



## Neues zum Baurecht 05/2023



Sehr geehrte Damen und Herren,

mit unserem letzten Newsletter des Jahres möchten wir Ihnen aktuell entschiedene Themen aus dem Bau- und Architektenrecht vorstellen. Die Fokussierung auf die Frage der Mangelhaftigkeit in zwei Entscheidungen wirft interessante Aspekte auf. Die Debatte darüber, ob Mängelansprüche ausschließlich innerhalb der Leistungskette geltend gemacht werden können, stellt ebenfalls einen spannenden Diskussionspunkt dar. Eine weitere klärungsbedürftige Frage betrifft die Feststellung eines Mangels, wenn das Werk gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik verstößt, aber dennoch funktionstauglich ist. Die Auseinandersetzung mit Mängelansprüchen im Zusammenhang mit einer Schwarzgeldabrede ist ebenfalls von erheblichem Interesse. Zuletzt wird der Verstoß eines Architekten gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz und die daraus resultierenden Konsequenzen beleuchtet. Dies könnte sowohl für Architekten als auch für diejenigen, die ihre Dienstleistungen in Anspruch nehmen, wichtige Einblicke bieten.

Wir wünschen Ihnen viel Vergnügen beim Lesen und eine schöne Adventszeit,

Amneh Abu Saris

# Themen

Eva Hildebrandt-Bouchon, M.A., Hamburg

**Ohne Rechnung – dann auch ohne Gewährleistungsrechte!**

Christian Kirschberger, Düsseldorf

**Ein Architekt, der für den Auftraggeber eine Skontoklausel für Bauverträge entwirft, verstößt gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz. BGH, Urteil vom 09.11.2023 - VII ZR 190/22**

Nicolas Störmann, Berlin

**Ist ein entgegen den anerkannten Regeln der Technik errichtetes Bauwerk mangelhaft, obgleich es funktionstauglich ist?**

Marie Dins, Düsseldorf

**Mängelansprüche können nur entlang der Leistungskette geltend gemacht werden**



Eva Hildebrandt-Bouchon, M.A., Hamburg

Ohne Rechnung – dann auch ohne Gewährleistungsrechte!

**OLG Brandenburg, Urteil vom 31.08.2023 - 10 U 207/22**

Der Kläger bestellte ein generalüberholtes Getriebe telefonisch für sein gewerblich genutztes Fahrzeug. Das Angebot sowie die Telefonnummer hatte er auf einer Webseite gefunden. Auf Getriebe wurde laut damaligem Stand der Webseite eine Garantie von fünf Jahren gewährt. Ein schriftlicher Kaufvertrag wurde nicht geschlossen. Das Getriebe wurde dem Kläger dann gegen Übergabe des Kaufpreises in Höhe von 950,00 Euro in Bar von einem Mitarbeiter des Beklagten ausgehändigt und anschließend von einer vom Kläger beauftragten Werkstatt in das Fahrzeug des Klägers eingebaut.

Ungefähr elf Monate später blieb das Fahrzeug des Klägers aufgrund eines Getriebebeschadens liegen.

Der Kläger macht daraufhin gegen den Beklagten Gewährleistungsansprüche geltend, welche dieser nach Prüfung abgelehnt hat. Sodann lässt der Kläger das Fahrzeug reparieren und verklagt den Beklagten auf Zahlung der Reparaturkosten sowie Nutzungsausfall in Höhe von ca. 7.000,00 Euro. Im Termin legt der Beklagtenvertreter eine Rechnung einer polnischen Firma für die Lieferung des streitgegenständlichen Getriebes vor. Der Beklagte ist Gesellschafter dieser Firma. Der Kläger bestreitet, eine solche Rechnung erhalten zu haben. Im Prozess kann nicht bewiesen werden, dass der Beklagte der Vertragspartner des Klägers ist, so dass das Landgericht Potsdam die Klage abweist. Hiergegen legt der Kläger Berufung ein.

Ohne Erfolg! Das Berufungsgericht stellt nicht fest, ob der Beklagte oder die polnische Firma mit dem Kläger einen Vertrag geschlossen hat, denn ein etwaiger mit dem Beklagten selbst geschlossener Vertrag wäre gemäß § 134 BGB i.V.m. §370 AO nichtig.

Nach § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig. Die Voraussetzungen der Norm liegen in diesem Fall vor, weil bei Vertragsschluss die Erwartung zu Grunde lag, dass auf den Verkauf anfallende Umsatz(erwerbs)steuer nicht erklärt werden sollte, was aber durch § 370 Abs. 1 AO verboten ist. Dabei muss nicht weiter aufgeklärt werden, welche Steuer genau hinterzogen werden sollte.

