

# Aktuelle Rechtsprobleme

## Newsletter

## Kanzlei Löffler & Kollegen

August 2008  
Jahrgang 1, Ausgabe 3

Information für den Mandanten

### Inhalt dieser Ausgabe:

- 1 **Trotz Schwarzarbeit Gewährleistung am Bau ?**
- 2 **Eigenmächtige Mangelbeseitigung durch den Mieter nach der Rechtsprechung des BGH**
- 3 **Trittschallschutz und Bodenbelagswechsel in Eigentumswohnungen**
- 4 **Funktionaler Mangelbegriff und Prüfungspflicht im neuen Mängelhaftungsrecht**

### Herausgeber:

**Löffler & Kollegen**  
Rechtsanwälte und  
Steuerberater  
Schackstrasse 3  
Am Siegestor  
80539 München  
Telefon +49 / 89 / 38382424  
Telefax +49 / 89 / 38382423  
Email: loeffler@lexmuc.com  
Internet: www.kanzlei-loeffler.de

### **Trotz Schwarzarbeit Gewährleistung am Bau?**

*Von Rechtsanwalt Bernd Ponetsmüller*

Schwarzarbeit ist verboten, das ist Ihnen sicherlich bekannt. Wissen Sie, dass ein Vertrag mit Ihrem Handwerker auf Schwarzarbeit beruht, ist er grundsätzlich sittenwidrig und damit zivilrechtlich unwirksam.

Der Bundesgerichtshof musste sich am 24.04.2008 in 2 Verfahren mit der Frage auseinandersetzen, ob ein Auftraggeber im Rahmen geleisteter Schwarzarbeit Gewährleistungs- bzw. Schadenersatzansprüche geltend machen kann:

- In dem ersten Verfahren hatte der Auftraggeber einen Handwerker beauftragt, die Terrasse seines Hauses abzudichten und mit Holz auszulegen. Kurze Zeit nach Beendigung der Arbeiten trat ein Wasserschaden in der, unter der Terrasse gelegenen Einliegerwohnung ein (BGH, 24.04.2008, Az: VII ZR 42/07)
- In dem anderen Verfahren war der Beauftragte mit Vermessungsarbeiten für den Neubau eines Einfamilienhauses beauftragt worden. Das Haus und der Carport wurden infolge eines Vermessungsfehlers falsch platziert (BGH, 24.04.2008, Az: VII ZR 140/07)

In beiden Fällen war im Vorfeld vereinbart worden, dass keine Rechnung gestellt werden sollte. Damit lag wegen der (versuchten) Steuerhinterziehung ein Verstoß gegen das

Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz vor und die Verträge waren zivilrechtlich nichtig.

Bislang galt, dass bei einem nichtigen Vertrag Mängelansprüche ausgeschlossen sind. Noch vor kurzem war klare Rechtslage, dass ein Auftraggeber bei geduldeter Schwarzarbeit keine Gewährleistungsansprüche geltend machen kann (so LG Bonn, 08.04.2004, Az. 13 O 202/02). Diesem Grundsatz hatten sich die Vorinstanzen in beiden Fällen auch angeschlossen.

Der Bundesgerichtshof hatte ein Herz für die „Häuslebauer“ und hob in beiden Fällen die Urteile der Vorinstanzen auf.

Nach Auffassung des 7. Senats des BGH sind Gewährleistungsansprüche prinzipiell nur bei Gesamtnichtigkeit von Werkverträgen ausgeschlossen. Ein einvernehmlicher Verzicht auf eine Rechnung („Ohne-Rechnung-Abrede“) führt aber nicht zwingend zur Gesamtnichtigkeit von Werkverträgen. Wäre der Vertrag bei vereinbarter ordnungsgemäßer Rechnungslegung zu denselben Konditionen abgeschlossen worden, kann davon nicht die Rede sein.

Da die Auftraggeber hier sicherlich Beweisschwierigkeit bekommen hätten, ließen die Richter des BGH vorliegend die Frage offen, ob der Rechnungsverzicht die Gesamtnichtigkeit der Werkverträge zur Folge hatte. Sie halfen den Auftraggebern mit dem Grundsatz von Treu und Glauben:

Die Richter urteilten, dass sich schlecht arbeitende Handwerker wegen der Besonderheiten des Baugeschäfts nicht auf die Nichtigkeit der Verträge berufen dürfen. Das Interesse an Gewährleistungsrechten liegt gerade bei Bauarbeiten offen zutage. Bei Pfusch am Bau sei eine andersartige, wirtschaftlich sinnvolle Rückabwicklung für den Bauherren unmöglich.

