu diesem Punkt nicht hinreichend entgegengetreten seien. Daraus ergibt sich gerade, dass es eine Wertung des Vortrags vorgenommen und diesen damit zur Kenntnis genommen und gewürdigt hat. Es ist aus Rechtsgründen auch nicht zu beanstanden, dass es ihn nicht für hinreichend gehalten hat, eine Verantwortung des Beklagten für den von ihm nicht unterzeichneten und eingereichten Bauantrag für einen Zusatzkeller zu begründen. Das in Bezug genommene Schreiben weist nur darauf hin, dass die Änderung im Kellerbereich "in Abstimmung mit" dem Beklagten in die Planung aufgenommen werde.

51 2. Das Berufungsgericht war auch nicht gehalten, die Kläger darauf hinzuweisen, dass es weiteren Vortrag für notwendig hielt. Die Kläger hatten auf den Berufungsangriff des Beklagten bereits erwidert. Das Berufungsgericht war nicht verpflichtet darauf hinzuweisen, dass dieser Vortrag rechtlich unerheblich war. Es hatte keinen Anlass anzunehmen, dass er unvollständig sein könnte. Es gab keine Anhaltspunkte dafür, dass den Klägern weiterer Vortrag, der ihren Anspruch hätte stützen können, möglich gewesen wäre.

III.

52 Nach alledem ist das Berufungsurteil aufzuheben, soweit zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist. Auf die Revision ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, welches auf Grundlage der aufgezeigten Gesichtspunkte - erforderlichenfalls nach weiteren Tatsachenfeststellungen - eine erneute Abwägung im Rahmen der Mitverschuldensprüfung vorzunehmen haben wird.

Kniffka Kuffer Bauner

Halfmeier Leupertz

Vorinstanzen:
LG Düsseldorf, Entscheidung vom 31.10.2008 - 14e O 170/05 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 18.12.2009 - I-23 U 187/08 -