Das Gericht ist unter Zugrundelegung des Klägervortrags von einem Verstoß gegen das deutsche

Steuerrecht ausgegangen, obwohl sich keine Partei auf einen solchen berufen hatte. Ein Verbotsgesetz steht nicht zur Disposition der Parteien. Die Ohne-Rechnung-Abrede führte in diesem Fall somit zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages mit der Folge, dass keine Gewährleistungsansprüche mehr bestanden.

Zwar ist gemäß § 134 BGB zunächst nur der Teil des Rechtsgeschäfts nichtig, der gegen das gesetzliche Verbot verstößt, hier also die (stillschweigende) Absprache der Beteiligten, dass keine Rechnung erteilt werden soll, damit Steuern nicht abgeführt werden müssen. Die Ohne-Rechnung-Abrede führt aber nach Begründung des Gerichts zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags, weil die Nebenabrede einen Teil des Geschäfts bildet und der Vertrag insgesamt gemäß § 139 BGB nur dann aufrechterhalten werden kann, wenn festgestellt wird, dass er auch ohne die steuerverkürzende Abrede zu denselben Bedingungen, insbesondere mit derselben Gegenleistung abgeschlossen worden wäre. Denn auch beim Kaufvertrag führt eine Schwarzgeldabrede alleine nicht zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags. Die Gesamtnichtigkeit beruhte im vorliegenden Fall darauf, dass davon ausgegangen werden musste, dass der gesamte Vertrag ohne die Schwarzgeldabrede nicht zu denselben Konditionen abgeschlossen worden wäre. Das Fehlen eines schriftlichen Vertrags war alleine nicht ausschlaggebend, ergab aber zusammen mit den anderen Indizien, nämlich der Barzahlung ohne vorweisbare Quittung und der Tatsache, dass der Kläger keine Rechnung erhalten und auch nicht nach einer Rechnung gefragt hatte, obwohl er hierdurch steuerliche Vorteile gehabt hätte, das stimmige Bild, dass die Vertragsparteien bei Vertragsschluss davon ausgingen, dass keine Rechnung zur Vermeidung von entsprechenden steuerlichen Erklärungen erteilt werden würde.

Grundsätzlich gilt, dass gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB allein die Ohne-Rechnung-Abrede verstößt, nicht aber der Austauschvertrag als solcher ohne diese Abrede. Bei einem Bauvertrag konnte sich nach der Rechtsprechung des BGH (vor dem Inkrafttreten des SchwarzArbG) ein Verstoß gegen Treu und Glauben durch die Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrags zur Abwehr von Gewährleistungsansprüchen daraus ergeben, dass der Unternehmer die von ihm geschuldeten Bauleistungen regelmäßig an dem Grundstück des Bestellers erbringt. Eine Rückabwicklung des Vertrages durch Rückgabe der Leistung ist deswegen, wenn überhaupt, gewöhnlich nur mit erheblichen Schwierigkeiten möglich. Ist die erbrachte Bauleistung mangelhaft, ist daher das Eigentum des Bestellers mit den hieraus folgenden Nachteilen nachhaltig belastet, die durch schlichte Rückabwicklung des Bauvertrags regelmäßig nicht wirtschaftlich sinnvoll zu beseitigen sind; der Besteller wird daher das mangelhafte Werk typischerweise behalten. Diese Belastungssituation führt dann zu einem besonderen Interesse des Bestellers an vertraglichen, auf die Beseitigung des Mangels gerichteten Gewährleistungsrechten, die bei einer Nichtigkeit des gesamten Bauvertrages entfallen würden (vgl. BGH, Urteil vom 24. April 2008 - VII ZR 42/07 -, Rn. 16).

Im vorliegenden Kaufvertrag lag hingegen nach Wertung aller Indizien eine Gesamtnichtigkeit vor. Somit gilt: Wer seine Gewährleistungsrechte sichern möchte, sollte immer nur eine Zahlung gegen Rechnung vornehmen, beim Kauf- und beim Bauvertrag.



