

Dr. Hans-Hein Thomas  
Rainer Girmes  
Klaus-Peter Peil  
Fachanwalt Bau- u. Architektenrecht  
Dr. Johannes Koch  
Fachanwalt Bau- u. Architektenrecht  
Fachanwalt Verwaltungsrecht  
Guido Hattstein

Dr. Gerd Sonnenschein  
Dr. Gero Hattstein  
Fachanwalt Handels- u. Gesellschaftsrecht  
Barbara Potthoff  
Fachanwältin gewerblicher Rechtsschutz  
Andreas von Brechan  
Fachanwalt Miet- u:  
Wohnungseigentumsrecht

Dr. Ulrich Hattstein  
Fachanwalt Arbeitsrecht  
Ansgar Hütten  
Fachanwalt Arbeitsrecht  
Dr. Anke Busch  
Fachanwältin Familienrecht  
Mediatorin DAA  
Heidulf Schulze  
Fachanwalt Familienrecht

RAe Thomas & Partner – Postfach 10 22 20 – 47722 Krefeld

13.08.2008

## Informationen zum Baurecht

Sehr geehrte Damen und Herren,

zum Abschluss der Sommerferien informieren wir Sie über Neuigkeiten aus dem Bau- und Architektenrecht:

### I.

#### 1. Forderungssicherungsgesetz vom Bundestag beschlossen

Der Bundestag am 26.06.2008 das seit langem diskutierte Forderungssicherungsgesetz beschlossen. Dieses Gesetz soll insbesondere Bauunternehmern helfen, sich besser vor Forderungsausfällen abzusichern. Die viel diskutierte „vorläufige Zahlungsanordnung“ ist im Gesetz nicht enthalten und soll möglicherweise später eingeführt werden. Mit der vorläufigen Zahlungsanordnung sollte der Kläger vor dem Hauptsacheprozess eine vorläufige Zahlung erreichen können.

Das Gesetz wird am 19.09.2008 im Bundesrat beraten und tritt voraussichtlich am 01.01.2009 in Kraft.

Wir berichten vorab über die wesentlichen Änderungen des BGB-Werkvertragsrechts:

- a) Der Auftragnehmer kann Abschlagszahlungen in der Höhe verlangen, in der der Auftraggeber durch die Leistung einen Wertzuwachs erlangt hat. Bisher können Abschlagszahlungen nur für die Vorausleistung von Material und die Herstellung in sich abgeschlossener Teile des Werks verlangt werden.
- b) Bei Mängeln kann der Auftraggeber in Zukunft statt des Dreifachen der zu erwartenden Mängelbeseitigungskosten in der Regel nur das Doppelte einbehalten.
- c) Künftig wird die Vergütung des Subunternehmers bereits dann fällig, wenn der Generalunternehmer von seinem Auftraggeber seine Vergütung zumindest teilweise erhalten hat, das Werk vom Auftraggeber abgenommen wurde oder der Subunternehmer dem Generalunternehmer erfolglos eine Frist zur Auskunft hierüber gesetzt hat.
- d) Bezüglich der Bauhandwerkersicherung wird klargestellt, dass diese auch nach der Abnahme für noch nicht gezahlte Vergütung verlangt werden kann, auch wenn der Auftraggeber noch Mängelbeseitigung fordert. Auch Ansprüche auf Schadensersatz können durch die Bauhandwerkersicherung abgesichert werden. Vor allem wird der Anspruch auf die Sicherheitsleistung einklagbar, was bisher nicht der Fall war.
- e) Kündigt der Auftraggeber, so wird vermutet, dass dem Unternehmer fünf Prozent der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen. Bisher obliegt dem Unternehmer im Kündigungsfall die Darlegungs- und Beweislast für seinen Vergütungsanspruch in voller Höhe.
- f) Die Fertigstellungsbescheinigung, die sich in der Praxis nicht bewährt hat, wird gestrichen.

- g) Wird die VOB/B bei Verträgen mit Verbrauchern vereinbart, findet eine uneingeschränkte gerichtliche Inhaltskontrolle der einzelnen Klauseln statt (siehe unten 2.). Für Verträge im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern oder mit der öffentlichen Hand wird die Privilegierung der VOB/B gesetzlich festgeschrieben. Eine Inhaltskontrolle findet also nicht statt, wenn die VOB „als Ganzes“ vereinbart wurde.
- h) Im Bauforderungssicherungsgesetz wird eine Beweislastumkehr eingeführt. Bei Ansprüchen aus der zweckwidrigen Verwendung von Baugeld wird sowohl die Eigenschaft als Baugeld als auch die zweckwidrige Verwendung vermutet.

