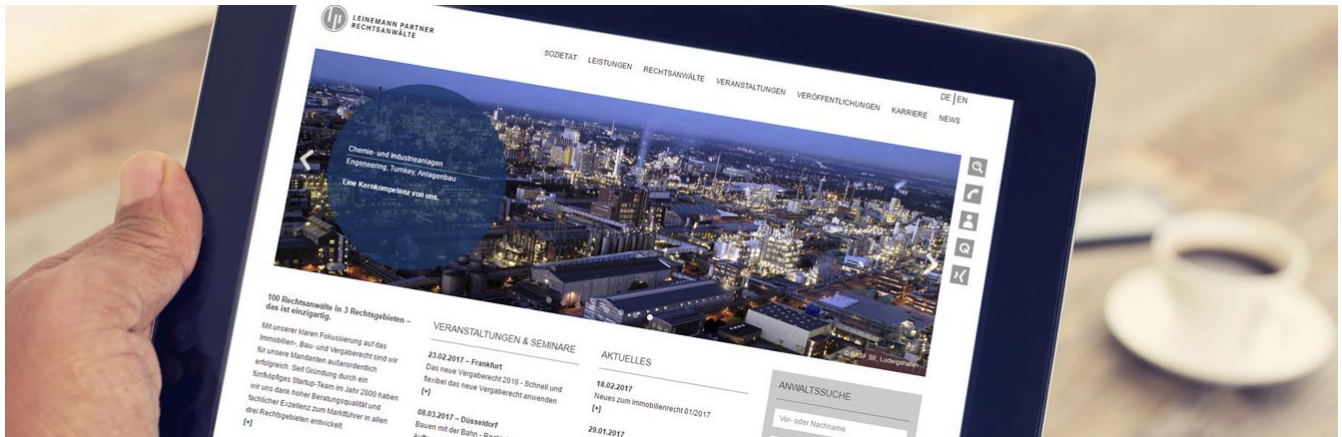




## Neues zum Baurecht 02/2021



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 2. Ausgabe 2021 unseres Informationsdienstes "Neues zum Baurecht".

Mit dieser Ausgabe möchten wir Ihnen unter anderem eine Entscheidung des BGH zum Schadensersatzanspruch eines Bieters bei rechtswidriger Aufhebung eines Vergabeverfahrens vorstellen. Zudem möchten wir auf die Risiken hinweisen, die bei einer Kündigung im Zusammenhang mit der Abrechnung der Umsatzsteuer nach einer Entscheidung des Finanzgerichts Niedersachsen bestehen.

Wir möchten Sie außerdem auf unser **Seminarangebot** aufmerksam machen.

Sollten Sie weitergehende Fragen haben, können Sie uns gerne unter [baurecht\(at\)leinemann-partner.de](mailto:baurecht(at)leinemann-partner.de) schreiben oder Ihren persönlichen Berater ansprechen. Viele weitere Urteile, Bücher, Seminare und Veranstaltungen zum Thema finden Sie auch auf unserer **Website**.

Mit besten Grüßen und bleiben Sie gesund

Amneh Abu Saris

## Themen

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

**BGH-Urteil: Aufhebung von Vergabeverfahren künftig fast sanktionslos,  
Angebotsbearbeitungskosten sind aber leichter nachweisbar**

Stefan Jochen Hanke, LL.M., Köln

**Abrechnung nach freier Kündigung – Vorsicht: Verjährungsfall Umsatzsteuer**

Stephan Kaminsky, München

**Genehmigung von Bauvorhaben in Pandemiezeiten**

Gordon Riedel, Berlin

**Streitverkündungen gegenüber einer Partei sind unzulässig**



Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

**BGH-Urteil: Aufhebung von Vergabeverfahren künftig fast sanktionslos, Angebotsbearbeitungskosten sind aber leichter nachweisbar**

