

# Baurecht

Tagesveranstaltung am 08.02.2006

Veranstalter: Studentenwerk Chemnitz-Zwickau,  
Anstalt des öffentlichen Rechts, Thüringer Weg 3,  
09126 Chemnitz

Referent: Rechtsanwalt Andreas Reschke  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Skript zu  
**„Haftung der am Bau Beteiligten nach neuem Recht“**

**Andreas Reschke**  
**Rechtsanwalt am OLG Dresden**  
**Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht**

© by **Rechtsanwaltskanzlei Reschke, Borsbergstraße 7, 01309 Dresden**  
☎ 0351/4418277 🖨 0351/4418274

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>I. Einführung</b> .....	1
<b>1. Begriff: „der am Bau Beteiligten“</b> .....	1
a.: Bauherr.....	1
aa.: Öffentlich-rechtliche Annäherung an den Begriff .....	1
bb.: Zivilrechtlich.....	2
cc.: Ergebnis .....	3
b.: Architekt, Fachplaner und Sachverständige .....	3
aa.: Definition der o. g. Begriffe unter Rückgriff auf das öffentliche Recht.....	3
(1): Begriff „andere am Bau Beteiligte“ .....	3
(2): Bauleiter.....	3
bb.: Zivilrechtlich.....	4
(1): Architekt .....	4
(2): Fachplaner.....	5
(3): Sachverständige .....	5
cc.: Ergebnis .....	6
c.: Bauausführendes Unternehmen .....	6
aa.: Öffentlich-rechtlich.....	6
bb.: Zivilrechtlich.....	6
<b>2. Grundlagen der Haftung</b> .....	7
a.: Haftungsgrundlagen im öffentlichen Recht .....	8
b.: Zivilrechtlich.....	9
aa.: Haftung nach BGB.....	9
(1): Differenzierung nach Haftenden und Anspruchsinhaber .....	9
a) Haftung des Bauherrn .....	9
b) Haftung von Architekten, Fachplaner und Sachverständigen .....	10
c) Haftung des bauausführenden Unternehmens .....	10
bb.: Haftung nach sonstigen (zivilrechtlichen) Vorschriften .....	10
<b>II. Die Haftung des Bauherrn</b> .....	11
<b>1. Haftungsgrundlagen</b> .....	11
a.: Haftungsgrundlagen nach öffentlichem Recht .....	14
aa.: Hauptpflichten .....	14
bb.: Sondergesetze .....	16
(1): Bodenschutzgesetz.....	16
(2): Abfallrecht .....	17

(3):	Wasserversorgungs- und Abwasserrecht .....	17
(4):	Anlagenverordnung .....	17
(5):	Arbeitsschutzrecht .....	18
(6):	Sonstige Regelungen.....	18
cc.:	Haftung nach strafrechtlichen Vorschriften.....	18
(1):	§ 319 StGB.....	18
(2):	§§ 324, 324 a StGB.....	19
(3):	§ 325 StGB.....	19
b.:	Die Haftung des Bauherrn nach Zivilrecht .....	20
aa.:	Grundsätze .....	20
(1):	§ 12 BGB .....	20
(2):	Haftung nach Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB).....	20
(a):	§ 823 Abs. 1 BGB .....	21
(b):	§ 823 Abs. 2 BGB .....	23
(c):	§ 826 BGB .....	24
(3):	Sachenrecht .....	24
(a):	Besitzrecht (§§ 858 ff. BGB) .....	24
(b):	§§ 903 ff. BGB.....	25
(c):	§ 906 Abs. 2 Satz 2 BGB .....	27
(d):	§ 1004 BGB .....	29
<b>2.</b>	<b>Risikoverlagerung auf Dritte .....</b>	<b>30</b>
a.:	Versicherung.....	31
b.:	Verträge mit Dritten.....	32
aa.:	Planer, Architekten und Entwurfverfasser.....	33
bb.:	Baufirma (ausführendes Unternehmen).....	36
cc.:	Bauüberwacher, Sachverständiger.....	39
<b>III.</b>	<b>Die Haftung der beauftragten Dritten .....</b>	<b>40</b>
<b>1.</b>	<b>Die Haftung der beauftragten Dritten nach öffentlichem Recht.....</b>	<b>41</b>
a.:	Haftung von Planer, Architekt und Entwurfverfasser .....	41
b.:	Haftung der bauausführenden Unternehmen .....	44
c.:	Haftung der Bauüberwacher und Sachverständigen.....	45
d.:	Haftung nach Strafrecht .....	47
<b>2.</b>	<b>Die Haftung nach Privatrecht, insbesondere aus Vertrag .....</b>	<b>48</b>
a.:	Haftung von Planer, Architekt und Entwurfverfasser .....	49
aa.:	Vertragliche Anspruchsgrundlagen .....	50
bb.:	Gesetzliche Schadensersatzansprüche .....	52
(1):	§§ 280 ff. BGB.....	52
(2):	Rücktritt vom Vertrag .....	52

(3):	Durchsetzbarkeit .....	53
(4):	AGB .....	54
b.:	Haftung des bauausführenden Unternehmens .....	55
aa.:	Die zivilrechtliche Haftung der Baufirma .....	55
bb.:	Vertragliche Anspruchsgrundlagen .....	55
cc.:	Gesetzliche Ansprüche gegen den Unternehmer .....	58
c.:	Sonstige Ansprüche .....	60
aa.:	Deliktsrechtliche Ansprüche.....	60
bb.:	Haftung aus dinglichem Recht.....	61
<b>3.</b>	<b>Exkurs: Haftung gegenüber Dritten .....</b>	<b>61</b>
a.:	Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.....	61
bb.:	Haftung nach sonstigen Regelungen.....	62
<b>IV.</b>	<b>Risikoverminderung und Durchsetzung von Ansprüchen des Bauherrn ....</b>	<b>63</b>
<b>1.</b>	<b>Risikoverminderung .....</b>	<b>64</b>
a.:	Vertragsgestaltung .....	64
b.:	Absicherung der vertraglichen Haftungsansprüche .....	66
c.:	Versicherungen .....	68
aa.:	Eigene Versicherungen des Bauherrn.....	68
bb.:	Vertragsgestaltung mit dem Bauunternehmer .....	68
cc.:	Haftungsregelungen .....	69
(1):	Definition der Haftungsregelung .....	69
(2):	VOB/B .....	72
d.:	Einbau sonstiger Kontrollmechanismen .....	74
<b>2.</b>	<b>Durchsetzung von Ansprüchen.....</b>	<b>75</b>
a.:	Prüfung der vertraglichen Grundlage .....	76
b.:	Inanspruchnahme der Anspruchsgegner .....	78
aa.:	Eigene Mitarbeiter .....	79
bb.:	Beauftragte Personen .....	79
cc.:	Inanspruchnahme juristischer Hilfe .....	80
(1):	Außergerichtliche Geltendmachung .....	80
(2):	Gerichtliche Geltendmachung .....	81
<b>V.</b>	<b>Zusammenfassung und Ergebnis .....</b>	<b>84</b>

## Anlagen

## **I. Einführung**

Der Titel des Seminars: „Die Haftung der am Bau Beteiligten nach neuem Recht“ wurde gewählt, um eine schlagwortartige Bezeichnung des Inhalts zu geben, den das Seminar haben soll.

Das Seminar hat das Ziel, die Pflichten der einzelnen am Bau Beteiligten aufzuzeigen, sich daraus ergebende Haftungsrisiken zu definieren, zu zeigen, wie man die Haftungsrisiken minimieren kann und darzulegen, welche Rechte insbesondere der Bauherr hat, um die Reduktion seiner eigenen Haftungsrisiken erfolgreich durchführen zu können.

Dabei werden neue Entwicklungen des einschlägigen Rechts, insbesondere Gesetze und Richterrecht berücksichtigt.

Das Seminar wendet sich gleichermaßen an Personen, die regelmäßig beruflich mit Bauvorhaben und der sich daraus ergebenden Risiken zutun haben, wobei davon auszugehen ist, dass die Geschäftsführung der Studentenwerke in der Regel die Stelle der Bauherrschaft einnimmt.

Um nun im Einzelnen nachvollziehen zu können, welchen Risiken die am Bau Beteiligten unterliegen, soll zunächst einmal im Rahmen der Einführung definiert werden, wer die am Bau Beteiligten sind. Sodann soll dargestellt werden, auf welcher Grundlage die am Bau Beteiligten allgemein überhaupt haften.

### **1. Begriff: „der am Bau Beteiligten“:**

Der Begriff „der am Bau Beteiligten“ soll sowohl unter zivilrechtlichen, als auch unter öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten diskutiert werden.

Erste Hinweise auf den Inhalt der Definitionen finden sich in den Regelungen des öffentlichen Baurechts.

Da das Seminar in Sachsen stattfindet, soll exemplarisch die Sächsische Bauordnung hinzugezogen werden.

In der Sächsischen Bauordnung befinden sich Regelungen in den §§ 52 ff.

§ 52 Sächs.BO regelt die Grundpflichten des **Bauherrn** und der **anderen am Bau Beteiligten**.

#### **a.: Bauherr:**

Bauherr ist nach der landläufigen Begrifflichkeit derjenige, der als Eigentümer ein Objekt errichten lässt.

Dieser landläufige Begriff ist allerdings zu eng gefasst.

#### **aa.: Öffentlich-rechtliche Annäherung an den Begriff:**

Es empfiehlt sich daher, nach einer gesetzlichen Regelung zu suchen, die den Begriff legaldefiniert.

Die Regelungen zu den Pflichten des Bauherrn befinden sich in der Sächsischen Bauordnung in § 53.

Dabei ist festzustellen, dass der Begriff des Bauherrn nach Sächsischen Landesrecht nicht legaldefiniert ist.

Es finden sich aber in anderen Bauordnungen der Länder sehr wohl Legaldefinitionen. So definiert Artikel 59 der Bayerischen Bauordnung den Bauherrn als denjenigen, der auf seine Verantwortung eine bauliche Anlage vorbereitet oder ausführt oder vorbereiten oder ausführen lässt.

Der Begriff der baulichen Anlage wiederum ist in der Sächsischen Bauordnung definiert.

Die Definition befindet sich in § 2 Sächs.BO. Danach sind bauliche Anlagen mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen.

Auch in den übrigen Landesbauordnungen befinden sich ähnliche Definitionen.

Im Ergebnis kann daher als öffentlich-rechtlicher Begriff des Bauherrn festgehalten werden, dass der Bauherr derjenige ist, der auf seine Verantwortung ein Bauvorhaben vorbereitet oder ausführt oder vorbereiten oder ausführen lässt.

Bauherr im öffentlich-rechtlichen Sinne ist aber nicht zwingend der Eigentümer eines Grundstücks. Bauherr kann im Grunde jeder sein, der auf einem Grundstück (d. h. auf einem klar definierten Teil der Erdoberfläche) ein Bauvorhaben errichten lässt.

Ob das Grundstück ihm gehört oder etwa aufgrund anderer zivilrechtlicher Nutzungsrechte (z. B. Erbpacht) oder öffentlich-rechtlicher Inanspruchnahme ein Objekt errichtet, ist dabei ohne Belang.

Die Bauherreneigenschaft als solche endet – zumindest im öffentlich-rechtlichen Sinne – mit dem Abschluss der Bauarbeiten.

### **bb.: Zivilrechtlich:**

Der zivilrechtliche Begriff ist noch weiter gefasst, als der öffentlich-rechtliche Begriff.

Danach ist der Bauherr derjenige, der aufgrund eines Bauvertrages von einem anderen die Erbringung von Bauleistungen im weitesten Sinne zu fordern berechtigt ist, also der Auftraggeber.

Der Bauherr ist damit „Besteller“ i. S. des Werkvertragsrechts (§§ 631 ff. BGB).

Der Begriff des Bauherrn hat sich zwar allgemein eingebürgert.

Er ist jedoch zivilrechtlich unscharf, weil das Verhältnis zu Hauptunternehmer (z. B. Generalunternehmer) und Subunternehmer nicht klar definiert wird.

Bereits an dieser Stelle soll darauf hingewiesen werden, dass der Bauherr im zivilrechtlichen Sinne vertragliche Ansprüche grundsätzlich nur gegenüber seinem eigenen Vertragspartner, also etwa einem GU hat.

Bedient sich der Vertragspartner des Bauherrn seinerseits weiterer Unternehmer im werkvertraglichen Sinne, so hat der Bauherr diesen gegenüber keine eigenen Ansprüche.

Bauherr kann jedes Rechtssubjekt sein, also jede natürliche oder juristische Person.

Als natürliche Personen bezeichnet man jeden Menschen mit der Vollendung der Geburt bis zum Tode (Gehirnstillstand).

Eine juristische Person ist die von der Rechtsordnung als selbständiger Rechtsträger anerkannte Personenvereinigung oder Vermögensmasse. Juristische Personen des privaten Rechts sind z. B. Vereine, GmbH oder Aktiengesellschaften.

Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts.

### **cc.: Ergebnis:**

Als Arbeitsdefinition bietet sich daher folgende Begrifflichkeit an:

**Bauherr ist derjenige, der selbst oder aufgrund eines Bauvertrages durch einen Dritten eine Baumaßnahme vorbereitet oder ausführt oder vorbereiten oder ausführen lässt.**

### **b.: Architekt, Fachplaner und Sachverständige:**

Der Bauherr ist aber nicht der einzige, der am Bau beteiligt ist. Vielmehr wird der Bauherr, worauf bereits hingewiesen wurde, sich bei der Errichtung des Bauvorhabens regelmäßig der Hilfe Dritter bedienen.