Sobald das Gesetz in Kraft getreten ist, berichten wir im Einzelnen.

## **2. VOB/B bei Verbraucherverträgen nicht mehr privilegiert**

In einem Urteil vom 24.07.2008 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die VOB/B bei Verträgen mit Verbrauchern nicht privilegiert ist. Damit hat er eine entsprechende Regelung im Forderungssicherungsgesetz vorweg genommen.

Bisher vertrat der BGH die Auffassung, dass die VOB/B ein ausgewogenes Regelwerk darstellt. Sofern sie „als Ganzes“ vereinbart war, konnten Abweichungen vom BGB-Werkvertragsrecht hingenommen werden.

Geklagt hatte der Bundesverband der Verbraucherzentralen, der insgesamt 24 Einzelbestimmungen der VOB/B für verbraucherfeindlich und damit angreifbar hält. Der BGH hat die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen. Dort wird nun geprüft, welche Klauseln die Verbraucher tatsächlich benachteiligen.

In Fällen, in denen die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart wurde, haben die Gerichte bereits zahlreiche Klauseln der VOB/B für unwirksam erklärt. Darüber haben wir in der Vergangenheit berichtet.

Da die Gerichte derzeit 24 Klauseln der VOB/B auf ihre Wirksamkeit prüfen, bedeutet die Einbeziehung der VOB/B im Verhältnis zu Verbrauchern erhebliche

Rechtsunsicherheit. Die VOB/B sollte bis auf Weiteres mit Verbrauchern nicht mehr vereinbart werden.

### **3. Gewährleistungsansprüche trotz Abrede „ohne Rechnung“**

Der BGH hatte über zwei Fälle von Schwarzarbeit zu entscheiden. Im ersten Fall hatte der Bauherr den Unternehmer mit der Abdichtung einer Terrasse beauftragt. Später zeigten sich in der darunter gelegenen Wohnung Feuchteschäden. Im zweiten Fall hatten fehlerhaften Vermessungsleistungen eines Ingenieurs dazu geführt, dass durch die falsche Lage von Haus und Carport ein Schaden von rund EUR 31.000,00 entstanden war. In beiden Fällen wurde bar ohne Rechnung gezahlt.

Die Vorinstanzen wiesen Mängelansprüche der Bauherren ab, weil die Abrede „ohne Rechnung“ gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten verstößt. Das führe dazu, dass der Vertrag insgesamt nichtig sei, so dass den Bauherren auch keine Mängelansprüche gegen Unternehmer bzw. Vermesser zustehen.

Der BGH bestätigte, dass die Abrede „ohne Rechnung“ der Steuerhinterziehung dient und deshalb gegen gesetzliche Verbote verstößt und sittenwidrig ist. Allerdings führt das nicht zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages, da dessen Hauptzweck nicht die Steuerhinterziehung ist. Außerdem besteht eine „besondere Interessenlage“, die den Unternehmer bzw. Ingenieur nach Treu und Glauben daran hindert, sich auf die Nichtigkeit des Vertrages zu berufen. Die Nichtigkeit des Vertrages würde dazu führen, dass die erbrachten Leistungen rückabgewickelt werden müssen. Die Rückabwicklung ist aber wirtschaftlich nicht sinnvoll möglich, wenn sich die Leistung in einem Bauwerk verwirklicht hat und nicht mehr zurückgewährt hat.

Diese Entscheidungen laufen dem Ziel der Eindämmung der Schwarzarbeit zuwider und sind deshalb kritisiert worden.

#### **4. Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung**

Ein Unternehmer hatte WC-Trennwände aus beidseitig doppelt beplankten und imprägnierten Gipskartonplatten herzustellen. Tatsächlich baute er nur einseitig imprägnierte Platten ein. Das fiel bei einem Wasserschaden auf. Der Unternehmer wies die Forderung auf Mängelbeseitigung als unverhältnismäßig zurück. Seine Bauweise entspreche den allgemeinen Regeln der Technik. Die hohen Mängelbeseitigungskosten von rund EUR 62.000,00 stünden nicht im Verhältnis zu den Nachteilen für den Auftraggeber, die sich nur in ganz außergewöhnlichen Schadensfällen z. B. durch Wassereintritt bei Undichtigkeiten oder Löschwasser zeigen würden.

