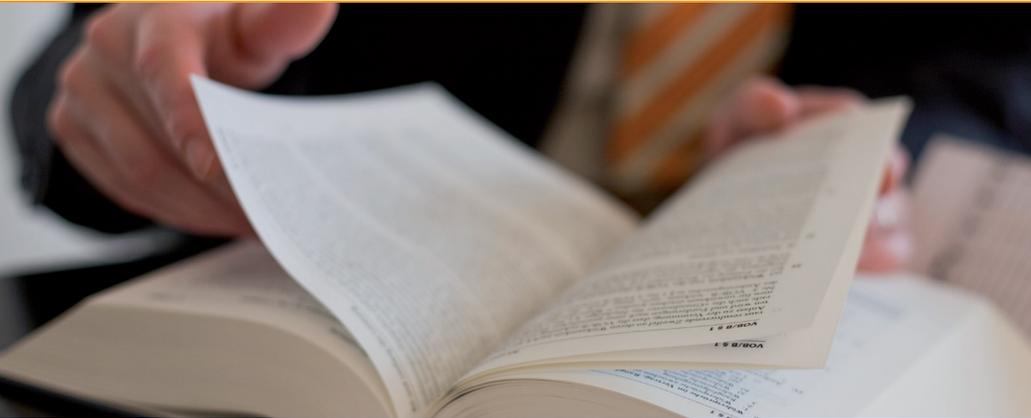


KNH

Rechtsanwälte



# Newsletter

Dezember 2019

## Privates Baurecht

### **Kann das Recht zur Ersatzvornahme in einem Bauträgervertrag wirksam ausgeschlossen werden?**

Für die Erwerber ist der Erhalt einer mangelfreien Bauleistung von zentraler Bedeutung. Bauträgerverträge sehen jedoch häufig Regelungen vor, die die Gewährleistungsrechte einschränken. Das OLG Koblenz hatte nunmehr mit Urteil vom 11.04.2018 – 10 U 1167/16 über eine von einem Bauträger gestellte Klausel zu entscheiden, in der geregelt war, dass der Erwerber kein Recht dazu hat, einen Baumangel selbst zu beseitigen.

Die Bauträgerin hat den in Wohnungseigentum aufgeteilten Gebäudekomplex teilweise neu errichtet, teilweise wurde der alte Bestand saniert. Die Erwerberverträge enthalten in § 9 u.a. folgende Bestimmungen zu Sachmängeln: „3.1 Der Käufer kann zunächst nur die Beseitigung des Mangels verlangen. 3.2 Verweigert der Verkäufer die Beseitigung des Mangels oder schlägt die Nachbesserung fehl, kann der Käufer den Kaufpreis mindern oder, wenn der Mangel nicht erheblich ist, zurücktreten. 3.3 Der Käufer hat kein Recht, den Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen. 3.4 Das Recht des Käufers, wegen eines Sachmangels Schadenersatz zu verlangen, wird ausgeschlossen, soweit sich aus Nr. 7 nichts anderes ergibt. 7. Die Haftung des Verkäufers für Schäden wegen Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit sowie für Schäden aus einer Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit bleibt unberührt.“

Die Wohnungseigentümergeinschaft macht gegenüber dem Bauträger Ansprüche wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums geltend und verlangt die Zahlung eines Vorschusses in einer Größenordnung von EUR 30.000,00.

Das OLG Koblenz stellt fest, dass Kostenvorschussansprüche aus § 637 Abs. 3 BGB durch Ziff. 3.3 der

Verträge wirksam ausgeschlossen seien. Damit wird, soweit ersichtlich, erstmals von einem Gericht die Wirksamkeit einer solchen Klausel bestätigt. Anders als beispielsweise in der Literatur vertreten (z. B. Basty, Der Bauträgervertrag, 9. Auflage, Rn. 1135) sei die Regelung in Ziff. 3.3 weder bei isolierter noch bei einer Gesamtbetrachtung der Regelungen unwirksam. Die Klausel verstoße nicht gegen § 309 Nr. 8 b bb BGB.

Im Hinblick darauf, dass der BGH mit Beschluss vom 18.09.2019 – VII ZR 94/18 die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen hat, wird davon auszugehen sein, dass das Urteil des OLG Koblenz eine der wichtigen Entscheidungen im Bauträgerrecht im Jahr 2019 darstellt.