### **aa.: Definition der o. g. Begriffe unter Rückgriff auf das öffentliche Recht:**

Nach öffentlichem Recht gibt es sog. „andere am Bau Beteiligte“:

#### **(1): „andere am Bau Beteiligte“:**

Der Begriff der „Anderen am Bau Beteiligten“ soll wiederum auf der Grundlage geltenden öffentlichen Rechts am Beispiel der Sächsischen Bauordnung dargelegt werden.

In § 54 Sächs.BO ist als erster der sog. anderen am Bau Beteiligten der Entwurfsverfasser genannt. Dabei handelt es sich um denjenigen, der das jeweilige Bauvorhaben öffentlich-rechtlich vorbereitet. Er muss dazu nach Sachkunde und Erfahrung geeignet sein.

In der Regel wird diese Aufgabe durch einen Architekten wahrgenommen.

Es kann aber auch sein, dass Entwurfsverfasser ein Fachplaner ist (z. B. ein Statiker). Ggf., insbesondere bei besonderen Bauvorhaben, werden hier auch Spezialisten oder Sachverständige herangezogen.

#### **(2): Bauleiter:**

Der Nächste der anderen am Bau Beteiligten ist der Bauleiter.

Die Regelungen zum Bauleiter befinden sich in § 56 Sächs.BO.



Bauleiter ist danach derjenige, der darüber zu Wachen hat, dass bei der Durchführung des Bauvorhabens die öffentlich-rechtlichen Belange gewahrt werden.

Das Leistungsvermögen, das der Bauleiter mitbringen muss, ist dabei abhängig vom Umfang der Beauftragung.

Zum Teil kann auf eine Entwurfsplanung komplett verzichtet werden.

Bei genehmigungsfreien Bauvorhaben (vgl. jeweilige Landesbauordnung), wie z. B. einer reinen Sanierung oder Reparatur usw., bedarf weder eines Entwurfverfassers noch eines Bauleiters.

Ist dies nicht der Fall, wird in der Regel ein Entwurfverfasser bestellt.

Der Entwurfverfasser kann sich, wenn er nicht alle geforderten Gebiete abdecken kann, der Hilfe Dritter bedienen.

### **bb.: Zivilrechtlich:**

Wie bei der Definition des Begriffs des Bauherrn bereits gezeigt wurde, unterscheiden sich der öffentlich-rechtliche und der zivilrechtliche Begriff in einigen Punkten.

Daher soll auch hier dargestellt werden, wie man im zivilrechtlichen Sinne die anderen am Bau Beteiligten und deren Aufgaben umschreiben kann.

### **(1):. Architekt:**

Dazu soll als erstes der Begriff des Architekten näher erläutert werden:

Architekten sind Personen, die aufgrund eines Ingenieurstudiums über besondere Kenntnisse im Bereich der Architektur verfügen. Sie befassen sich mit der technischen, wirtschaftlichen, funktionalen und gestalterischen Planung von Bauvorhaben, also Bauwerken und Gebäuden aller Art.

Der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit liegt dabei auf der Entwurfsplanung und Ausführungsplanung sowie in der Regel auch auf der Bauüberwachung und Bauleitung.

Architekt darf sich nur nennen, wer in die Architektenlisten der Architektenkammern eingetragen ist.

Der Architekt wird aufgrund eines sog. Architektenvertrages mit dem Bauherrn tätig. Dabei ist bereits jetzt darauf hinzuweisen, dass der Architektenvertrag ein Werkvertrag i. S. d. §§ 631 ff. BGB ist.

In der Regel ist der Architekt Vertreter des Bauherrn im Rahmen entsprechender Vertretungsmacht gegenüber den übrigen „Anderen-am-Bau-Beteiligten.“

Die Vergütung des Architekten erfolgt auf der Grundlage der sog. HOAI entsprechend den Leistungsphasen, mit deren Erbringung der Architekt betraut ist.

Im öffentlich-rechtlichen Sinne kann der Architekt sowohl Entwurfsverfasser, als auch Bauleiter sein.

## **(2).: Fachplaner:**

Fachplaner sind Spezialisten für einen bestimmten Aspekt im Bauwesen, z. B. Statiker, Klimatechniker, Akustiker, Brandschutztechniker usw.

Fachplaner verfügen in der Regel über speziellere Kenntnisse auf ihrem jeweiligen Fachgebiet als der (allgemein tätige) Entwurfsverfasser.

Sofern der Entwurfsverfasser nicht über die speziellen Kenntnisse, die den Anforderungen des jeweiligen Bauvorhabens mit sich bringt, verfügt, sollte bereits von Anfang an ein Fachplaner mit in die Planung einbezogen werden.

Bei größeren Ingenieur- oder Architekturbüros sind Fachplaner oftmals als Mitarbeiter in das jeweilige Büro integriert.

Bei speziellen Aufgaben ist auch unter Berücksichtigung öffentlichen Rechts kein allgemein tätiger Entwurfsverfasser erforderlich. Vielmehr kann der Entwurf auch durch einen Fachplaner selbst ausgearbeitet werden.

Verfügt ein Architekt über Spezialkenntnisse auf bestimmten Gebieten, so kann er auch selbst als Fachplaner tätig sein.

## **(3).: Sachverständige:**

Sachverständige können ebenfalls unmittelbar am Bau beteiligt sein.

Sachverständige sind Personen mit besonderer Sachkunde. Es gibt öffentlich bestellte oder freie Sachverständige.

Gesetzliche Regelungen zum Sachverständigen befinden sich u. a. in der Zivilprozessordnung, nämlich in den §§ 402 ff. ZPO. Darin befinden sich Regelungen zum sog. Sachverständigenbeweis.

Der Sachverständige kann bei der Planung bzw. Entwurfverfassung ähnliche Aufgaben haben wie ein Fachplaner.

In der Regel wird ein Sachverständiger aber nicht zu allgemeinen Planungsleistungen herangezogen, insbesondere nicht zu eigenen Planungsleistungen, sondern zur Kontrolle der Planung oder Ausführungsarbeiten Dritter.

So nimmt ein Sachverständiger bereits während des Baus Mängel auf und dokumentiert diese. Er überwacht die Beachtung der einschlägigen Regelungen. Stellt er während der Bauphase Mängel fest oder findet er Mängel nach Abnahme des Bauvorhabens, wählt er etwaige Sanierungsverfahren aus. Dazu kann er ein Gutachten erstellen und die entsprechenden Leistungen bewerten.

### **cc.: Ergebnis:**

Architekten, Fachplaner und Sachverständige sind aufgrund eines zivilrechtlichen Vertrages für den Bauherr mit der Entwicklung eines Bauvorhabens (Entwurf, Planung) oder der **theoretischen** Begleitung während des Baus tätig.

Sie bauen nicht selbst, sondern liefern im Rahmen des vertraglich vereinbarten Umfangs ein sog. Geisteswerk.

### **c.: Bauausführendes Unternehmen:**

Regelungen zum bauausführenden Unternehmen, das ebenfalls „am Bau beteiligt“ im Rechtssinne ist, befinden sich ebenfalls zunächst im öffentlichen und sodann auch im Zivilrecht.

### **aa.: Öffentlich-rechtlich:**

Die Regelungen zum bauausführenden Unternehmen, dem sog. Unternehmer, befinden sich in der Sächsischen Bauordnung in § 55. Der Unternehmer wird danach mit der selbständigen Ausführung von Arbeiten durch den Bauherrn betraut. Bei einem Bauvorhaben können auch mehrere Unternehmer beauftragt sein.

Die öffentlich-rechtliche Verantwortung des Unternehmers besteht unabhängig von der Wirksamkeit eines etwa zugrundeliegenden zivilrechtlichen Vertrages. Der Unternehmer hat für die ordnungsgemäße und den anerkannten Regeln der Technik entsprechende Ausführung der Bauleistungen zu sorgen.

Er kann für einzelne Teilmaßnahmen Fachunternehmer heranziehen, die in der Regel als Subunternehmer im zivilrechtlichen Sinne für ihn tätig werden.

### **bb.: Zivilrechtlich:**

Die zivilrechtliche Definition des Unternehmers hat auf zwei Paragraphen abzustellen:

In § 14 BGB ist geregelt, dass Unternehmer eine natürliche oder juristische Person ist, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen und beruflichen Tätigkeit handelt.

In § 631 BGB ist geregelt, dass der Unternehmer durch den Werkvertrag zur Herstellung des versprochenen Werks, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet wird.

Unternehmer ist dabei das ausführende Unternehmen, Besteller der Bauherr oder der Generalunternehmer.

Bei einem Werkvertrag ist im Ergebnis ein Erfolg geschuldet.

D. h., der Unternehmer hat das vertraglich vereinbarte Werk mangelfrei herzustellen.

Der Bauunternehmer führt ein Gewerbe aus. Er ist in der Regel Kaufmann i. S. d. HGB.

Bauunternehmer ist also derjenige, der aufgrund seiner Tätigkeit ein Rechtsgeschäft (in der Regel Werkvertrag) abschließt, aufgrund dessen er zur praktischen Herstellung bzw. Umsetzung eines Bauvorhabens verpflichtet ist.

Er führt die Bauleistungen tatsächlich vor Ort aus.

Er wird dabei als Auftragnehmer des Bauherrn oder eines ihm selbst vorgesetzten Unternehmers (Fall des Subunternehmers) tätig.

Der Unternehmer ist in der Regel besonderen Regelungen unterworfen, die sich zunächst aus dem Vertrag ergeben, wobei von der Normenhierarchie die individuell-vertraglichen Vereinbarungen vorangehen. Oftmals wird – insbesondere bei großen Bauvorhaben – die VOB/B vereinbart.

Weiterhin gibt es auch gesetzliche Regelungen, nämlich zunächst das BGB. Sodann hat der Unternehmer bei der Ausführung seines Bauwerks auch öffentlich-rechtliche Regelungen zu beachten.

Schließlich hat er auch die durch Richterrecht aufgestellten Regelungen zu beachten. Er ist z. B. den anerkannten Regeln der Technik usw. unterworfen.

Die besonderen Regelungen regeln den Gegenstand der Beauftragung, die sog. Bauleistungspflicht.

Der Umfang dieser Verpflichtung bestimmt sich durch den Bauvertrag, der ebenfalls in der Regel ein Werkvertrag ist.

Bei ausführlichen Werkverträgen ist der Gegenstand regelmäßig durch eine Leistungsbeschreibung (z. B. Baubeschreibung oder Leistungsverzeichnis) definiert. Die Leistungsbeschreibung regelt Inhalt und Umfang der geschuldeten Bauleistung.

Der Unternehmer im zivilrechtlichen Sinne führt also die vereinbarten und damit geschuldeten Bauleistungen aus.

## **2. Grundlagen der Haftung:**

Bei den Grundlagen der Haftung stellt sich zunächst einmal die Frage danach, welchen Sinn und Zweck die Haftung als solche überhaupt haben kann.

Die Haftung bürdet den am Bau Beteiligten insgesamt das Risiko auf, bei Nichtbeachtung öffentlich-rechtlicher oder zivilrechtlicher Pflichten dem Verletzten bzw. Betroffenen den entstandenen Schaden ersetzen zu müssen.

Haftung dient also dem Schutz der am Bau Beteiligten, aber auch dem Schutz Dritter vor Einbußen und Schäden an geschützten Gütern.

Bei geschützten Gütern hat man zwischen sog. absoluten geschützten Gütern (z. B. § 823 Abs. 1 BGB) und sog. relativ geschützten Gütern (z. B. durch Vertrag) zu unterscheiden.

Absolut geschützte Güter sind solche Rechtsgüter, die gegenüber jedermann geschützt sind, wie beispielsweise Eigentum, Gesundheit und Leben.

Relativ geschützte Güter sind solche Güter, deren Schutz einem anderen insbesondere durch einen Vertrag auferlegt werden kann.

Um also die Frage nach der Haftung einer Person zu klären, ist es erforderlich, die sog. „Haftungsgrundlagen“ (im Zivilrecht: „Anspruchsgrundlagen“) zu ermitteln.

Je nach der Zielrechnung gibt es solche Anspruchsgrundlagen im öffentlichen und privaten Recht.

### **a.: Haftungsgrundlagen im öffentlichen Recht:**

Im öffentlichen Recht gibt es Haftungsgrundlagen, die in der Regel den Schutz nicht näher bezeichneter Dritter, d. h. die Sicherheit der Allgemeinheit vor Gefahren zum Gegenstand haben.

Öffentliches Recht im Zusammenhang mit dem Bauen basiert auf dem Gedanken der Gefahrenabwehr. Die Regelungen wurden ursprünglich unter dem Begriff der „Baupolizei“ zusammengefasst.

Ziel der öffentlich-rechtlichen Regelungen ist die Aufrechterhaltung bzw., sofern dies erforderlich sein sollte, die Durchsetzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.

Regelungen, die Pflichten und Haftungsgefahren der am Bau Beteiligten aufgeben, befinden sich in verschiedenen öffentlich-rechtlichen Rechtsgebieten.

Zunächst ist zu nennen das öffentliche Baurecht (BauGB, Bauplanungsrecht, Baunutzungsverordnung, Bauordnungen der Länder, Bauordnungsdurchführungsverordnung usw.).