Hier war es jedoch so, dass der Auftraggeber sein Interesse an der höherwertigen und risikoärmeren Art der Ausführung durch eine entsprechende vertragliche Vereinbarung klar zum Ausdruck gebracht hat. Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung greift ausnahmsweise nur durch, wenn der für die Mängelbeseitigung erforderliche Aufwand unter Abwägung aller Umstände gegen Treu und Glauben verstößt. Bei dieser Abwägung entschied der BGH zu Lasten des Unternehmers. Die vertragliche Vereinbarung der teureren und zugleich risikoärmeren Art der Ausführung schließt den Unverhältnismäßigkeitseinwand aus. Schließlich muss berücksichtigt werden, dass der Unternehmer, wenn nicht vorsätzlich, so doch jedenfalls grob fahrlässig es unterlassen hat, die vertraglichen Vorgaben zu erfüllen.

#### **5. Mängelrechte in der Vertragskette Auftraggeber-Generalunternehmer-Subunternehmer**

In Vertragsketten muss der Generalunternehmer Mängelrügen des Bauherrn unverzüglich prüfen und an den verantwortlichen Nachunternehmer weitergeben. Versäumt der Generalunternehmer dies, setzt er dem Nachunternehmer eine unangemessen kurze Frist oder setzt der Generalunternehmer dem Nachunternehmer gar eine längere Frist als die, die der Bauherr dem Generalunternehmer gesetzt hat, riskiert er, dass er Ansprüche des Bauherrn nicht an den Nachunternehmer weiterberechnen kann.

Der Bauherr beauftragte einen Generalunternehmer, Glasscheiben in einer Aufzugsanlage zu installieren. Diesen Auftrag gab der Generalunternehmer an einen Nachunternehmer weiter, der die Leistungen ausführte. Der Bauherr rügte gegenüber dem Generalunternehmer Mängel an den Glasscheiben und setzte eine Frist zur Beseitigung, die der Generalunternehmer unverzüglich an den Nachunternehmer weitergab. Vor Fristablauf kündigte der Bauherr seinen Vertrag mit dem Generalunternehmer, der daraufhin seinerseits dem Nachunternehmer die Kündigung erklärte. Der Nachunternehmer rechnete nun seinen Werklohn gegenüber dem Generalunternehmer ab. Mängelbedingte Schadensersatzansprüche, die der Bauherr dem Generalunternehmer gegenüber geltend gemacht hatte, konnte der Generalunternehmer nicht an den Nachunternehmer weitergeben. Die Kündigung des Bauherrn gegenüber dem Generalunternehmer hatte die Mängelbeseitigung dem Nachunternehmer nämlich rechtlich unmöglich gemacht.

In derartigen Fällen kann sich der Generalunternehmer nur noch helfen, wenn ihm der Nachweis gelingt, dass der Nachunternehmer die Mängelbeseitigung ohnehin ernsthaft und endgültig verweigert hat, so dass es auf den Fristablauf nicht mehr ankommt.

## II.

### Architektenrecht

#### 1. Arglistig unterlassene Bauüberwachung

Ein Architekt hatte die Vollarchitektur eines im Jahre 1994 fertig gestellten Gebäudes übernommen. Rund zehn Jahre später führten Mängel an der Abdichtung der Balkone zu Feuchtigkeitsschäden. Im Schadensersatzprozess berief sich der Architekt auf Verjährung.

Die Gerichte nahmen einen unverjährten Schadensersatzanspruch an, weil der Architekt seine Bauüberwachungspflicht verletzt und dies dem Bauherrn arglistig verschwiegen habe. Arglistiges Verschweigen liegt dann vor, wenn dem Architekten bewusst ist, dass ein bestimmter Umstand für die Entschließung des Bauherrn erheblich ist, er nach Treu und Glauben diesen Umstand mitteilen muss und ihn trotzdem nicht offenbart. Dabei muss dem