Der Schwarzarbeiter verhielte sich treuwidrig, wenn er sich auf die Nichtigkeit des Vertrags berufen würde, um nicht für seine mangelhaften Bauleistungen einstehen zu müssen.

Ergebnis: Ob der BGH bezüglich des bislang geltenden Gewährleistungsausschlusses bei Schwarzarbeiten ohne Rechnung eine Kehrtwende vollzogen hat, ist noch nicht klar ersichtlich. Zumindest bei Bauverträgen scheint der BGH eine besondere Interessenlage zu sehen.

#### **Hinweis:**

Doch für Jubelarien für Auftraggeber von Schwarzarbeit besteht kein Anlass: Wird auf Gewährleistungsansprüche geklagt und kristallisiert sich für den Zivilrichter heraus, dass Schwarzarbeit im Spiel ist, wird er die Strafverfolgungsbehörde informieren.

## **Eigenmächtige Mangelbeseitigung durch den Mieter nach der BGH Rechtsprechung**

*Von Rechtsanwalt Alexander Hofmann*

In einer neueren Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) von Anfang diesen Jahres (Urteil vom 16.01.2008, Az. VIII ZR 222/06) setzte dieser sich mit der Frage auseinander, wie die eigenmächtige Mangelbeseitigung durch den Mieter zu beurteilen ist und insbesondere mit der Frage wer hierbei die Kosten der Mangelbeseitigung zu tragen hat.

Das Problem in dem hier zu entscheidenden Fall lag darin, dass ein Mieter einen Mangel an der Mietwohnung durch einen Installateur hat beseitigen lassen, ohne dass die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür vorgelegen hätten. Gemäß § 536a Abs. 2 BGB kann ein Mieter einen Mangel an der Mietsache nur dann beseitigen lassen (oder selbst beseitigen) und Ersatz für der erforderlichen Aufwendungen (z.B. Reparaturkosten) verlangen, wenn entweder der Vermieter mit der Beseitigung im Verzug ist oder die umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache notwendig war.

### 1. Verzug

Erste Möglichkeit zur Beseitigung eines Mangels durch den Mieter selbst und den anschließenden Übernahme der Kosten durch den Vermieter ist, dass sich der Vermieter gemäß § 286 BGB im Verzug mit der Mangelbeseitigung befindet. Das heißt, dass der

Mieter den Vermieter mittels einer entsprechenden Mahnung (an den Vermieter gerichtete Aufforderung des Mieters, den Mangel bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu beseitigen) in Verzug setzen muss. Erst ab dem Moment des Verzuges ist dieser dann berechtigt, gemäß § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB die Beseitigung vorzunehmen und die Kosten ersetzt zu verlangen.

### 2. Notwendigkeit der umgehenden Beseitigung

Die zweite Möglichkeit besteht bei dem Fall, dass die umgehende Mängelbeseitigung objektiv notwendig ist, um den Bestand der Mietsache zu erhalten oder wiederherzustellen. Die objektive Notwendigkeit ist nach der Rechtsprechung bei Notfallmaßnahmen gegeben, wie dies z.B. bei einem Rohrbruch oder Unfällen der Fall ist.

### 3. Aufwendungsersatz außerhalb des § 536a Abs. 2 BGB

Problematisch und vorliegend durch den BGH zu untersuchen sind die Fälle, bei denen sich weder der Vermieter im Verzug befindet noch die Mängelbeseitigung objektiv notwendig ist. Nach der bisher herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung wurde die meisten solcher Fälle dadurch gelöst, dass dem Mieter ein Anspruch auf Aufwendungsersatz aus § 539 BGB zugebilligt wurde. Begründet wurde dies damit, dass dem Vermieter sonst Vorteile zufließen, die nur deshalb nicht ausgleichspflichtig sind, weil der Mieter das Verfahren des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht beachtet hat.