**Der BGH hat mit einem neuen Urteil vom 08.12.2020, XIII ZR 19/19 einen Weg eröffnet, mit dem Vergabestellen einen Bieter-Schadensersatzanspruch auf entgangenen Gewinn und AGK künftig meist vermeiden können. Das negative Interesse, also die Erstattung der Angebotskosten nach rechtswidriger Aufhebung, kann dagegen leichter geltend gemacht werden durch Stundennachweise aus der Angebotsbearbeitung.**

#### **Sachverhalt**

Ausgangspunkt dieses Prozesses war die Beschaffung eines neu zu bauenden Mehrfamilienhauses zur Unterbringung von Flüchtlingen während der akuten Krisensituation 2016 nach VOB/A, 1. Abschnitt. Nach einer ersten Bindefristverlängerung erbittet der AG erneut vom Bestbieter B eine weitere Bindefristverlängerung, die dieser jedoch nicht erklären möchte. Daraufhin hebt der AG die Ausschreibung auf und behauptet, dass sein Beschaffungsbedarf weggefallen wäre. Gut drei Monate später schreibt der AG dieselbe Leistung erneut aus. Den Zuschlag erhält jetzt ein anderer Bieter, der in der Wertung vor dem Bestbieter des Erstverfahrens liegt.

Der Bestbieter des ersten Verfahrens klagt und erhält vom OLG Karlsruhe vollen Schadensersatz zugesprochen. Der BGH hebt das Urteil auf und spricht dem Kläger nur noch das negative Interesse, nämlich die Angebotsbearbeitungskosten zu.

In seinem Urteil bestätigt der BGH zunächst dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch des Klägers, weil der AG die Ausschreibung aufhob, ohne dass einer der Gründe aus § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A vorlag. Das verletzt die Rücksichtnahmepflicht des Auftraggebers (früher hätte man von vorvertraglichem Verschulden gesprochen) nach § 241 Abs. 2 BGB. Der behauptete Wegfall des Beschaffungsbedarfs lag tatsächlich nicht vor. Im Prozess stellte sich außerdem noch heraus, dass der Gemeinderat des AG schon in dieser Phase beschlossen hatte, das Bauvorhaben voranzutreiben und nur die Auftragsvergabe vorläufig zurückzustellen. Die Aufhebung war somit rechtswidrig, dem Kläger steht ein Schadensersatzanspruch zu. Auch wenn ein AG verständliche oder plausible Motive für eine Verschiebung haben mag, sind diese doch rechtswidrig, wenn sie nicht in die Aufhebungsgründe nach § 17 Abs. 1 VOB/A eingeordnet werden können.

Entgangenen Gewinn kann ein Bieter aber nur beanspruchen, wenn der Zuschlag im laufenden Vergabeverfahren an den falschen Bieter erteilt wird. Dasselbe gilt, wenn der AG die Ausschreibung grundlos aufhebt und denselben Auftrag danach an einen anderen Bieter vergibt, obwohl dieser ihn im aufgehobenen Verfahren nicht hätte erhalten können. Auch dieses Merkmal liegt hier vor. Nach

bisher Rechtsprechung hätte der Kläger daher erfolgreich seinen entgangenen Gewinn nebst AGK einklagen können - deshalb entschied das OLG Karlsruhe als Vorinstanz auch zugunsten des Klägers.

Das neue an diesem BGH Urteil liegt darin, dass für das positive Interesse des Bieters nun ein zusätzlicher Umstand vorliegen muss: Der AG muss nämlich nach Ansicht des BGH die Ausschreibung in der Absicht aufgehoben haben, den Auftrag an einen anderen Bieter vergeben zu können. Im entschiedenen Fall habe der AG lediglich die Situation falsch eingeschätzt, wie sich die Zahl der ankommenden Flüchtlinge entwickeln werde. Deshalb habe man die Vergabe zeitlich hinausschieben wollen. Weil der Kläger dabei nicht durch weitere Bindefristverlängerungen mitwirken wollte, flüchtete der AG in die Aufhebung der Ausschreibung. Es sei dem AG also nicht darum gegangen, gerade den Kläger nicht zu beauftragen, sondern der AG habe einen bloßen Zeitgewinn für seine Vergabeentscheidung erreichen wollen. Bei dieser Motivlage könne das Verhalten des AG wertungsmäßig einem rechtswidrigen Zuschlag an einen anderen Bieter als die Klägerin im aufgehobenen Vergabeverfahren nicht gleichgesetzt werden.

