



# Initiativstellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch  
den Ausschuss Privates Bau- und  
Architektenrecht

mit einem Vorschlag an den Bundesgesetzgeber  
zur Änderung der Regelungen bei der  
Verjährungshemmung im Zusammenhang mit  
Streitverkündung

Stellungnahme Nr.: 74/2020

Berlin, im November 2020

## **Mitglieder des Ausschusses für Privates Bau- und Architektenrecht**

---

- Rechtsanwältin Gritt Diercks-Oppler, Hamburg (Vorsitzende)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus Eschenbruch, Düsseldorf
- Rechtsanwalt Dr. Meinhard Forkert, Andernach (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Kerstin Irl, LL.M., Würzburg
- Rechtsanwältin Ulrike Gantert, Karlsruhe
- Rechtsanwalt Dr. Peter Sohn, Hamm
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Volkert Vorwerk, Karlsruhe (Berichterstatter)

## **Zuständig in der DAV-Geschäftsführung**

---

- Rechtsanwalt Swen Walentowski, DAV/Berlin

**Deutscher Anwaltverein**  
Littenstraße 11, 10179 Berlin  
Tel.: +49 30 726152-0  
Fax: +49 30 726152-190  
E-Mail: [dav@anwaltverein.de](mailto:dav@anwaltverein.de)

**Büro Brüssel**  
Rue Joseph II 40, Boîte 7B  
1000 Brüssel, Belgien  
Tel.: +32 2 28028-12  
Fax: +32 2 28028-13  
E-Mail: [bruessel@eu.anwaltverein.de](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
EU-Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66

## Verteiler

---

- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Rechtspolitische Sprecher der Bundestagsfraktionen
- Deutscher Landkreistag
- Deutscher Städtetag
- Deutscher Städte- und Gemeindebund
- Gemeindetag Baden-Württemberg
- Bayrischer Gemeindetag
- Städte- und Gemeindebund Brandenburg
- Hessischer Städtetag
- Städte- und Gemeindetag Mecklenburg-Vorpommern
- Niedersächsischer Städtetag
- Niedersächsischer Städte- und Gemeindebund
- Städte- und Gemeindebund Nordrhein-Westfalen
- Gemeinde- und Städtebund Rheinland-Pfalz
- Städtetag Rheinland-Pfalz
- Städte- und Gemeindebund Sachsen-Anhalt
- Sächsischer Städte- und Gemeindetag
- Saarländischer Städte- und Gemeindetag
- Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag
- Städtebund Schleswig-Holstein
- Gemeinde- und Städtebund Thüringen e. V.
- Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e. V.
- Deutsche Vereinigung Gas- und Wasserfaches e. V.
- Bund Deutscher Baumeister Architekten und Ingenieure e. V.
- Bund Deutscher Innenarchitekten
- Bund Deutscher Landschaftsarchitekten e. V.
- Bundesingenieurkammer
- Bundesvereinigung der Prüferingenieure für Bautechnik e. V.
- Deutscher Baugerechtstag/DBGT
- AHO Ausschuss der Verbände und Kammern der Ingenieure und Architekten für die Honorarordnung e.V.
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Richterbund e. V.
- Neue Richtervereinigung
- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften und des Forums Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein
- Ausschuss Privates Bau- und Architektenrecht des Deutschen Anwaltvereins
- ARGE Bau- und Immobilienrecht, Geschäftsführender Ausschuss
- Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins, Berlin

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 62.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

---

## 1. Kurzzusammenfassung

Die gesetzlichen Regelungen bei Streitigkeiten mit Streitverkündungen an andere Baubeteiligte und Subunternehmer und die einschlägige Rechtsprechung dazu sind für vielfältig untereinander vernetzte Rechtsbeziehungen, wie sie bei Planungs- und Bauverträgen in der Regel vorliegen, bei gerichtlich ausgetragenen Streitigkeiten unbefriedigend für die Praxis der Rechtsanwendung. Der DAV schlägt für eine praxismäßigere Ausgestaltung eine Änderung der Verjährungshemmung für Streitigkeiten bei Planung und Bau vor.

