

Teilung von Verantwortung bei Baumaßnahmen zwischen den am Bau Beteiligten

RAin Kerstin von Staa

23. November 2018



GSK. Ein Überblick



über 180 Anwälte

insgesamt in Deutschland und Luxemburg



globales Netzwerk

aus einer Vielzahl angesehener Wirtschaftskanzleien
in allen wirtschaftlich wichtigen Ländern der Erde.



deutschlandweit

zählt GSK zu den 30 größten deutschen Kanzleien.



Organisation

Starke Sektor-Fokussierung, u.a. auf Real Estate, Hotel & Leisure
und Public Sector.

Rechtliche Grundlagen

Öffentliches Baurecht

- Verantwortlichkeit der „am Bau Beteiligten nach den Vorschriften“ der Bayerischen Bauordnung → Art. 49 ff BayBO
- Keine Regelung der privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten

Ausgang
Exit



Werk-
vertrag



Privates Baurecht

- Regelung über Bau- und Architektenverträge bzw. Verträge über Ingenieursleistungen → BGB, HOAI; VOB
- Verantwortlichkeit nach den einschlägigen zivilrechtlichen Regelungen, insb. vertragliche Mängelhaftung und deliktische Haftung

Die am Bau Beteiligten im Sinne der BayBO

Bauherr

→ Art. 50 BayBO

Entwurfsverfasser

→ Art. 51 BayBO

Unternehmer

→ Art. 52 BayBO

Art. 49 BayBO - Grundpflichten

Bei der Errichtung, Änderung, Nutzungsänderung und der Beseitigung von Anlagen sind der Bauherr und im Rahmen ihres Wirkungskreises die anderen am Bau Beteiligten dafür verantwortlich, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten werden.

Die Verantwortlichkeit des Bauherren

Art 50 Abs. 1 BayBO

Der Bauherr hat zur Vorbereitung, Überwachung und Ausführung eines nicht verfahrensfreien Bauvorhabens sowie der Beseitigung von Anlagen geeignete Beteiligte nach Maßgabe der Art. 51 und 52 zu bestellen, soweit er nicht selbst zur Erfüllung der Verpflichtungen nach diesen Vorschriften geeignet ist.

**Beauftragung geeigneter
Entwurfsverfasser und Unternehmer**

Der Entwurfsverfasser

Art. 51 Abs. 1 BayBO

Entwurfsverfasser trägt Verantwortung für Vollständigkeit und Brauchbarkeit des Entwurfs und Bauordnungsmäßigkeit der Ausführungsplanung

→ Planung muss nicht durch den Entwurfsverfasser selbst gefertigt werden, haftet jedoch für fremde Entwürfe

Koordination der Fachentwürfe

Art. 51 Abs. 2 S. 1 BayBO

Veranlassung der Beauftragung geeigneter Fachplaner, wenn der Entwurfsverfasser auf einzelnen Gebieten nicht die erforderliche Sachkunde besitzt

→ gesetzliche Grundidee:
Beauftragung durch Bauherren

Der Fachplaner im bauaufsichtlichen Verfahren

„Fachentwurfsverfasser“

- Fachplaner ist kein ausdrücklich benannter „Beteiligter am Bau“ im Sinne der BayBO
 - Wird durch den Bauherren auf Veranlassung des Entwurfsverfassers bestellt
 - Haftet für die von ihm erstellten Unterlagen gegenüber der Bauaufsicht
- außer: Nachweisersteller = Entwurfsverfasser

Entwurfsverfasser muss mit den Fachplanern zusammenwirken und im Rahmen der eigenen Sachkunde „gegenprüfen“

Die rechtliche Stellung des Prüfsachverständigen

- Existenz wird in der BayBO vorausgesetzt (vgl. Art. 62 Abs. 1 S. 4, 62a, 62b), im Übrigen Regelungen der PrüfVBau
- Keine Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Prüfsachverständige, vgl. § 2 Abs. 1 PrüfVBau (anders: Prüfämter und Prüfsachverständige)
- Trotz zivilrechtlichem Auftragsverhältnis unabhängig und an Weisungen des Auftraggebers nicht gebunden

Die Aufgaben des Prüfsachverständigen im bauaufsichtlichen Verfahren

Prüfung
bautechnischer
Nachweise in den
gesetzlich
vorgesehenen
Fällen (Art. 62a,
62b BayBO)

Bescheinigung
der
Vollständigkeit
und Richtigkeit
der
bautechnischen
Nachweise
→ Legalität

Überwachung
der
Bauausführung
(Stichproben)
und ggf.
Unterrichtung
der Bauaufsicht
bei Mängeln
(§ 24 PrüfVBau)

Haftung des Prüfsachverständigen nach Werkvertragsrecht

BGH Urt. v. 31.03.2016,

Az. III ZR 70/15

Prüfsachverständige sind keine „Beamten im haftungsrechtlichen Sinne“, da sie kein öffentliches Amt ausüben, sondern einem privatrechtlichen Werkvertragsverhältnis unterliegen



Zustimmungsverfahren bei den Regierungen

Art. 73 BayBO - Bauaufsichtliche Zustimmung

Übertragung der Leitung der Entwurfsarbeiten und Bauüberwachung

- Unabhängig davon, ob Bund, Land, oder Bezirk Bauherr ist
- Bauvorhaben eines „öffentlichen“ Bauherren
- Übertragung fakultativ;
- Baudienststelle des Bundes, Landes oder eines Bezirks

Ausreichende Qualifikation der Baudienststelle

- Besetzung mit mind. einem Bediensteten des „höheren bautechnischen Verwaltungsdienstes“
- Sonstige geeignete Fachkräfte

Aufgaben der Baudienststelle

**Bautechnische
Prüfung**

**Ausführung des
Vorhabens**

Bauüberwachung

Verantwortlichkeit im Zustimmungsverfahren

Art. 73 Abs. 3 BayBO – Verantwortlichkeit der Baudienststelle

Baudienststelle ist grundsätzlich für die Einhaltung der öffentlich rechtlichen Vorschriften zuständig

–

Übernimmt Aufgaben der Bauaufsichtsbehörde

ABER: Baudienststelle kann sich –wie ein Privater – dem System der Prüfsachverständigen / Prüfsachverständigen bedienen, Art. 73 Abs. 3 S. 2 BayBO

Konsequenzen der Verantwortlichkeit

Anordnungen der Bauaufsicht

Generalklausel, Art. 54 Abs. 2 S. 2 BayBO

Ordnungswidrigkeitenverfahren

Art. 79 BayBO (ins. Abs. 1 S. 1 Nr. 8ff, wenn der Entwurfsverfasser auch die Bauleitung übernommen hat)

Strafrechtliche Verantwortung

- Fahrlässige Körperverletzung / Tötung, § 229, 222 StGB
- Baugefährdung, § 319 StGB

Ihre Ansprechpartnerin



Kerstin von Staa

Karl-Scharnagl-Ring 8
80539 München

Tel +49 89 288174-0

Fax +49 89 288174-44

Mail kerstin.vonstaa@gsk.de

Vielen Dank für Ihr Interesse!

Die enthaltenen Informationen sind allgemeiner Natur und nicht auf die spezielle Situation einer Einzelperson oder einer juristischen Person ausgerichtet. Obwohl wir uns bemühen, zuverlässige und aktuelle Informationen zu liefern, können wir nicht garantieren, dass diese Informationen so zutreffend sind wie zum Zeitpunkt ihres Eingangs oder dass sie auch in Zukunft so zutreffend sein werden. Niemand sollte aufgrund dieser Informationen handeln ohne geeigneten fachlichen Rat und ohne gründliche Analyse der betreffenden Situation.

OLG Köln (16. Zivilsenat), Urteil vom 04.05.2016 - 16 U 129/15

Titel:

Mitverschulden, Schadensersatz, Brandschutz, Baugenehmigungsverfahren, Prüfbericht, Mangel, Prüfbescheinigung, Bauvorhaben, Genehmigung

Normenketten:

SV-VO NRW § 16 Abs. 1, § 16

BGB § 254 Abs. 1 u. 2 S. 2, § 278, § 280, § 631, 633, § 634 Nr. 4

BauO NRW § 54, § 68 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 u. Abs. 2, § 85 Abs. 2 S. 1 Nr. 4

VOB/B § 4 Abs. 1

ZPO § 531 Abs. 2

Amtliche Leitsätze:

1. Die Haftung des staatlich anerkannten Sachverständigen für Brandschutz, der im Auftrag des Bauherrn im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren die Bescheinigung und den Prüfbericht nach § 68 Abs. 2 BauO NRW i.V.m. § 16 SV-VO NRW erstellt, richtet sich nach Werkvertragsrecht.

2. Die Leistung des staatlich anerkannten Sachverständigen für Brandschutz ist mangelhaft, wenn er eine erkennbar nicht genehmigungsfähige Abweichung vom Brandschutz als unbedenklich erklärt. Die Leistung des Sachverständigen ist auch dann mangelhaft, wenn er dem Bauherrn eine Prüfbescheinigung nach § 16 SV-VO NRW ausstellt, bevor die Zustimmung des Bauamts zu Abweichungen vom Brandschutz vorliegt.