Eine vergaberechtswidrige Aufhebung – die hier unzweifelhaft vorliegt - begründet aber jedenfalls einen Anspruch des Klägers auf Ersatz des negativen Interesses, d.h. der Angebotsbearbeitungskosten. Hier fallen im wesentlichen Personalkosten bei Angebotserstellung an. Solche Kosten kann der leer ausgegangene Bieter ohne Weiteres ersetzt verlangen. Er muss dazu nicht nachweisen, dass er seine Mitarbeiter anderweitig hätte einsetzen können und dadurch Einnahmen erwirtschaftet hätte, die ihm nun entgangen sind. Die vom Bieter eingesetzte Arbeitskraft hat typischerweise einen Marktwert und ist daher bei wertender Betrachtung vom Schadensersatz nicht auszugrenzen, so der BGH. Mit dieser Begründung dürfte man auch externe Kosten (z. B. die erforderliche Erstellung einer Statik oder anderer Berechnungen durch Dritte) im Rahmen des negativen Interesses ersetzt verlangen können. Außerdem muss der AG die von ihm verlangten Kosten für den Versand der Vergabeunterlagen und die Anwaltskosten des Bieters wegen der Aufhebung als Schadensersatz erstatten.

### **Praktische Konsequenzen**

Für öffentliche Auftraggeber schafft dieses BGH-Urteil ein interessantes Handlungsmuster: selbst wenn man als AG ein Vergabeverfahren rechtswidrig aufhebt, kann man praktisch immer den Schadensersatz des Bestbieters auf das positive Interesse vermeiden, solange nicht belegt werden kann, dass die Aufhebung nur dazu diente, diesen Bestbieter nicht beauftragen zu müssen. Ohne das im Urteil klarzustellen, hat der BGH eine ganz neue, subjektive Anspruchsvoraussetzung auf Seiten des AG geschaffen, die der klagende Bieter praktisch nie widerlegen kann. Bloß plausibel vorgetragene, nichtdiskriminierende Gründe (=Motive) zur Aufhebung, auch wenn sie sich später als falsch erweisen, vermeiden bereits einen Anspruch des bestplatzierten Bieters auf das positive Interesse. Erweisen sie sich später als falsch, bleibt dies sanktionslos. Ob dem BGH bewusst war, dass er auf diese Weise Schadensersatzansprüche von erstplatzierten Bietern auf entgangenen Gewinn praktisch ausschaltet, kann bezweifelt werden. Vielleicht wird das Gericht später noch einmal dazu Stellung nehmen.

Einfacher wird es allerdings für die Bieter, die nach rechtswidriger Aufhebung eines Vergabeverfahrens ihre Angebotskosten erstattet haben möchten. Hier wird man künftig nur noch die Aufwandsnachweise des für die Angebotsbearbeitung eingesetzten Personals vorlegen müssen. Das wird künftig häufiger vorkommen. Allerdings zeigt der Fall auch, dass das wirtschaftlich oft nichts bringt: Der BGH-Fall befasste sich mit einer Klage auf knapp 57.000 €, der Bieter erhielt am Ende knapp 1.600 € zugesprochen. Dafür lohnt kein Prozess.