Regelungen in öffentlich-rechtlichen Rechtsgebieten sind aber auch in sog. Sondergesetzen enthalten.

- Abfallwirtschaft- und Bodenschutzgesetz (z. B. Parkplätze)
- Abwasserrecht (Studentenwohnheim; bes. Anlagen in der chem. Forschung wie Labore)
- AnlagenVO (Labore)
- Arbeitsschutzrecht (Bsp.: Höchstraumtemperaturen in Büros)
- GaragenVO
- GaststättenVO (Mensa – soweit anwendbar)
- FeuerungsVO
- KatSchutz
- Naturschutzgesetz
- Pflanzenabfallverordnung
- Bundesimmissionsschutzgesetz
- Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutzgesetz
- Brandverhütungsvorschriften
- Raumordnungs- und Landesplanungsgesetz
- Strahlenschutzrecht
- Techn. Prüf.VO
- Umweltrahmengesetz
- Wassergesetz

Die Haftung aus den o. g. Normen vollzieht sich zum einen über öffentlich-rechtliche „Strafvorschriften“, mit denen die Verstöße geahndet werden.

In der Regel werden Verstöße als Ordnungswidrigkeiten geahndet.

Es gibt auch Verstöße, die tatsächlich sofort als Straftat zu ahnden sind, wie § 319 StGB (Baufährdung) oder eben mittelbar über die Folgen, nämlich die §§ 324 ff. StGB (Gewässerverunreinigung, Bodenverunreinigung, Luftverunreinigung usw.).

Auch § 229 StGB (fahrlässige Körperverletzung) ist eine Haftungsvorschrift, die dem Staat Sanktionsmöglichkeiten bietet, um auf Verstöße gegen die öffentlich-rechtlichen Vorschriften zur Durchführung von Bauvorhaben zu reagieren.

Die Haftung kann sich dabei aber auch auf dem Umweg über das Zivilrecht vollziehen, nämlich über die §§ 823 Abs. 2, 826 und 839 BGB.

§ 823 Abs. 2 BGB regelt dabei die Haftung wegen eines Verstoßes gegen ein Schutzgesetz. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass den meisten der o. g. Gesetze in dem Bereich, in dem sie Pflichten normieren, Schutzgesetzcharakter zukommt.

§ 826 BGB regelt die Haftung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung.

§ 839 BGB regelt die Amtshaftung.

Wenn also ein öffentlich-rechtlicher Bauherr den ihm obliegenden Pflichten nicht in hinreichendem Umfange nachkommt, so kann ggf. ein Fall der Amtshaftung vorliegen.

## **b.: Zivilrechtlich:**

Die reine zivilrechtliche Haftung vollzieht sich im Wesentlichen nach dem BGB, im Übrigen auch nach den sog. Nebengesetzen.

### **aa.: Haftung nach BGB:**

Die Haftung nach BGB gewährt dem Anspruchsinhaber Ansprüche gegenüber dem Haftenden.

#### **(1): Differenzierung nach Haftenden und Anspruchsinhaber:**

Es ist also nach zivilrechtlichen Gesichtspunkten danach zu differenzieren, wer haftet und wer einen Haftungsanspruch geltend macht.

Haften können alle am Bau Beteiligten.

#### **a) Haftung des Bauherrn:**

Der Bauherr haftet grundsätzlich gegenüber seinen Vertragspartnern. Gegenüber den Vertragspartnern hat er in der Regel Schutzpflichten.

Vertragspartner des Bauherrn können beispielsweise Mieter in einem bewohnten Hause sein.

Der Bauherr haftet aber auch Dritten gegenüber, also einer nicht näher zu bezeichnenden Gesamtheit von Personen.

Insbesondere die sog. Verkehrssicherungspflichten erlegen dem Bauherrn massive Haftungspflichten auf.

Es handelt sich dabei um solche Pflichten, deren Erfüllung im Allgemeininteresse steht.

Als Beispiel sei die Pflicht zur ordnungsgemäßen Sicherung einer Baustelle genannt, die gebietet, dafür zu sorgen, dass durch den Bau niemand gefährdet wird. Konkret ist es z. B. verboten, Dachpfaden bei der Eindeckung eines Daches so zu lagern, dass sie herunterfallen und Passanten auf den Kopf fallen können.

### **b) Haftung von Architekt, Fachplaner und Sachverständigen:**

Die übrigen am Bau Beteiligten haften zivilrechtlich in der Regel aufgrund eines Vertrages gegenüber dem Bauherrn.

Sie haften aber auch gegenüber Dritten, nämlich unbeteiligten Dritten oder Subunternehmern.

Auch diejenigen, die Sonderpflichten am Bau übernommen haben, haften aufgrund der sog. Verkehrssicherungspflichten.

### **c) Haftung des bauausführenden Unternehmens:**

Das bauausführende Unternehmen haftet in der Regel aufgrund des Vertrages auch gegenüber dem Bauherrn.

Das bauausführende Unternehmen haftet aber auch gegenüber Dritten.

Bereits hier soll auf die Wirkung eines sog. Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hingewiesen werden. Danach haftet das bauausführende Unternehmen auch gegenüber Dritten, die in die Schutzwirkung des jeweiligen Vertrages erkennbar mit einbezogen sind.

Weiß der Bauherr, dass er an einem vermieteten Objekt Bauleistungen vornehmen muss, weiß er, dass die Mieter in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen sind.

Dies gilt z. B. auch für Angehörige des auftraggebenden Unternehmens.

Kommt also der Geschäftsführer eines Studentenwerkes auf eine Baustelle, die vom Studentenwerk betrieben wird, so hat er (eigene!) vertragliche Haftungsansprüche gegenüber dem bauausführenden Unternehmen.

### **bb.: Haftung nach sonstigen (zivilrechtlichen) Vorschriften:**

Die am Bau Beteiligten haften aber auch nach sonstigen zivilrechtlichen Vorschriften, die sich insbesondere aus sog. Nebengesetzen ergeben.

Zu nennen ist hier z. B. das Produkthaftungsgesetz. Danach haftet der Hersteller eines Produktes für Schäden, die aus einer mangelhaften Herstellung des Produkts resultieren. Wer

also beispielsweise die für ein Bauvorhaben benötigten Ziegel falsch herstellt, haftet all denen gegenüber, die hinterher etwa durch eine einstürzende Wand verletzt werden.

Zu nennen ist hier auch die gesetzliche Regelung des sog. Nachbarschaftsrechtes.

In den meisten Bundesländern gibt es sog. Nachbarschaftsgesetze, die das Verhältnis zwischen dem Eigentümer eines Grundstücks und dem Eigentümer des Nachbargrundstücks regeln.

Das Nachbarschaftsrecht gewährt dem Eigentümer besondere Ansprüche, wie etwa das Schaufelschlagrecht usw. Es gewährt aber auch dem Nachbarn Schutzrechte für den Fall, dass bei Bauvorhaben auf seine Belange nicht hinreichend Rücksicht genommen wird.

Schließlich gibt es auch noch Umwelthaftungsgesetze, aus denen sich letztendlich, wenn gegen sie verstoßen wird, eine zivilrechtliche Haftung über § 823 Abs. 2 BGB herleiten lässt.

Zusammenfassend ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Frage nach der Haftung des Bauherrn und der übrigen am Bau Beteiligten maßgeblich durch die Ermittlung der einschlägigen Haftungsgrundlagen bestimmt wird.

## **II. Die Haftung des Bauherrn**

### **1. Haftungsgrundlagen:**

Nachdem wir oben eine Einführung in die allgemeine Begrifflichkeit aufgezeigt haben und die wesentlichen Termini definiert haben, soll nunmehr gezeigt werden, dass sich der Gegenstand des Seminars nicht im „luftleeren“ Raum bewegt, sondern durchaus einen sehr ernstzunehmenden Hintergrund hat. Dies betrifft insbesondere Eigentümer bzw. die Vertreter der Eigentümer, die für die Sicherheit von Bauwerken und Bauvorhaben verantwortlich zeichnen.

Um hier einen Eindruck von der Tragweite der Gesamtproblematik zu präsentieren, soll ein sehr aktuelles Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart kurz näher erläutert werden:

Das Oberlandesgericht Stuttgart hat am 05.04.2005 unter strafrechtlichen Gesichtspunkten die Verantwortlichkeit des Bauherrn für Schäden der am Bau beschäftigten Arbeiter beurteilt, wenn der beauftragte Bauunternehmer erkennbar die Sicherheitserfordernisse, die auch einem Laien einsichtig sind, nicht einhält.

Das Oberlandesgericht hat dabei festgestellt, dass zwar ohne besondere Anhaltspunkte für Mängel in der Bauausführung der Bauherr nicht verpflichtet sei, das von ihm ausgewählte Unternehmen zu überwachen. Er werde jedoch wieder selbst verkehrssicherungspflichtig, wenn er feststelle, dass der Bauunternehmer nachlässig arbeitet.

**Im Rahmen seiner Entscheidung hat das Oberlandesgericht Stuttgart einen Eigentümer/ Bauherrn aufgrund des Todes eines Bauarbeiters wegen fahrlässiger Tötung verurteilt.**

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:



Der Angeklagte hatte im Januar 2003 eine Halle gekauft. Diese Halle sollte demontiert und auf seinem Weingut wieder errichtet werden.

Die Seitenverkleidung hatte der Angeklagte selbst abgebaut.

Sodann sollte die Abdeckung des Dachs erfolgen. Das Dach bestand aus 30 Jahre alten, nicht durchtrittssicheren Wellasbestplatten. Darunter befand sich lediglich eine dünne Schicht Dämmmaterial aus Styropor.

Das zuständige Bauamt hatte die Abbruchgenehmigung unter der Bedingung erteilt, dass die Demontage des Dachs nur durch ein dafür zugelassenes Spezialunternehmen erfolgen dürfte.

Der Angeklagte beauftragte daraufhin ein Spezialunternehmen.

Im Vertrag war ausgeführt, dass notwendige Sicherungseinrichtungen, wie Gerüst, Fanggerüst und Auffangnetze nach den einschlägigen Unfallverhütungsvorschriften errichtet werden sollten.

Der Bauherr hatte deutlich darauf hingewiesen, dass die Firma den Auftrag nur dann erhalten würde, wenn die entsprechenden Sicherungsmaßnahmen übernommen werden könnten.

Die beauftragte Firma sagte daraufhin zu, ein entsprechendes Gerüst und Fangnetz zu stellen.

Am Tag erschien dann ein Subunternehmer mit 4 Leiharbeitern.

Es wurden weder Gerüste, noch Fangnetze mitgebracht. Lediglich wurden 4 Laufdielen (Bretter) auf das Dach gelegt.

Auf die Frage des Angeklagten, wo das Sicherungsgerüst und Fangnetz seien, wurde geantwortet, dass diese nicht gebraucht würden, weil er, der Subunternehmer, immer ohne arbeite.

Der Angeklagte (Bauherr/Eigentümer) gab sich mit dieser Antwort zufrieden.

Mittags brach dann einer der Leiharbeiter durch das Dach und stürzte auf den Betonboden der Halle, der 7,00 m unter dem Dach war. Der Mitarbeiter war sofort tot.

Die Staatsanwaltschaft warf dem Eigentümer vor, er hätte aufgrund seiner Verkehrssicherungspflichten als Bauherr erkennen können, dass die Arbeiten nicht fachgerecht ausgeführt werden. Er hätte auf die ihm bekannten und aufgrund der Baugenehmigung mitgeteilten Sicherungsmaßnahmen bestehen müssen.

Darin, dass er dies nicht getan habe, sei seine Verantwortlichkeit für den Tod des Leiharbeiters zu sehen.

Er sei wegen fahrlässiger Tötung gem. §§ 222, 13 StGB zu verurteilen.

Das Amtsgericht verurteilte den Angeklagten antragsgemäß.

Das Oberlandesgericht Stuttgart verwarf seine Revision mit der Begründung, der Angeklagte (Bauherr) habe aufgrund seiner umfangreichen Verkehrssicherungspflichten eine Garantenstellung gehabt.

Aus dieser Garantenstellung ergebe sich, dass er strafbewährt gegenüber jedem Dritten, der die Baustelle betrat, verpflichtet sei, auf die Durchführung der erforderlichen Sicherungen zu bestehen.

Zwar treffe den Bauherrn ohne besondere Anhaltspunkte für Mängel in der Bauausführung keine Pflicht, das von ihm ausgewählte Unternehmen zu überwachen. Die Verantwortlichkeit für die Ausführung der Arbeiten und insbesondere die Einhaltung von Unfallverhütungsvorschriften obliege nämlich grundsätzlich dem Unternehmer. Nehme der Bauherr jedoch wahr, dass der Unternehmer nachlässig arbeite, so müsste er zwingend einschreiten.

Er werde dann wieder selbst verkehrssicherungspflichtig, wenn er augenscheinlich erkennen könne, dass der beauftragte Unternehmer die zwingenden vorgeschriebenen Sicherheitserfordernisse nicht einhalte.

Da dem Angeklagten im vorliegenden Fall aufgrund der Abrissgenehmigung bekannt war, dass entsprechende Sicherungsmaßnahmen zu treffen seien, dies sich insbesondere auch darin gezeigt habe, dass er die entsprechenden Erfordernisse in seinen Vertrag aufgenommen habe, habe er letztlich die Einhaltung der Verkehrssicherungspflichten zu überwachen gehabt.