## Architektenrecht

### **Die Prüfung des Nachweises der erforderlichen Eigenschaften der Bauprodukte vor dem Einbau in das Bauwerk**

Uns allen begegnen nicht selten Unsicherheiten oder Meinungsverschiedenheiten im Hinblick auf die Frage, ob ein bereits in ein Bauwerk eingefügtes Bauprodukt (Material, Materialkombination, Bauteil usw.) überhaupt die erforderlichen oder geschuldeten Eigenschaften aufweist. Das betrifft grundsätzliche Aspekte wie beispielsweise das Vorhandensein einer allgemeinen bauaufsichtlichen Zulassung oder eines allgemeinen bauaufsichtlichen Prüfzeugnisses oder den Nachweis der Verwendbarkeit im Einzelfall oder Übereinstimmungsnachweise oder Übereinstimmungserklärungen u. v. m. Das betrifft aber auch konkretere Gesichtspunkte der verwendeten Stoffe und Teile, so etwa Nachweise im Hinblick auf die Antistatik eines Geländers im Anlagenbau oder eine bestimmte



Schallschutzklasse für Innentürblätter oder eine bestimmte Feuerwiderstandsklasse für Innentürzargen oder ein bestimmtes durchlaufendes Holzschutzverfahren für Dachbinder aus Holz oder eine bestimmte elektrotechnische Schutzart für Außenleuchten (z. B. I P 44). Es lassen sich unendlich viele Beispiele finden. Die korrekte Identifikation eines positiven Nachweises ist eine weithin unterschätzte mannigfaltige Fehler- und Schadensquelle an Bauwerken. Das liegt daran, dass die einzuhaltenden Kriterien die unterschiedlichsten Quellen aufweisen: Die Bauordnungen der Länder, Leistungsverzeichnisse, besondere Angaben in den Ausführungsplänen, Vorgaben aus den zugrundeliegenden Baugrundgutachten oder Brandschutzkonzepten, Nebenbestimmungen der Baugenehmigungen, Erfordernisse, die sich aus dem konkreten Nutzungszweck oder der örtlichen Anordnung eines Bauteils ergeben, Üblichkeiten und Anforderungen aus den allgemeinen anerkannten Regeln der Technik (wie etwa DIN-Vorschriften oder VDE-Normen oder VDI-Richtlinien oder VdS-Zertifizierungsinhalte und vergleichbare Regelwerke soweit einschlägig oder vereinbart).

Selbst dann, wenn die prinzipielle oder funktionale Tauglichkeit eines Bauprodukts bejaht oder zumindest vermutet werden kann und infolge der Nichteinhaltung von formalen Anforderungen durch ein spezifisches Bauprodukt gleichwohl keine negativen Folgewirkungen oder Bauschäden zu erwarten sind, kann dennoch allein in der Nichteinhaltung von formellen Anforderungen (z. B. das Nichtvorhandensein einer geschuldeten VdS-Zertifizierung) **für sich selbst bereits ein eigenständiger Baumangel** bestehen. Die gebotenen Bauprodukteigenschaften müssen sich überwiegend aus Ausweisen, Nachweisen und Kennzeichnungen ergeben. Selbst die reine wahrnehmbare Existenz eines entsprechenden positiven Nachweises kann unter

Umständen eine geschuldete Produkteigenschaft als solche sein. Es besteht Einigkeit darin, dass (ist nichts anderes vereinbart) **spätestens zum Zeitpunkt der Abnahme** alle gebotenen Produkteigenschaften gegeben und ausgewiesen oder jedenfalls überprüfbar sein müssen. Ein Großteil dieser wichtigen Nachweise ist Gegenstand der Dokumentation.