Stefan Jochen Hanke, LL.M., Köln

## Abrechnung nach freier Kündigung – Vorsicht: Verjährungsfalle Umsatzsteuer

Im Falle einer freien Kündigung werden die bereits erbrachten und die kündigungsbedingt nicht erbrachten Leistungen getrennt voneinander abgerechnet; Umsatzsteuer wird dem Auftraggeber nur für die erbrachten Leistungen berechnet. Diese, der herrschenden Meinung entsprechenden Grundsätze werden durch eine gegenteilige Entscheidung des Finanzgerichts Niedersachsen in Frage gestellt. Das Problem: Das Finanzamt stellt die endgültige Steuerlast oftmals erst fest, wenn die Vergütungsansprüche gegenüber dem Auftraggeber bereits verjährt sind. Nicht berechnete, aber vom Finanzamt erhobene Umsatzsteuer kann in diesem Fall nicht mehr beim Auftraggeber geltend gemacht werden.

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG unterliegen der Umsatzsteuer Lieferungen und Leistungen, die ein Unternehmer gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt. Entgelt ist nach § 10 Abs. 1 S. 2 UStG alles, was den Wert der Gegenleistung bildet, die der leistende Unternehmer vom Leistungsempfänger für die Leistung erhält. Aus diesem Gesetzeswortlaut hat der Bundesfinanzhof gefolgert, dass der umsatzsteuerrechtliche Entgeltbegriff durch eine Verknüpfung von Leistung (Bau) und Gegenleistung (Vergütung), mithin durch eine Wechselbeziehung und gegenseitige Abhängigkeit geprägt ist. Im Falle einer vorzeitigen Vertragsbeendigung richte sich der umsatzsteuerrechtlich relevante Leistungsgegenstand daher nach dem zum Zeitpunkt der vorzeitigen Vertragsbeendigung tatsächlich Geleisteten (BFH, Urt. v. 28.02.1980 – V R 90/75).

Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs hat der Bundesgerichtshof für den Fall der freien Kündigung eines Werkvertrages entschieden, dass Umsatzsteuer nur für die bis zur Kündigung erbrachten Werkleistungen anfallt. Der Vergütungsanspruch nach § 648 Satz 2 BGB sei zwar ein einheitlicher, auf Zahlung gerichteter Anspruch, jedoch nicht in vollem Umfang als Gegenleistung für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen zu qualifizieren. Der auf die (kündigungsbedingt) nicht erbrachten Leistungen entfallende Teil des Vergütungsanspruchs sei der Sache nach vielmehr eine Entschädigung des Auftragnehmers, die er für die durch die Kündigung entgangene Verdienstmöglichkeit und somit ohne Gegenleistung seinerseits erhalte. In der Folge sei die „Vergütung“ für die nicht erbrachten Leistungen nicht als Entgelt i.S.v. § 10 Abs. 1 UStG zu qualifizieren und somit umsatzsteuerfrei (BGH, Urt. v. 22.11.2007 – VII ZR 83/05).

Nach Ansicht des Finanzgerichts Niedersachsen hingegen spricht der Wortlaut des § 648 S. 2 BGB von einem einheitlichen Vergütungsanspruch. Aufgrund dieses eindeutigen Wortlauts beziehe sich der Vergütungsanspruch nach § 648 S. 2 BGB in seiner Gesamtheit auf die (bis zur Kündigung) erbrachten Leistungen, weshalb ihm in seiner Gesamtheit der aus umsatzsteuerrechtlicher Sicht

allein maßgebliche Leistungsaustausch zugrunde liege. Die in § 648 S. 2 BGB vorhandenen Regelungen zur Anrechnung seien aus umsatzsteuerrechtlicher Sicht unerheblich, weil sie sich nur auf die Berechnung des Vergütungsanspruchs beziehen. Umsatzsteuer falle daher auch auf die Vergütung für die kündigungsbedingt nicht erbrachten Leistungen an (FG Niedersachsen, Urt. v. 28.02.2019 – 5 K 214/18). Gegen die Entscheidung des Finanzgerichts Niedersachsen wurde Revision beim Bundesfinanzhof eingelegt (BFH – V R 13/19).

