



Jansen - Rossbach

## **Mandantenrundbrief Nr. 7**

### **I. In eigener Sache**

Unsere neue Website ist zwischenzeitlich fertiggestellt. Sie können diese aufrufen unter [www.jansen-rossbach.de](http://www.jansen-rossbach.de). Unter der Rubrik „Service“ können Sie nunmehr folgende Informationen abrufen:

- sämtliche Skripten der bisherigen Fortbildungsveranstaltungen;
- sämtliche bisher erschienen Mandantenbriefe;
- die für den Bauablauf wichtigen Musterbriefe.

Die für das nächste Jahr geplante Fortbildungsveranstaltung wird sich wahrscheinlich befassen mit:

- den umfangreichen Problemen bei vorzeitiger Beendigung von Bauverträgen, z.B. durch Kündigung

sowie

- den Problemen, die entstehen, wenn ein am Bau beteiligter Vertragspartner insolvent wird.

## II. Schwarzgeldabrede

Auf großes Interesse bei der 4. Fortbildungsveranstaltung im Januar 2014 ist die Problematik der Schwarzgeldabrechnung gestoßen, die nunmehr durch die neuen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes für alle Beteiligten klar und eindeutig geregelt ist. Dabei kann die Schwarzgeldabrede sowohl für den Auftraggeber (Verlust von Gewährleistungsansprüchen) als auch für den Auftragnehmer (Verlust von Vergütungsansprüchen) sehr negative Folgen haben.

1.)

In seiner Entscheidung vom 01.08.2013 hat der Bundesgerichtshof einen Bauwerkvertrag, der auch Vereinbarungen über Schwarzgeldzahlungen enthält, als nichtig angesehen. Aus einem nichtigen Vertrag können keine Rechte hergeleitet werden. In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall wollte der Auftraggeber Mängelbeseitigungskosten geltend machen. Daran ist er nach der jetzt gefestigten Rechtsprechung gehindert, wenn der zugrundeliegende Bauwerkvertrag wegen Schwarzgeldvereinbarungen nichtig ist.

**Die Konsequenzen können für den Auftraggeber sehr einschneidend sein, wenn wegen Baumängel hohe Nachbesserungskosten entstehen.**

2.)

Bereits im Jahr 2013 hatte das OLG Schleswig einen umgekehrten Fall zu entscheiden. Hier ging es darum, dass der Auftragnehmer eine Restforderung aus einem Bauwerkvertrag geltend gemacht hat, der unter anderem auch die Zahlung eines Teiles der Werklohnforderung als Schwarzzahlung vorsah. Das OLG Schleswig hat die Forderung auf Zahlung des Restwerklohnanspruches mit der Begründung zurückgewiesen, dass aus einem nichtigen Vertrag keine Rechte hergeleitet werden können. Diese Entscheidung hat nunmehr der Bundesgerichtshof am 10.04.2014 bestätigt. Der Bundesgerichtshof ging sogar noch weiter und hat auch sogenannte „Bereicherungsansprüche“ abgelehnt. Bereicherungsansprüche werden dann geprüft, wenn jemand ohne Vertrag „bereichert ist“. Wegen des beiderseitigen Gesetzverstoßes (Verstoß gegen das Schwarzarbeitsgesetz) verneint der BGH auch einen Bereicherungsanspruch.

**Ergebnis:**

Ist ein Bauwerkvertrag wegen Verstoßes gegen das Schwarzarbeitsgesetz nichtig, können beide Seiten aus diesem Vertrag keine Rechte herleiten.

Das bedeutet für den Auftragnehmer, dass ein hinterlistiger Auftraggeber ihm eine Falle stellen kann. Wird mit dem hinterlistigen Auftraggeber vereinbart, dass ein Teil der Leistungen schwarz ohne Rechnung bezahlt werden soll, dann hätte der Auftraggeber die Möglichkeit, nach Beendigung der Arbeit die **Gesamtzahlung** zu verweigern mit dem Hinweis, dass der Vertrag nichtig ist. Im Ergebnis hätte der Auftragnehmer geleistet und bekäme für seine Leistung überhaupt kein Geld. Deshalb muss vor Verträgen, die auch nur eine Teilzahlung als Schwarzzahlung vorsehen, **eindringlich gewarnt** werden.

**III.**

Auch **Gefälligkeitsarbeiten** sind gefährlich. Wir hatten bereits auf die Entscheidung des OLG Koblenz vom 22.05.2013 hingewiesen. Dieser Entscheidung lag ein Lebenssachverhalt zugrunde, bei der ein Auftraggeber aus Gefälligkeit zusätzlich noch eine Balkonabdichtung ohne Entgelt durch seine Mitarbeiter hat ausführen lassen. Die Abdichtung war mangelhaft. Die Mängelbeseitigungskosten betragen mehr als 5.000,00 €. Hierfür haftet der Auftragnehmer, auch wenn er diese Arbeiten aus Gefälligkeit ohne Entgelt ausgeführt hat.