Dieser Ansicht hat der BGH nunmehr ausdrücklich widersprochen und vertritt die Meinung, dass für die Fälle bei denen weder Verzug vorliegen noch Notmaßnahmen zu treffen sind, „ein Rückgriff auf § 539 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht gestattet“ ist. Begründet hat er dies im Wesentlichen dadurch, dass es sich bei § 536a BGB um eine abschließende Spezialvorschrift handelt, die bei Nichtvorliegen nicht durch allgemeine Vorschriften aufgefangen werden darf.

Interessant an der Entscheidung des BGH ist schließlich noch, dass die Position des Mieters selbst durch den ausdrücklichen Hinweis im Mietvertrag gestärkt wurde, dass die hier durch den Mieter reparierte Heizungsanlage „dringend kontrolliert werden“ sollte. Selbst hierin sah der BGH keinen Anknüpfungspunkt zum Verzicht auf das Erfordernis einer Mahnung zu verzichten und damit zum Verzug. Denn damit, so der BGH, hätte der Mieter allenfalls eine Kontrolle, aber nicht die Beseitigung von Mängeln in Auftrag geben dürfen.

Auch wenn man somit festhalten kann, dass damit dem BGH ein gewisser Hang zum Formalismus nicht abzusprechen ist, kann dennoch der Mieter die von ihm für die Mangelbeseitigung getätigten Aufwendungen nun nicht mehr „automatisch“ ersetzt verlangen. Er hat strikt die gesetzlichen Vorgaben des

§ 536a Abs. 2 BGB einzuhalten und kann erst dann seine Aufwendungen ersetzt verlangen.

**Praxistipp:**

Somit dürfte künftig allein entscheidend sein, dass der Mieter seinen Vermieter wegen der Beseitigung vorhandener Mängel an der Mietsache wirksam (!) in Verzug gesetzt hat. Sobald sich der Vermieter im Verzug befindet, hat er die durch den Mieter getätigten Aufwendungen zu ersetzen.

## **Trittschallschutz und Bodenbelagswechsel in Eigentumswohnungen**

*Von Rechtsanwalt Herbert Löffler*

Fragen des Trittschallschutzes werden regelmäßig nach Veränderungen am Oberboden relevant, etwa wenn der Teppichboden gegen Fliesen oder Laminat ausgetauscht werden soll. Solche Renovierungen sind bei vielen Eigentumswohnungen notwendig, werden aber häufig nur in Eigenleistung oder unfachmännisch durchgeführt. Dies hat oftmals zur Folge dass in den darunter gelegenen Wohnungen „plötzlich jeder Schritt von oben zu hören“ ist. Gerade für den Erwerber einer vor Jahrzehnten errichteten Eigentumswohnung stellt sich die Frage nach den einzuhaltenden Standards – insbesondere wegen der damit verbundenen Kosten -, wenn er die Wohnung nach eigenem Geschmack zur Selbstnutzung oder den Anforderungen des Mietwohnungsmarktes entsprechend herrichten möchte.

Solange in der Teilungserklärung oder Gemeinschaftsordnung keine andere, nach § 5 Abs. 3 WEG zulässige Regelung vereinbart ist, stellt der auf dem Estrich verlegte Oberbodenbelag (Teppich, Fliesen, Parkett usw.) nach § 5 Abs. 1 und 2 WEG Sondereigentum des jeweiligen Wohnungseigentümers dar, weil er ,ohne einen anderen Wohnungseigentümer über das nach § 14 Nr. WEG zulässige Maß hinausgehend zu beeinträchtigen, beseitigt oder verändert werden kann (so Bayer. Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 16.12.1993 - 2 Z BR 113/93 m. h. M.). Demgegenüber gehört die über der Rohbaudecke befindliche Trittschalldecke (regelmäßig Estrich) zwingend zum Gemeinschaftseigentum, weil sie zur Herstellung des Gebäudes, nämlich der Erreichung des vorgeschriebenen Schallschutzes, erforderlich ist (so Bundesgerichtshof, Urteil vom 06.06.1991 - VII ZR 372/89 und ganz herrschende Rechtsprechung).