Auf Basis seiner bisherigen Rechtsprechung wird der Bundesfinanzhof die Entscheidung des Finanzgerichts Niedersachsen jedenfalls im Grundsatz vermutlich nicht bestätigen. Sicher ist dies jedoch nicht, weshalb Nachforderungen der Finanzämter drohen. Zum Zeitpunkt solcher Nachforderungen können die Ansprüche des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber jedoch verjährt sein, sodass die Nachforderungen nicht mehr an den Auftraggeber durchgestellt werden können. Gleichwohl sollte die Abrechnung eines frei gekündigten Bauvertrages auch weiterhin zweigeteilt nach Maßgabe der (noch) herrschenden Meinung erfolgen und Umsatzsteuer nur auf den bereits erbrachten Teil der Leistung abgerechnet werden. Unter Bezugnahme auf die unklare Rechtslage und die sich hieraus für den Auftragnehmer ergebenden Risiken, sollte sich der Auftragnehmer eine nachträgliche Berechnung der Umsatzsteuer jedoch unbedingt vorbehalten. Zugleich muss die Verjährung gehemmt werden, was beispielsweise durch eine Verjährungsverzichtserklärungen des Auftraggebers, notfalls auch durch eine Feststellungsklage erfolgen kann.



Stephan Kaminsky, München

## Genehmigung von Bauvorhaben in Pandemiezeiten

### **Andere Länder, andere Sitten: Berlin verlängert Entscheidungsfristen, Bayern verschlankt Genehmigungsverfahren für Wohnbauvorhaben**

*Berlin hat sich viel vorgenommen – erleichterte und schnelle Schaffung von (bezahlbarem) Wohnraum. Einer der hierzu im Bauordnungsrecht geschaffenen Beschleunigungsmechanismen, die Genehmigungsfiktion, wurde nun in Zeiten von Corona teilweise außer Kraft gesetzt. Der Freistaat Bayern geht einen anderen Weg und führt mit der neuen bayerischen Bauordnung erstmalig eine Fiktion der Genehmigung des Bauantrags ein.*

Die Genehmigungspraxis für Bau- und insbesondere Wohnungsbauvorhaben verläuft gerade in Zeiten von Corona besonders schleppend. Kontaktbeschränkungen erschweren die Kommunikation, Behördenmitarbeiter im Homeoffice erreichen nicht die Effizienz, die am Büroarbeitsplatz erreicht wird, und bei weitem nicht alle verfügen über die technischen Voraussetzungen, um von Zuhause aus elektronische Baugenehmigungsverfahren abschließend bearbeiten zu können. Dies führt zu einer deutlichen Anzahl von Bauantragsverfahren, bei denen das bauaufsichtliche Prüfprogramm nicht fristgerecht abgearbeitet werden kann.

Vor diesem Hintergrund hat das Bundesland Berlin mit dem am 20. Mai 2020 in Kraft getretenem 5. Änderungsgesetz zur Berliner Bauordnung bestimmt, dass die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen im Falle von Arbeitseinschränkungen durch eine Epidemie oder Pandemie per Rechtsverordnung diverse Fristen der BauO Bln, darunter die Dreiwochenfrist für den Eintritt der Fiktion der Vollständigkeit eines Bauantrags im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren (§ 69 Abs. 4 Satz 2 BauO Bln) sowie die Monatsfrist für die Entscheidung über den Bauantrag (§ 69 Abs. 3 Satz 1 BauO Bln), verlängern kann. Insbesondere letztere ist maßgeblicher Bezugspunkt für den Eintritt der Genehmigungsfiktion im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren (§ 69 Abs. 4 Satz 3 BauO Bln), so dass durch die Änderung mittelbar hierauf Einfluss genommen wird. Laut Gesetzesbegründung soll dadurch vermieden werden, dass aufgrund der gesetzlichen Fiktion vermehrt rechtswidrige Baugenehmigungen entstehen, welche später wieder aufzuheben wären. Im Ergebnis wird die nunmehr bestehende Möglichkeit zur Fristverlängerung aber mit nichts anderem begründet als der Arbeitsüberlastung der Verwaltung unter den pandemiebedingten erschwerten Umständen.