Auch ohne Kenntnis der Unfallverhütungsvorschriften sei für ihn als Laien erkennbar gewesen, dass eine besonders große Gefahr bestehe.

Damit sei er für den Tod des Leiharbeiters verantwortlich.

Das Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart datiert auf den 05.04.2005 (Az.: 5 SS 12/05) und ist veröffentlicht in der Zeitschrift NJW 2005, Seite 2567 ff.

Das bemerkenswerte an diesem Urteil ist, dass die Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die wir oben kurz benannt hatten und auf die wir noch im Einzelnen eingehen werden, im Normalfall auf Dritte übertragen werden kann. Der Bauherr kann sich jedoch seiner Verantwortlichkeit zur Kontrolle der Arbeiten im Ergebnis nicht entziehen.

Dies gilt letztendlich auch für die insoweit beauftragten Mitarbeiter des Bauherrn.

Trägt also das Studentenwerk einer Universität die Verantwortung etwa für Studentenwohnheime oder allgemein zugängliche öffentliche Gebäude, wie beispielsweise eine Mensa, so ist hierzu der angestellte Geschäftsführer des Studentenwerks letztendlich derjenige, der – im Extremfall auch strafbewährt – die Einhaltung entsprechender Bauvorschriften zu überwachen und zu gewährleisten hat.

Das dargestellte Beispiel soll – als Extremfall – zeigen, dass das Thema des vorliegenden Referats nicht rein rechtstheoretischer Natur ist, sondern durchaus einen ganz erheblichen praktischen Hintergrund hat.

Um derartige Probleme zu vermeiden, ist es also zunächst einmal erforderlich, die einschlägigen Haftungsgrundlagen zu kennen.

Dabei ist wiederum zwischen Haftungsgrundlagen nach öffentlichem Recht und Haftungsgrundlagen nach Zivilrecht zu differenzieren.

### **a.: Haftungsgrundlagen nach öffentlichem Recht:**

Der Begriff Haftungsgrundlagen meint dabei Normen und Rechte, die dem Bauherrn bestimmte Pflichten auferlegen sowie solche Regelungen, die im Fall eines Verstoßes gegen diese Pflichten die gesetzlich vorgesehenen Sanktionen beinhalten.

Die verschiedenen Pflichten sollen im Folgenden anhand der nach unserer Auffassung wesentlichsten öffentlich-rechtlichen Pflichtentatbestände kurz definiert und dargestellt werden.

Nachdem wir oben dargestellt haben, wer die am Bau Beteiligten sind, soll nunmehr dargestellt werden, aufgrund welcher Haftungsgrundlagen die Haftung des Bauherrn überhaupt denkbar ist.

Wir hatten gesehen, dass es öffentlich-rechtliche und zivilrechtliche Haftungsgrundlagen gibt, nach denen eine Haftung denkbar ist.

Dabei sind im Wesentlichen zwei Positionen zu unterscheiden:

Zum einen ist darauf abzustellen, welche Pflichten den Bauherrn unmittelbar treffen und wie ein Verstoß gegen diese Pflichten sanktioniert wird.

Darüber hinaus ist aber auch zu berücksichtigen, dass nicht nur der Pflichtenkanon der einzelnen öffentlich-rechtlichen Regelungen, die das Bauwesen unmittelbar betreffen, als Sanktion in Betracht kommt, sondern daneben eben auch eine strafrechtliche Sanktionierung denkbar ist:

Der Pflichtenkanon des Bauherrn nach öffentlichem Recht soll anhand von Bundesrecht – hinsichtlich des Landesrechts exemplarisch anhand von Sächsischem Recht – dargestellt werden:

### **aa.: Hauptpflichten:**

Die Hauptpflichten des Bauherrn ergeben sich zunächst nach dem sog. Bauordnungsrecht.

Das Bauordnungsrecht ist zum einen in Bundesgesetzen, nämlich insbesondere im Baugesetzbuch und in der Baunutzungsverordnung geregelt, zum anderen aber auch in den entsprechenden Bauordnungen der Länder, so z. B. der Sächsischen Bauordnung.

Im Baugesetzbuch geregelt sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Bauvorhaben.

Diese bestimmen sich nach den §§ 29 – 38 BauGB.

Darin ist bundeseinheitlich geregelt, unter welchen Voraussetzungen eine Baugenehmigung für einen Grundstückseigentümer erteilt werden kann.

Grundsätzlich gilt: dort, wo ein Bebauungsplan aufgestellt ist, kann ein Gebäude, das sich an die Vorgaben des Bebauungsplans hält, errichtet werden.

Die entsprechende Regelung befindet sich im § 30 BauGB.

Voraussetzung ist, dass kein Widerspruch zu den Festsetzungen über Art (§§ 2 – 14 Baunutzungsverordnung) und Maß (§§ 16 – 21 a Baunutzungsverordnung) der baulichen Nutzung besteht und dass die Erschließung gesichert ist.

In derartigen Gebieten besteht grundsätzlich ein Anspruch auf die – dann nach Landesrecht geregelte – Erteilung der Baugenehmigung.

§ 31 BauGB regelt dann noch die Zulassung von Ausnahmen vom Bebauungsplan. Voraussetzung ist, dass dies nach Art und Umfang im Bebauungsplan ausführlich geregelt ist.

Wesentliche Vorschriften sind dann in § 34 BauGB, der Vorhaben in nichtgeplantem Innenbereich regelt. Der wichtigste Fall in diesem Zusammenhang ist § 34 Abs. 1 BauGB, wonach Bauvorhaben, die sich in die Eigenart der näheren Umgebung insbesondere zum Schließen von sog. Baulücken anpassen, genehmigungsfähig sind.

Schließlich ist in § 35 BauGB geregelt, dass im Außenbereich grundsätzlich keine Vorhaben möglich sind, es sei denn, es gibt Ausnahmen i. S. der Abs. 1- 6 des § 35 BauGB.

Diese Regelungen bedeuten für den Bauherrn, dass er sich grundsätzlich daran zu halten hat. Er haftet für Verstöße gegen diese Vorschriften.

Die Sanktionierung kann über Ordnungswidrigkeitenverfahren gehen (z. B. § 87 Abs. 2 Nr. 1 BO), kann praktische Folgen haben, wie etwa eine Abrissverfügung, wenn unter Missachtung geltenden Baurechts gebaut wurde oder – bei massiven Verstößen – die noch zu zeigenden strafrechtlichen Folgen zeitigen.

Die weiteren Pflichten des Bauherrn ergeben sich dann jeweils aus den landesrechtlichen Bauordnungen.

So regelt § 53 Abs. 1 S. Sächs.BO, dass der Bauherr grundsätzlich selbst haftet, sich seiner Haftung aber durch Einschaltung der anderen am Bau Beteiligten zur Vorbereitung, Überwachung und Ausführung des nicht verfahrensfreien Vorhabens bedienen kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn er selbst dazu nicht geeignet ist bzw. die Verantwortung nicht übernehmen kann. Es ist regelmäßig der Fall, weil Bauherren in der Regel nicht über die Sachkunde verfügen, die sie zur Errichtung der Gebäude benötigen.

Dies gilt insbesondere auch für den öffentlichen Bauherrn, selbst wenn dieser über eine eigene Planungsabteilung verfügt.

Je größer die Bauvorhaben sind, desto speziellere Kenntnisse sind vorausgesetzt. So ist es beim öffentlich-rechtlichen Bauherrn in der Regel der Fall, dass er sich der Unterstützung von Spezialbüros bedient.

Unter Umständen kann die Übertragung einzelner Aufgaben auf Dritte auch unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten ein geeignetes Medium sein, um das eigene Haftungsrisiko zu minimieren.

Die Regelungen für den Bauherrn befinden sich in der Sächsischen Bauordnung in § 53 Abs. 1.

Der Bauherr ist verpflichtet, die Hilfe von „anderen am Bau Beteiligten“ in Anspruch zu nehmen, wenn er nicht selbst in der Lage ist, die Vorbereitung, Überwachung und Ausführung des fehlerfreien Vorhabens durchzuführen.

Er ist verpflichtet, für die Einreichung der erforderlichen Anträge, Anzeigen und Nachweise nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu sorgen.

Er ist verpflichtet, der Bauaufsichtsbehörde den Namen des Bauleiters und ggf. einen Wechsel mitzuteilen.

Bei Zuwiderhandlungen hiergegen haftet der Bauherr nach § 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 Sächs.BO. Die Haftungsvorschrift stellt eine Ordnungswidrigkeit dar und kann mit Geldbuße geahndet werden.

Es liegt daher im Interesse des Bauherrn, grundsätzlich die Hilfe entsprechend sachkundiger Personen in Anspruch zu nehmen.

Weiterhin gilt für den Bauherrn, dass der Verstoß gegen öffentliches Recht nicht nur i. S. einer Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann, sondern eben auch massive finanzielle Folgen haben kann.

Es gibt nämlich sog. Eingriffsbefugnisse der Bauaufsichtsbehörden.

Steht beispielsweise die Errichtung des Bauvorhabens in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften, so kann die Behörde eine Beseitigungsanordnung treffen (vgl. z. B. § 80 S. 1 Sächs.BO)

Es kann eine Nutzungsuntersagung erfolgen.

Es kann eine Baueinstellung verfügt werden.

Dies gilt insbesondere dann, wenn Anlagen in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet werden sollen.

Auch ansonsten hat die Behörde die Möglichkeit, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, was bis hin zur Ersatzvornahme auf Kosten des Bauherrn geht.

Die übrigen Landesbauordnungen sehen vergleichbare Regelungen vor.

### **bb.: Sondergesetze:**

Darüber hinaus gibt es nicht nur die allgemeinen Baugesetze, sondern eben auch Sondergesetze, die den Bauherrn einen bestimmten Pflichtenkanon unterwerfen.

Der Bauherr haftet, wie bereits auch oben, für die Erfüllung der Pflichten.

**(1):** Genannt sei hier z. B. das Bodenschutzgesetz. § 4 Bundesbodenschutzgesetz gebietet die Vermeidung schädlicher Bodenveränderungen durch Einwirkung auf den Boden, beinhaltet eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers/Inhabers der tatsächlichen Gewalt über ein Grundstück (also auch des Bauherrn) zur Abwehr schädlicher Bodenveränderungen und erlegt dem Verursacher einer schädlichen Bodenveränderung auf, den Boden zu sanieren.

Auch hier gibt es wieder zum einen die Möglichkeit, Verstöße mit Ordnungswidrigkeiten, aber auch mit strafrechtlichen Regelungen zu ahnden.

Zum zweiten gibt es die wirtschaftliche Sanktionierung durch Beseitigungsanordnung und entsprechende Auferlegung der Kosten der Ersatzvornahme.

**(2):** Weiterhin genannt sei hier das Abfallrecht.

Die §§ 10 und 11 Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz regeln die Pflichten dessen, der Abfälle zu entsorgen hat.

Hier ist insbesondere daran zu denken, dass bei der Sanierung von Häusern Abfälle anfallen, die nur unter besonderen Sicherheitsvorkehrungen entsorgt werden dürfen.

Genannt sei hier die Gebäudesanierung von solchen Gebäuden, die in den 70iger Jahren mit massiven Asbestanteilen errichtet wurden.

Jedem Betreiber größerer Anlagen sind Fälle bekannt, in denen hier hohe Kosten angefallen sind.

**(3):** Ein weiteres Beispiel sei das sog. Wasserversorgungs- und Abwasserrecht genannt.

§ 18 b Wasserhaushaltsgesetz (ein Bundesgesetz) regelt, dass Abwasseranlagen so zu errichten und zu betreiben sind, dass die Schadstoffbelastung möglichst gering gehalten wird.

Einzelne Regelungen wirken hierbei auch auf die Sammlung und Weiterleitung von Abwässern bei größeren Gebäuden, z. B. bei Studentenwohnheimen, zurück.

Das auf Grundlage des Wasserhaushaltsgesetz geschaffene Landesrecht, z. B. §§ 66, 67 Sächs. Wassergesetz, regelt konkret, dass Wasserversorgungs- und Abwasseranlagen so zu planen, anzuordnen und zu errichten sind, dass die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie ökologische Belange nicht beeinträchtigt werden. Die allgemein anerkannten Regeln der Technik sind einzuhalten.

Konkret heißt dies, dass der Bauherr verpflichtet ist, seine Unternehmer bzw. alle am Bau Beteiligten dazu anzuhalten, sich an diese Regelungen zu halten. Bei einer Pflichtverletzung kann eine Ordnungswidrigkeit i. S. von § 135 Sächs. Wassergesetzes vorliegen.

**(4):** Weiterhin genannt werden soll die Anlagenverordnung.

Dabei geht es um Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen.

Dies könnte z. B. ein Öltank sein.

Aber auch in Universitäten, in denen Speziallabore errichtet werden, ergeben sich aus dem Wasserhaushaltsgesetz bzw. aus auf der Grundlage dieses Gesetzes erlassenen landesrechtlichen Regelungen erhebliche Verpflichtungen des Bauherrn.

Genannt sei hier § 3 Sächs. VAwS, die die Grundsatzanforderung definiert.

Die Beschaffenheit der betreibenden Anlagen ist so zu organisieren, dass wassergefährdende Stoffe nicht austreten können.