3. Den Bauherrn, der eine von den Anforderungen an den Brandschutz abweichende Bauausführung – hier ein Badzimmerfenster zur Rampe der überdachten Tiefgarageneinfahrt – freigibt, obwohl die Baugenehmigung und die Zustimmung zur Abweichung vom Brandschutz nicht vorliegen und die Prüfbescheinigung einen Vorbehalt hinsichtlich der ausstehenden Zustimmung des Bauamts enthält, trifft ein erhebliches Mitverschulden. Erfolgt die Freigabe der Ausführung durch den vom Bauherrn beauftragten Architekten, muss er sich dessen Verschulden nach § 278, 254 BGB zurechnen lassen.

Rechtsgebiete:

Sonstiges Bürgerliches Recht, Öffentliches Baurecht

Schlagworte:

Mitverschulden, Schadensersatz, Brandschutz, Baugenehmigungsverfahren, Prüfbericht, Mangel, Prüfbescheinigung, Bauvorhaben, Genehmigung

vorgehend:

LG Köln, Urteil vom 29.07.2015 - 4 O 190/13

ECLI:

ECLI:DE:OLGK:2016:0504.16U129.15.00

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 29.7.2015 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 4 O 190/13 - teilweise abgeändert. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 3.950,52 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14.6.2003 sowie 323,68 € vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung des Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen werden gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird auf 7.901,03 € festgesetzt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin macht gegen den Beklagten, einen staatlich anerkannten Sachverständigen für Brandschutz, Ansprüche auf Schadensersatz aus der behaupteten mangelhaften Erstellung eines brandschutzrechtlichen Prüfberichts und Erteilung einer Prüfbescheinigung geltend. Die Klägerin ließ als Bauträgerin ein Mehrfamilienhaus nebst Tiefgarage in G errichten. Sie beabsichtigte, abweichend von der erteilten Baugenehmigung, in die Erdgeschosswohnung ein zusätzliches Badezimmerfenster einzubauen, welches zur überdachten Rampe der Tiefgarage ging. Sie beauftragte den Beklagten mit der Prüfung des Brandschutzes. Der Beklagte erstellte unter dem 5.8.2011 einen Prüfbericht, in dem es hierzu heißt:

„Abweichung 02: Im Bereich der überdeckten Garagenrampe ist im EG ein Badezimmerfenster vorgesehen. Hiergegen bestehen in diesem Fall aus Gründen des Brandschutzes keine Bedenken, da sich im Rampenbereich kein parkender PKW befindet und somit kein Brandüberschlag zu erwarten ist und es sich weiterhin nicht um ein Fenster für einen Aufenthaltsraum handelt.“

- 2 Gleichzeitig stellte er eine Bescheinigung nach § 16 Abs. 1 SV-VO über die Prüfung des Brandschutzes aus, welche unter der Rubrik „Angaben zum Bauvorhaben,

1. Genaue Bezeichnung“ den Zusatz enthält:

„Unter der Voraussetzung, dass den beiden Abweichungen zugestimmt wird, werden die Anforderungen der BauO NRW erfüllt.“

- 3 Als Ergebnis der Prüfung heißt es in der Bescheinigung:

„Das Vorhaben entspricht den Anforderungen an den baulichen Brandschutz. Die brandschutztechnischen Nachweise sind vollständig und richtig. Den Forderungen der Brand-schutzdienststelle zur Wahrung der Belange des abwehrenden Brandschutzes wurden entsprochen; diese sind im Prüfbericht kenntlich gemacht. Zu der Bescheinigung gehören der Prüfbericht/die Prüfberichte und eine Ausfertigung der brandschutztechnisch geprüften Bauvorlagen.“

Das Bauamt beanstandete nach Anhörung der Brandschutzdienststelle (Feuerwehr) das Fenster. Die Klägerin, die das Fenster inzwischen bereits eingebaut hatte, verlangt vom Beklagten Schadensersatz wegen der vergeblichen Aufwendungen (ursprünglich eingebautes Fenster, Mehrkosten neues Fensterelement, nachträglicher Einbau Entlüftung, Maler- und Fliesenarbeiten) sowie einer Minderung von 2.500 €, welche sie dem Erwerber wegen des Fehlens der Belüftbarkeit des Bades habe gewähren müssen. Die Klageforderung von 7.901,03 € setzt sich wie folgt zusammen:

Kosten nutzloses 1. Fenster 578,54 €

F-30 Fensterelement 2.350,00 € Anstrich und Reinigung 210,08 €

nachträgl. Einbau Ventilator 1.080,06 €

nachträgl. Fliesen 320,00 € Zwischensumme netto 4.538,68 €

19% MWSt. 5.401,03 €

Nachlass Erwerber 2.500,00 €.

- 4 Das Landgericht, auf dessen Urteil wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird, hat der Klage nach Einholung eines Sachverständigengutachtens nebst Ergänzungsgutachtens stattgegeben und den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 7.901,03 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14.6.2013 sowie 514,08 € für vorgerichtliche Rechtsanwaltsgebühren zu zahlen. Dagegen wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung, mit der er die Abweisung der Klage begehrt.
 - 5 Er ist der Ansicht, weder Prüfbericht noch Prüfbescheinigung seien für den Schaden ursächlich. Der Beklagte bezweifelt, dass das ursprüngliche Fenster erst nach Zugang des Prüfberichts eingebaut worden sei. Entgegen der Ansicht des Landgerichts habe er seine Aufgabe vollständig erfüllt. Der Prüfbericht sei nicht fehlerhaft. Der Sachverständige habe bestätigt, dass er als Bestandteil eines Abweichungsantrages grundsätzlich geeignet und zulässig gewesen sei. Er habe damit alles Erforderliche getan. Es sei nicht seine Aufgabe gewesen, selbst eine Stellungnahme der Brandschutzdienststelle, d.h. der Feuerwehr, einzuholen. Auch aus der Ausstellung der Prüfbescheinigung lasse sich seine Haftung nicht herleiten. Es stehe nicht fest, dass diese der Klägerin bzw. dem Architekten zugegangen sei. Zudem sei die Prüfbescheinigung für den Architekten erkennbar nicht abschließend gewesen. Das ergebe sich schon aus dem deutlich hervorgehobenen Vorbehalt der Zustimmung zu den Abweichungen. Der Sachverständige habe bestätigt, dass die Prüfbescheinigung für den Architekten keine eindeutige Aussage zur brandschutzrechtlichen Zulässigkeit enthalten habe. Wenn der Architekt daraufhin den Einbau der Fenster veranlasse, trage er das Risiko. Das fehlerhafte Verhalten des Architekten müsse sich die Klägerin als Mitverschulden anrechnen lassen.
 - 6 Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil, behauptet, dass sie die Prüfbescheinigung erhalten habe und sieht keine Zurechnung eines eventuellen Verschuldens ihres Architekten.
 - 7 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien und die von ihnen vorgelegten Unterlagen Bezug genommen.
- II.
- 8 Die Berufung des Beklagten hat nur teilweise Erfolg. Der Beklagte haftet wegen seines fehlerhaften Brandschutzberichts grundsätzlich für die Mehrkosten aufgrund des Einbaus

des Badezimmerfensters. Der Anspruch mindert sich aber um ein Mitverschulden der Klägerin bzw. ihres Architekten.