Hierbei begegnet uns das Phänomen, dass die beteiligten Personen vor Ort oft die Dokumentation als etwas handhaben, was auch noch nach der Abnahme nachgereicht werden kann oder bestenfalls erst zum Zeitpunkt der Abnahme vorliegen muss. Eine solche Handhabung ist jedenfalls dann kein praktisches Problem, wenn sich anhand der vorgelegten Papiere oder von nachvollziehbaren Typenbezeichnungen oder von ersichtlichen Kennzeichnungen auf den Bauprodukten selbst die erforderliche Eigenschaft oder deren Nachweis ermitteln lässt. Das aber wirft die praktische Frage auf, was passiert, wenn die bereits fest verbauten (teilweise bereits durch Folgeleistungen überdeckten) Produkte keinen Nachweis mehr ermöglichen, etwa weil es keine Verpackungen mehr gibt, die Lieferscheine keine Aussage treffen, die Typenbezeichnungen nicht überprüft, äußerliche Kennzeichnungen nicht mehr eingesehen werden können oder die „Beipackzettel“ nicht aufbewahrt worden sind. **Dann kann im Zweifel eine Abnahme nicht erfolgen.** Ist sie dennoch bereits erfolgt, hat der Bauherr ein Anwendungsrisiko im Hinblick auf sein Bauwerk, der Bauunternehmer ein Durchsetzungsrisiko im Hinblick auf seine Schlussrechnung und der Bauüberwacher ein Abnahmerisiko im Hinblick auf seine eigenen Leistungen gegenüber dem Bauherrn. Ein dauerhafter Fehler in der Leistung des Bauunternehmers (und damit ein dauerhafter Fehler des Bauwerks) kann darin bestehen, dass definitiv feststeht, dass eine bestimmte Kennzeichnung oder Zertifizierung nicht erteilt wurde und auch nicht nachgeholt werden kann. Hat das betreffende Produkt eine nicht nur untergeordnete Bedeutung für das Bauwerk und lässt sich dieser Punkt nicht heilen oder kompensieren, spricht viel dafür, **dass das Bauprodukt entfernt werden muss.** Das kann äußerst unangenehme Nebenwirkungen haben (Zeitverluste und damit verbundene Verzugsschäden, verlorene Aufwendungen für den vergeblichen Ersteinbau, zusätzliche Kosten für das Herauslösen des Bauteils, Verluste aufgrund von Zerstörungen anderer Bauteile/Materialien und blockierte Zahlungen auf allen Seiten).

Um eine derartige „Falle“ für bereits eingebaute Bauprodukte zu vermeiden, empfiehlt es sich dringend, bereits bei der Anlieferung oder **vor dem**, jedenfalls **spätestens bei dem Einbau** die Produkte **zu überprüfen** und dies auch zu vermerken, beigefügte Dokumente einzusammeln oder zu kopieren usw. Der Einbau ist **im Zweifel so lange zurückzusetzen**, wie ein solcher Punkt nicht geklärt ist. Das erhöht die Qualität des Bauwerks und vermeidet die oben genannten Nachteile. Hierbei sind sicher Ausnahmen, Augenmaß und Fingerspitzengefühl gefragt, **der Schwerpunkt sollte aber klar auf dem Zeitpunkt des Einbaus liegen, nicht erst auf dem Zeitpunkt der Abnahme** (wie gesehen ist der Zeitpunkt der Abnahme zwar nicht verboten, aber eben deutlich riskanter).

## Immobilienrecht

### **Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 18.07.2019 – IX ZR 276/17**

Mit Beschluss vom 18.07.2019 hat der BGH seine Rechtsprechung zur notariellen Beurkundungsbedürftigkeit von Mietverträgen, in denen für den Mieter Vorkaufsrechte eingeräumt werden, noch einmal bestätigt.

Wird im Mietvertrag zugleich ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht vereinbart, muss nicht nur die in langfristigen Mietverhältnissen nach § 550 BGB erforderliche Schriftform eingehalten, sondern der gesamte Vertrag notariell beurkundet werden. Erfolgt das nicht, sind die Vereinbarungen nichtig und damit unwirksam. Die Parteien können sich auf die Unwirksamkeit auch nach Jahren des Leistungsaustauschs jederzeit berufen und von den gewollten Vereinbarungen lösen.

Die Entscheidung gibt nicht zuletzt mit Blick auf die daraus drohenden wirtschaftlichen Schäden Anlass noch einmal darauf aufmerksam zu machen, dass nicht nur ein Kaufvertrag als Rechtsgeschäft über eine Grundstücksveräußerung nach § 311 b Abs. 1 BGB der notariellen Beurkundung bedarf, sondern auch ein Vertrag, der zwar grundsätzlich diesem Formzwang nicht unterliegt, in dem aber zusätzliche Vorkaufsrechte vereinbart sind oder der mit dem Grundstücksgeschäft eine rechtliche Einheit bildet.

