



Jansen · Rossbach · Schellewald

## **Mandantenrundbrief Nr. 6**

Sehr geehrte Damen und Herren,  
geschätzte Mandanten,

Sie erhalten heute unseren 6. Rundbrief mit Hinweisen auf neue, für die Praxis bedeutsame Entscheidungen im Bau- und Architektenrecht.

Bereits in unserem 5. Rundbrief hatten wir angekündigt, dass wir auch für das Jahr 2014 ein Seminar im Food-Hotel in Neuwied planen, welches unter dem Motto stehen soll

### **„Die 10 häufigsten Fehler bei der Abwicklung von VOB-Verträgen“**

Wir werden Ihnen höchstwahrscheinlich zwei Seminartage anbieten, so dass Firmen und Behörden, die mehrere Mitarbeiter entsenden wollen, diese zu unterschiedlichen Terminen anmelden können. Damit wäre gewährleistet, dass der Betrieb am Seminartag nicht lahmgelegt ist.

## **Presseservice und Expertentipp**

### **1.**

Der Sommer 2013 wurde dominiert durch die richtungweisende Entscheidung des Bundesgerichtshof zur

**Schwarzgeldabrede.**

Da die Leitsätze solcher Entscheidungen in der allgemeinen Presse oft verkürzt und missverständlich wiedergegeben werden, wollen wir Sie über das Thema der Schwarzgeldabrede mit diesem Mandantenbrief umfassend informieren. Die Schwarzgeldabrede hat Bedeutung für Streitigkeiten im Rahmen von

- Werklohnforderungen

sowie

- Gewährleistungsansprüchen.

a)

Die bedeutende Entscheidung des BGH vom 01.08.2013 bezog sich auf Gewährleistungsansprüche.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin als Auftraggeberin hatte mit dem Beklagten, der im selben Ort wohnte, vereinbart, dass dieser eine ca. 170 m<sup>2</sup> große Auffahrt auf dem Grundstück der Klägerin neu pflastern sollte. Diese Auffahrt sollte der Belastung durch das Befahren mit einem 40t-Lkw standhalten. Die Klägerin stellte das Material und die Geräte; der Beklagte führte die Arbeiten aus. Nach Beendigung der Arbeiten traten Unebenheiten auf. Nacharbeiten hatten keinen Erfolg. Ein Sachverständiger stellte dann fest, dass Ursache für die Unebenheiten eine von dem Beklagten zu dick ausgeführte Sandschicht unterhalb der Pflastersteine war. Die Schadensbeseitigungskosten wurden mit ca. 6.000,00 € brutto beziffert. Diesen Betrag hatte die Klägerin im Klageverfahren geltend gemacht. Die Vertragsparteien hatten mündlich vereinbart, dass der Beklagte für seine Arbeiten einen Betrag in Höhe von 1.800,00 € bar ohne Rechnung erhalten sollte. Der Betrag war auch gezahlt worden.

Das Berufungsgericht hatte die Klage abgewiesen. Der Bundesgerichtshof hat die Klageabweisung bestätigt und zur Begründung ausgeführt, dass der zwischen den Parteien mündlich abgeschlossene Vertrag gegen das Schwarzarbeitsgesetz verstoße. Dieses Gesetz enthält in § 1 Abs. 2 Nr. 2 das Verbot zum Abschluss eines Werkvertrages, wenn dieser Regelungen enthält, die dazu dienen, dass eine Vertragspartei als Steuerpflichtige ihre steuerlichen Pflichten nicht erfüllt. Im vorliegenden Fall sollte die Zahlung der Umsatzsteuer umgangen werden. Ein solches Verbot führt nach Auffassung des Bundesgerichtshofes zur Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages. **Aus einem nichtigen Vertrag können keine Rechte, mithin auch keine Gewährleistungsrechte geltend gemacht werden.**

Diese Entscheidung des Bundesgerichtshofes ist klar und eindeutig. Damit sind alle vorangegangenen Entscheidungen von Obergerichten, die trotz einer Schwarzgeldabrede Gewährleistungsansprüche dem

Auftraggeber zugestanden haben, überholt. In Zukunft werden sich alle Gerichte an die Entscheidung des Bundesgerichtshofes halten. Diese Entscheidung ist gefährlich für den Auftraggeber. Dieser bleibt auf einem Schaden sitzen, wenn der Auftragnehmer ein Gewerk mit Mängeln herstellt.