**(5):** Weiteres Beispiel, auf das hier eingegangen werden soll, ist das Arbeitsschutzrecht.

Hier gibt es Regelungen der sog. Arbeitsstättenverordnung.

Arbeitsstätten sind vom Arbeitgeber so einzurichten und zu betreiben, dass von ihnen keine Gefährdung und für Sicherheit und Gesundheit ausgeht.

Dabei gibt es einen umfangreichen Kanon, der die Arbeitsbedingungen regelt. Genannt sei hier Nr. 3 des Anhangs der Arbeitsstättenverordnung, der Voraussetzungen für Bewegungsfläche, Anordnung der Arbeitsplätze, Ausstattung, Beleuchtung und Sichtverbindung, Raumtemperatur, Lüftung und Lärm ausdrücklich regelt.

Die Sanktionierung, die hier eintreten kann, ist zum einen im ordnungsrechtlichen Bereich zu suchen. Darüber hinaus gibt es aber auch rein praktische Sanktionierungsmöglichkeiten, wie z. B. das Verbot, Mitarbeiter im Büro bei Raumtemperaturen von im Sommer regelmäßig über 26 °C im Schatten zu beschäftigen. Hat der Bauherr hier einen Verstoß zu vertreten, so kann es sein, dass seine Mitarbeiter in den Büros nicht mehr arbeiten müssen.

Was dies für die Organisation z. B. eines Studentenwerks bedeuten kann, dürfte auf der Hand liegen.

**(6):** Weitere Regelungen haben wir oben bereits dargestellt.

Es befinden sich Verpflichtungen des Bauherrn im Gaststättengesetz (Erlaubnispflicht bzgl. Brandschutzmaßnahmen in der Feuerungsverordnung, z. B. Betreiben eines Bockheizkraftwerks), in den Katastrophenschutzgesetzen (z. B. die Kostentragungspflicht für Katastropheneinsätze bei Betreiben von Anlagen mit besonderem Gefahrenpotential) im Nachbarrecht, im Naturschutzgesetz (vgl. z. B. § 9 zum Bundesnaturschutzgesetz), in der Pflanzenabfallverordnung (diese gilt für die Entsorgung von pflanzlichen Abfällen auf gärtnerisch genutzten Grundstücken oder Grünanlagen, z. B. auch dem Campus), dem Bundesimmissionsschutzgesetz, dem Brandverhütungsvorschriften, dem Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, dem Strahlenschutzrecht, der Technischen Prüfungsverordnung, dem Umweltrahmengesetz usw.

Verstöße gegen all diese öffentlich-rechtlichen Regelungen sind in der Regel in den Gesetzen selbst mit Ordnungswidrigkeiten belegt.

### **cc.: Haftung nach strafrechtlichen Vorschriften:**

Tatsächlich ist es aber so, dass die Haftung in Fällen von besonders massiven Verstößen sich nicht nur nach den jeweiligen Ordnungswidrigkeitstatbeständen richtet, die die Bundes- und Landesgesetze vorsehen, sondern eben auch nach strafrechtlichen Vorschriften eintreten kann.

**(1):** Zu nennen ist hier unmittelbar zunächst einmal § 319 StGB, der die Bauefährdung regelt.

Täter kann der Bauleiter, der Bauausführer und der Planer sein.

Die Baugefährdung kann z. B. beim Ausheben einer Baugrube, bei der Errichtung eines Baugerüsts, bei der Lieferung schlechten Materials, der Verwendung mangelhafter Geräte usw. eintreten.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass die Pflichten des Bauleiters bei besonders massiven Verstößen, wie wir oben am Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart gesehen haben, auch den Bauherrn treffen können. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Bauherr einzelne Teile der Arbeiten, die regelmäßig den Sonstigen am Bau Beteiligten übertragen werden, selbst erbringt.

Dies kann z. B. dann sein, wenn eine öffentlich-rechtliche Körperschaft sich einer eigenen Planungsabteilung bedient.

Für diese haftet dann ggf. der Dienstherr, der seinen Überwachungspflichten nicht nachkommt.

**(2).:** Weitere strafrechtliche Regelungen befinden sich mittelbar z. B. in den §§ 324 ff. StGB:

§ 324 StGB sanktioniert die Gewässerverunreinigung.

Achtet der Bauherr z. B. nicht darauf, dass während der Bauarbeiten die erforderlichen Maßnahmen zum Gewässerschutz beachtet werden, so haftet er hierauf auch nach strafrechtlichen Regelungen. Dies gilt z. B., wenn – für den Bauherrn erkennbar – aus Baugeräten Altöl ins Grundwasser eindringen kann.

Bei Verunreinigung des Bodens gilt diese Problematik analog. Hier ist in § 324 a StGB die Verunreinigung von Boden unter Strafe gestellt.

**(3).:** § 325 StGB regelt die Luftverunreinigung.

Wenn der Bauherr z. B. bei der Durchführung der Bauarbeiten nicht darauf achtet, dass insoweit auf die Umwelt Rücksicht genommen wird (typisches Beispiel ist das permanente Laufenlassen der Dieselmotoren), kann bei besonders massiven Verstößen auch hier eine strafrechtliche Sanktionierung eintreten.

Erwähnt sei hier noch die §§ 325 a StGB (Verursachen von Lärm), 326 StGB (unerlaubter Umgang mit gefährlichen Abfällen), der vor allen Dingen im Bereich der Entsorgung belasteter Baumaterialien einschlägig sein kann, § 327 StGB (unerlaubtes Betreiben von Anlagen), das z. B. erfüllt sein kann, wenn der Bauherr nicht darauf achtet, dass die für den Betrieb der Anlagen erforderlichen Genehmigungen eingeholt werden sowie die §§ 328, 329 StGB.

Insgesamt ist festzustellen, dass das öffentliche Recht eine Vielzahl von Vorschriften bietet, die dem Bauherrn einen besonderen Pflichtenkanon auferlegen.

Wie wir gesehen haben, ist dieser Pflichtenrahmen zum einen mit massiven ordnungsrechtlichen bzw. strafrechtlichen Sanktionen geschützt. Darüber hinaus ist es aber auch möglich, dem Bauherrn empfindliche finanzielle Nachteile zuzufügen, wenn er sich nicht an die öffentlich-rechtlichen Regelungen hält.



## **b.: Die Haftung des Bauherrn nach Zivilrecht:**

Der Bauherr haftet der Gesellschaft nicht nur darauf, dass er seinen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nachkommt.

Er haftet auch nach zivilrechtlichen Grundsätzen gegenüber Einzelnen, die mit seinem Bauvorhaben bzw. dem Bauwerk in Berührung kommen.

Die Haftung ist dabei insbesondere in den Regelungen des BGB beinhaltet.

Darüber hinaus sehen die einzelnen Landesrechte, aber auch Spezialregelungen, im sog. Nachbarrecht (Nachbarschaftsgesetze o. ä.) vor.

### **aa.: Grundsätze:**

Die Haftung nach zivilrechtlichen Grundsätzen ist insbesondere in den sog. Schadensersatzansprüchen und den sog. Unterlassungsansprüchen geregelt.

#### **(1.): § 12 BGB:**

§ 12 BGB schützt seinem Wortlaute nach grundsätzlich das Recht zum Gebrauch des eigenen Namens.

Die Norm wird aber extensiv ausgelegt und als Grundnorm für den Schutz des gesamten Immaterialgüterrechts aufgefasst.

Der Name wird verstanden als sprachliche Kennzeichnung einer Person zur Unterscheidung von anderen. Der Name ist Ausdruck der Individualität und dient der Identifikation. Das Namensrecht ist ein absolut geschütztes Recht.

Es wird übertragen auf weitere absolut geschützte Rechte, die einen dem Namensrecht vergleichbaren Inhalt haben.

Für den Bauherrn könnte bei extensiver Auslegung des § 12 BGB eine Verpflichtung zur Beachtung „geistigen Eigentums“ Dritter entstehen.

Konkretes Beispiel könnte sein, dass ein Bauherr unbefugt die Pläne eines Bauwerks Dritter kopiert.

In einem solchen Falle hätte der Dritte Anspruch auf Unterlassung, ggf. auch auf Schadensersatz.

#### **(2.): Haftung nach Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB):**

Die im 25. Titel des BGB geregelten Rechte aus unerlaubten Handlungen bieten Ansprüche auf Schadensersatz, wenn absolut geschützte Rechte oder besonders geschützte Ansprüche verletzt werden.

Sie erlegen im Umkehrschluss dem Handelnden die Verpflichtung auf, die in den §§ 823 ff. BGB geschützten Rechtsgüter zu achten, deren Verletzung zu unterlassen und auch die besonderen Schutznormen, die im Deliktsrecht geregelt sind, zu wahren.

**(a): § 823 Abs. 1 BGB:**

Nach § 823 Abs. 1 BGB ist derjenige, der vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Dies bedeutet für den Bauherrn, dass er verpflichtet ist, die o. g. absolut geschützten Rechtsgüter Dritter zu wahren.

Die Anspruchsvoraussetzung des § 823 Abs.1 BGB ist die Verletzung eines Rechts oder Rechtsgutes.

Voraussetzung ist das Vorliegen einer Verletzungshandlung. Eine Verletzungshandlung liegt in jeder nachteiligen Beeinträchtigung eines der in Abs. 1 genannten Rechte oder Rechtsgüter.

Abs. 1 benennt absolut geschützte Rechtsgüter. Dies bedeutet, dass jedermann verpflichtet ist, die entsprechenden Rechtsgüter zu achten und zu wahren. Niemand darf sie verletzen.

Abzugrenzen sind die sog. absoluten Rechtsgüter von sog. relativen Handlungspflichten.

Relative Handlungspflichten können sich zum Beispiel aus einem Vertragsverhältnis ergeben.

Schließen zwei Personen einen Vertrag, der die eine zur Unterlassung bestimmter Tätigkeiten verpflichtet, so gewährt der Vertrag dem Vertragspartner ein sog. „relativ“ geschütztes Rechte, d. h., dass derjenige, der sich zur Unterlassung der entsprechenden Beeinträchtigung verpflichtet hat, zur Unterlassung der Verletzung verpflichtet ist, was aber von Dritten, die die vertragliche Vereinbarung nicht eingegangen sind, nicht verlangt werden kann.

Gewährt zum Beispiel ein Bauherr/Eigentümer seinem Nachbarn für die Zeit der Errichtung des Nachbarhauses die Möglichkeit, sein Grundstück mit Lkws zu befahren, so liegt darin ein relatives Recht. Die Einräumung für den Nachbarn bedeutet, dass dieser und seine Erfüllungsgehilfen, nicht aber jeder Dritte, das Grundstück des Eigentümers befahren dürfen.

Als sog. absolute Rechte schützt § 823 BGB das Leben, den Körper und die Gesundheit, die persönliche Freiheit, das Eigentum, sowie sonstige (wiederum absolut geschützte) Rechte, nämlich dingliche Rechte, das Besitzrecht, das Namensrecht, Immaterialgüterrecht (geistiges Eigentum!), Aneignungsrechte, Familienrechte, das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das Recht am Arbeitsplatz, die allgemeine Handlungsfreiheit und sonstige ebenfalls absolut geschützte Rechte.

Wie wir oben gesehen hatten, obliegt dem Bauherrn der Schutz zum Beispiel des Lebens und der Gesundheit der für ihn tätigen Unternehmer und deren Arbeitnehmer.

Für den Fall eines krassen Verstoßes gegen solche Pflichten kann durchaus auch eine Sanktion mit strafrechtlichen Mitteln in Betracht kommen.

Der Bauherr ist also dazu verpflichtet, Gesundheit, Freiheit und die anderen absolut geschützten Güter derjenigen, die mit seinem Bauvorhaben bestimmungsgemäß in Kontakt kommen, zu wahren. Der Abschnitt erstreckt sich aber auch auf Dritte, die möglicherweise nur zufällig mit dem Bauvorhaben in Kontakt kommen.

Die Regelungen des § 823 I BGB gebietet es dem Bauherrn, für Dritte nachteilige Handlungen zu unterlassen. Es gebietet ihm weiterhin solche Handlungen vorzunehmen, die dem Schutz vor Gefahren, die aus dem Bauvorhaben resultieren könnten, dienen.

Unter diesem Gesichtspunkt wurde auch der Gedanke der sog. Verkehrssicherungspflichten entwickelt.

Verkehrssicherungspflichten sind zum Teil im öffentlichen Recht ausgeformt. Dies haben wir oben bereits gesehen.

Darüber hinaus ergeben sich Verkehrssicherungspflichten aber auch unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten.

Verkehrssicherungspflichten erlegen demjenigen, der eine Gefahrenquelle schafft, auf, die von der Gefahrenquelle ausgehenden Gefahren für Dritte nach Möglichkeit auf null zu reduzieren.

Praktisch bedeutet dies zum Beispiel, dass der Bauherr bei der Errichtung seines Gebäudes verpflichtet ist, dafür zu sorgen, dass von seinem Bauvorhaben keine Gestände auf das Nachbargrundstück fallen können. Er ist verpflichtet, dafür zu sorgen, dass Passanten, die an dem Bauvorhaben – beispielsweise auf öffentlichen Wegen – vorbeikommen, nicht durch etwa herabstürzende Steine oder Dachpfannen gefährdet werden.