Christian Kirschberger, Düsseldorf

Ein Architekt, der für den Auftraggeber eine Skontoklausel für Bauverträge entwirft, verstößt gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz. BGH, Urteil vom 09.11.2023 - VII ZR 190/22

**BGH, Urteil vom 09.11.2023 - VII ZR 190/22**

### **Vorgeschichte**

In dem Rechtsstreit ging es darum, dass die Bauherrin einen Architekten mit Leistungen der Leistungsphasen 1 - 8 beauftragt hatte. Der Architekt hatte der Bauherrin unter anderem einen Bauvertragsentwurf mit einer von ihm formulierten Skontoklausel zur Verfügung gestellt, den die Bauherrin bei der Beauftragung von bauausführenden Unternehmen verwendete. In einem anschließenden Rechtsstreit mit der Bauherrin erhob die Baufirma Widerklage gegen die Bauherrin auf Zahlung des aus ihrer Sicht zu Unrecht einbehaltenen Skontos in Höhe von 125.098,75 Euro. Die Baufirma stützte die Rückforderung auf die Unwirksamkeit der Skontoklausel in dem vom Architekten zur Verfügung gestellten Bauvertrag. Das Gericht erachtete die Skontoklausel ebenfalls als unwirksam. Die Bauherrin hat anschließend den Architekten auf Schadensersatz verklagt.

Bereits in unserem Newsletter 05/2022 [<https://www.leinemann-partner.de/newsletter/neues-zum-baurecht-05-2022/der-bauherr-kann-und-darf-vom-architekten-keine-umfassende-juristische-beratung-zu-vertragsklauseln-erwarten/>] hatten wir über die Entscheidung des OLG Stuttgart vom 30.09.2022 berichtet.

Das OLG hatte die Klage der Bauherrin gegen den Architekten mit der Begründung abgewiesen, dass die vom Architekten vorgeschlagene Skontoklausel zwar unwirksam sei, der Architekt aber mit der Erstellung der Skontoklausel keine Pflicht gegenüber der Bauherrin verletzt habe. Die Bauherrin hätte von einem Architekten gerade nicht erwarten können, dass dieser die einzelnen Kriterien einer wirksamen Skontoklausel kenne.

Gegen die Entscheidung des OLG Stuttgart hat die Bauherrin Revision eingelegt.

### **Die Entscheidung des BGH**

Mit Erfolg! Der Bundesgerichtshof hat das vorinstanzliche Urteil des OLG Stuttgart aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

Zwar habe das OLG Stuttgart im Ergebnis zu Recht einen vertraglichen Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Architekten verneint. Das OLG Stuttgart habe jedoch verkannt, dass der Bauherrin gegen den Architekten ein Schadensersatzanspruch aus anderen rechtlichen Gründen zustehen könnte. In diesem Zusammenhang hält der BGH fest, dass eine allgemeine Rechtsberatung von dem Berufsbild des Architekten nicht erfasst wird, da es insoweit an hinreichender juristischer Qualifikation fehlt. Die Zurverfügungstellung einer der Interessenlage der Klägerin entsprechenden Skontoklausel zur Verwendung in den Verträgen mit den bauausführenden Unternehmen geht daher über die typischerweise mit der Verwirklichung von Planungs- und Überwachungszielen verbundenen Aufgaben und damit über das Berufsbild des Architekten hinaus. Demnach hat der Architekt gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) verstoßen. Vereinbarungen, die auf die Erbringung einer unerlaubten Rechtsdienstleistung zielen, sind nach § 134 BGB nichtig. Insofern hat das OLG Stuttgart zu Recht einen Anspruch aus § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 BGB vereint. Aufgrund des Verstoßes gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz kann sich aber ein Schadensersatzanspruch aus § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 3 RDG ergeben.

Der BGH hat die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um dieser Gelegenheit zu geben, die erforderlichen weiteren Feststellungen zu einem Anspruch der Klägerin aus § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB bzw. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 3 RDG zu treffen.

## **Fazit**

Das BGH-Urteil könnte weitreichende Folgen haben. Erbringt der Architekt unerlaubte Rechtsdienstleistungen, so kann er Schadensersatzansprüchen des Auftraggebers ausgesetzt sein. In diesem Fall wird der Architekt wahrscheinlich auch nicht auf seine Haftpflichtversicherung zurückgreifen können, da die rechtliche Beratung für den Architekten verboten war und es sich damit um eine wissentliche Pflichtverletzung gehandelt hat.

In seiner Entscheidung hat der BGH direkt auch eine Handlungsempfehlung ausgesprochen:

*„Der Architekt muss den Bauherrn nur darauf hinweisen, dass ihm eine solche Tätigkeit nicht erlaubt ist und sich der Bauherr insoweit an einen Rechtsanwalt zu wenden hat.“*



Nicolas Störmann, Berlin

Ist ein entgegen den anerkannten Regeln der Technik errichtetes Bauwerk mangelhaft, obgleich es funktionstauglich ist?