b)

Aber auch für den **Auftragnehmer** kann die Schwarzgeldabrede gefährlich werden. Das ergibt sich aus einer Entscheidung des OLG Schleswig vom 16.08.2013. Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Beklagten als Auftraggeber ließen im Jahr 2010 vier Reihenhäuser errichten. Mit der Klägerin, einem Elektroinstallateur, war auf der Grundlage eines Leistungsverzeichnisses ein Werkvertrag abgeschlossen worden. Das Leistungsverzeichnis endete mit einer Pauschalsumme von 18.800,00 € brutto. Darunter befand sich der Vermerk: „5.000,00 € Abrechnung gemäß Absprache“. Danach wurde ein Pauschalvertrag über eine Pauschalsumme von 13.800,00 € brutto abgeschlossen. Die Beklagten und Auftraggeber hatten dem Geschäftsführer der Klägerin 2.300,00 € in bar übergeben. Weitere 2.700,00 € hatten sie dem Architekten mit dem Hinweis übergeben, diesen Betrag an die Klägerin und Auftragnehmerin weiterzuleiten. Der Architekt hat den Geldbetrag jedoch wieder den Beklagten zurückgegeben. Nachdem die Arbeiten abgeschlossen waren, hat der Elektroinstallateur eine Schlussrechnung über 3.904,63 € brutto sowie eine weitere Rechnung über 2.700,00 € brutto gestellt. Die Klägerin (Elektroinstallateur) hat im Verfahren behauptet, es sei vereinbart worden, dass neben dem Pauschalwerklohn in Höhe von 13.800,00 € 5.000,00 € in bar hätten gezahlt werden sollen, wobei über diese Summe keine Rechnung ausgestellt werden sollte. Im Übrigen hatten sich die Parteien über Mängel gestritten. Der mit der Klage geltend gemachte restliche Werklohnanspruch belief sich auf 6.430,13 €.

Das Oberlandesgericht Schleswig hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass der Klägerin kein Anspruch auf Werklohn aus § 631 BGB zustehen würde, weil zwischen den Parteien **kein wirksamer Werkvertrag** abgeschlossen worden sei. Die Bestimmungen des § 1 Abs. 2 Schwarzarbeitsgesetz sei ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB. Wenn beide Parteien gegen die Bestimmungen des Schwarzarbeitergesetzes verstoßen (Vermeidung der Zahlung von Umsatzsteuer), so führe dies zur Nichtigkeit des Werkvertrages. Aus einem nichtigen Vertrag können Ansprüche nicht hergeleitet werden.

Während die Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu Lasten des Bestellers ging, geht die Entscheidung des OLG Schleswig nunmehr zu Lasten des Auftragnehmers. Deshalb muss auch der Auftragnehmer vor Schwarzgeldabreden gewarnt werden. Verweigert ein listiger Auftragnehmer erhebliche Restzahlungen aus einem Werkvertrag, der teilweise Schwarzgeldabreden enthält, bleibt der Handwerker (Auftragnehmer) auf seinen Forderungen aus Werkvertrag sitzen.

Ihm bleiben nur noch Ansprüche aus Bereicherungsrecht (Wertersatz). Die damit verbundenen Probleme werden Gegenstand der nächsten Fortbildungsveranstaltung sein, wie auch das Problem, wenn **nach Vertragsabschluss** bei der Abrechnung eine Schwarzzahlung vereinbart wird.

c)

In diesem Zusammenhang passt eine weitere interessante Entscheidung des Oberlandesgerichts Koblenz. Diesmal ging es nicht um eine Schwarzgeldabrede, sondern um die Vereinbarung einer unentgeltlichen **Gefälligkeitsleistung**. Der Entscheidung des OLG Koblenz vom 22.05.2013 lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein Auftraggeber machte gegen den Auftragnehmer Schadensersatz in Höhe von 5.675,00 € wegen einer fehlerhaften Balkonabdichtung geltend. Ein hinzugezogener Sachverständiger bestätigte Nachbesserungskosten in Höhe von 4.750,00 €. Der Auftragnehmer verteidigte sich damit, dass er aufgrund einer damaligen Freundschaft mit dem Auftraggeber die Arbeiten an der Balkonabdichtung nur als Gefälligkeit und ohne Rechnung durch einen seiner Mitarbeiter habe ausführen lassen.