Nach der Rechtsprechung des BGH reicht hierzu aus, dass der für sich genommen selbst nicht beurkundungsbedürftige Mietvertrag und die darin oder daneben vereinbarte Erwerbs- oder Veräußerungsklausel oder sogar ein anderweitig geschlossener Grundstückskaufvertrag eine rechtliche Einheit bilden. Das wird schon dann angenommen, wenn die beiden Rechtsgeschäfte nach dem Willen auch nur eines der Vertragspartner erkennbar derart voneinander abhängen, dass sie zusammen „stehen und fallen“ sollen (BGH, Az. V ZR 247/85).

Lässt also auch nur eine der Vertragsparteien erkennen, den Abschluss des einen Vertrages von dem anderen Vertrag abhängig machen zu wollen und nimmt die andere Vertragspartei dies hin oder erkennt diesen Umstand gar ausdrücklich an, ist der Mietvertrag beurkundungsbedürftig. Dabei ist weder erforderlich, dass beide in einem Dokument vereinbart werden, noch dass an jedem der Rechtsgeschäfte auch nur dieselben Personen beteiligt sind (BGH, Az. VII ZR 321/00). Entscheidend für den Verbindungswillen der Beteiligten und die daraus folgende rechtliche Einheit ist schon der wirtschaftliche Zusammenhang beider Verträge.

Auch in solchen Fällen reicht es daher sowohl bei Mietverträgen über Gewerbeflächen als auch über Wohnungen nicht aus, wenn beide Vertragspartner den schriftlichen Mietvertrag unterzeichnen. Auch der Mietvertrag muss dann zwingend durch einen Notar beurkundet werden, um die Unwirksamkeit der (beider) verbundenen Geschäfte zu vermeiden.

## Öffentliches Recht

### **Digitalisierung baubehördlicher Vorgänge: Öffentlichkeitsbeteiligung über das Internet ist zwingend OVG Münster, Urteil vom 25.06.2019 – 10 D 88/16.NE**

In seinem beachtenswerten, praxisrelevanten Urteil befasst sich das OVG Münster mit der seit dem 01.10.2017 neu gefassten Vorschrift des § 4a Abs. 4 Satz 1 BauGB, welche die Beteiligung der Öffentlichkeit während der öffentlichen Auslegung des Entwurfs eines Bauleitplans neu regelt und die zusätzliche Einstellung der auszulegenden Dokumente in das Internet vorschreibt.

Ziel der Einführung dieser Rechtsnorm ist die Anpassung an eine immer digitaler werdende Gesellschaft und die somit notwendige Anpassung der Verwaltung. Es handelt es sich hierbei soweit ersichtlich um die erste obergerichtliche Entscheidung zu dieser Vorschrift.

In dem zugrunde liegenden Fall sollte ein Bebauungsplan im beschleunigten Verfahren nach § 13a BauGB aufgestellt werden. Die plangebende Gemeinde hatte die öffentliche Auslegung einer hierfür notwendigen Ergänzung im Amtsblatt für den Zeitraum vom 31.07.2018 bis zum 07.09.2018 bekannt gemacht, im Internet hingegen war hierfür der Zeitraum vom 31.07.2018 bis zum 31.08.2018 angegeben. Am 29.10.2018 wurde der Bebauungsplan durch den Rat der Gemeinde als Satzung beschlossen.

Der Widerspruch zwischen dem im Amtsblatt und dem online bekannt gemachten Auslegungszeitraum wurde durch einen Planbetroffenen im Wege eines Normenkontrollantrags gerügt. Hierbei vertrat die plangebende Gemeinde die Auffassung, dieser Widerspruch sei unschädlich, da der durch das Gesetz vorgesehene Mindestzeitraum der Auslegung von 30 Tagen auch bei der online erfolgten Bekanntmachung eingehalten sei. § 4a BauGB verlange nicht, dass die ortsübliche Bekanntmachung inhaltlich deckungsgleich auch im Internet publiziert werden müsse.