Architekten bewusst sein, dass er die Leistung vertragswidrig erbracht hat. Abdichtungsarbeiten sind erfahrungsgemäß mangelanfällig und verpflichten den Architekten zu erhöhter Aufmerksamkeit und intensiverer Wahrnehmung der Bauaufsicht. Hier schlossen die Gerichte aus den Einzelumständen des Falles, dass der Architekt die Abdichtung nicht einmal durch Stichproben überwacht hat, u. a. daraus, dass schwerwiegende Abdichtungsmängel vorlagen. Für die Arglisthaftung des Architekten reicht es aus, wenn sich das Bewusstsein, die Leistung vertragswidrig erbracht zu haben, wenigstens auf die Nichterfüllung der Überwachungspflicht bezieht. Dem Architekten muss nicht bewusst sein - und kann bei unterlassener Überwachung nicht bewusst sein -, dass ein Mangel am Gebäude selbst besteht.

## **2. Aufklärung bei Genehmigungsrisiken**

Bei der Planung einer Senioren-Wohnanlage hatte der Investor schon bei ersten Vorbesprechungen von Mitarbeitern der Baubehörde erfahren, dass Befreiungen vom Bebauungsplan notwendig sein werden und diesbezügliche Genehmigungsrisiken bestehen. Außerdem seien Nachbarrechte berührt. Der Investor erhielt schließlich die Baugenehmigung und begann mit dem Bau. Ein Nachbar focht die Baugenehmigung vor dem Verwaltungsgericht an und erreichte in zweiter Instanz, dass die Baugenehmigung für rechtswidrig erklärt wurde.

Eine Schadensersatzklage des Investors gegen seinen Architekten wies das Gericht zurück. Der Investor war von vorneherein über die Genehmigungsrisiken informiert worden. Der Widerspruch zum Bebauungsplan und fehlende Nachbarunterschriften waren dem Investor bekannt. Unter diesen Umständen war der Architekt, der grundsätzlich eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung und damit eine rechtskräftig erteilte Baugenehmigung schuldet, nicht verpflichtet, nochmals auf Genehmigungsrisiken hinzuweisen.

Unabhängig von dieser Entscheidung sollten Architekten den Bauherrn immer auf Genehmigungsrisiken hinweisen. Der Bauherr kann solche Risiken nicht

auf den Architekten abwälzen, wenn er in Kenntnis der Risiken vor Rechtskraft der Baugenehmigung mit den Bauarbeiten beginnt.

### **3. Kosten der Neuverlegung mangelhafter Parkettstäbe**

Am 16.07.2008 hatte der BGH über einen Fall zu entscheiden, bei dem der Kläger bei einem Holzhändler Parkettstäbe gekauft hatte, die er dann durch einen Parkettleger verlegen ließ. Wegen eines Produktionsfehlers im Herstellerwerk lösten sich später große Teile des Parkettbodens ab. Der Holzhändler zahlte freiwillig nur die Kosten des Ausbaus der mangelhaften, vom Kläger nicht bezahlten Parkettstäbe. Daraufhin verklagte der Kläger den Holzhändler auf Übernahme der Kosten für die Verlegung neuer Parkettstäbe, die er anderweitig beziehen wollte.

Diese Klage blieb in allen Instanzen erfolglos. Ein Schadensersatzanspruch wegen der erneut entstehenden Verlegungskosten stand dem Kläger nicht zu. Ein solcher Schadensersatzanspruch setzt voraus, dass der Holzhändler schuldhaft seine Pflicht verletzt hat, mangelfreie Parkettstäbe zu verschaffen. Dem Holzhändler gelang es, insoweit den Entlastungsbeweis zu führen. Er konnte den Mangel der ihm vom Hersteller verpackt gelieferten Parkettstäbe bei Verkauf an den Kläger nicht erkennen und muss sich als Händler etwaiges Verschulden des Herstellers im Produktionsprozess nicht zurechnen lassen. Auch unter dem Gesichtspunkt der Nacherfüllung konnte der Kläger nicht die erneut entstehenden Verlegungskosten verlangen. Ein solcher Anspruch wäre nur gegeben, wenn der Holzhändler die Parkettstäbe nicht nur liefern musste, sondern auch verlegen musste. Das war aber nicht der Fall. Die Verlegung ersatzweise zu liefernder Parkettstäbe schuldete der Holzhändler im Zuge der Nacherfüllung ebenso wenig wie bei der ursprünglichen Lieferung.

Mit freundlichen Grüßen

Rechtsanwälte