- 9** 1. Die Klägerin kann vom Beklagten grundsätzlich Schadensersatz wegen eines fehlerhaften Brandschutzberichts nach §§ 634 Nr. 4, 280 BGB verlangen.
- 10** a) Zwischen den Parteien ist ein Werkvertrag geschlossen worden. Die Klägerin hat den Beklagten unstreitig mit der Prüfung des Brandschutzes und der Erteilung einer Bescheinigung für die Baubehörde nach § 68 Abs. 2 BauO NRW i.V.m. § 16 SV-VO NRW im Rahmen des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens beauftragt. Dieser Vertrag ist - wie bei sonstigen Gutachten auch - als Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff. BGB zu qualifizieren (BGH, Urteil vom 10.11.1994 - III ZR 50/94, NJW 1995, 392; Wenzel in: Gädtke, BauO NRW, 12. Aufl., § 72 Rn. 105). Der Werkerfolg besteht in der Brandschutzprüfung und der Erstellung des Prüfberichts nebst Bescheinigung über die Übereinstimmung des Bauvorhabens mit den einschlägigen Brandschutzvorschriften.
- 11** Der grundsätzlichen Anwendbarkeit des werkvertraglichen Mängelrechts steht nicht - wie in erster Instanz erörtert - entgegen, dass der Beklagte als staatlich anerkannter Sachverständiger für Brandschutz im Zuge des Genehmigungsverfahrens auch hoheitliche Aufgaben wahrnimmt. Für den Prüfstatiker wird zwar diskutiert, ob dieser nur im öffentlichen Interesse hoheitlich tätig ist (vgl. LG Bonn, Urteil vom 20.5.2009 - 13 O 323/06, IBR 2009, 528; s. auch Oppler in: Ingenstau/Korbion, VOB, 19. Aufl., § 4 Abs. 1 VOB/B Rn. 26; jetzt aber auch BGH, Urt. v. 31.3.2016 - III ZR 70/15, wonach der Prüfstatiker nach der hessischen Bauordnung keine hoheitlichen Aufgaben wahrnimmt, sondern im Auftrag des Bauherrn tätig wird). Für den staatlich anerkannten Sachverständigen gilt dies indes nicht. Der staatlich anerkannte Sachverständige ist privatrechtlich im Auftrag des Bauherrn tätig. Das folgt schon aus der Ermächtigungsnorm des § 85 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 BauO NRW, wonach es sich bei den staatlich anerkannten Sachverständigen um Sachverständige handelt, die vom Bauherrn mit der Erstellung von Nachweisen und Bescheinigungen beauftragt werden (vgl. Wenzel in: Gädtke, BauO NRW, 12. Aufl., § 72 Rn. 105; s. auch Schulte, Schlanker Staat: Privatisierung der Bauaufsicht durch Indienstnahme von Bauingenieuren und Architekten als staatlich anerkannte Sachverständige, BauR 1998, 249, 259; Werner/Reuber, Der staatlich anerkannte Sachverständige nach den neuen Bauordnungen der Länder, BauR 1996, 796, 798). Er nimmt im Baugenehmigungsverfahren keine hoheitlichen Aufgaben wahr, sondern wirkt an den vom Bauherrn zu erbringenden technischen Nachweisen mit.
- 12** b) Das Landgericht hat zutreffend einen Mangel bejaht. Die Leistung des Beklagten war insoweit mangelhaft, als er in seinem Prüfbericht vom 5.8.2001 das geplante Badezimmerfenster für aus Brandschutzgründen unbedenklich erklärt hat. Diese Einschätzung war nach Ansicht des vom Landgericht beauftragten Sachverständigen Dr. C unvertretbar. Dem ist zuzustimmen. Die Ausführung weicht ersichtlich von den Brandschutzbestimmungen ab. Nach § 126 Abs. 2 und 3 der Sonderbauverordnung NRW (SBauVO NRW) müssen Trennwände zwischen Garagen und Gebäuden in der Feuerwiderstandsklasse F90-AB ausgeführt werden. Sie dürfen mit sonstigen, nicht zur Garage gehörenden Räumen unmittelbar nur durch Öffnungen mit selbstschließenden Türen der Feuerwiderstandsklasse T 30 verbunden werden, § 128 Abs. 2 SBauV. Dem entspricht ein einfaches Badezimmerfenster mit Öffnungsmöglichkeit nicht. Der Beklagte begründet die Unbedenklichkeit der Abweichung von den Brandschutzvorschriften letztlich nur damit, dass das Entstehen eines Brandes in diesem Bereich unwahrscheinlich und das Badezimmer nicht zum dauernden Aufenthalt von Menschen bestimmt sei. Das genügt für eine

Abweichung von den Brandschutzvorschriften nicht, insbesondere berücksichtigt es nicht die Gefahr der Rauchentwicklung bei einem Brand in der Tiefgarage.

- 13** Ein weiterer Mangel seiner Leistung liegt darin, dass er die Prüfbescheinigung nach § 16 der Verordnung über staatlich anerkannten Sachverständige nach der Landesbauordnung (SV-VO NRW) bereits vor der erforderlichen Zustimmung des Bauamts mit den Abweichungen vom Brandschutz ausgestellt und der Klägerin und ihrem Architekten zugeleitet hat. Entgegen der Bescheinigung entsprach die Planung nicht den baulichen Anforderungen an den Brandschutz, sondern musste als Abweichung vom Brandschutz erst genehmigt werden. Eine solche Zustimmung lag nicht vor und mit ihr konnte - wie oben ausgeführt - auch nicht gerechnet werden. Wie der Sachverständige Dr. C in seinem Gutachten ausgeführt hat, kann die Bescheinigung bei Abweichungen vom Brandschutz erst erteilt werden, wenn das Bauamt, welches gem. § 68 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 BauO NRW auch im vereinfachten Genehmigungsverfahren den Brandschutz der Garage zu prüfen und alleine über die Abweichungen vom Brandschutz zu entscheiden hat, dieser zugestimmt hat.
- 14** Der Vorbehalt der Zustimmung zu den Abweichungen ändert an der Unrichtigkeit der Bescheinigung nichts. Das folgt schon daraus, dass der Vorbehalt in der für solche Einschränkungen nicht bestimmten Rubrik: „Angaben zum Bauvorhaben“ steht und nicht im Teil „Ergebnis der Prüfung“. In der gegebenen Form konnte die Prüfbescheinigung daher bei flüchtigem Lesen den Eindruck erwecken, dass brandschutzrechtliche Bedenken letztlich nicht bestehen, und zwar auch nicht im Hinblick auf das streitgegenständliche Fenster.
- 15** Dieser Eindruck war schon deshalb falsch, weil das Fenster letztlich aus Brandschutzgründen nicht genehmigungsfähig war. Der Beklagte hätte zumindest die Klägerin bzw. ihren Architekten eindeutig darauf hinzuweisen müssen, dass das geplante Fenster mit den Brandschutzvorschriften nicht übereinstimmt und die Ausführung nur dann zulässig ist, wenn die Abweichung von den Brandschutzvorschriften vom Bauamt genehmigt wird, was nach § 54 BauO NRW grundsätzlich in Betracht kam. Zudem hätte er zusätzlich darauf hinweisen müssen, dass mit einer Genehmigung wohl nicht gerechnet werden kann.
- 16** 3. Aufgrund des mangelhaften Gutachtens ist der Klägerin ein Schaden in Höhe der vom Landgericht ausgeurteilten Summe entstanden.
- 17** a) Die Klägerin kann als Schaden die Mehrkosten geltend machen, die ihr dadurch entstanden sind, dass sie im Vertrauen auf die bauordnungsrechtliche und damit brandschutzrechtliche Zulässigkeit das Badezimmerfenster eingebaut hat.
- 18** Die Brandschutzprüfung ist für den Einbau des letztlich vom Bauamt beanstandeten Fensters ursächlich. Nach dem - unwidersprochenen - Vortrag der Klägerin in der Klageschrift hatte sie den Einbau des Fensters mit dem Bauamt abgestimmt, welches keine Einwände hatte, sofern es keine Probleme mit dem Brandschutz gebe. Der Beklagte hatte in seinem Bericht den Einbau des Fensters für aus Brandschutzgründen letztlich unbedenklich bescheinigt.
- 19** Die Kausalität fehlt auch nicht deshalb, weil der Beklagte in seiner Bescheinigung hinreichend deutlich gemacht hat, dass die Änderung erst noch der Genehmigung durch das Bauamt bedarf. Der Zurechnungszusammenhang fehlt nur bei ganz fernliegenden Folgen. Der Vorbehalt des Beklagten ist - wie im Zusammenhang mit dem Mangel ausgeführt - nicht so eindeutig, dass er geeignet wäre, den Zurechnungszusammenhang zu unterbrechen.

- 20** Der Prüfbescheid und die Prüfbescheinigung sind der Klägerin zugegangen. Sie hat die Unterlagen nebst Anschreiben des Beklagten mit der Klage in Kopie vorgelegt.
- 21** Die Klägerin hat das Fenster erst nach Vorliegen der Bescheinigung des Beklagten mit Prüfbericht eingebaut. Dem entsprechenden Vortrag der Klägerin ist der Beklagte in erster Instanz nicht entgegengetreten. Er wird gestützt durch die Rechnung der Firma I, wonach das Fenster im Grundangebot vom 18.7.2011 noch nicht enthalten war, sondern erst nachträglich beauftragt worden ist (Bl. 33 des Anlagenheftes). Soweit der Beklagte in seiner Berufungsbegründung erstmals bestreitet, dass das Fenster erst nach Vorlage seines Prüfberichts vom 5.8.2011 eingebaut worden ist, ist der Vortrag in der Berufung neu und nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr zulässig.
- 22** Die Kosten für den Einbau des unzulässigen Fensters und die Mehrkosten, die gegenüber einer von vornherein fensterlosen Ausführung durch den nachträglichen Einbau eines F-30 Fensterelements mit Ventilator sowie den Nebenarbeiten (Anstrich, Reinigung und Fliesenarbeiten) entstanden sind, sind durch die mit der Klage vorgelegten Unterlagen belegt und wurden vom Beklagten nicht bestritten.
- 23** b) Die Klägerin kann als Schaden auch die Kaufpreisminderung der Erwerber der Erdgeschosswohnung wegen der fehlenden Belüftungsmöglichkeit gemäß deren Schreiben vom 28.8.2012 (AH 19) ersetzt verlangen.
- 24** Die Klägerin hat hierzu dargelegt, dass die Erwerber der Erdgeschosswohnung diese nach dem Einbau des ursprünglichen Badezimmerfensters besichtigt hätten und bereit gewesen seien, die Wohnung zum Kaufpreis von 192.500,00 € zu erwerben. Nach der Beanstandung durch das Bauamt sei die Änderung mit den Erwerbern besprochen worden, die im Gegenzug eine Reduzierung des Kaufpreises um 2.500 € verlangt hätten. Anschließend - am 30.3.2012 - sei der Kaufvertrag dann mit dem Kaufpreis von 190.000 € beurkundet worden. Die Erwerber haben die Kaufpreisreduzierung mit ihrem mit der Klage vorgelegten Schreiben vom 28.8.2012 (AH 7) bestätigt.
- 25** Der Beklagte ist diesem Vortrag in tatsächlicher Hinsicht nicht entgegengetreten.
- 26** Auf Grundlage dieses Sachverhalts ist der Beklagten ein weiterer Schaden in Höhe von 2.500,00 € entstanden. Hätte der Beklagte die zutreffende Empfehlung abgegeben, das Fenster aus Brandschutzgründen nicht einzubauen, hätten die Erwerber keinen Anlass gehabt, den Kaufpreis nachzuverhandeln und zu reduzieren. Der Senat geht davon aus, dass die Klägerin auch ohne den Einbau des Fensters für die Wohnung einen Kaufpreis von 192.500 € verlangt und erhalten hätte. Die Erwerber begründen in ihrem Schreiben vom 28.8.2012 die Kaufpreisreduzierung nämlich nicht mit dem Wegfall des Fensters, sondern damit, dass aufgrund des nachträglichen Umbaus nur eine mechanische Lüftung eingebaut wurde, die nicht - wie dem Stand der Technik entsprechend - mit einer Abschaltautomatik habe versehen werden können. Wäre das Badezimmer von vornherein ohne das Fenster errichtet worden, wäre eine übliche Lüftung mit Abschaltautomatik eingebaut worden.
- 27** 4. Der Anspruch mindert sich allerdings um ein Mitverschulden der Klägerin bzw. ein ihr zurechenbares Mitverschulden des Architekten.
- 28** a) Indem die Klägerin im Vertrauen auf den Prüfbericht und die Prüfbescheinigung das Fenster einbauen ließ ohne die Entscheidung des Bauamtes über die Abweichung vom Brandschutz abzuwarten, hat sie den Schaden mit verursacht.
- 29** Der BGH hat entschieden, dass ein Bauherr, der von einer ihm erteilten Baugenehmigung Gebrauch macht, obwohl ihm Umstände bekannt sind, aufgrund derer sich ihm die