**OLG Brandenburg Urteil vom 28.9.2023 - 10 U 21/23 = BeckRS 2023, 27636**

**Wenn eine Werkleistung entgegen den anerkannten Regeln der Technik ausgeführt wurde, ist darin kein Mangel zu sehen, wenn sich der Verstoß nicht nachteilig auswirkt und Gebrauchsnachteile nicht erkennbar sind. Auch wenn der Auftragnehmer ein anderes als vereinbartes Baumaterial verwendet, liegt darin kein Mangel begründet, wenn das vereinbarte Baumaterial für den konkreten Verwendungszweck ungeeignet ist.**

### **Der Fall**

Die Parteien streiten um Vergütungsansprüche aus einem Werkvertrag. Gegenstand des Vertrages war die Herstellung einer Horizontalsperre zur Abdichtung eines Einfamilienhauses. Die Klägerin begehrt die Zahlung ihres Werklohns. Die Beklagte wendet ein, dass die Leistung der Klägerin mangelhaft ist, da sie gegen die anerkannten Regeln der Technik verstößt. Es wurden entgegen der einschlägigen und maßgeblichen Ausführungsvorschriften keine Voruntersuchungen bzw. keine Bauzustandsanalysen durchgeführt und in diesem Zuge insbesondere keine Feststellungen zum Durchfeuchtungsgrad der einzelnen Bauteile getroffen. Außerdem hat die Unternehmerin einen anderen als in ihrem Angebot konkret benannten Baustoff verwendet. Das OLG kann keine Mängel feststellen und weist die Klage ab.

### **Die Entscheidung**

Ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik liegt zwar vor. Ein solcher Verstoß stellt auch grundsätzlich einen Mangel dar. Das ist aber dann nicht der Fall, wenn der Verstoß sich nicht nachteilig ausgewirkt hat und Gebrauchsnachteile nicht erkennbar sind (OLG Stuttgart BeckRS 2006, 14745). Die beweisbelastete Unternehmerin konnte nachweisen, dass negative Folgen nicht zu befürchten sind. Ein Mangel ist auch nicht darin zu sehen, dass statt des angebotenen (ungeeigneten) Baustoffes ein anderer verwendet wurde. Nach einer Auslegung des Vertrages gemäß §§ 133, 157 BGB wurde über die konkrete Verwendung des Baustoffes keine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen. Vielmehr steht der werkvertraglich geschuldete Erfolg im Vordergrund, dass im Interesse

der Beklagten dahingehend zu verstehen ist, dass der Keller erfolgreich durch die Horizontalsperre, der tatsächlich erzielt wurde. Dies wäre hingegen mit dem vereinbarten Baustoff nicht erfolgreich möglich gewesen.

## **Fazit**

Die Lösung des Falles und ihre Herleitung sind wenig überzeugend und keineswegs als allgemeine Grundsätze zu verstehen, wenngleich sie für den konkreten Einzelfall noch vertretbar sein mögen. Denn es entspricht der herrschenden Meinung, dass jeder Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik einen Mangel darstellt (OLG Karlsruhe BeckRS 2015, 15664; OLG Düsseldorf BeckRS 9998, 14188; OLG Koblenz BeckRS 2016, 136796). Denn die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik ist selbst eine geschuldete Beschaffenheit (BGH NJW 1998, 2814; BGH NJW-RR 2000, 309).

Die Vertragsauslegung zum angebotenen, aber nicht verbauten Material ist ebenso Streitbar. Denn vielmehr entsteht durch die Vereinbarung des ungeeigneten Baustoffes einerseits und dem geschuldeten Werkerfolg andererseits eine sich widersprechende Beschaffenheitsvereinbarung. Diesen Widerspruch kann der Unternehmer nur dadurch auflösen, indem er Bedenken anzeigt.



Marie Dins, Düsseldorf

## Mängelansprüche können nur entlang der Leistungskette geltend gemacht werden

Sind die Parteien in einer vertraglichen Leistungskette verbunden, können vertragliche Ansprüche nur im jeweiligen Vertragsverhältnis geltend gemacht werden. Ein „Überspringen“ der einzelnen Kettenglieder ist nicht möglich. Eine Erstattung im Rahmen der Drittschadensliquidation setzt voraus, dass eine Einbeziehung der Interessen des Dritten in dem Vertrag bereits (konkulent) vereinbart ist.