Die Verkehrssicherungspflicht wird als die allgemeine Rechtspflicht, im Verkehr Rücksicht auf die Gefährdung anderer zu nehmen, definiert.

Sie basiert auf dem Gedanken, dass jeder, der Gefahrenquellen schafft, die notwendigen Vorkehrungen zum Schutze Dritter zu treffen hat.

Verkehrssicherungspflicht bedeutet, dass diejenigen Vorkehrungen zu treffen sind, die nach den Sicherheitserwartungen des jeweiligen Verkehrskreises im Rahmen des wirtschaftlich zumutbaren geeignet sind, Gefahren von Dritten abzuwenden.

Eine Gefahr wird erst dann haftungsbegründend, wenn sich für einen Sachkundigen die naheliegende Möglichkeit ergibt, dass Rechtsgüter anderer verletzt werden können.

Verpflichtet zur Wahrung der Verkehrssicherungspflicht ist jeder, der über die Sache, von der die Gefahr ausgeht, bestimmungsgemäß verfügen darf.

Dies sind bei Immobilien in der Regel die Eigentümer, können aber auch die Mieter sein oder eben derjenige, der mit der Wahrung der Verkehrssicherungspflicht betraut ist.

Für Geschäftsführer von Studentenwerken dürfte insbesondere die Verkehrssicherungspflicht des Gebäudeeigentümers gegenüber Nutzern (zum Beispiel bei der Mensa), aber auch gegenüber Mietern (zum Beispiel beim Studentenwohnheim) von Bedeutung sein.

Die Verkehrssicherungspflicht ist in der Regel auf das Mietgrundstück als solches beschränkt. Bei außergewöhnlichen Objekten, zum Beispiel bei der Vermietung eines Studentenwohnheims, das über ein eigenes Straßennetz verfügt, umfasst die Verkehrssicherungspflicht jedoch auch die Sicherungspflicht für den Verkehr zum Grundstück und auf dem Grundstück (Stichwort: Streupflicht).

Die Verkehrssicherungspflicht kann zwar grundsätzlich auf einen anderen übertragen werden. Dazu ist jedoch eine klare Absprache erforderlich.

Es muss garantiert sein, dass der Dritte die Gefahrenstelle zuverlässig schützt.

Derjenige, der die Verkehrssicherungspflicht übernimmt, wird in der Regel selbst deliktsrechtlich verantwortlich gegenüber Dritten.

Die Übertragung der Verkehrssicherungspflicht ist ein häufiger Vorgang.

Es ist im tatsächlichen Leben oftmals festzustellen, dass die Pflichten, die Grundstückseigentümern durch die kommunalen Satzungen auferlegt werden (Räumspflicht, Gewegereinigungspflicht usw.) auf Dritte, nämlich auf Hausmeisterservices übertragen werden.

Auch der Bauherr überträgt seine Verkehrssicherungspflichten regelmäßig auf Dritte, nämlich auf den Unternehmer. Je nach Konstellation, in der gebaut wird, dürfte die Verkehrssicherungspflicht vertraglich auf einen Generalunternehmer oder eben auf die ausführenden Unternehmen direkt übertragen werden.

Die Verkehrssicherungspflichten des Bauherrn oder Eigentümers enden aber nicht damit, dass er seine Pflichten auf einen Dritten übertragen hat.

Vielmehr ist die Observation des Dritten, die Beobachtung und die Kontrolle des Dritten nach wie vor höchste Verpflichtung des Übertragenden.

Kommt er seiner Verpflichtung nicht nach, so ist er selbst auf jeden Fall weiterhin verantwortlich. Wir haben oben an der Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart erkannt, dass dann, wenn der Beauftragte krass gegen die allgemeinen Verkehrssicherungspflichten verstößt und dies für den Bauherrn/Eigentümer leicht erkennbar ist, die ursprüngliche Verkehrssicherungspflicht wieder auflebt, was bis hin zu einer strafbewährten Verurteilung führen kann.

Es ist also festzustellen, dass den Bauherren nach der allgemeinen Rechtsprechung jedenfalls eine Koordinierungs-, eine Anwesenheits- oder Überwachungspflicht trifft, wenn er die Verkehrssicherungspflicht auf einen Architekten oder auf einen Bauunternehmer übertragen hat.

Er bleibt zum Eingreifen verpflichtet, wenn er die Gefahr sieht oder sehen müsste, wenn er Anlass zu zweifeln hat, ob der von ihm Beauftragte den Gefährdungen in der entsprechenden Weise Rechnung trägt oder wenn er erkennen muss, dass Anweisungen, die er oder die öffentliche Hand gegeben haben, nicht befolgt werden.

#### **(b).: § 823 Abs. 2 BGB:**

§ 823 Abs. 2 BGB verpflichtet denjenigen zur Leistung von Schadensersatz, der gegen ein sog. Schutzgesetz verstößt.

Schutzgesetze sind solche Gesetze, aus denen sich wiederum der Schutz Dritter vor Gefahren ergibt. Schutzgesetze finden sich in diesem Sinne finden sich beispielsweise in den Regelungen des Strafgesetzbuchs, so zum Beispiel in § 222 StGB (fahrlässige Tötung),

wonach es verboten ist, andere durch Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt an ihrem Leben zu gefährden.

Schutzgesetze können aber auch Regelungen aus dem Umwelthaftungsrecht, aus dem Baurecht usw. sein.

Zum größten Teil wird sogar davon ausgegangen, dass Schutzgesetze im Sinne dieser Anspruchsgrundlage die kommunalen Satzungen sein können, die dem Bauherrn/Eigentümer Verkehrssicherungspflichten auferlegen (s. o.).

### **(c): § 826 BGB:**

§ 826 BGB gewährt einen Schadensersatz für den Fall, dass jemand sittenwidriger, vorsätzlich einen Dritten schädigt.

§ 826 BGB gebietet damit, derartige Schädigungen zu unterlassen.

Im Unterschied zu § 823 BGB schützt § 826 BGB auch das Vermögen als solches.

§ 826 BGB gewährt beispielsweise dem Betrogenen einen Schadensersatzanspruch gegen den Betrüger.

Um ein Beispiel aus dem baurechtlichen Bereich zu wählen, schützt § 826 BGB auch davor, dass ein Bauherr seinem missliebigen Nachbarn eine Dachpfanne vom Dach auf den Kopf wirft.

### **(3): Sachenrecht:**

Weitere wesentliche Anspruchsgrundlagen, die im Haftungsverhältnis des Bauherrn eine Rolle spielen, finden sich im Sachenrecht.

Das Sachenrecht regelt die Rechtsverhältnisse von körperlichen Gegenständen, wie Sachen (§ 90 BGB) und Tieren (§ 90 a BGB) und einer Person.

Das Sachenrecht regelt also die Zuordnung eines Rechts an einer Sache oder einem Tier zu einer Person zu deren unmittelbarer Herrschaft über diese Sache oder das Tier.

Geschützt wird zunächst einmal der Besitz an einer Sache.

#### **(a): Besitzrecht (§§ 858 ff. BGB):**

Besitz ist die Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft über eine Sache.

Der Besitz ist schutzbewährt.

So gewährt § 858 BGB dem Besitzer das Recht, seinen Besitz zurückzuverlangen, wenn ein Dritter dem Besitzer den Besitz ohne dessen Willen entzogen hat oder ihn im Besitz stört.

Die Besitzstörung ist insbesondere im Nachbarrecht von erheblicher Bedeutung.

So hat der Besitzer eines Hauses, das heißt derjenige, der die tatsächliche Sachherrschaft über das Haus ausübt (das kann der Eigentümer aber auch ein Mieter sein) die Möglichkeit, von seinem Nachbarn zu verlangen, dass dieser sein Besitzrecht unangetastet lässt.

Dies bedeutet zum Beispiel, dass der Bauherr bei Baumaßnahmen Rücksicht auf den Nachbarn nehmen muss und diesen nicht widerrechtlich in seinem Besitzrecht einschränken darf.

Widerrechtlich bedeutet in diesem Zusammenhang, dass eine Erlaubnis dazu vorliegen kann oder aufgrund öffentlichen Rechts gegeben sein kann (so regeln zum Beispiel die Nachbarrechte der Länder entsprechende Befugnisse).

Jedenfalls aber sind überproportionale Störungen des Besitzes zu vermeiden und untersagt.

§ 859 BGB regelt dann die Möglichkeit des Besitzers, sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt zu erwehren.

Im Extremfall regelt § 859 Abs. 2 BGB, dass derjenige, der erkennt wie ihm eine bewegliche Sache weggenommen wird, sie dem Wegnehmenden, der auf frischer Tat betroffen ist, mit Gewalt wieder abnehmen darf.

§ 859 Abs. 3 BGB regelt, dass für den Fall, dass dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen wird, die Entziehung des Besitzes durch Entsetzung des Täters wieder rückgängig machen kann.

Dies bedeutet, dass er – gegebenenfalls auch mit Gewalt – den Dritten aus dem Gebäude „jagen“ darf und sich selbst wieder in den Besitz setzen darf.

Bei überobligatorischen Baubeeinträchtigungen könnte dies bedeuten, dass der Nachbar, das heißt also der gestörte Besitzer, berechtigt ist, die Störung mit Gewalt zu unterbinden.

Ein praktisches Beispiel könnte wie folgt aussehen:

Bei der Errichtung eines Gebäudes fahren Bauarbeiter mutwillig auf dem Nachbargrundstück auf und ab und lassen auch während der Pausen den Motor laufen.

In einem solchen Falle könnte es denkbar sein, dass der gestörte Nachbar – gestützt auf § 859 BGB – hingeht und den Motor durch Abziehen des Schlüssels ausstellt.

### **(b).: §§ 903 ff. BGB:**

Das Eigentum stellt sogar noch weitergehende Rechte dar.

Gem. § 903 BGB ist der Eigentümer, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, befugt mit einer Sache nach Belieben zu verfahren. Er kann andere von jeder Einwirkung ausschließen. Der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse den Tierschutz zu beachten, kann aber ansonsten im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten ebenfalls nach Belieben mit dem Tier verfahren.

Als Eigentum bezeichnet man die umfassende Sachherrschaft einer Person an einem Gegenstand.

Der Eigentümer kann – wie wir gezeigt haben – mit der Sache nach belieben verfahren. Er kann aber auch Dritte von der Einwirkung auf die Sache ausschließen.

Das Ausschließungsrecht betrifft Einwirkungen auf die Sache, wie zum Beispiel Wegnahme, Zerstörung, Beschädigung und Benutzung. Es betrifft aber auch Einwirkungen wie Immissionen und sonstige zum Beispiel ruhestörende Beeinträchtigungen.

Dem Eigentümer eines betroffenen Grundstücks stehen Abwehrrechte zu.

Das wichtigste ist § 1004 BGB, auf den wir noch weiter eingehen werden.

Verboten sind zum Beispiel Grenzüberschreitung und das Verbringen eigener Sachen auf das Nachbargrundstück.

Für den Bauherrn ist dies insbesondere in der Bauphase eine ganz wesentliche Vorschrift. Er hat bei seinem Bauvorhaben stets darauf zu achten, dass er das Nachbargrundstück grundsätzlich nicht betreten darf und auch Baumaterialien nicht auf dem Grundstück ablegen darf.

Zwar bieten die Nachbarrechte der Länder, auf die wir noch eingehen werden, hier einzelne Ausnahmen (zum Beispiel Schaufelschlagrecht); diese sind aber an enge Voraussetzungen geknüpft. Grundvoraussetzung ist immer, dass die Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks nicht durch die Inanspruchnahme des eigenen Grundstücks vermeidbar ist.

So bedarf die Benutzung des Grundstücks durch den Eigentümer innerhalb der Grenzen des eigenen Grundstücks grundsätzlich keiner Rechtfertigung.

Es darf aber keine Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks damit verbunden sein.

Insbesondere ist es auch nicht erlaubt, dem Nachbargrundstück unwägbare Stoffe zuzuführen oder in ähnlicher Weise darauf einzuwirken.

Es gibt sogar eine Rechtsprechung dazu, dass immaterielle (ideelle) Einwirkungen untersagt werden.

So wurde es einem Eigentümer gerichtlich untersagt, auf seinem Grundstück mit Sicht zum Nachbarn einen Gartenzwerg mit heruntergelassener Hose zu positionieren.

Die Rechte des Eigentümers an einem Grundstück sind allerdings begrenzt.

Begrenzungen finden sich zum Beispiel in den §§ 904 ff. BGB.

So regelt zum Beispiel § 905 BGB, dass sich das Recht des Eigentümers nur auf einen bestimmten Teil der Oberfläche seines Grundstücks und den Erdkörper darunter bezieht. Einwirkungen, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, dass der Eigentümer an der Ausschließung kein Interesse mehr hat, kann er jedoch nicht verhindern. So muss jeder Eigentümer es dulden, dass Flugzeuge über sein Grundstück fliegen oder dass unter seinem Grundstück Bergbau betrieben wird.

Auch die nur unwesentliche Beeinträchtigung seines Grundstücks durch unwägbare Stoffe (das heißt: Gase, Dämpfe, Gerüche, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusche, Erschütterungen usw.) kann der Eigentümer nicht unterbinden.

Als Anhalt hier gelten die in Gesetzen und Rechtsverordnungen festgelegten Grenz- und Richtwerte, zum Beispiel die nach § 48 Bundesimmissionsschutzgesetz erlassenen Verwaltungsvorschriften.