Fehlerhaftigkeit der Genehmigungsplanung aufdrängt, regelmäßig gegen die im eigenen Interesse bestehende Obliegenheit verstößt, sich selbst vor Schäden zu bewahren mit der Folge, dass er sich gegenüber dem Planungsfehler des Architekten ein Mitverschulden anrechnen lassen muss (BGH Urt. v. 10.2.2011 - VII ZR 8/10, BauR 2011, 869). Diese Erwägungen gelten auch im Verhältnis der Klägerin zu dem Beklagten als Brandschutzsachverständigem, der mit der Prüfung der Genehmigungsfähigkeit beauftragt war. Hier hätte die Klägerin, selbst wenn sie auf die Erteilung der Genehmigung vertraut hat, die Entscheidung des Bauamtes, welches die Abweichung vom Brandschutz genehmigen musste, abwarten müssen.

- 30** b) Es kann dahinstehen, ob die Klägerin nach Vorliegen des Prüfberichts nebst Bescheinigung die Entscheidung, das Fenster einzubauen, selbst getroffen hat oder der Architekt den Einbau des Fensters freigegeben hat. Die Klägerin muss sich ein eventuelles Verschulden ihres Architekten dem Beklagten gegenüber als Mitverschulden über §§ 254, 278 BGB zurechnen lassen.
- 31** Nach § 254 Abs. 2 S. 2, 278 BGB muss sich der Auftraggeber die Mitverursachung eines Schadens durch den von ihm beauftragten planenden Architekten auch gegenüber einem Fachplaner zurechnen lassen, wenn er sich des Architekten zur Erfüllung einer Pflicht gegenüber diesem oder zur Erfüllung der ihn aus § 254 Abs. 1 BGB im eigenen Interesse treffenden Obliegenheit zur Schadensminderung bedient hat (BGH, Urteil vom 15.5.2013 - VII ZR 257/11, BauR 2013, 1468 für die unzureichende Information des Statikers durch den Architekten über problematische Bodenverhältnisse; ebenso und grundlegend bereits BGH, Urteil vom 27.11.2008 - VII ZR 206/06, BauR 2009, 515 Glasfassadenurteil).
- 32** Die Klägerin muss sich das Verschulden ihres Architekten nach § 278 BGB zurechnen lassen, da sie ihn in ihr Vertragsverhältnis mit dem Beklagten eingeschaltet hat und er daher, soweit er den Einbau des Fensters aufgrund der Brandschutzprüfung des Beklagten freigegeben hat, ihr Erfüllungsgehilfe war. Der Kontakt zwischen den Parteien lief über den Architekten, diesem hat der Beklagte Prüfbericht und Prüfbescheinigung zusammen mit seiner Rechnung übersandt. Auch die weitere Korrespondenz zwischen den Parteien wurde zunächst über den Architekten geführt. Dieser leitete die Beanstandung der Brandschutzdienststelle unter dem 23.1.2012 an den Beklagten weiter und bat ihn mit Schreiben vom 20.3.2012 um die Prüfung alternativer Lösungen. Ihm oblag damit auch, die Brandschutzprüfung des Beklagten auszuwerten. Hierzu hatte die Klägerin ihn eingeschaltet, so dass sie sich sein Verschulden hierbei nach § 278 BGB zurechnen lassen muss.
- 33** c) Der Senat hält ein Mitverschulden von 50% für angemessen.
- 34** Die entscheidende Ursache haben die Klägerin bzw. ihr Architekt gesetzt. Sie haben den Einbau des Fensters vorgenommen bzw. freigegeben, obwohl die hierfür erforderliche Baugenehmigung noch nicht vorlag. Sie konnten dem Prüfbericht des Beklagten entnehmen, dass die Ausführung von den Vorschriften über den Brandschutz abwich und hätten erkennen können, dass diese vom Bauamt noch zu genehmigen war.
- 35** Allerdings hat auch der Beklagte eine gewichtige Ursache gesetzt. Er hat in seiner Eigenschaft als staatlich anerkannter Sachverständiger für die Prüfung des Brandschutzes den Einbau des Fensters aus Brandschutzgründen für unbedenklich und zustimmungsfähig angesehen und mit der Erteilung der Prüfbescheinigung den Eindruck genährt, dass Brandschutzbelange der Zustimmung des Bauamtes nicht entgegenstehen. Nach dem unwidersprochenen Vortrag der Klägerin in der Klageschrift hatte das Bauamt vorab die

Genehmigung des Fensters in Aussicht gestellt, sofern es keine Probleme mit dem Brandschutz gäbe. Der Beklagte hatte in seiner Begutachtung den Einbau des Fensters als Abweichung vom Brandschutz bezeichnet, deren Genehmigung fachliche Erwägungen des Brandschutzes nicht entgegenstehen. Zudem hatte er nicht hinreichend deutlich gemacht, dass die Abweichung vom Bauamt noch genehmigt werden musste und die Abweichung mit der Brandschutzdienststelle nicht abgesprochen war.

III.

- 36** Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.
- 37** Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision sind nicht gegeben. Der Sache kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch den Bundesgerichtshof. Der Senat hat den Rechtsstreit auf Grundlage anerkannter Grundsätze nach den Besonderheiten des Einzelfalles entschieden.

Zitiervorschlag:

OLG Köln Urt. v. 4.5.2016 – 16 U 129/15, BeckRS 2016, 123786

Abgrenzung von hoheitlichem zu privatrechtlichem Handeln bei Amtshaftung

GG Art. 34 S. 1; BGB §§ 631, 839 I 1; HessBauO 2002 §§ 59 I, III, 73 II

1. Der vom Bauherrn mit der Prüfung der Standsicherheit nach § 59 I 1, III 1 HessBauO 2002 und der Bauüberwachung gem. § 73 II 1 HessBauO 2002 beauftragte Sachverständige nimmt kein öffentliches Amt im Sinne von § 839 I 1 BGB in Verbindung mit Art. 34 S. 1 GG wahr. Zwischen beiden Personen wird ein privatrechtlicher Werkvertrag geschlossen.

2. Dieser Werkvertrag bezweckt auch den Schutz des Bauherrn (Auftraggebers) vor Schäden aufgrund einer mangelhaften Baustatik. Er dient nicht allein dem Interesse der Allgemeinheit an der Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Bauordnungsrechts und ist nicht lediglich darauf gerichtet, eine Prüfbescheinigung zu erstellen, die gegenüber der Bauaufsichtsbehörde vorgelegt werden kann.

BGH, Urteil vom 31.3.2016 – III ZR 70/15

Zum Sachverhalt

Die Kl. nehmen nach dem Bau eines Einfamilienhauses die mit der Erstellung des Kellergeschosses beauftragte Werkunternehmerin – eine inzwischen aufgelöste Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Bekl. zu 2) –, einen Gesellschafter dieser Unternehmerin (Bekl. zu 1) sowie den von ihnen, den Kl., beauftragten Prüferingenieur (Bekl. zu 3) als Gesamtschuldner auf Schadensersatz in Anspruch.