Deshalb muss auch vor Gefälligkeitsarbeiten gewarnt werden, weil diese, obwohl ein Werklohn nicht gezahlt wird, bei Mängel der Gefälligkeitsarbeit Gewährleistungsansprüche begründen.

Wie gefährlich Gefälligkeitsarbeiten sein können, zeigt auch eine weitere Entscheidung des OLG Koblenz vom 02.04.2014. Ein Handwerker hatte im Rahmen unentgeltlicher Nachbarschaftshilfe eine Außenlampe montiert und hierbei nicht erkannt, dass deren Gehäuse wegen einer Strombrücke zwischen Phase und Schutzleiter unter Strom stand. Zu einem späteren Zeitpunkt hatte ein Handwerker bei der Vorbereitung von Fassadenarbeiten auf einem Metallgerüst stehend Kontakt mit dem Gehäuse der Außenlampe. Er erlitt einen schweren Stromschlag mit nachfolgendem Hirnschaden. Das Oberlandesgericht Koblenz hat in der Entscheidung vom 02.04.2014 den unentgeltlich arbeitenden für diesen Folgeschaden haftbar gemacht.

#### IV. Das Märchen vom versteckten Mangel.

Es wird in der Praxis immer wieder die Auffassung vertreten, dass die Gewährleistungsfrist von 5 Jahren nicht gelte, wenn es sich um einen versteckten Mangel handelt. Man meint, dass die Gewährleistungsfrist von 5 Jahren nur für solche Mängel gelten würde, die für den Auftraggeber innerhalb dieser Gewährleistungsfrist auch erkennbar sind. Die Gewährleistungsfrist solle nicht gelten für diejenigen Mängel, die sich nicht innerhalb der Gewährleistungsfrist **zeigen**.

Hierbei handelt es sich um einen **weit verbreiteten Irrtum**. Die Gewährleistungsfrist, die mit der Abnahme beginnt, gilt für alle Mängel. Dabei ist es völlig ohne Bedeutung, ob der Mangel zum Zeitpunkt der Abnahme oder während der Gewährleistungsfrist erkannt wurde oder nicht. Es spielt daher für Beginn und Ablauf der Gewährleistungszeit keine Rolle, ob ein Mangel sichtbar ist und der Auftraggeber deshalb die Möglichkeit hat, vor Ablauf der Gewährleistungsfrist seine Mängelansprüche geltend zu machen. Im Grunde genommen ist jeder Mangel, der bei der Abnahme nicht erkannt wurde, ein versteckter Mangel. Alle Mängel, egal ob bekannt oder unbekannt, ob sichtbar oder versteckt, unterliegen der Gewährleistungsfrist von 5 Jahren nach BGB oder 4 Jahren nach VOB/B.

Das bedeutet:

Werden die Folgen eines versteckten Mangels erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist sichtbar, dann kann sich der Auftragnehmer erfolgreich auf die Verjährung der Gewährleistungsansprüche berufen.

Es gibt nur eine Fallgestaltung, bei der unter Umständen der Auftragnehmer auch nach Ablauf einer Gewährleistungszeit für einen Mangel haftet. Ein solcher Fall liegt vor, wenn er einen Mangel **arglistig** verschweigt. Arglist liegt vor, wenn der Auftragnehmer den Mangel während der Bauausführung bewusst wahrgenommen hat und er weiß, dass der betreffende Sachverhalt für das Bauwerk bedeutsam ist, dies jedoch schweigt. Allerdings muss dieses arglistige Verhalten **nachgewiesen werden**. Kann ein solches arglistiges Verhalten nachgewiesen werden, dann läuft ab der Kenntnis von dem Schaden und der Person des Schädigers die 3-jährige Verjährungsfrist des § 195 BGB. Diese beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch durch Kenntnis von dem Mangel und der Person des Mangels begründet wurde. Für den Beginn der Verjährungsfrist für Mängelansprüche, die arglistig verschwiegene Män-

gel betreffen, kommt es also tatsächlich darauf an, wann der Auftraggeber von dem Mangel Kenntnis erlangt hat.

Beispiel:

Eine Abnahme von Abdichtungsarbeiten wird am 01.06.2005 durchgeführt. Der Auftragnehmer verschweigt, dass er nicht genug Dickbeschichtung hatte und diese deshalb zu dünn aufgetragen hat. Das kann durch eine Zeugenaussage seines Gesellen nachgewiesen werden. Am 01.06.2010 läuft die Gewährleistungszeit ab. Im Januar 2012 tritt im Keller des Hauses Feuchtigkeit auf. Ein Sachverständiger stellt die zu dünn aufgetragene Dickbeschichtung fest. Das Gutachten wird am 08.10.2012 vorgelegt. Somit beginnt die Verjährung des arglistig verschwiegenen Mangels am 01.01.2013 und endet nach Ablauf von 3 Jahren am 31.12.2015.

Ich wünsche Ihnen eine gute Sommersaison mit vielen Aufträgen und mängelfreien Arbeiten.

Dr. Rossbach