Grundsätzlich kann jeder Wohnungseigentümer gemäß § 13 WEG mit dem in seinem Sondereigentum stehenden Oberbodenbelag nach Belieben verfahren und den Oberboden auswechseln, soweit nicht das Gesetz, besondere Vereinbarungen in der Wohnungseigentumsanlage oder Rechte Dritter entgegenstehen. Als besondere Vereinbarung in der Wohnungseigentumsanlage kommt dabei insbesondere eine Vereinbarung eines bestimmten Schallschutzniveaus

in der Teilungserklärung in Betracht. Als gesetzliche Grenze ist § 14 Nr. 1 WEG zu beachten. Hiernach ist geregelt, dass durch den Gebrauch des Sondereigentums keinem anderen Wohnungseigentümer ein über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinausgehender Nachteil entstehen darf. Wird diese Grenze überschritten, stehen dem „gestörten“ Wohnungseigentümer Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche aus § 1004 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 15 Abs. 3 WEG zu. Es gilt für Bestimmung des nach § 14 Nr. 1 WEG Zulässigen die Faustregel, dass das bestehende Schallschutzniveau keinesfalls verschlechtert werden darf. Für das technische Verständnis der Schallschutzproblematik grundlegend ist die Einsicht, dass die tragenden Wände und Decken den Körperschall weitertransportieren. Eine Entkoppelung des Oberbodens von den tragenden konstruktiven Bestandteilen ist von entscheidender Bedeutung für eine wirksame Trittschalldämmung. Diese Aufgabe kommt heute dem „schwimmend“, also ohne ungedämmten Kontakt auf Dämmstoffen und ohne Wandanschluss, verlegten Estrich zu. Dagegen führt bei Schallbrücken der direkte Kontakt zwischen Bodenbelag und konstruktiven Gebäudeteilen zu einer Ausbreitung des Schalls, etwa wenn der Fliesenboden bündig, ohne Abstand zur Wand verlegt worden ist.

Hierbei ist zu beachten, dass die bei Vornahme der Umbauarbeiten geltenden DIN-Normen eingehalten werden, gleich ob sie strengere oder weniger strenge Anforderungen als die DIN-Norm in der früheren Fassung stellt. Darüber hinaus können sich nach der neuen Rechtsprechung des Oberlandesgerichts München aus dem Gepräge der Wohnungseigentumsanlage höhere Anforderungen als die Einhaltung des technischen Standards ergeben. Im Rahmen der Prüfung nach § 14 Nr. 1 WEG sind demnach alle Umstände des Einzelfalles, etwa der örtlichen Gegebenheiten, der Lage und des Charakters des Gebäudes zu beachten. Da der umbauwillige Wohnungseigentümer zu eigenmächtigen Maßnahmen am Gemeinschaftseigentum, etwa der Verlegung eines schwimmenden Estrichs nicht berechtigt ist und zu dem im Einzelfall erforderliche Mächtigkeit der Betondecke die technische Voraussetzung für einen ausreichenden Schallschutz darstellt, kann sich der Wohnungseigentümer, der seinen Oberboden ausgewechselt hat, nicht darauf berufen, dass der mangelhafte Trittschallschutz seine Ursache im Gemeinschaftseigentum (Estrich oder Deckenkonstruktion) hat. Dies kann dazu führen, dass der Wohnungseigentümer wieder einen Teppichboden verlegen muss, um einen ausreichenden Trittschallschutz zu gewährleisten.

**Hinweis:**

Die „Faustregel“, dass der Schallschutz nach der Modernisierung grundsätzlich mindestens wieder so gut sein muss, wie er vorher war, kann der Wohnungseigentümer den Handwerkern vorgeben und die danach notwendigen Maßnahmen und Kosten

planen. Wer diesen Grundsatz bei der Planung von Bodenbelagswechseln beachtet, wird in der Praxis regelmäßig mit seinen Wohnungsnachbarn nicht in Streit geraten.