Den Kl. wurde im vereinfachten Verfahren nach § 57 der Hessischen Bauordnung vom 18.6.2002 (GVBl I 2002, 274; im Folgenden: HessBauO 2002) eine Genehmigung für den Bau eines Einfamilienhauses (Fertighaus) mit Keller und Garage auf einem Hanggrundstück erteilt, unter anderem mit der Auflage, die bautechnischen Nachweise vor Baubeginn bei der Bauaufsichtsbehörde vorzulegen. Den Auftrag für die Durchführung der Prüfung der bautechnischen Nachweise und die Bauüberwachung in statisch-konstruktiver Hinsicht erteilten die Kl. gemäß Vertrag vom 8./9.12.2005 an den Bekl. zu 3. Dieser erstellte sodann einen Prüf- und einen Überwachungsbericht und erteilte am 3.2.2006 eine Überwachungsbescheinigung. Die Kl. haben geltend gemacht, die Bekl. hätten die ihnen obliegenden vertraglichen Pflichten verletzt. Die hangseitige Kellerwand sei nicht standsicher und nicht stabil genug geplant und ausgeführt worden. Deswegen sei es infolge des vom Hang ausgehenden Erdmassendrucks zu Rissen, Verdrückungen und Auswölbungen an den gemauerten Kellerwänden gekommen und das Gebäude sei insgesamt vom Hang weg zur Straße hin verschoben worden. Den bereits angefallenen Schaden haben die Kl. zuletzt mit 134.513,32 Euro angegeben. Die Bekl. zu 1 und 3 haben Pflichtverletzungen verneint und die Höhe des geltend gemachten Schadens bestritten. Der Bekl. zu 3 hat sich zudem darauf berufen, er sei nicht passivlegitimiert, weil er als Prüferingenieur in Ausübung eines öffentlichen Amtes gehandelt habe und allein zum Schutz der Allgemeinheit, nicht aber der Belange der Kl. tätig geworden sei. Jedenfalls habe sich sein Pflichtenkreis gegenüber den Kl. darauf beschränkt, für die Erbringung der Nachweise für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zwecks Erlangung der Baugenehmigung zu sorgen; die Planungsleistungen anderer am Bau Beteiligten habe er nicht zu kontrollieren gehabt.

Das *LG Kassel* (Urt. v. 14.9.2012 – 4 O 1614/09, BeckRS 2016, 08597) hat die Klage gegen die Bekl. zu 2 als unzulässig abgewiesen. Die Bekl. zu 1 und 3 hat es als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kl. 114.192,32 Euro nebst Zinsen zu zahlen und die Feststellung getroffen, dass die Bekl. zu 1 und 3 als Gesamtschuldner verpflichtet seien, den Kl. sämtliche weitergehenden Aufwendungen und Schäden zu ersetzen; die darüber hinaus reichende Klage gegen die Bekl. zu 1 und 3 hat es abgewiesen. Das *OLG Frankfurt a. M.* (BauR 2014, 1503 = BeckRS 2014, 10401) hat die hiergegen eingelegte Berufung des Bekl. zu 1 sowie die gegen die Bekl. zu 1 und 3 gerichtete Anschlussberufung der Kl. zurückgewiesen. Auf die Berufung des Bekl. zu 3 hat es das Urteil des *LG* teilweise abgeändert und die gegen ihn erhobene Klage abgewiesen. Mit ihrer vom erkennenden *Senat* zugelassenen Revision ver

BGH: Abgrenzung von hoheitlichem zu privatrechtlichem Handeln bei Amtshaftung (NJW 2016, 2656)

2657 

folgten die Kl. ihre Klage gegen den Bekl. zu 3 in vollem Umfang weiter. Die Revision führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer., soweit es die Klage gegen den Bekl. zu 3 abgewiesen und die gegen ihn gerichtete Anschlussberufung der Kl. zurückgewiesen hat.

Aus den Gründen

- 7 I. Das BerGer. (*OLG Frankfurt a. M.*, BauR 2014, 1503 = BeckRS 2014, 10401) hat die Klage gegen den Bekl. zu 3 als unbegründet angesehen und hierzu ausgeführt:
- 8 Für etwaige Schadensersatzansprüche der Kl. sei der Bekl. zu 3 nicht passivlegitimiert. Mit seiner Tätigkeit als Sachverständiger gem. §§ 59 I, 73 II HessBauO 2002 habe er ein öffentliches Amt iSv § 839 I 1 BGB iVm Art. 34 S. 1 GG für die nach § 53 I und II HessBauO 2002 zuständige Bauaufsichtsbehörde ausgeübt. Die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit treffe somit nicht den Bekl. zu 3 persönlich, sondern den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er bei seiner Tätigkeit gestanden habe. Die von ihm durchgeführten statischen Prüfungen seien auf das Engste mit der Genehmigungs- und Überwachungsaufgabe der Bauaufsichtsbehörde nach §§ 53 II 1 und 2, 73 I HessBauO 2002 verknüpft und umfassend durch die Regelungen der Hessischen Bauordnung bestimmt. Diesen engen Funktionszusammenhang habe die Reform und Neufassung der Hessischen Bauordnung von 2002 nicht aufgehoben. Dass die Bauaufsichtsbehörde selbst nicht mehr zur präventiven Kontrolle der Standsicherheit verpflichtet sei, ändere nichts daran, dass ihre grundsätzliche Prüfungszuständigkeit gem. §§ 53 II 1, 73 I HessBauO 2002 fortbestehe. Indem der als Sachverständiger beauftragte Prüfer die Standsicherheit eines Bauvorhabens iSv § 11 HessBauO 2002 bescheinige, werde er in dem der Bauaufsichtsbehörde obliegenden Pflichtenkreis tätig. Eine behördliche Aufgabe büße ihren öffentlich-rechtlichen Charakter nicht dadurch ein, dass sie zur Entlastung der Behörde auf Private verlagert werde. Für eine hoheitliche Tätigkeit des Prüfer spreche zudem, dass dieser nach dem Bestimmungen der Verordnung über die bautechnische Prüfung baulicher Anlagen amtlich zu bestellen sei. Zwar sehe § 2 II 2 Hs. 2 der Hessischen Verordnung über Prüfberechtigte und Prüfsachverständige nach der Hessischen Bauordnung vom 18.12.2006 vor, dass Prüfsachverständige keine hoheitlichen bauaufsichtlichen Prüfungsaufgaben wahrnehmen; jedoch habe diese Vorschrift zur Zeit der Beauftragung des

Bekl. zu 3 durch die Kl. noch nicht gegolten und könne daher zur rechtlichen Einordnung seiner Tätigkeit nicht herangezogen werden.

- 9** Auch wenn man die Tätigkeit des Bekl. zu 3 als privatrechtlich einordne, sei dieser nicht zum Schadensersatz verpflichtet, weil er keine der ihm den Kl. gegenüber obliegenden Prüfungspflichten verletzt habe. Durch den Vertrag vom 8./9.12.2005 habe sich der Bekl. zu 3 lediglich dazu verpflichtet, die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Hessischen Bauordnung zu überprüfen, die ihrerseits allein dem Schutz der Allgemeinheit dienen, nicht aber auch dem Schutz einzelner Bauherren vor Baumängeln. Ein objektiver Erklärungsempfänger in der Lage der Kl. (§ 157 BGB) hätte den vertraglichen Erklärungen des Bekl. zu 3 nicht entnommen, dass dieser sich ihnen gegenüber in einem über die Ziele der Hessischen Bauordnung hinausgehenden Umfang verpflichten wolle. Die Schutzrichtung der vertraglichen Verpflichtungen des Bekl. zu 3 habe ein Entstehen für Baumängel nicht umfasst.
- 10** II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.
- 11** 1. Entgegen der Auffassung des BerGer. ist der Bekl. zu 3 bei der Erfüllung des Auftrags der Kl., die Standsicherheit zu prüfen, nicht in Ausübung eines öffentlichen Amtes, sondern privatrechtlich tätig geworden, so dass seine Passivlegitimation nicht gem. § 839 I 1 BGB iVm Art. 34 S. 1 GG verneint werden kann.
- 12** a) Ob sich das Handeln einer Person als Ausübung eines ihr anvertrauten öffentlichen Amtes darstellt, bestimmt sich danach, ob die eigentliche Zielsetzung, in deren Sinn der Betreffende tätig wird, hoheitlicher Tätigkeit zuzurechnen ist und ob zwischen dieser Zielsetzung und der schädigenden Handlung ein so enger äußerer und innerer Zusammenhang besteht, dass die Handlung ebenfalls als noch dem Bereich hoheitlicher Betätigung angehörend angesehen werden muss. Dabei ist nicht auf die Person des Handelnden, sondern auf seine Funktion, das heißt auf die Aufgabe, deren Wahrnehmung die im konkreten Fall ausgeübte Tätigkeit dient, abzustellen (stRspr; s. zB *Senat*, *BGHZ* 147, 169 [171] = *NVwZ* 2002, 375 = *NJW* 2002, 1194 Ls. und *BGHZ* 181, 65 [67] = *NJW-RR* 2009, 1398 = *DS* 2010, 75 Rn. 10; *BGH*, *NVwZ-RR* 2011, 556 = *DS* 2011, 285 Rn. 7; *BGHZ* 191, 71 [75 f.] = *NVwZ* 2012, 381 Rn. 13; *BGHZ* 200, 253 [260] = *NJW* 2014, 1665 = *DS* 2014, 155 Rn. 31 und *BGH*, *NJW* 2014, 3580 [3581] = *NZM* 2014, 917 Rn. 17).
- 13** b) Nach diesen Grundsätzen können auch Prüfer und andere Sachverständige in Ausübung eines öffentlichen Amtes tätig werden (vgl. *Senat*, *BGHZ* 39, 358 [360 ff.] = *NJW* 1963, 1821 – Prüflingenieur für Baustatik im Baugenehmigungsverfahren; *BGHZ* 49, 108 [110 ff.] = *NJW* 1968, 443; *Senat*, *NJW* 1973, 458; *BGHZ* 122, 85 [87 ff.] = *NJW* 1993, 1784 – TÜV-Sachverständiger; *BGHZ* 147, 169 [170 ff.] = *NJW* 2002, 1194 = *NVwZ* 2002, 375 – Luftfahrttechnische Prüfung; *Senat*, *NVwZ* 2007, 487 = *VersR* 2006, 1684 Rn. 8 ff. – Sozialmedizinische Stellungnahme des MDK; *Senat*, *BGHZ* 191, 71 [75 ff.] = *NVwZ* 2012, 381 Rn. 11 ff. – Verifizierer nach dem Treibhaus-Emissionshandelsgesetz). Dafür ist es nicht erforderlich, dass ein Prüfer selbst zwangsweise durchsetzbare Maßnahmen gegen die von seiner Prüftätigkeit betroffenen Personen ergreifen kann (*Senat*, *BGHZ* 147, 169 [176] = *NVwZ* 2002, 375 = *NJW* 2002, 1194 Ls.; *Senat*, *DS* 2011, 285 = *NVwZ-RR* 2011, 556 [557] Rn. 9). Es genügt, dass seine Arbeit mit der Verwaltungstätigkeit einer Behörde auf das Engste zusammenhängt und er in diese so maßgeblich eingeschaltet ist, dass seine Prüfung geradezu einen Bestandteil der von der Behörde ausgeübten und sich in ihrem Handeln niederschlagenden hoheitlichen Tätigkeit bildet (*Senat*, *BGHZ* 181, 65 [72] = *NJW-RR* 2009, 1398 = *DS* 2010, 75 Rn. 18 mwN; *DS* 2011, 285 = *NVwZ-RR* 2011, 556).