## 2. Im Einzelnen: Hemmung der Verjährung im selbstständigen Beweisverfahren

Die bisherige Rechtsprechung interpretiert § 204 Abs. 2 dahingehend, dass vor allem im Rahmen von Beweisverfahren unterschiedliche Mängel ihr eigenes Schicksal haben und zwar dahingehend, dass - obwohl das Verfahren insgesamt noch nicht beendet ist - für die letzte Verfahrenshandlung die Verjährung unter Berücksichtigung der 6-monatigen Ablaufhemmung weiterläuft.

Vor diesem Hintergrund schlägt der DAV folgende Änderung vor:

## 3. Formulierungsvorschlag

Aktuelle Rechtslage	Vorschlag
<b>§ 204 Abs. 2 Satz 1 BGB</b>	
Die Hemmung nach Abs. 1 endet sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens.	Die Hemmung nach Absatz 1 endet sechs Monate nach rechtskräftiger Entscheidung <b>über alle rechtshängigen Ansprüche</b> oder anderweitiger Beendigung des

	gesamten eingeleiteten Verfahrens.
<b>§ 204 Abs. 2 Satz 3 BGB</b>	
Gerät das Verfahren dadurch in Stillstand, dass die Parteien es nicht betreiben, so tritt an die Stelle der Beendigung des Verfahrens die letzte Verfahrenshandlung der Parteien, des Gerichts oder der sonst mit dem Verfahren befassten Stelle.	Gerät das <b>gesamte</b> Verfahren dadurch in Stillstand, dass es die Parteien nicht betreiben, so tritt an die Stelle der Beendigung des Verfahrens die letzte Verfahrenshandlung der Parteien, des Gerichts oder der sonst mit dem Verfahren befassten Stelle.

#### 4. Begründung

##### a) Bedeutung für das selbständige Beweisverfahren

Dies ist für die Anwaltschaft nicht nur äußerst haftungsträchtig, weil es viele Fälle gibt, in denen man durchaus darüber diskutieren kann, ob ein Teilkomplex tatsächlich abgeschlossen ist oder doch noch in irgendeiner Form weiter durch das Verfahren „geschleppt“ wird. Es ist auch aus prozessökonomischer Sicht zweifelhaft.

Zum einen müsste sowohl der Anspruchsteller, obwohl das Verfahren insgesamt noch läuft und vermutlich eine Gesamteinigung das Ziel ist, Teilkomplexe entweder vorab vergleichen oder aber zur weiteren Verjährungshemmung in einzelne Klageverfahren überleiten.

Zum anderen ist es auf der Passivseite noch problematischer. Sind (zahlreiche) Streitverkündungen ausgebracht, gilt für die Verjährung von Ausgleichsansprüchen die Regelverjährung. Bei einer selbständigen Verjährung von Teilkomplexen müssten zahlreiche Freistellungsklagen ausgebracht werden, falls nicht entsprechende Verjährungsverzichtserklärung erwirkt werden können. Das ist weder prozessökonomisch noch einer einvernehmlichen Lösung dienlich. Die Prozesswelle wird in dem Moment ausgelöst, wo ein Beteiligter keine Verjährungsverzichtserklärung abgibt (Regelfall!).

Insgesamt führt dieses Auseinanderreißen eines baurechtlichen Lebenssachverhalts unter Umständen zu einer Vielzahl von Prozessen, die letztlich keiner der Beteiligten so richtig wünscht. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Anpassung bereits sachgerecht.

Unnötige Prozesse bedeuten wirtschaftlich aber auch unnötige Kosten.

Andererseits stellt sich natürlich die Frage, ob bei einer einheitlichen Verjährung der Bauherr diesen Umstand rechtsmissbräuchlich ausnutzen könnte, in dem er möglichst viele Mängel in das Verfahren einführt und *de facto* eine Verlängerung der Gewährleistung erwirkt.