## **Funktionaler Mangelbegriff und Prüfungs- und Hinweispflicht im neuen Mängelhaftungsrecht**

*Von Rechtsanwalt Herbert Löffler*

In dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 08.11.2007, Aktenzeichen: VII ZR 183/05) zugrunde liegenden Fall bewohnte der Bauherr ein Forsthaus, das nicht an das öffentliche Stromnetz angeschlossen war. Er beabsichtigte die Errichtung eines Blockheizkraftwerkes, das den gesamten Strom- und gleichzeitig auch den Wärme- und Warmwasserbedarf des Forsthauses decken sollte. Dieses Blockheizkraftwerk wurde mit einer thermischen Leistung von 12 kW errichtet. Anschließend beauftragte der Bauherr die Heizungsfirma mit der Errichtung einer Heizungsanlage und deren Anschluss an das Blockheizkraftwerk. Die Heizungsfirma errechnete den Wärmebedarf des Forsthauses mit 25 kW. Im Laufe des Verfahrens wurde festgestellt, dass die Beheizung des Forsthauses allein durch ein Blockheizkraftwerk auch dann nicht möglich ist, wenn dieses eine höhere thermische Leistung erbringen kann. Denn der dazu notwendige Stromverbrauch wird nicht abgerufen. Der Bauherr lehnte daraufhin die Abnahme der Heizungsanlage unter anderem mit der Begründung ab, dass das Blockheizkraftwerk mit einer niedrigeren Leistung ausgelegt ist, als dies ursprünglich angeboten worden war, und es mangels ausreichender Stromabnahme nicht in der Lage ist, den Wärme- und Warmwasserbedarf des Forsthauses zu decken.

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung erkannt, dass die Prüfungspflicht zur Vorunternehmerleistung insbesondere deren Geeignetheit für die mangelfreie Herstellung des eigenen Werks erfasst, wobei sich der Unternehmer nicht auf die Erklärungen der Vorunternehmer oder Besteller verlassen darf, sondern selbstständig prüfen muss. In dem hier zu entscheidenden Fall hätte sich folglich der Heizungsinstallateur im Rahmen des von ihm zu erwartenden Fachwissens vergewissern müssen, ob die Heizquelle, hier das Blockheizkraftwerk für seine Heizungsanlage geeignet ist. Entscheidend für die Frage, ob die Heizungsanlage mangelfrei errichtet wurde, ist folglich, ob sie die vereinbarte Funktionstauglichkeit aufweist. Beruht der Mangel der Funktionstauglichkeit auf einer unzureichenden Vorleistung eines anderen Unternehmers, hier des Erbauers des Blockheizkraftwerkes wird der Unternehmer von der Mängelhaftung nur dann frei, wenn er seine Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt hat. In dem zugrunde liegenden Fall bestand eine Haftung des Heizungsinstallateurs, weil die nicht ausreichende Erwärmung der Heizkörper auf eine unzureichende, anderweitig

hergestellte Wärmequelle (Blockheizkraftwerk) zurückzuführen war.

Nach § 4 Nr. 3 VOB/B hat der Unternehmer Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung (auch wegen der Sicherung gegen Unfallgefahren), gegen die Güte der vom Bauherrn gelieferten Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistung anderer Unternehmern unverzüglich - möglichst schon vor Beginn der Arbeiten - schriftlich mitzuteilen. Dieser Grundsatz gilt nach Treue und Glauben auch für den Bauvertrag. Der Rahmen der Prüfungs- und Hinweispflicht und ihre Grenzen ergeben sich aus dem Grundsatz der Zumutbarkeit, wie sie sich nach den besonderen Umständen des Einzelfalls darstellt. Hierbei ist in erster Linie auf das von dem Unternehmer zu erwartende Fachwissen und auf alle Umstände abzustellen, die für den Unternehmer bei hinreichend sorgfältiger Prüfung als bedeutsam erkennbar sind. In dem hier zugrunde liegenden Fall war folglich der Heizungsinstallateur verpflichtet, auf die für ihn als Fachunternehmer des Sanitär- und Heizungsbaus erkennbaren, die Funktionsfähigkeit der Heizungsanlage beeinträchtigenden Mängel des Blockheizkraftwerkes hinzuweisen. Unerheblich hierbei war, dass das Blockheizkraftwerk bereits fertig gestellt war, als er mit seiner Leistung begann. Er konnte sich auch nicht darauf verlassen, dass das Blockheizkraftwerk in der Weise gebaut wurde, wie es Anfangs der Verhandlungen von der ausführenden Firma angeboten worden war. Vielmehr hätte er sich vergewissern müssen, welche abschließende Planung der Installation des Blockheizkraftwerkes zugrunde lag. Denn nur dann konnte er gewährleisten, dass auch seine Leistung funktionstauglich ist. Die Darlegungs- und Beweislast für die Erfüllung der Prüfungs- und Hinweispflicht trägt nach Auffassung des Bundesgerichtshofes der Unternehmer, hier der Heizungsinstallateur.

**Für weitergehende Fragen und Anregungen stehen die Autoren gerne selbstverständlich jederzeit zur Verfügung !**