Für den Fall, dass die zulässigen Normen allerdings überschritten werden, haben die Nachbarn einen Unterlassungsanspruch.

In Sommerzeiten sind die wichtigsten Beispiele das Rasenmähen und das Grillen.

Hier ist für den Bauherrn, insbesondere den Betreiber eines Studentenwohnheims, zu beachten, dass er an dieser Stelle eben auch dafür sorgen muss, dass seine Mieter diese Rechte wahren.

Weiterhin ist der Eigentümer eines Grundstücks verpflichtet, Anlagen, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, dass ihr Bestand und ihre Benutzung zusätzliche Einwirkungen auf das Nachbargrundstück haben, nicht zu errichten.

Sofern auf seinem Grundstück ein Gebäude steht, das einzustürzen droht, ist er verpflichtet, das Gebäude abzureißen oder sonstige Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen.

§ 909 BGB regelt die Verpflichtung, unzulässige Vertiefungen eines Grundstücks zu unterlassen. Eine unzulässige Vertiefung liegt dann vor, wenn der Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verliert und für eine genügend anderweitige Befestigung (zum Beispiel Spundwand) nicht gesorgt ist.

**(c.): § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB:**

Besondere Beachtung verdient noch der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. Satz 2 BGB.

Diese Norm regelt die verschuldensunabhängige Störerhaftung im Nachbarrecht und bietet einen sog. nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch.

Dieser gewährt einen Ausgleich dafür, dass der Nachbar die Zuführung von sog. Imponderabilien (zum Beispiel Lärm, Erschütterungen usw.) u. ä. Einwirkungen (Staub o. ä.) nicht nach § 1004 BGB abwehren kann, sofern die Beeinträchtigung nicht wesentlich ist, auf eine ortsübliche Nutzung des Grundstücks zurückgeht bzw. durch wirtschaftlich zumutbarer Maßnahmen nicht verhindert werden kann.

Nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist von einem dreigliedrigen Haftungssystem auszugehen. Die verschuldensunabhängige Störerhaftung steht neben der sog. Gefährdungs- und Deliktshaftung. Ein Anspruch kann alternativ darauf gestützt werden.

Sie stehen damit materiell in sog. Anspruchskonkurrenz.



Die Anwendung ist nur dann ausgeschlossen, wenn es spezialrechtliche Regelungen gibt. Dies ist zum Beispiel in § 22 Wasserhaushaltsgesetz der Fall, aber auch den Bestimmungen des §§ 74 Abs. 2 Satz 3 und 75 Abs. 4 Verwaltungsverfahrensgesetz.

Voraussetzung dafür ist, dass ein sog. nachbarrechtliches Gemeinschaftsverhältnis besteht. Dies setzt nach der derzeitigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs voraus, dass die Ansprüche zwischen sog. Grundstückseigentümern geltend gemacht werden. Dies ergibt sich daraus, dass der Bundesgerichtshof die Anwendbarkeit der hier zu untersuchenden Norm auf Mieter verneint hat.

Es muss eine wesentliche Beeinträchtigung vorliegen.

Anzulegen ist also ein objektiver Maßstab, das heißt also das Empfinden eines „verständigen Durchschnittsmenschen“. Allerdings darf hier auch den Umständen des Einzelfalls Rechnung getragen werden.

§ 906 Abs. 2 Satz 2 BGB regelt zum Beispiel schädliche Auswirkungen auf das Eigentum oder auf die Gesundheit des Betroffenen, die zum Beispiel die besonderen Geräuschkomponenten (Art des Lärms, Regelmäßigkeit, Frequenz), Störungszeit, die konkrete Beschaffenheit usw. mit einbeziehen.

Vielfach wird hier auch auf öffentlich-rechtliche Normen, wie zum Beispiel die technische Anweisung Lärm usw. abgestellt.

Eine wesentliche Beeinträchtigung ist nur dann zu dulden und auszugleichen, wenn sie durch eine ortsübliche Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird.

Ortsüblich ist sie dann, wenn in der Umgebung eine Mehrzahl von Grundstücken nach Art und Umfang gleichermaßen genutzt werden.

Liegt beispielsweise ein Grundstück in einem Neubaugebiet, so ist regelmäßig davon auszugehen, dass auf noch nicht bebauten Nachbargrundstücken demnächst Häuser errichtet werden und dass sich dann bestimmte Lärmerscheinungen zeigen werden.

§ 906 Abs. 2 Satz 2 BGB wurde aber nicht nur unmittelbar angewendet. Die Rechtsprechung hat mittlerweile eine entsprechende Anwendung (analoge Anwendung) judiziert.

Eine Pflicht zur Duldung kann sich zum Beispiel aus öffentlichem Interesse ergeben.

Auch die faktische Duldung rechtswidriger Einwirkung kann zu einem Ausschluss des Abwehranspruchs und damit zu dem sog. nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch führen.

Zu den abwehrfähigen Beeinträchtigungen gehört beispielsweise auch eine Vertiefung.

Auch Grobimmission, wie übergreifende Wurzeln oder Gesteinsbrocken können von § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB umfasst sein.

Weitere Verpflichtungen des Nachbarn zur Rücksichtnahme ergeben sich in der Regel aus den einschlägigen Nachbarrechten der Länder.

#### **(d): § 1004 BGB:**

Eine ganz wesentliche Anspruchsnorm im Verhältnis zwischen Nachbarn ist auch der in § 1004 BGB geregelte Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch.

Danach kann derjenige, dessen Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt wird, vom Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er sogar auf Unterlassung klagen.

Der Anspruch ist nur dann ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist.

Als Störer im Sinne dieser Norm wird heute derjenige Eigentümer eines Grundstücks betrachtet, dem die Verantwortlichkeit für die Beeinträchtigung aufgrund von Sachgründen auferlegt werden kann.

Voraussetzung ist die kausale Bestimmung.

Ein Anspruch nach § 1004 Abs. 1 BGB richtet sich gegen denjenigen, der die Eigentumsbeeinträchtigung durch sein Verhalten (positives Tun oder Unterlassen) unmittelbar adäquat verursacht hat (ein sog. unmittelbarer Störer).

Der Anspruch richtet sich auch gegen denjenigen, der die Beeinträchtigung mittelbar, das heißt durch Dritte oder durch Naturgewalt adäquat verursacht hat (sog. mittelbarer Störer).

Unmittelbarer Störer im Sinne dieser Norm ist beispielsweise der Bauherr, der selbst Tätigkeiten auf dem Baugrundstück ausübt.

Gegenstand etlicher gerichtlicher Entscheidungen ist beispielsweise das Bauen sog. Freizeitbauleute.

Damit meint man diejenigen, die insbesondere an Wochenenden ihre Eigenheime errichten, wodurch sich die ruhebedürftigen Nachbarn regelmäßig gestört fühlen.

Als mittelbaren Störer hat der Bundesgerichtshof zum Beispiel den Eigentümer eines Teichs, der mit lärmenden Fröschen besiedelt ist, angesehen.

Auch der Eigentümer eines Nachbargrundstücks, auf dem ein Baum steht, der durch seine Wurzeln in den Bereich des beschwerten Eigentümers eindringt, wurde als Störer in diesem Sinne betrachtet.

Bei der mittelbaren Störung ist allerdings noch darauf abzustellen, dass sich kein allgemeines Risiko realisiert haben darf.

Dies kann zum Beispiel bei einem Windrad oder bei Abfluss unvorhersehbarer großer Mengen von Oberflächenwasser der Fall sein.

Weiterhin ist im Rahmen des § 1004 BGB zu prüfen, ob der Eigentümer, insbesondere der Bauherr, gegen eine konkrete Sicherungspflicht verstoßen hat.

Dabei ist auf die Verkehrsauffassung abzustellen. Diese wird insbesondere aus den Konfliktlösungsregeln der §§ 103 BGB definiert.

Von Bedeutung sind dabei insbesondere Wesentlichkeit und Ortsüblichkeit, aber auch die Zumutbarkeit von Vorkehrungen gegen die entsprechenden Störungen.

Treten beispielsweise auf einem Grundstück Wollläuse oder Mehltau auf, so ist zu prüfen, ob der Eigentümer, der als Störer in Anspruch genommen werden soll, in zumutbarer Weise Schädlingsbekämpfungsmittel oder chemische Unkrautmittel hätte einsetzen können.

Die Frage ist dann insbesondere unter Berücksichtigung des einschlägigen Naturschutzrechts zu beantworten.

Verstößt jemand gegen die durch § 1004 BGB auferlegten Pflichten, so hat der geschädigte Nachbar Anspruch auf Beseitigung und gegebenenfalls auch auf Schadensersatz.

Ob tatsächlich auch ein Schadensersatzanspruch besteht, war lange Zeit umstritten.

Mittlerweile hat der Bundesgerichtshof aber mehrfach entschieden, dass die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes tatsächlich verlangt werden kann.

Die Entscheidung wurde durch den Bundesgerichtshof am Beispiel einer Pappelallee gefällt. Im entschiedenen Fall war es so, dass auf einer öffentlichen Straße Bäume wuchsen, deren Wurzeln einen nahegelegenen Tennisplatz untergruben. Es kam dazu, dass auf dem Tennisplatz selbst Verwerfungen auftraten.

Der Bundesgerichtshof hat den Eigentümer der Straße als verpflichtet gesehen, die Wurzeln zu entfernen. Da dies nur möglich war, in dem der Tennisplatz aufgegraben wurde, hat der Bundesgerichtshof auch aus dem Gesichtspunkt von § 1004 BGB angenommen, dass der Störer zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands verpflichtet war.

## **2. Risikoverlagerung auf Dritte:**

Im Ergebnis bleibt damit festzuhalten, dass der Bauherr mannigfaltigen Verpflichtungen unterworfen ist, die im Umkehrschluss für ihn ein nicht unerhebliches Haftungsrisiko, das bis hin zur strafrechtlichen Relevanz gehen kann, mit sich bringen.

Angesichts dieser Haftungsrisiken stellt sich die Frage, wie der Bauherr am geschicktesten reagiert, um die Risikoproblematik weitestgehend zu entschärfen.

Die erste und im Grunde genommen auch einfachste Möglichkeit hierzu mag sich banal anhören, ist aber der sicherste Weg zur Vermeidung von Problemen:

**Der Bauherr muss nichts anderes tun, als sämtliche ihm obliegenden Pflichten zu erfüllen.**

Dass dies tatsächlich kaum möglich ist, dürfte auf der Hand liegen.

Insbesondere bei solchen Bauherren, die nicht nur, wie der Häuslebauer, an einer einzigen Baustelle beschäftigt sind, sondern gleichzeitig mehrere Objekte zu betreuen bzw. zu überwachen haben, ist dies rein praktisch ausgeschlossen.

Insbesondere der professionelle Bauherr zeichnet sich dadurch aus, dass er die Tätigkeiten, die normalerweise den Bauherren selbst obliegen, delegiert.

In gleicher Weise wird er auch versuchen, seine Risiken zu delegieren, das heißt auf Dritte zu übertragen.

#### **a.: Versicherung:**

Die erste Möglichkeit der Risikoverlagerung auf Dritte setzt dort an, wo die Haftung quasi dem Grunde nach beim Bauherrn verbleibt, aber der Höhe nach auf einen anderen übertragen werden soll.

Dazu bietet sich eine Versicherung an.

Die Risiken, für die der Bauherr regelmäßig haftet, sind in der Regel versicherbar.

Dies bedeutet, dass selbst, wenn der Bauherr haftet, er einen etwaigen Schadensersatz nicht zu tragen hat, sondern ein Versicherer den Schaden der Höhe nach liquidiert.

Dabei ist zu vorderst an eine sog. Bauherrenhaftpflichtversicherung zu denken.

Diese wird auch für professionell tätige Bauherren bzw. Eigentümer von Gebäuden regelmäßig auf dem Markt angeboten.

Es gibt für den „einfachen Häuselbauer“ bei fast allen Versicherungsgesellschaften sog. Bauherrenhaftpflichtversicherungen.

Dabei handelt es sich um einen Spezialfall der üblichen Haftpflichtversicherung. Dem gemäß gelten auch die allgemeinen Versicherungsbedingungen hier wie bei den üblichen Haftpflichtversicherungen.

In der Anlage ist ein Formular angefügt, das die allgemeinen Haftpflichtbedingungen, wie sie heute am Markt üblich sind, wiedergibt.

An dieser Stelle hat der Bauherr aber folgendes zu beachten:

Die Versicherung wird, wenn der Bauherr vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt, von ihrer Leistungspflicht gem. § 62 VVG frei.

Das bedeutet, dass die Delegierung des Haftungsrisikos der Höhe nach auf eine Versicherung nur dann funktioniert, wenn der Bauherr seinen Pflichten grundsätzlich doch nachkommt

Im öffentlichen Bereich werden solche Versicherungen regelmäßig mit dem kommunalen Schadensausgleich abgeschlossen.

Für bestimmte Bauvorhaben bietet sich allerdings auch der Abschluss einer Spezialversicherung bei einem der großen Versicherungskonzerne an.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch darauf, dass Versicherungen, mit denen auch das Risiko abgesichert wird, dass etwa beauftragte Dritte ihren Verpflichtungen nachkommen, durchaus nicht unüblich sind.