- 14** c) Diese Voraussetzungen liegen hier aber nicht vor. Der vom Bauherrn (hier den Kl.) mit der Prüfung der Standsicherheit nach § 59 I 1, III 1 HessBauO 2002 und der Bauüberwachung gem. § 73 II 1 HessBauO 2002 beauftragte Sachverständige (hier der Bekl. zu 3 nimmt kein öffentliches Amt iSv § 839 I 1 BGB iVm Art. 34 S. 1 GG wahr. Nach der vorliegend maßgeblichen Hessischen Bauordnung 2002 hängt seine Arbeit mit der Verwaltungstätigkeit der Bauaufsichtsbehörde nicht derart eng zusammen, dass sie als Bestandteil der hoheitlichen Tätigkeit der Behörde anzusehen wäre.
- 15** aa) Nachdem sich bereits die (am 1.7.1994 in Kraft getretene) Hessische Bauordnung vom 20.12.1993 (GVBl I 1993, 655) die Vereinfachung und Beschleunigung des Baugenehmigungsverfahrens zum Ziel gesetzt hatte (LT-Drs. 13/4813, 76 f., 80 f.; *Herbert/Keckemeti/Dittrich*, ZfBR 1995, 67), verfolgte der hessische Landesgesetzgeber mit der umfassenden Änderung der Landesbauordnung vom 18.6.2002 eine weitgehende Deregulierung und Privatisierung des Bauordnungsrechts (s. Begründung des GE der Landesregierung für eine Hessische Bauordnung, LT-Drs. 15/3635, 1 f., 67 ff.). Hierzu gehörte insbesondere der Verzicht auf präventive bauaufsichtsrechtliche Prüfung und Überwachung (vgl. zB § 59 I 2 Hs. 1 HessBauO 2002), verbunden mit der Übertragung staatlicher Prüfungs- und Überwachungsaufgaben auf private Sachkundige und Sachverständige bei grundsätzlicher Entkoppelung baurechtlicher und bautechnischer Prüfung (§§ 59 I, 73 II HessBauO 2002; s. LT-Drs. 15/3635, 68).
- 16** bb) Dementsprechend ist es an Stelle einer hoheitlichen bautechnischen Prüfung durch die Bauaufsichtsbehörde nunmehr Aufgabe des Bauherrn, sachkundige Personen (Nachweisberechtigte und Sachverständige iSd § 59 I 1 HessBauO 2002) zu beauftragen und auf diese Weise die Einhaltung der die technische Sicherheit betreffenden bauordnungsrechtlichen Vorgaben zu gewährleisten. Der Bauherr trägt – gemeinsam mit den von ihm eingeschalteten Sachkundigen – die Verantwortung für die technische Sicher

BGH: Abgrenzung von hoheitlichem zu privatrechtlichem Handeln bei
Amtshaftung (NJW 2016, 2656)

2658 

heit der baulichen Anlage (s. §§ 47, 48 IV 1 HessBauO 2002; vgl. LT-Drs. 15/3635, 69, 154: „System privater Verantwortlicher“). Die von ihm zu beachtenden Anforderungen an die Aufstellung und Prüfung bautechnischer Nachweise sind in § 59 HessBauO 2002 umfassend und verfahrensübergreifend normiert. Die Vorschrift gibt dem Bauherrn vor, welche Nachweise einzuholen und dass diese von hierfür sachkundigen Personen auszustellen sind (s. zu alldem *Allgeier/Rickenberg*, Die Bauordnung für Hessen, 9. Aufl. 2013, § 59 Rn. 1, 4 f.; *Hornmann*, Hessische Bauordnung, 2004, § 59 Rn. 1 f.). Die gem. § 59 HessBauO 2002 einzuschaltenden Nachweisberechtigten und Sachverständigen hat der Bauherr auszuwählen und zu beauftragen (§ 48 IV 1 HessBauO 2002). Die von den sachkundigen Personen gefertigten Nachweise und Prüfbescheinigungen sind an den Bauherrn auszustellen (*Allgeier/Rickenberg*, § 59 Rn. 4) und von diesem sodann nach Maßgabe von §§ 60 III, 65 III 2 Nr. 1, 74 II 3 und 4 HessBauO 2002 der Bauaufsichtsbehörde vorzulegen.

- 17** cc) Die Tätigkeit des Sachverständigen ist hiernach nicht (mehr) Teil der präventiven hoheitlichen Bauaufsicht, sondern vollzieht sich privatrechtlich im Rahmen der Beauftragung durch den Bauherrn (*Allgeier/Rickenberg*, § 59 Rn. 4, 11; *Hornmann*, § 59 Rn. 7; vgl. auch LT-Drs. 15/3635, 74 f.; *Schmidt*, NJW-Spezial 2012, 44 [45]).

18

(1) Soweit bautechnische Nachweise zu erbringen beziehungsweise die Bescheinigungen von Prüfsachverständigen nach Maßgabe von § 59 HessBauO 2002 einzuholen sind, entfällt gem. § 59 I 2 Hs. 1 HessBauO 2002 eine bauaufsichtliche Prüfung. Auch wenn ein Baugenehmigungsverfahren durchgeführt und über die Erteilung einer Baugenehmigung entschieden wird, findet eine behördliche Entscheidung über die Einhaltung der bautechnischen Anforderungen nicht (mehr) statt. Nach der Vorstellung des Landesgesetzgebers ist eine nochmalige staatliche Kontrolle überflüssig, wenn die bautechnische Prüfung durch über besondere Qualifikationen verfügende sachkundige Personen wahrgenommen wird (LT-Drs. 15/3635, 154). Im Hinblick auf die damit einhergehende Beschränkung der Aufgaben der Bauaufsichtsbehörde vollzieht sich die Prüftätigkeit des Sachverständigen nicht in engem Zusammenhang mit der präventiven ordnungsbehördlichen Tätigkeit, so dass eine Zuweisung in die hoheitliche Sphäre ausscheidet. Insbesondere bereitet der Prüfsachverständige nicht eine von der Baubehörde zu treffende Entscheidung vor (anders als beispielsweise der Verifizierer nach dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz; s. hierzu *Senat, BGHZ* 191, 71 [79] = *NVwZ* 2012, 381 Rn. 21 f.); seine sachverständige Beurteilung erfolgt vielmehr eigenständig und gegenüber dem Bauherrn als seinem Auftraggeber.