Das Oberlandesgericht Koblenz hat wie folgt entschieden:

Dichtet der Mitarbeiter eines Dachdeckers parallel zu dessen entgeltlichen Arbeiten aus Freundschaft und **ohne Rechnung** einen Balkon ab, kann angesichts der erkennbaren Interessenlage des Bauherrn nicht davon ausgegangen werden, es habe sich um eine Gefälligkeit ohne daran anknüpfende Mängelgewährleistungsansprüche gehandelt.

Das bedeutet, dass auch bei Gefälligkeitsleistungen der Unternehmer nicht vor Gewährleistungsansprüchen geschützt ist.

## 2.

Die Anordnung von **Zusatzarbeiten bei Pauschalverträgen** ist immer wieder Gegenstand von Streitigkeiten. In unserem letzten Mandantenbrief hatten wir Sie auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Koblenz vom 14.11.2012 hingewiesen. Das Oberlandesgericht Koblenz hatte entschieden, dass trotz der Vereinbarung eines **garantierten Pauschalfestpreises** außerhalb des ursprünglich vereinbarten Leistungskataloges liegende Arbeiten gesondert zu vergüten sind. Diese Entscheidung wird bestätigt durch eine weitere Entscheidung des OLG Bamberg vom 01.06.2011. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Auftraggeber beauftragte den Auftragnehmer aufgrund des Verhandlungsprotokolls Sanitär-, Heizungs- und Lüftungsarbeiten auszuführen. Vertragsgrundlage war u.a. das Angebot des Auftragnehmers über eine Summe in Höhe von insgesamt 899.467,77 € sowie das zugrunde liegende Leistungsverzeichnis. Der Hinweis im Verhandlungsprotokoll auf das Leistungsverzeichnis enthielt den handschriftlichen Zusatz: „Pauschalierungsgrundlage“. Der Auftraggeber hatte im Verlaufe der Durchführung der Arbeiten zusätzliche Leistungen verlangt, die nicht in der Leistungsbeschreibung detailliert umfasst waren.

Das Oberlandesgericht Bamberg hat dem Auftragnehmer die verlangte Zusatzvergütung zugesprochen. Es interpretiert den Vertrag zwischen den Parteien als **Detailpauschalpreisvertrag**. Um einen Detailpauschalvertrag handelt es sich, wenn der Umfang der geschuldeten Leistungen durch Angaben in einem Leistungsverzeichnis oder anderen Vertragsgrundlagen festgelegt ist. Daraus folgt, dass sich die Vergütung erhöht, wenn **nicht beschriebene Leistungen** später gesondert gefordert oder notwendig werden.

## 3.

Wir stellen immer wieder fest, dass viel zu wenig Gebrauch gemacht wird von der Verpflichtung zu **Bedenkenhinweisen**. Zu den Problemen der Bedenkenhinweise sind im Berichtszeitraum zwei interessante Entscheidungen ergangen:

### a)

In einer Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 05.02.2013 ist noch einmal klargestellt worden, **wem gegenüber** Bedenkenhinweise erhoben werden müssen. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein Bauherr hat bei der Errichtung eines Neubaus einen Handwerker unter Einbeziehung der VOB/B beauftragt, zwei Hebe-Schiebe-Fenstertüranlagen zu liefern und einzubauen. Weil

nach Ausführung des Auftrages bei Schrägstellung Feuchtigkeit eingedrungen ist und der Handwerker eine Nachbesserung verweigert hatte, hat der Bauherr den Handwerker wegen zwischenzeitlicher Auswechslung der HST-Anlagen auf rund 40.000,00 € Schadensersatz in Anspruch genommen. Der Handwerker hat sich damit verteidigt, dass er vor der Ausführung der Arbeiten dem Architekten schriftlich mitgeteilt habe, dass die HST-Anlage „schräg nach innen eingebaut“ nicht zulässig sei. Darauf sei der Architekt jedoch nicht eingegangen.