Anders in Bayern: Dort tritt zum 01.02.2021 die Novelle der Bayerischen Bauordnung (Gesetz zur Vereinfachung baurechtlicher Regelungen und zur Beschleunigung sowie Förderung des Wohnungsbaus) in Kraft. Diese sieht in Art. 68 Abs. 2 BayBO für Bauvorhaben, die ausschließlich



oder überwiegend dem Wohnen dienen und über die im vereinfachten Genehmigungsverfahren nach Art. 59 zu entscheiden ist, über Art. 42a BayVwVfG nunmehr erstmals eine Genehmigungsfiktion vor. Verlangt die Bauaufsichtsbehörde nicht innerhalb einer Frist von drei Wochen nach Zugang des Bauantrags die Vervollständigung des Antrags, beginnt eine dreimonatige Frist für die Genehmigungsfiktion zu laufen. Verlangt die Bauaufsichtsbehörde die Vervollständigung, läuft die Fiktionsfrist stattdessen drei Wochen nach Vorlage der verlangten Unterlagen an. Entscheidet die Bauaufsichtsbehörde nicht fristgerecht über den Bauantrag, gilt dieser mit Ablauf der Dreimonatsfrist als genehmigt. Ist die Fiktion eingetreten, ist dem Bauherrn, der Gemeinde und denjenigen Nachbarn, die nicht zugestimmt haben, die Bescheinigung von Amts wegen zuzustellen.

Während Berlin also an den selbst gesetzten, sehr sportlichen zeitlichen Vorgaben für die Bearbeitung des Bauantrags offensichtlich scheitert und sich gezwungen sieht, diese Fristen mit der bereits dargestellten Begründung zu verlängern, ist den Vollzugshinweisen des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr zu Art. 68 BayBO zu entnehmen, dass eine Verlängerung der Fiktionsfrist nur in engen Ausnahmefällen in Betracht kommen soll und eine Arbeitsüberlastung der Behörden eine solche in Bayern gerade nicht begründen kann.

Zugegebenermaßen sind die nach der neuen bayerischen Bauordnung geltenden Fristen für die Genehmigungsfiktion auf den ersten Blick erheblich länger bemessen als diejenigen nach der Berliner Bauordnung. Indes verzichtet Bayern – anders als Berlin – weitestgehend auf Ausnahmen, die in der Praxis zu einer deutlichen Verlängerung der Fristen führen können.

Für Berlin ist damit eine Diskrepanz zwischen Anspruch und Wirklichkeit bei der vereinfachten Genehmigung von Bauvorhaben zu konstatieren – eine Folge der verschlafenen Digitalisierung (auch) der Berliner Bauverwaltung. Der Freistaat Bayern lässt dies – zunächst jedenfalls in der Theorie – als Ausrede für eine Verlängerung der Fristen zur Bearbeitung von Bauanträgen nicht gelten. Im Gegenteil legt Bayern mit der neuen Bauordnung die Grundlage für eine weitergehende Digitalisierung des Bauantragsverfahrens. So können die zuständigen Fachstellen dem Bauvorhaben zukünftig in Textform zustimmen; das bisherige Schriftformerfordernis entfällt. Zudem ermöglicht es die Verordnungsermächtigung in Art. 80a BayBO, räumlich begrenzt Abweichungen von Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formvorschriften zu treffen, um insbesondere technisch hinreichend ausgestatteten Landratsämtern zu ermöglichen, ein digitales Bauantragsverfahren zu testen.

Neben diesen Regelungen erhält die neue Bauordnung in Bayern eine Vielzahl weiterer Bestimmungen, die zu einer Verschlinkung des Bauantragsverfahrens und damit in Konsequenz auch zu dessen Beschleunigung beitragen sollen. Lediglich beispielhaft seien hier die Vereinfachung der Nachbarbeteiligung, die stärker im Verantwortungsbereich des Bauherrn verortet wird, und die erleichterte Abweichung von Vorgaben zu den einzuhaltenden Abstandsflächen genannt.