- 19** (2) Die Tätigkeit der Prüfsachverständigen erstreckt sich außerdem auf den Bereich der Bauüberwachung. Diese ist gem. § 73 I HessBauO 2002 zwar grundsätzlich von der Bauaufsichtsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen auszuüben. Gemäß § 73 II 1 HessBauO 2002 haben jedoch die Sachverständigen die mit den von ihnen bescheinigten Unterlagen übereinstimmende Bauausführung zu bescheinigen und somit im Umfang ihrer bautechnischen Prüfungstätigkeit auch die Bauüberwachung vorzunehmen. Sie sind insoweit an Stelle der Bauaufsichtsbehörde für die ordnungsgemäße Bauausführung verantwortlich (*Wittkowski, NVwZ* 2003, 671 [674]). Hierbei nehmen sie keine hoheitlichen Aufgaben der Behörde wahr; sie sind auch nicht in das behördliche Verfahren einbezogen. Vielmehr bleiben sie auch in diesem Zusammenhang im Pflichten- und Verantwortungsbereich des Bauherrn tätig. An dieser Stelle hat die Reform der Hessischen Bauordnung 2002 ebenfalls eine Verlagerung der Verantwortlichkeiten – von der Behörde auf den Bauherrn und die von ihm beauftragten Sachkundigen – mit sich gebracht (vgl. LT-Drs. 15/3635, 175; *Allgeier/Rickenberg, § 73 Rn. 9; Eiding/Ruf/Herrlein, Öffentliches Baurecht in Hessen, 3. Aufl. 2014 Rn. 327*).
- 20** (3) Freilich kommt der Bauaufsichtsbehörde aufgrund der Generalklausel in § 53 II HessBauO 2002 weiterhin die Aufgabe zu, für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften – auch derjenigen, die die bautechnische Sicherheit baulicher Anlagen betreffen – zu sorgen. Dies gilt gem. § 53 II 2 Hs. 2 HessBauO ausdrücklich auch, soweit eine präventive bauaufsichtliche Prüfung entfällt. Im Rahmen der repressiven Aufsicht kontrolliert die Behörde jedoch grundsätzlich nur, ob die erforderlichen Bescheinigungen vorliegen, ohne eine eigene inhaltliche Prüfung vorzunehmen. Regelmäßig wird erst das Fehlen einer Bescheinigung oder eine die Prüfbescheinigung einschränkende Anmerkung des Sachverständigen für die Behörde Anlass sein, die Ergreifung bauaufsichtlicher Maßnahmen zu erwägen (vgl. *Allgeier/Rickenberg, § 65 Rn. 17, § 73 Rn. 7 u. 9*). Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Sachverständige, der im Auftrag des Bauherrn bautechnische Nachweise einer Prüfung unterzieht, letztlich doch im Aufgaben- und Pflichtenkreis der Bauaufsichtsbehörde tätig wird (vgl. zur insoweit ähnlichen Rechtslage bei der Zuerkennung des GS-Zeichens *Senat, NVwZ-RR* 2011, 556 [557] = *DS* 2011, 285 Rn. 10 f.). Vielmehr zählt der Sachverständige gem. § 59 I 2 Hs. 2 iVm § 47 HessBauO 2002 selbst zum Kreis der Verantwortlichen mit der Folge, dass er von der Behörde gegebenenfalls – etwa wegen der

Unrichtigkeit einer von ihm erteilten Prüfbescheinigung – baupolizeilich in Anspruch genommen werden kann.

- 21** dd) Der privatrechtlichen Einordnung der Prüftätigkeit des nach der Hessischen Bauordnung 2002 vom Bauherrn beauftragten Sachverständigen steht nicht entgegen, dass diese Tätigkeit durch die Vorschriften des Bauordnungsrechts vorgegeben ist, der Sachverständige hierfür der staatlichen Anerkennung bedarf (§§ 1 ff. der Hessischen Verordnung über Prüfberechtigte und Prüfsachverständige und Zuständigkeiten nach der Hessischen Bauordnung vom 18.12.2006 [HPPVO], GVBl I 2006, 745 bzw. – vor deren Inkrafttreten § 1 III und VII der Verordnung über die bautechnische Prüfung baulicher Anlagen vom 28.10.1994 [BauprüfVO], GVBl I 1994, 655) und der Verordnungsgeber Detailregelungen über seine Arbeitsweise getroffen hat (so etwa in §§ 5 und 13 HPPVO).
- 22** Eine Amtsträgereigenschaft iSv Art. 34 S. 1 GG wird noch nicht dadurch begründet, dass die betreffende Tätigkeit nur aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Anerkennung ausgeübt werden darf (s. etwa *Staudinger/Wöstmann*, BGB, Neubearb. 2013, § 839 Rn. 41). Die Regelungen über die Anforderungen an die Qualifikation des Sachverständigen und über seine Arbeitsweise sind Folge und zugleich Kompensation des teilweisen staatlichen Rückzugs aus der präventiven Kontrolle von Bauvorhaben (vgl. LT-Drs. 15/3635, 69; *Scholz*, Privatisierung im Baurecht, 1997, 50 f.).
- 23** § 2 II 1 Hs. 2 HPPVO regelt ausdrücklich, dass Prüfsachverständige keine hoheitlichen bauaufsichtlichen Prüfaufgaben wahrnehmen. Die Verordnung ist zwar erst am 1.1.2007 – und somit nach der Beauftragung des Bekl. zu 3 durch die Kl. – in Kraft getreten. Der Erlass der Regelung geht aber auf § 80 V 1 Nr. 2 HessBauO 2002 zurück und zeichnet insoweit lediglich die mit der Reform der Hessischen Bauordnung 2002 bereits vollzogene Deregulierung und Ausgestaltung des Systems privater Verantwortlicher nach (vgl. LT-Drs. 15/3635, 154). Die privatrechtliche Einordnung der Prüftätigkeit des Sachverständigen beruht mit

BGH: Abgrenzung von hoheitlichem zu privatrechtlichem Handeln bei
Amtshaftung (NJW 2016, 2656)

2659 

hin nicht erst auf der Verordnung, sondern schon auf der am 1.10.2002 in Kraft getretenen Hessischen Bauordnung 2002.

- 24** ee) Dass die am Bau Beteiligten die bautechnischen Anforderungen nach der Konzeption der Reform der Hessischen Bauordnung 2002 nunmehr in eigener Verantwortung zu erfüllen haben und die Bauaufsichtsbehörde insoweit aus ihrer hoheitlichen Aufgabe entlassen ist, unterscheidet den vorliegenden Fall von demjenigen, welcher der Senatsentscheidung vom 27.5.1963 (*BGHZ* 39, 358 [360 ff.] = *NJW* 1963, 1821) zu Grunde lag. Nach den (damaligen) Vorschriften der dort anzuwendenden Schleswig-Holsteinischen Landesbauordnung oblag der Bauaufsichtsbehörde die Aufgabe der statischen Prüfung, zu deren Ausführung sie sich des Prüfindingenieurs durch Erteilung eines Prüfauftrags bediente. Der *Senat* hat die Tätigkeit eines Prüfindingenieurs für Baustatik bei dieser Rechtslage als Ausübung eines öffentlichen Amtes eingeordnet. So liegt es hier aus den vorstehenden Gründen indessen nicht.
- 25** 2. Auch der Annahme der Vorinstanz, der Bekl. zu 3 habe sich durch den Vertrag vom 8./9.12.2005 lediglich dazu verpflichtet, die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Hessischen Bauordnung zu überprüfen, die ihrerseits allein dem Schutz der Allgemeinheit dienen, nicht aber auch dem Schutz einzelner Bauherren vor Baumängeln,

vermag sich der *Senat* nicht anzuschließen. Die Auslegung des BerGer. hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand, weil sie den Regelungszweck des Vertrags verkennt und dem Grundsatz der beiderseits interessengerechten Vertragsauslegung (s. hierzu etwa *Senat*, NJW-RR 2006, 496 [497] Rn. 12; *BGH*, NJW 2015, 1107 [1108] Rn. 14) nicht hinreichend Rechnung trägt.

- 26** a) Nach §§ 133, 157 BGB ist bei der Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen der wirkliche Wille der Erklärenden zu erforschen. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärung auszugehen und demgemäß in erster Linie dieser und der ihm zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen. Bei der Willensforschung sind auch der mit der Absprache verfolgte Zweck, die Interessenlage der Parteien und die sonstigen Begleitumstände zu berücksichtigen, die den Sinngehalt der gewechselten Erklärungen erhellen können (s. etwa *Senat*, NVwZ 2012, 581 [583] Rn. 18).
- 27** b) Diesen Anforderungen genügt die tatrichterliche Auslegung der Vorinstanz nicht in jeder Hinsicht.
- 28** Bei der Tätigkeit des Prüfindgenieurs handelt es sich um eine werkvertragliche Leistung. Im Hinblick auf § 59 III, § 73 II HessBauO 2002 hatte der Bekl. zu 3 nach dem Inhalt des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags die Aufgabe, die Prüfung der bautechnischen Nachweise bezüglich der statischen Berechnung sowie die stichprobenartige Überprüfung der standsicherheitsrelevanten Konstruktionsteile vorzunehmen. Die Statik ist von erheblicher Bedeutung vor allem für die Sicherheit der Hausbewohner und die Nutzbarkeit der zu errichtenden Baulichkeit. Der Auftrag des Prüfindgenieurs ist darauf gerichtet, etwaige statische Mängel zu erkennen und eine statisch fehlerhafte Bauausführung zu verhindern. Dementsprechend liegt die Schutzrichtung des Vertrags des Bauherrn mit dem Prüfindgenieur darin, den Eintritt von Schäden aufgrund einer mangelhaften Statik abzuwenden. Dieser Zweck umfasst insbesondere die Interessen des Auftraggebers (Bauherrn). Er ist selbst Bewohner des Bauobjekts oder jedenfalls für die Sicherheit der Bewohner verantwortlich und hat ein schutzwürdiges vermögensmäßiges Interesse an der uneingeschränkten Nutzbarkeit der baulichen Anlage. Die Schutzrichtung des vertraglichen Prüfauftrags kann aufgrund dieser Nähe der Werkleistung zu den Belangen des Bauherrn nicht als dahin eingeschränkt angesehen werden, dass die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften, nur im Interesse der Allgemeinheit, überprüft werden müsste. Zwar mögen Prüfungsmaßstab des Ingenieurs öffentlich-rechtliche Normen sein, die in erster Linie zur Wahrung der Belange der Allgemeinheit erlassen wurden. Dies lässt jedoch im vertraglichen Verhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Prüfindgenieur angesichts der vorgeschilderten objektiven Interessenlage nicht den Schluss zu, der Auftraggeber wolle durch die Erteilung des Prüfauftrags nicht auch seine Belange, sondern nur diejenigen der Allgemeinheit gewahrt wissen.
- 29** Hiernach kann auch nicht angenommen werden, der Auftrag an den Prüfindgenieur sei lediglich darauf gerichtet, eine Bescheinigung zu erstellen, die gegenüber der Bauaufsichtsbehörde vorgelegt werden könne (so auch *Schmidt*, NJW-Spezial 2012, 44 [45]; anders hingegen *Jäde*, GewArch Beil. WiVerw Nr. 1/2005, 1, 47). Der Grund für die besondere Prüfung durch einen qualifizierten Sachverständigen liegt darin, dass statische Planungsfehler schwerwiegende Gefahren in sich tragen und Schäden an Leib, Leben und Vermögen insbesondere des Bauherrn nach sich ziehen können. Vor diesem Hintergrund ist es nach der objektiven Interessenlage bei Vertragsschluss zwischen dem Bauherrn und dem Prüfindgenieur nicht gerechtfertigt, die Prüfung und Erstellung einer Bescheinigung zur Vorlage an die Bauaufsichtsbehörde auf einen rein formalen Vorgang zu reduzieren. Viel-