Das OVG Münster ist allerdings der Auffassung des Antragstellers gefolgt und hat in dem Widerspruch zwischen der Bekanntmachung des Beteiligungszeitraums im Amtsblatt und im Internet einen beachtlichen Verstoß gegen § 4a Abs. 4 Satz 1 BauGB erkannt, der zur Unwirksamkeit des Bebauungsplans führt. Hiernach seien der Inhalt der ortsüblichen Bekanntmachung nach § 3 Abs. 2 Satz 2 BauGB und die nach § 3 Abs. 2 Satz 1 BauGB auszulegenden Unterlagen zusätzlich in das Internet einzustellen. Die Veröffentlichung im Internet trete selbständig neben die ortsübliche Bekanntmachung und die Auslegung der Unterlagen nach § 3 Abs. 2 Satz 2 BauGB. Der Verstoß gegen § 4a Abs. 4 Satz 1 BauGB sei nach § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. E BauGB grundsätzlich auch beachtlich. Vorliegend sei der Inhalt der ortsüblichen Bekanntmachung, zu welchem auch die darin bestimmte



Dauer der öffentlichen Auslegung des Planentwurfs gehöre, nicht in das Internet eingestellt worden, vielmehr weiche die im Internet veröffentlichte Frist für die Abgabe von Stellungnahmen von der im Amtsblatt genannten Frist um eine Woche ab. Auch sei die unrichtige Datierung im Internet geeignet gewesen, einzelne interessierte Bürger, die den Online-Zugang nach dem 31.08.2018 aufriefen, von der Abgabe einer tatsächlich noch möglichen Stellungnahme abzuhalten.

Die an ihrer Planabsicht festhaltende Gemeinde, der ein solches Missgeschick unterläuft, wird sicherlich anzuraten sein, den Fehler durch ein ergänzendes Verfahren gemäß § 214 Abs. 4 BauGB zu heilen. Allerdings besteht die Schwierigkeit eines solchen ergänzenden Verfahrens häufig darin, dass für die dann erforderliche erneute öffentliche Auslegung und den erneuten Satzungsbeschluss die für eine ordnungsgemäße Abwägung erforderlichen Untersuchungen der Planungsauswirkungen aktualisiert werden müssen. Bei größeren Vorhaben kann der damit verbundene Aufwand erheblich sein.

Des Weiteren ist zu beachten, dass die plangebende Gemeinde im Streitfall die materielle Beweislast der tatsächlichen Zugangsmöglichkeit der im Internet veröffentlichten Dokumente trägt. Diesen im digitalen Zeitalter neu hinzu gekommenen Anforderungen müssen die Gemeinden durch entsprechende Prüfung und eine nachvollziehbare Dokumentation der erfolgten Prüfung nachkommen.

## In eigener Sache

### JUVE Handbuch Wirtschaftskanzleien 2019/20

Auch im soeben neu erschienen Standardwerk zum Anwaltsmarkt wird KNH Rechtsanwälte erneut zu den Top-Kanzleien auf dem Gebiet des Immobilien- und Baurechts in Deutschland gezählt. Die Präsenz bei der baubegleitenden Rechtsberatung für mehrere wichtigen Großbauvorhaben wird ebenso hervorgehoben wie das Engagement im Zusammenhang mit der BIM-Planungsmethode. Erstmals wird KNH-Gründungspartner Ralf Kemper zudem in der Liste der „Führenden Senior-Berater im Baurecht“ geführt. Damit sind KNH Rechtsanwälte in allen einschlägigen Rankings wie Handelsblatt Best Lawyers, FOCUS Top Wirtschaftskanzleien etc. als bundesweit empfohlene Experten im Immobilien- und Baurecht prägnant vertreten.

## INFORMATIONEN

Dieser KNH-Newsletter kann nur erste allgemeine Informationen bieten und ersetzt nicht die Rechtsberatung im konkreten Einzelfall. Bitte sprechen Sie uns an, wenn Sie Fragen haben:

KNH Rechtsanwälte in Berlin,  
Kurfürstendamm 52, 10707 Berlin,  
030/590047-0 Fax -299

KNH Rechtsanwälte in Frankfurt a.M.,  
Friedrichstraße 2-6, 60323 Frankfurt a.M.,  
069/9055699-0 Fax -49

KNH Rechtsanwälte in Essen,  
Huysenallee 105, 45128 Essen,  
0201/20163-0 Fax -33

[www.knh-rechtsanwaelte.de](http://www.knh-rechtsanwaelte.de)

## IMPRESSUM

KNH Rechtsanwälte  
Kemper Hochstadt & Partner PartGmbH  
Kurfürstendamm 52  
10707 Berlin  
(Herausgeber)

Verantwortlich für die fachliche Koordination:  
Dr. Karl Schwarz