Unseres Erachtens droht diese Gefahr deshalb nicht, weil das Mangelsymptom hinreichend bestimmt benannt werden muss (Symptom-Rechtsprechung). Es ist schwer vorstellbar, dass allumfassend eine Hemmung herbeigeführt werden kann, so dass sich quasi insgesamt die Gewährleistung verlängert. Zudem hat der Bauherr bei einer solchen Vorgehensweise ein ganz erhebliches Kostenrisiko, weil bei Beendigung des Beweisverfahrens für jeden einzelnen Mangel zu prüfen sein wird - und zwar nach dem wirtschaftlichen Interesse in der Hauptsache - wie sich eine Quote aus Obsiegen und Unterliegen bilden könnte. Werden also nennenswerte „Scheinmängel“ eingeführt, so sind die fiktiven Mangelbeseitigungskosten später bei der Streitwertbemessung und bei einer Kostenquote zu berücksichtigen.

Das ist das bereits ein abschreckender Umstand für Missbrauch.

Weiterhin haben es aber auch die Antragsgegner in der Hand, wenn sie Missbrauch befürchten, das selbständige Beweisverfahren für einzelne Mängel in der Form zu beenden, indem eine negative Feststellungsklage dahingehend erhoben wird, dass der Mangel nicht besteht.

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH MDR 2005, 45) ist das Beweisverfahren in derartigen Fällen spätestens mit der Beiziehung der Verfahrensakte aus dem OH-Verfahren beendet. Das OLG Hamm hat diese Rechtsfolge sogar bereits dann gesehen, wenn ein Klageverfahren eingeleitet wird. Möglicherweise könnte man überlegen, ob insoweit eine Klarstellung im Gesetz erfolgt, dass unter Berücksichtigung

des Gedanken des OLG Hamm (IBR 2005, 1069), bereits mit Rechtshängigkeit einer Klage zu dem Mangelpunkt das Beweisverfahren endet.

Die jetzige Rechtslage hat also hinreichende Schutzinstrumente für den Antragsgegner. Angesichts des Kostenrisikos für denjenigen, der rechtsmissbräuchlich vorgehen will, sollte das die absolute Ausnahme bleiben.

Nicht zuletzt würde eine solche Regelung auch die Anwälte aus haftungsrechtlicher Sicht deutlich entlasten. Selbst versierte Prozessrechtler haben bei großen Verfahren ein erhebliches Risiko, dass sie Umstände übersehen, aus denen sich im Hinblick auf einzelne Mängel die Verfahrensbeendigung ergeben könnte. Sind dann noch zahlreiche Streitverkündete betroffen, erhöht sich das Haftungsrisiko enorm, so dass es hier auch aus dieser Sicht der Anwaltschaft wünschenswert wäre, eine Vereinfachung herbeizuführen.

Letztlich ist unseres Erachtens auch unklar, ob der Gesetzgeber die Rechtsfolgen zum einzelnen Schicksal von Mängeln, so wie die Rechtsprechung (BGH BauR 1993, 221; OLG Hamm IBR 2009, 188; OLG München IBR 2007, 1127; OLG Dresden IBR 2009, 61) sie zur Hemmung im Laufe der Jahre herausgearbeitet hat, überhaupt gesehen hat und wünschte. Daran bestehen erhebliche Zweifel, weil bis zu den ersten Urteilen alle Beteiligten wohl von einer Hemmung der in das Verfahren eingeführten Mängel bis zur Gesamtbeendigung ausgegangen sind.

Deshalb ist in § 204 Abs. 2 S. 3 BGB die Klarstellung, dass „**das gesamte Verfahren**“ in Stillstand geraten muss, wichtig. Das Nichtbetreiben beendeter Verfahrensteile soll zukünftig gerade nicht die Ablaufhemmung auslösen, sondern erst die Gesamtbeendigung.