Das Gericht hat dem Handwerker eine Haftungsbefreiung wegen vorangegangener Bedenkenhinweise versagt. In der Begründung wird ausgeführt, der Handwerker habe nicht dargetan, dass er seiner Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht gegenüber dem **Bauherrn** nachgekommen sei. Bedenkenhinweise gegenüber einem Architekten seien nicht ausreichend, wenn sich der Architekt, der die Anlage geplant habe, den Bedenken gegenüber verschließe. Richtiger Adressat der Bedenkenhinweise sei der Bauherr.

b)

In einer Entscheidung vom 10.12.2012 hat sich das Oberlandesgericht Hamm mit der **Form** des Bedenkenhinweises auseinandergesetzt. Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Bauherr eines Straßenbauvorhabens hat einen Ingenieur mit der Planung und einen Bauunternehmer (den Beklagten) mit der Ausführung von Pflaster- und Entwässerungsarbeiten beauftragt. Die Planung des Ingenieurs sah eine Sonderbauweise mit zahlreichen ungewöhnlichen Details vor. Der Unternehmer hatte zunächst mit einem Schreiben auf Bedenken hingewiesen, ohne allerdings die Sonderbauweise zu erwähnen. Später hat er seine Bedenkenhinweise hingewiesen. Gegenüber dem Bauherrn hat er dann **mündlich** erklärt, dass er die gewählte Sonderbauweise nicht kenne und dass er sie für ungünstig halte. Er hat die Arbeiten doch so ausgeführt, wie geplant. Später hat sich herausgestellt, dass die Sonderbauweise an vielen Stellen nicht funktionierte. Es entstand ein Schaden von ca. 400.000,00 €. Der Bauherr hat den Unternehmer auf Vorschuss für die Mängelbeseitigung in Höhe von 400.000,00 € verklagt. Der Unternehmer hat sich damit verteidigt, dass er ausreichend und frühzeitig seine Bedenken gegen die geplante Sonderbauweise erhoben habe.

Das Oberlandesgericht Hamm hat den Bauherrn unter Anrechnung eines Planungs-Mitverschuldens 50 % Schadensersatz zugesprochen. Nach der Begründung reicht auch ein mündlicher Bedenkenhinweis aus, wenn er nachgewiesen werden kann. Ein solcher mündlicher Bedenkenhinweis muss jedoch inhaltlich klar, vollständig und erschöpfend sein. Der Hinweis, dass der Unternehmer die Sonderbauweise nicht kenne und sie für ungünstig halte, reicht dem Gericht nicht aus. Erforderlich ist vielmehr,

dass der Unternehmer die nachteiligen Folgen und die sich hieraus ergebenden Gefahren in dem Bedenkenhinweis hinreichend deutlich macht. Allgemein gehaltene und oberflächliche Hinweise reichen daher nicht aus.

Deshalb gilt folgender **Praxistipp**:

- Zögern Sie nicht, Bedenken zu äußern, wenn Sie aus Ihrer fachlichen Sicht Planungen oder Anweisungen für nicht richtig halten.
- Bemühen Sie sich, die Bedenkenhinweise schriftlich abzugeben. Sollten Bautagebücher oder Baubesprechungsprotokolle geführt werden, müssen Sie darauf achten, dass Bedenkenhinweise im Protokoll aufgenommen werden.
- Wenn der Planer/Architekt Ihre Bedenkenhinweise zurückweist, sollten Sie diese auf jeden Fall gegenüber dem Bauherrn wiederholen.

#### **4. Ausblick**

Die Arbeitsgemeinschaft Baurecht im Deutschen Anwaltsverein hat ermittelt, dass ein Baurechtsstreit in erster Instanz in Deutschland durchschnittlich 44 Monate dauert. Diese Prozessdauer ist viel zu lang. Eine Besserung ist nicht in Sicht, weil die Justizministerien eher Stellen streichen, als dass neue Stellen geschaffen werden. Außerdem gibt es nach wie vor eine Reihe von Landgerichten, die nicht über Baukammern verfügen, so dass bedauerlicherweise sehr oft die Gerichte weniger Fachwissen haben, als Fachanwälte für Baurecht. Deshalb ist es umso wichtiger, dass Sie sich im Rahmen der Ausführung Ihrer Leistungen keine „Fehler“ erlauben. Es macht sich bezahlt, wenn Sie beim Auftauchen von Problemen während der Bauausführung einen Fachanwalt für Baurecht einschalten. Das kann langwierige und teure Prozesse verhindern. Jedenfalls sollten Sie unsere nächste Fortbildungsveranstaltung besuchen, damit Sie für das Jahr 2014 fit sind.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Rossbach