Im Ergebnis lässt sich mit Blick auf die neue bayerische Bauordnung somit Folgendes festhalten: Die pandemiebedingten Beeinträchtigungen auch und gerade im Behördenalltag sollten nicht als Entschuldigung für verschleppte Bauantragsverfahren dienen. Vielmehr können eine sachgerechte technische Ausstattung der Behörden und hierzu passende gesetzliche Regelungen Gewähr dafür bieten, dass auch bei eingeschränktem Betrieb der Ämter beschleunigte Genehmigungsverfahren funktionieren können. Bayern hat hier den ersten Schritt getan. Ob sich die Neuregelungen in der Praxis bewähren werden, wird sich noch zeigen müssen. Andere Bundesländer wie Berlin sind gleichwohl bereits jetzt gut beraten, vergleichbare gesetzgeberische Aktivitäten zu entfalten.

**Autoren: Stephan Kaminsky und Patrick Böck**



Gordon Riedel, Berlin

## Streitverkündungen gegenüber einer Partei sind unzulässig

Das OLG Dresden hatte über die Frage zu entscheiden, ob gegenüber einer Partei des Rechtsstreits der Streit verkündet werden kann.

### I. **Beschluss des OLG Dresden vom 07.01.2021**

Hintergrund war, dass die Klägerin die beklagte Auftragnehmerin wegen Ausführungsfehlern in Anspruch nahm. Die beklagte Auftragnehmerin verkündete dem von der Klägerin beauftragten Planer (und Überwacher) den Streit. Dieser trat nicht der beklagten Auftragnehmerin, sondern der Klägerin bei. Darüber hinaus verkündete er der Beklagten den Streit. Das Landgericht Chemnitz wies diese Streitverkündung durch Zwischenurteil zurück. Der sofortigen Beschwerde des Planers half das Landgericht durch Beschluss nicht ab. Dies griff der Planer vor dem OLG Dresden an.

Das OLG Dresden verwirft die Streitverkündung des Planers gegenüber der Beklagten ebenfalls als unzulässig. Es führt aus, dass Parteien eines Rechtsstreits nicht „Dritte“ im Sinne des § 72 Abs. 1 ZPO seien. Zweck der Streitverkündung sei nämlich, die Benachrichtigung eines am Prozess nicht beteiligten Dritten vom Schweben eines Prozesses, um ihm die Möglichkeit der Prozessbeteiligung zu geben (vgl. Althammer, in Zöller, ZPO, 33. Aufl., 2020 § 72 Rn. 1). Dritter im Sinne dieser Vorschrift könne nur eine von den Parteien des Rechtsstreits verschiedene Rechtspersönlichkeit sein (siehe auch Althammer, in Zöller, a. a. O., § 66 Rn. 5). Darüber hinaus verweist das OLG Dresden zur Begründung auf einen Beschluss des BGH vom 08.02.2011 (VI ZB 31/09). In diesem hatte der BGH in einem Nebensatz ebenfalls ausgeführt, dass eine Streitverkündung gegenüber einer Partei nicht möglich sei.

Letztlich stellt das OLG klar, dass das Landgericht nicht nur berechtigt war, die Zulässigkeit der Streitverkündung selbst zu prüfen, sondern, dass es diese der Beklagten gar nicht erst hätte zustellen dürfen. Zwar sei die Zulässigkeit einer Streitverkündung grundsätzlich nicht schon im Erst-, sondern erst im Folgeprozess zu prüfen. Durch die Einfügung des § 72 Abs. 2 ZPO habe der Gesetzgeber jedoch zum Ausdruck gebracht, dass dies nicht für Streitverkündungen gegenüber Gerichten und Sachverständigen gelte. Dies müsse aber erst Recht für am Prozess bereits beteiligte Parteien zutreffen.