mehr dient der Prüfauftrag mindestens auch, wenn nicht gar in erster Linie, dem Schutz des Bauherrn vor Schäden aufgrund einer mangelhaften Baustatik.

- 30** 3. Nach alledem kommt eine vertragliche Haftung des Bekl. zu 3 in Betracht und kann das Berufungsurteil hinsichtlich der Abweisung der gegen ihn gerichteten Klage keinen Bestand haben (§ 562 I ZPO). Die Sache ist in diesem Umfang zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen, weil die Sache insoweit noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 I 1 und III ZPO). Das BerGer. hat ausdrücklich offen gelassen, ob dem Bekl. zu 3 eine Pflichtverletzung zur Last fällt und in welcher Höhe ein sich hieraus etwa ergebender Schadensersatzanspruch der Kl. gerechtfertigt ist. Eigene Feststellungen hierzu kann das RevGer. nicht treffen.

Anmerkung

Die Privatisierung der Bauaufsicht in vielen Bundesländern ist nun, mit dem Urteil des *BGH*, auch im Amtshaftungsrecht angekommen: War die Tätigkeit des Prüfeningenieurs für Baustatik seit der Grundsatzentscheidung von 1963 (*BGHZ* 39, 358 = *NJW* 1963, 1821) ein Paradebeispiel einer als hoheitlich gewerteten Mitwirkung Dritter in einem behördlichen Verfahren, so gehört diese Einordnung nun der Vergangenheit an, wenn und soweit die Bauordnungen – wie in Hessen – die Tätigkeit der Prüfer aus dem Pflichtenkreis der Bauaufsichtsbehörde herausgelöst haben. Die Entscheidung des *Staatshaftungssenats* steht in sachlicher Nähe zu seinem Urteil vom 14.5.2009 betreffend die wiederkehrende Sachkundigenprüfung für Krane (*BGHZ* 181, 65 = *NJW-RR* 2009, 1398). Auch in dieser Entscheidung war die Einbindung der Tätigkeit der Sachkundigen in die Überwachungsaufgabe des Hoheitsträgers – hier der Berufsgenossenschaft – verneint worden.

Mit Blick auf den zweigliedrigen Voraussetzungssatz der Rechtsprechung für die Zurechnung der Handlungsbeiträge Dritter zur hoheitlich handelnden Verwaltung (erstens: Zielsetzung, zweitens: enger Zusammenhang von Handlung und Zielsetzung) ist unschwer zu erkennen, dass es in beiden Fällen schon an der ersten Voraussetzung fehlt. In Begründung und Ergebnis kommt es mithin nicht erst auf häufig

BGH: Abgrenzung von hoheitlichem zu privatrechtlichem Handeln bei
Amtshaftung (*NJW* 2016, 2656)

2660 

fragwürdige Erwägungen zum hinreichenden Sachzusammenhang an. Liegt die Tätigkeit der Sachverständigen, so wie sie gesetzlich gefasst ist, außerhalb des Pflichtenkreises der Verwaltung, erfüllt sie vielmehr eine eigene öffentlich-rechtliche Verhaltenspflicht des Bauherrn (bzw. Kran-Unternehmers in *BGHZ* 181, 65 = *NJW-RR* 2009, 1398), kann sie schwerlich jener hoheitlichen Verantwortungssphäre zugerechnet werden. Die Erfüllungsprivatisierung im Bauordnungsrecht (§ 59 I 2 HessBauO: „Eine bauaufsichtliche Prüfung entfällt“) führt zur Haftungsprivatisierung und also zum Ausschluss der Amtshaftung. Dass die Verlagerung von Verantwortung in die private Sphäre die Anspruchspositionen des Geschädigten verschlechtern kann, etwa unter dem Gesichtspunkt des Ausfalls eines solventen Schuldners, ist hinzunehmende Konsequenz der Deregulierung: Das Haftungsrecht hat akzessorischen Charakter, folgt der verwaltungsrechtlichen Verantwortungsbeurteilung (oder: -aufhebung). Innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens (Schutzpflichten!) zulässiger gesetzlicher Ausgestaltung der Gefahrenabwehr gibt es keinen Anspruch auf möglichst viel – haftungsentlastende – staatliche Verantwortungsübernahme durch Eröffnungskontrollen oder repressive Überwachung. Die gesetzgeberische Grund-

satzentscheidung, bisher hoheitlich wahrgenommene Gefahrenabwehraufgaben zu privatisieren, kann jedenfalls nicht von der haftungsrechtlichen Verantwortungszurechnung her unterlaufen werden; insofern verhält es sich hier auch anders als bei der behördlichen Einschaltung privater Dritter in nach dem Gesetz klar weiterhin hoheitliche Zuständigkeiten, die anerkanntermaßen nicht zur Freizeichnung von der Amtshaftung führen kann.

Eine Restunsicherheit in der Frage, ob überhaupt in diesem Sinn eine haftungsbefreiende Privatisierung der Wahrnehmungszuständigkeit für die Gefahrenabwehr stattgefunden hat, ergibt sich im Bauordnungsrecht aus der fortbestehenden umfassenden Aufgabenbeschreibung in den Bauordnungen (§ 53 II HessBauO). Der *Senat* hält, anders als das Berufungsgericht, insoweit den Rückzug des Staates aus der Präventivkontrolle für haftungsrechtlich maßgeblich, nicht die verbleibende sonderpolizeiliche Generalzuständigkeit für den rechtskonformen Zustand baulicher Anlagen. Das überzeugt: Die allgemeine Pflicht, für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu sorgen, ist nicht geeignet, eine Haftungsverlagerung auf den Hoheitsträger wegen fehlerhafter Prüftätigkeiten im Zusammenhang der Errichtung von Bauwerken zu rechtfertigen, welche die Verwaltung nach dem Gesetz gerade nicht mehr selbst wahrnimmt. Seit jeher hat die Gefahrenabwehrzuständigkeit der Bauordnungsbehörden nicht bedeutet, dass deren Träger mit der Erteilung einer Baugenehmigung (oder – bei ausgenommenen oder freigestellten Anlagen – gar ohne eine solche) umfassend alle Haftungsrisiken eines objektiv rechtswidrigen Baus übernehmen. Neben den Schutzwickeinschränkungen, wie sie schon das Baustatik-Urteil von 1963 (*BGHZ* 39, 358 = *NJW* 1963, 1821) im Hinblick auf bestimmte Schadensfolgen vorgenommen hat, kann die Baugenehmigung haftungsbegründende Verlässlichkeitsgrundlage jedenfalls nur insoweit sein, als nach den für die Präventivkontrolle maßgeblichen Vorschriften der Prüfhorizont der Behörde reicht (*BGHZ* 123, 191 = *NJW* 1993, 2615; *OLG Jena*, *LKV* 2005, 566). Erstreckt sich dieser nicht auf bestimmte – stattdessen vom Bauherrn oder Tragwerksplaner zu verantwortende – Eigenschaften des Bauwerks oder Baugrunds, entfällt die Amtshaftung richtigerweise schon unter dem Gesichtspunkt der (insoweit fehlenden) Amtspflichtverletzung. Ordnet das Bauordnungsrecht darüber hinaus, wie in der HessBauO, auch die Tätigkeit des Prüfindingenieurs, der als Sachverständiger nunmehr vom Bauherrn zu beauftragen ist, dessen Verantwortungsbereich zu (vgl. § 47 HessBauO), ist es mit dem *BGH* nur folgerichtig, schon die Ausübung eines öffentlichen Amtes durch den Prüfindingenieur zu verneinen.

Professor Dr. Matthias Cornils, Mainz