## **b) Konsequenzen für den Zivilprozess**

Analog zu der Problematik im Beweisverfahren, ist in Klageverfahren der Eintritt der Hemmung bei Teilrechtskraft zu regeln. Auch diesbezüglich ist es sinnvoll, dass die Hemmung nicht bzgl. einzelner Streitgegenstände bei Teilrechtskraft endet.

Der Begriff der „Teilrechtskraft“ ist jedoch missverständlich, weshalb er in den Gesetzesvorschlag nicht übernommen wird, aber von der Formulierung umfasst ist. Es gibt zu dem maßgebenden Komplex zwei aufschlussreiche Entscheidungen. Im Urteil vom 04.07.1988 hat der Bundesgerichtshof (BGH, Beschluss v. 04.07.1988 – II ZR 334/87, WM 1988, 1465, juris, Tz. 3) ausgeführt,

„auch das nur teilweise mit einem Rechtsmittel angefochtene Urteil kann ... nur dann teilweise rechtskräftig werden, wenn hinsichtlich des nicht mehr im Streit befindlichen Teils ein eindeutiger Rechtsmittelverzicht erklärt wird (...). Ein nur materiell-rechtlicher Anspruchsverzicht steht einem Rechtsmittelverzicht nicht gleich. Er würde den Rechtsmittelführer nicht hindern, den Anspruch trotzdem auf dem Wege der Erweiterung eines zunächst eingeschränkten Rechtsmittels (erneut) in den Prozess einzuführen mit der Folge, dass das Gericht, wenn auch unter Berücksichtigung der rechtlichen Bedeutung des Verzichts ..., eine Sachentscheidung über den Anspruch zu treffen hätte, was mit der Annahme bereits eingetretener Rechtskraft der Entscheidung der Vorinstanz unvereinbar wäre“.

In der zweiten Entscheidung vom 12.05.1992 führt der Bundesgerichtshof (BGH, Urt. v. 12.05.1992 – VI ZR 118/91, NJW 1992, 2296, juris, Tz. 10) aus:

„Die Rechtshängigkeit eines Anspruchs beginnt mit der gerichtlichen Geltendmachung gemäß § 261 ZPO und endet mit der formellen Rechtskraft der über ihn ergangenen Entscheidung (...). Der Eintritt der Rechtskraft wird durch die Einlegung eines Rechtsmittels gehemmt (...). Hat ein Urteil mehrere prozessuale Ansprüche zum Gegenstand, wie es hier der Fall ist, erstreckt sich die Hemmungswirkung des Rechtsmittels grundsätzlich auf das gesamte Urteil. Sie erfasst insbesondere auch diejenigen Teile, die ausweislich der Berufungsanträge nicht angefochten werden (...). Es würde dann nur teilweise rechtskräftig werden, wenn die Rechtsmittelschrift insoweit eine Beschränkung im Sinne eines teilweisen Rechtsmittelverzichts enthielte (...) ...

Die Hemmung der Rechtskraft erstreckt sich auch dann nicht auf das Urteil in vollem Umfang, wenn es hinsichtlich eines prozessualen Anspruchs von der

insoweit obsiegenden Partei mangels Beschwer von vornherein nicht angefochten werden kann. Das ergibt sich schon daraus, dass auch ein solcher Teil des erstinstanzlichen Urteils durch Anschlussberufung des Prozessgegners ... in das Berufungsverfahren einbezogen und damit einer Änderung zugeführt werden kann. Eine Entscheidung wird also hinsichtlich der nicht ausdrücklich angefochtenen Teile erst dann rechtskräftig, wenn jede Möglichkeit ihrer Änderung im Rechtsmittelzug ausgeschlossen ist (...).“

Selbstverständlich gelten vorstehende Änderungen dann auch für die anderen in § 204 Abs. 1 BGB genannten Verfahren (z.B. Prozesskostenhilfverfahren etc.).

Soweit der Kläger seine Klage aus Gründen der Hemmung erweitert und dann wieder zurücknimmt, ist der Beklagte bereits nach den bestehenden Regeln geschützt.