### II. Auswirkungen für die Praxis

Wenn sich diese Rechtsauffassung durchsetzt, dürften die Auswirkungen auf Bauprozesse (und selbständige Beweisverfahren) erheblich sein. So verklagen etwa Auftraggeber nicht selten mehrere für einen Mangel in Betracht kommende Gewerke und den planenden und/oder bauüberwachenden

Architekten als potentielle Gesamtschuldner. Die Beklagten verkünden sich dann nicht selten – insbesondere zur Verjährungshemmung der in Betracht kommenden Gesamtschuldnerausgleichsansprüche - wechselseitig den Streit. Da der Begriff des Dritten im Sinne des § 72 ZPO im Gesetz nicht geregelt ist, wurde bei einer einfachen Streitgenossenschaft die Streitverkündung für zulässig erachtet, da mehrere selbstständige, aber verbundene Prozesse vorlagen. Auch der BGH hatte dies früher einmal gebilligt (vgl. Beschluss vom 23.10.1984 - III ZR 230/82).

Die Rechtsprechung des OLG Dresden erscheint zumindest für den Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 Abs. 1 BGB misslich. Nunmehr müssen Gesamtschuldner, die früher Streitverkündungen zur Hemmung ihres Ausgleichsanspruchs nach § 426 Abs. 1 BGB ausgebracht haben, damit rechnen, dass die Streitverkündungen gar nicht erst zugestellt werden und jedenfalls nicht zu der erhofften Interventionswirkung führen. Stattdessen muss zur Rechtswahrung ein Verjährungsverzicht (bzw. eine Erklärung, wonach sich die betreffenden Parteien so behandeln lassen, als ob eine wirksame Streitverkündung ausgebracht worden wäre) eingeholt oder eine Feststellungsklage erhoben werden. Noch misslicher wäre es, wenn das Gericht des Erstprozesses die Streitverkündung zustellt und sich erst im Folgeprozess (des leistenden Gesamtschuldners gegen einen anderen Gesamtschuldner) herausstellt, dass dieser keine verjährungshemmende Wirkung zukam, da unzulässige Streitverkündungen die Verjährung nicht hemmen (vgl. Heinrich, in: BeckOK BGB/, 57. Ed. 1.2.2021, BGB § 204 Rn. 34). Im ungünstigsten Fall könnte die unzulässige Streitverkündung nicht mehr anderweitig geheilt werden.

Der ausgleichsuchende Gesamtschuldner muss in diesem Fall allerdings nicht zwingend mit leeren Händen dastehen, denn es gibt noch einen Ausweg: Verlieren die beklagten Gesamtschuldner den Erstprozess und erfüllt einer von Ihnen den Anspruch des klagenden Auftraggebers, so geht dessen Anspruch nach § 426 Abs. 2 BGB auf den leistenden Gesamtschuldner über. Der zahlende Gesamtschuldner kann somit aus übergeleitetem Recht (des Auftraggebers) gegen die anderen Gesamtschuldner aus § 426 Abs. 2 BGB vorgehen. Die mögliche Verjährung des Anspruchs aus § 426 Abs. 1 BGB kann diesem gesonderten Anspruch nicht entgegengehalten werden (vgl. Heinemeyer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, 2019, § 426, Rn. 48). Ist der Anspruch gegen den anderen Gesamtschuldner tituliert worden, kommt ihm auch die lange Verjährungsfrist des § 197 Abs. 1 BGB zugute (vgl. Heinemeyer, a. a. O., Rn. 47). Etwas anderes gilt dann, wenn die Klage des Auftraggebers gegenüber einzelnen Gesamtschuldnern nach Eintritt der Verjährung erhoben worden wäre. Dann könnten diese einer Inanspruchnahme durch den leistenden Gesamtschuldner gemäß §§ 404, 412 entgegenhalten, dass der Anspruch bereits verjährt und nicht mehr durchsetzbar ist.

Dies zeigt: Dem leistenden Gesamtschuldner stehen grundsätzlich zwei Wege offen, bei den anderen Gesamtschuldnern Ausgleich zu erlangen. Dennoch sollte möglichst frühzeitig versucht werden, die Verjährungshemmung des Gesamtschuldnerausgleichsanspruchs ohne eine Streitverkündung gegen eine andere Partei abzusichern.