So entschied das OLG Köln mit Beschluss vom 03.02.2021, mit welchem es die Berufung des Klägers zurückwies. Der vorangegangene Hinweisbeschluss soll hier besprochen werden (vgl. **OLG Köln, Beschluss vom 02.12.2020 - 16 U 96/20**).

### Hintergrund

Bei einem Bauvorhaben des Landes NRW übernahm der Kläger, der Bau- und Liegenschaftsbetrieb des Landes Nordrhein-Westfalen (BLB), die Generalplanung, Projektsteuerung und baufachliche Bauherrenaufgaben. Der Kläger beauftragte wiederum die Beklagte mit dem Gewerk der Bauüberwachung. Dabei machte der Kläger keinen Gebrauch von seiner Bevollmächtigung zum Abschluss von Bauverträgen im Namen und für Rechnung des Landes, sondern handelte unter eigenem Namen. Dies ist dem Kläger gem. § 1 BLB-G als teilrechtsfähiges Sondervermögen möglich. In einem zunächst vor dem Landgericht Köln anhängigen Rechtsstreit machte der Kläger Mängelbeseitigungskosten in Höhe von EUR 738.352,01 gegenüber der Beklagten geltend. Dabei handelt es sich um vermeintliche Mängel der Bauüberwachung, die sich im Bauwerk manifestierter haben sollen. Die Kosten der Mängelbeseitigung hatte das Land NRW übernommen. Hilfsweise begehrte der Kläger Zahlung an das Land.

### Die Entscheidung

Ohne Erfolg! Das OLG wies die Berufung des Klägers gegen das ebenfalls klageabweisende erstinstanzliche Urteil zurück. Auch die Nichtzulassungsbeschwerde hat keinen Erfolg.

Das Gericht betont, dass bei einer Leistungskette die vertraglichen Ansprüche nur in dem jeweiligen Verhältnis geltend gemacht werden können. Dem Kläger selbst sei kein Schaden entstanden und die

Voraussetzungen der Drittschadensliquidation seien nicht erfüllt.

Das Gericht argumentierte, dass die Auftragsvergabe im eigenen Namen durch den Kläger zu einer Kettenbeauftragung führte. Dabei stehe das Verhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten als Hauptunternehmer und Subunternehmer auch einer Bewertung des Vertrages zugunsten des Landes entgegen. Dem Land als Bauherr stünden Vertragsansprüche nur gegen den Kläger als Vertragspartner zu. Die Annahme einer stillschweigenden Befugnis des Klägers zur Drittschadensliquidation verneinte das Gericht und wies darauf hin, dass keine hinreichenden Anhaltspunkte für ein Interesse des Klägers, im Vertragsverhältnis mit der Beklagten Schäden des Landes zu liquidieren, vorlagen. Die Vertragsdokumente enthielten keine klaren Hinweise auf die Einbeziehung der Interessen des Landes.

## **Fazit**

Die Entscheidung des OLG Köln macht deutlich, dass auch im Werkvertragsrecht allgemeine Grundsätze einzuhalten sind. Wichtig ist dabei für Auftraggeber, bei der Mängelbeseitigung ganz besonderen Augenmerk auf die Vertragsstruktur zu legen. Liegt eine sog. „Kettenbeauftragung“ vor, wie es in der Praxis häufig der Fall ist, können Mängelbeseitigungskosten nur gegenüber dem eigenen Vertragspartner geltend gemacht werden.

Dies gilt es zu beachten, auch wenn vielen Auftraggebern der direkte Weg zu dem jeweils verantwortlichen Gewerk leichter erscheinen mag. Wie in der besprochenen Entscheidung deutlich wird, ist dies ein Trugschluss und birgt am Ende das Risiko, dass der Auftraggeber auf den Mängelbeseitigungskosten sitzen bleibt (weil etwa die Ansprüche gegen den direkten Vertragspartner mittlerweile verjährt sind).

Praxishinweis: Ein potenzieller Schaden könnte in dieser Konstellation allerdings im Minderwert der Überwachungsleistung liegen, wie auch der Senat festhielt. Dies insbesondere dann, wenn trotz dieser Minderleistung die volle Vergütung erfolgte. Der Kläger hatte dazu hier nicht weiter vorgetragen, so dass diese Aspekte nicht ausführlich behandelt wurden. Trotzdem ist es in der Praxis ratsam, dieses Argument zu berücksichtigen, um unter den vorliegenden Umständen möglicherweise dennoch einen Ersatzanspruch durchzusetzen.