## **5. Allgemeine Hinweise**

### **a) Veränderung des Rechts der Streitverkündung**

Ausgangspunkt für vorstehenden Änderungsvorschlag war die Frage, ob die Regelungen zur Streitverkündung aufgrund ihrer Komplexität Änderungen unterzogen werden sollten. Die Arbeitsgruppe sowie zuvor der Berichterstatter zu der Thematik „Streitverkündungen“ sehen angesichts der fein justierten Systematik der ZPO keinen sinnvollen Weg dafür. Der Streitgegenstandsbegriff, der als zentraler Ausgangspunkt fest in der ZPO implementiert ist, bestimmt auch das Recht der Streitverkündung. Ergänzende und auf die einzelnen Beteiligten zugeschnittene Streitverkündungen sind nicht durch ein generalisierendes prozessuales Handeln ersetzbar. Ein solcher Systembruch wäre nicht vertretbar.

Beherrschbar sind die insoweit auftretenden Probleme jedoch, wenn man sich als aufmerksamer Prozessrechtler beispielsweise eine Matrix für den jeweiligen Prozess erstellt, dort die einzelnen Mängel einträgt und im Laufe des Verfahrens regelmäßig überprüft, ob hinsichtlich des einen oder anderen Mangels eine neue Streitverkündung auszubringen ist.

Änderungen im Rahmen des Rechts der Streitverkündung, die darauf abzielen, dass die Streitverkündung an sich umfangreichere Hemmungswirkung hat, als ihr derzeit beizumessen ist, werden stets erfolgreich mit dem Einwand bekämpft werden, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör verkürzt würde und für den Streitverkünder gesichert bleiben muss, dass eine Bindungswirkung der Entscheidung, in der der Streit verkündet wird, herbeigeführt werden muss, um das Risiko zu minimieren, dass der Streitverkünder „zwischen zwei Stühlen Platz nehmen“ muss.

## **b) Selbständiges Beweisverfahren („obiter dictum“)**

Die lange Dauer des als Eilverfahren gedachten selbständigen Beweisverfahrens ist Ausgangspunkt der Überlegungen gewesen. Es hat sich im Laufe der Jahre gezeigt, dass das Beweisverfahren zu einer erheblichen Verlängerung der Verfahrensdauer insgesamt (also mit anschließendem Klageverfahren) führt und in der Regel im Beweisverfahren, bei Einführung substantiiertes Privatgutachten, die Beweisaufnahme komplett wiederholt werden muss. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist nämlich einem Gerichtsgutachten kein Vorrang vor einem Privatgutachten einzuräumen:

BGH IBR 2011, 248 = Beschluss vom 12.01.2011 - IV ZR 190/08, Rn. 10:

*„Das Berufungsgericht hat weder den gerichtlich bestellten Sachverständigen mit diesem Gutachten konfrontiert noch sich selbst in den Urteilsgründen damit auseinandergesetzt. Im Hinblick auf die Widersprüche zwischen dem im sozialgerichtlichen Verfahren eingeholten Gutachten und den Ausführungen des hier bestellten Sachverständigen hätte es letzteren dazu anhören müssen, gegebenenfalls unter Gegenüberstellung beider Sachverständigen. Erforderlichenfalls hätte es ein weiteres Sachverständigengutachten einholen müssen, was die Klägerin auch ausdrücklich beantragt hatte.“*

BGH IBR 2010, 308 = Beschluss vom 27.01.2010 - VII ZR 97/08, Rn. 10 f.:

*„Das Berufungsgericht hat zwar eine Anhörung des Sachverständigen H. angeordnet und die Leistungen bewerten lassen. Weder das Protokoll der mündlichen Verhandlung noch die Entscheidungsgründe lassen jedoch*

*erkennen, dass eine Auseinandersetzung mit den Einwendungen stattgefunden hätte, die sich aus dem Privatgutachten ergeben. Die Begründung des Berufungsgerichts, der Sachverständige habe die prozentuale Gewichtung unter Heranziehung von Fachliteratur nach dem Standard des Einfamilienhauses vorgenommen und dessen Ausführungen seien nachvollziehbar und überzeugend, erweisen sich angesichts der Einwendungen aus dem Privatgutachten als Leerformeln.*

*Der Gehörsverstoß ist erheblich. Es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht bei Berücksichtigung des Gutachtens des Sachverständigen L. zu einer anderen Bewertung der von der Gemeinschuldnerin erbrachten Leistungen gelangt wäre und die Klage schon deshalb abgewiesen worden wäre.“*

BGH IBR 2009, 489 = Beschluss vom 18.05.2009 - IV ZR 57/08:

*„Einwände, die sich aus einem Privatgutachten gegen das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen ergeben, muss das Gericht ernst nehmen. Es muss ihnen nachgehen und den Sachverhalt weiter aufklären. Dazu kann es den Sachverständigen zu einer schriftlichen Ergänzung seines Gutachtens veranlassen. Insbesondere bietet sich die mündliche Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen gemäß § 411 Abs. 3 ZPO an. Ein Antrag der beweispflichtigen Partei ist dazu nicht erforderlich (Senatsurteile vom 15. Juli 1998 - IV ZR 206/97 -NJW-RR 1998, 1527 unter 2 a; vom 13. Oktober 1993 aaO, BGH, Urteil vom 10. Dezember 1991 - VI ZR 234/90 - VersR 1992, 722 unter II 2, jeweils m.w.N.). Zweckmäßigerweise hat das Gericht den Sachverständigen unter Gegenüberstellung mit dem Privatgutachter anzuhören, um dann entscheiden zu können, wieweit es den Ausführungen des Sachverständigen folgen will (BGH, Urteil vom 14. April 1981 - VI ZR 264/79 - VersR 1981, 576 unter II 1 b). Wenn der gerichtlich bestellte Sachverständige weder durch schriftliche Ergänzung seines Gutachtens noch im Rahmen seiner Anhörung die sich aus dem Privatgutachten ergebenden Einwendungen auszuräumen vermag, muss der Tatrichter im Rahmen seiner Verpflichtung zur*

*Sachaufklärung gemäß § 412 ZPO ein weiteres Gutachten einholen (BGH, Urteile vom 23. März 2004 aaO; vom 10. Dezember 1991 aaO; jeweils m.w.N.).*

BGH IBR 2009, 178 = BGH, Urteil vom 24.09.2008 – IV ZR 250/06

*„Damit hat sich das Berufungsgericht letztlich ohne eigene Begründung dem gerichtlich bestellten Gutachter angeschlossen, indem es dessen Ausführungen für überzeugend erklärt und der Gegenseite keine Gelegenheit zur Erwiderung eingeräumt hat (vgl. zur Unzulässigkeit einer solchen Vorgehensweise BGH, Urteil vom 23. September 1986 - VI ZR 261/85 - VersR 1987, 179 unter II 2 a). Eigene Sachkunde, die den Gutachterstreit beilegen könnte, hat es dabei nicht ansatzweise erkennen lassen. [...]*

*Die Annahme des Berufungsgerichts, die psychologischen Beeinträchtigungen des Klägers führten allenfalls zu einer Berufsunfähigkeit von 30%, beruht deshalb auf verfahrensfehlerhaft getroffenen Feststellungen. Das Berufungsgericht wird im weiteren Verfahren die aufgezeigten Widersprüche in den Gutachten näher aufzuklären haben, gegebenenfalls unter weiterer sachverständiger Beratung.“*

Aufgrund der Erfahrungen mit selbständigen Beweisverfahren sollte zukünftig überlegt werden, dass dieses tatsächlich einen Eilcharakter erhält oder aber sogar gänzlich abgeschafft wird. In der anwaltlichen Praxis wird Mandanten von vielen Prozessrechtlern aufgrund der Unkalkulierbarkeit eines solchen Verfahrens die Einleitung oftmals nicht mehr empfohlen.

\* \* \* \* \*