## **b.: Verträge mit Dritten:**

Der professionell tätige Bauherr wird, wie dargestellt, regelmäßig selbst weder die Planung eines Bauvorhabens, noch die Überwachung eines Bauvorhabens, noch die Durchführung eines Bauvorhabens selbst ausführen.

Es bietet sich damit im Rahmen der Haftungsminimierung für den Bauherrn an, die Haftungsrisiken auf die Dritten, die mit der Ausführung und der Umsetzung des Bauvorhabens beauftragt sind, das heißt also die am Bau Beteiligten im weiteren Sinne, zu übertragen.

Dies bedeutet, dass der Bauherr seine Verträge so zu gestalten hat, dass aus ihnen klar hervorgeht, wie die Risikotragung im Einzelnen und durch wen erfolgen soll. In den Verträgen muss der Modus der Delegation des Risikos vom Bauherrn auf die sonstigen am Bau Beteiligten im weiteren Sinne geregelt sein.

Darüber hinaus – und dies ist besonders wichtig – ist darauf zu achten, dass nicht nur die Übertragung des Risikos auf Dritte in den Verträgen geregelt ist, sondern die Verträge auch Regelmechanismen dafür beinhalten, dass die Risikotragung durch die Dritten erfolgreich durchgesetzt werden kann, wenn es darauf ankommt.

Einleitend ist daher darzustellen, wie die Vertragsgestaltung generell vonstatten geht.

Bei der Vertragsgestaltung differenziert man grundsätzlich zwischen 2 verschiedenen Teilen, nämlich zum einen der sog. „Erfüllungsgestaltung“ und zum anderen der sog. „Risikogestaltung“.

Bei der Erfüllungsgestaltung geht es darum, was der jeweils Beauftragte konkret zu machen hat und welches Entgelt er dafür erhält.

Bei der Erfüllungsgestaltung geht es also primär um die sog. Hauptpflichten aus dem Vertrag, die sog. Essentialia negotii.

Bei der Risikogestaltung dagegen geht es darum, zu realisieren, welche Risiken aus einem bestimmten Vertragsverhältnis entstehen können, welche Risiken ohnehin vorhanden sind und wie diese Risiken im Rahmen der Regelung eines Vertrags minimiert werden können.

Bei der Risikogestaltung geht es insbesondere auch darum, zu garantieren, dass die Regelmechanismen zur Risikominimierung im Ergebnis auch umgesetzt werden können.

Bei der Umsetzung von Bauvorhaben sind außer dem Bauherrn grundsätzlich zwei Personenkreise tätig: nämlich die theoretisch mit der Planung befassten und diejenigen, die das Bauvorhaben praktisch ausführen.

Die im Baubereich üblichen Verträge sind in der Regel Werkverträge im Sinne der §§ 631 ff. BGB.

§ 631 BGB regelt die Herbeiführung eines Erfolges.

Der Erfolg kann in einem sog. Geisteswerk zu sehen sein oder in der praktischen Veränderung oder Herstellung einer Sache liegen (sog. Sachwerk).

Die am Bau Beteiligten werden durch den Bauherrn regelmäßig in beiderlei Hinsicht beauftragt.

Während Planer, Architekten und Entwurfverfasser aber auch Bauüberwacher und Sachverständige in der Regel Geisteswerke liefern, ist die Baufirma in der Regel mit der Errichtung eines Sachwerks befasst.

Es ist also zu prüfen, in welchem Umfange die Haftung des Bauherrn tunlich auf diejenigen am Bau Beteiligten, die ihm Geisteswerke zu liefern haben und diejenigen, die ihm das Bauvorhaben zu errichten haben, zu übertragen.

#### **aa.: Planer, Architekten und Entwurfverfasser:**

Zu Beginn eines Bauvorhabens ist regelmäßig die geistige Leistung vom Planer, Architekt oder Entwurfverfasser vorzunehmen.

Das Bauvorhaben ist zu planen, die anstehenden Arbeiten sind zu ermitteln und in ein Leistungsverzeichnis und einen Bauzeitenplan aufzunehmen. Sodann ist eine Vergabe auf ein mit der Umsetzung befasstes Bauunternehmen durchzuführen.

Schließlich sind insbesondere Architekten im Rahmen der Leistungsphasen nach HOAI auch damit betraut, die Überwachung und zuletzt auch das Mängelregime durchzuführen.

Am Anfang der Planung steht also der Entschluss des Bauherrn, ein Bauvorhaben zu errichten.

Er wird dann – als öffentlicher Bauherr im Rahmen einer Ausschreibung – ein Planungsbüro oder Architekturbüro gewinnen, das die Pläne und die späteren bei der Umsetzung des Bauvorhabens anfallenden geistigen Werke zu ermitteln und zu definieren hat.

Der Vertrag mit diesen Personen ist regelmäßig ein Werkvertrag gem. § 631 ff. BGB.

Beim Architektenvertrag kommen allerdings auch dienstvertragliche Elemente hinzu, so insbesondere dann, wenn ein Vertrag über die Bauüberwachung impliziert ist.

Bei der Regelung der Hauptbestandteile dieses Vertrages, das heißt also im Rahmen der Erfüllungsgestaltung des Vertrages, wird genau definiert, was der Architekt zu tun hat. Sodann wird definiert, welches Entgelt (das heißt welchen Werklohn) er dafür zu erhalten hat.

Insoweit ist die Haftung des Bauherrn zunächst einmal darauf beschränkt, dass er ein anerkanntes Büro beauftragt.

Wie wir bei der Darstellung des öffentlichen Rechts gesehen haben, gibt es insbesondere im Bereich der Bauordnungen nach Landesrecht etliche Vorschriften, die den Bauherrn dazu verpflichten, besonders ausgebildete Personen, insbesondere Architekten oder Ingenieure, mit der Planung und Umsetzung des Bauvorhabens zu betrauen.

Das heißt für den Bauherrn, dass er sinnvollerweise, z. T. aber auch aufgrund öffentlichen Rechts insoweit verpflichtet, seine Risikominimierung dadurch vorantreibt, dass er Architekten, Planer und Entwurfverfasser sorgfältig auswählt.

Zur sorgfältigen Auswahl unter dem Gesichtspunkt der Risikominimierung gehört in diesem Zusammenhang insbesondere auch die Auswahl eines Architekturbüros, das drastisch ausgedrückt, lange genug existiert, um das Bauvorhaben zu begleiten.

Dies bedeutet an dieser Stelle bereits, dass nicht unbedingt der „billigste“ Architekt/Planer/Entwurfverfasser beauftragt werden darf, bei dem erhebliche Zweifel daran bestehen, ob er aufgrund seiner wirtschaftlichen Situation überhaupt in der Lage ist, das Bauvorhaben noch bis zum Ende begleiten zu können.

Bereits hier muss geprüft werden, inwieweit derjenige, der beauftragt wird, auch zuverlässig genug ist.

Im Rahmen der Erfüllungsgestaltung sollte in diesem Zusammenhang bereits auch ein Regelmechanismus dafür gefunden werden, ob und wenn ja in welchem Umfange sich der jeweilige Architekt, Planer oder Entwurfverfasser der Hilfe eines Dritten bedienen darf.

Wir hatten bereits im ersten Kapitel gesehen, dass es Situationen gibt, in denen der allgmein tätige General möglicherweise überfordert ist und sich sinnvollerweise der Hilfe eines Spezialisten (zum Beispiel Statiker) bedient.

Hierfür sollten sinnvollerweise bereits im Bereich der Erfüllungsgestaltung Regelmechanismen eingearbeitet werden, die den Beauftragten seinerseits verpflichten, Subunternehmer sorgfältig auszuwählen und mit diesen solche Verträge zu schließen, dass die Haftung entsprechend auch umgesetzt werden kann.

Im Rahmen der Risikogestaltung ist dann darauf zu achten, dass die vereinbarten Leistungen im Ergebnis auch umgesetzt werden können.

Dass Mechanismen dafür gefunden werden sollen, dass die Hauptleistungspflicht im Ergebnis ausgeführt wird, versteht sich von selbst und ist nicht Gegenstand dieses Vortrags.

Wichtig ist aber, Regelmechanismen in den Vertrag aufzunehmen, die den Beauftragten, das heißt den Unternehmer, verpflichten, die Risiken, die regelmäßig dem Bauherrn obliegen, zu übernehmen.

Derartige Regelmechanismen beginnen im Bereich der Nebenpflichten zunächst einmal damit, dass die Nebenpflichten sorgfältig definiert werden.

Dies bedeutet, dass der Bauherr zunächst einmal schaut, welche Haftungsgrundlagen für ihn nach öffentlichem Recht und nach Zivilrecht bestehen. Wir hatten diese Haftungsgrundlagen oben bereits im Einzelnen definiert.

Um hier möglichst keinen Gefahren ausgesetzt zu sein bzw. seine Risiken erfolgreich zu delegieren, sollte der Bauherr an dieser Stelle den Katalog seiner Risiken in den Vertrag aufnehmen und soweit wie möglich und hier tunlich eine Verpflichtung im Vertrag definieren, die den mit der Erbringung eines Geisteswerks Beauftragten verpflichtet, die Risiken selbst zu tragen.

Ist beispielsweise der Bauherr bei der Umsetzung eines größeren Bauvorhabens verpflichtet, bestimmte Vorgaben zu beachten, so sollte er diese Vorgaben genau aufschlüsseln und in den Vertrag aufnehmen.

Sind, um ein konkretes Beispiel zu wählen, bestimmte statische Voraussetzungen nach DIN vorgeschrieben, die für die Errichtung eines mehrgeschößigen Studentenwohnheims zu beachten sind, gibt es hierzu Regelungen etwa unter brandschutzrechtlichen Gesichtspunkten usw., so sollten diese nach Möglichkeit in den Vertrag aufgenommen werden und als Fallbeispiele zur Untermauerung einer generell definierten Verpflichtung des Architekten Eingang in den Vertrag finden.

Derartige Regelungen kann man etwa so definieren, dass man eine allgemeine Verpflichtung aufnimmt und dann anschließt mit den Worten:

„Dabei hat der Architekt insbesondere folgende Vorschriften zu beachten ...“

Sofern sich hier die Frage stellt, woher der jeweilige Bauherr die jeweiligen Pflichten denn kennen soll, ohne selbst über Spezialkenntnisse zu verfügen, lässt sich unter rechtlichen Gesichtspunkten folgender Regelungsweg denken:

Entweder gibt es beim Bauherrn selbst Spezialisten, die über derartige Spezialkenntnisse verfügen. Dies ist insbesondere bei größeren öffentlichen Körperschaften der Fall. Die Kreisfreien Städte und Landkreise verfügen über Fachämter, in denen durchaus Spezialisten vorhanden sind, die sich mit dem jeweiligen Gegenstand auskennen.

Ist dies nicht der Fall, kann man sich der Hilfe von Spezialisten aus den übergeordneten Behörden bedienen.

Im Übrigen besteht aber auch die Möglichkeit, die konkreten Punkte, die im Vertrag geregelt sein sollten, vom jeweils Beauftragten definieren zu lassen und in den Vertrag aufzunehmen.

Ist im Rahmen der Risikogestaltung dann eine entsprechende Vereinbarung getroffen worden, so ist im Weiteren abzusichern, dass diese Vereinbarung auch umgesetzt werden kann.

Dies kann wiederum so geschehen, dass der jeweils Beauftragte seine eigenen Risiken zu delegieren versucht.

Das heißt konkret, dass dafür Sorge zu tragen ist, dass Architekt, Planer oder Entwurfverfasser im entsprechenden Umfang versichert ist.

Dabei sollte tunlichst darauf geachtet werden, dass das gesamte Risiko abgesichert ist.

Es ist ein deutlicher Fehler, wenn man beispielsweise bei einem Architektenvertrag über ein Bauvorhaben im Umfang von mehreren Millionen Euro eine Haftpflichtversicherung des Architekten im Umfang von wenigen 100.000,00 € akzeptiert und im Übrigen in den Vertrag eine Regelung aufgenommen würde, die eine Beschränkung des Haftungsrisikos im Falle von leichter und mittlerer Fahrlässigkeit auf eben diese Haftungssumme zulässt.

Die Haftpflichtversicherung des Architekten ist nicht so teuer, dass hier nicht das gesamte Risiko abgesichert werden könnte.

Im Zweifel muss der Architekt hier einen Zuschlag zu seinem Honorar verlangen.

Es nützt jedenfalls nichts, einen ausgesprochen gut ausgehandelten Vertrag mit dem Architekten geschlossen zu haben, der dazu führt, dass der Architekt im Falle seiner



Inanspruchnahme einen Insolvenzantrag stellt und seine Haftpflichtversicherung nur im Mindestumfang haftet. Darüber hinaus sollte, was nicht unbedingt üblich ist, auch mit Architekten über die Beibringung einer Erfüllungsbürgschaft verhandelt werden.

Dadurch ließe sich absichern, dass der Architekt seinen Leistungen im Ergebnis auch nachkommt und seine Verpflichtungen erfüllt.

Insbesondere dann, wenn sich nachträglich Mängel am Bauvorhaben zeigen, bei denen nicht feststeht, ob sie auf Planungs- oder Ausführungsfehler zurückzuführen sind, sollte auch der Fall abgesichert sein, dass es sich um Planungsfehler handelt. Hierzu sei noch einmal angemerkt, dass sich im Verhältnis zum Bauunternehmen der Bauherr Planungsfehler zurechnen lassen muss.

Unterlegen kann man die Vertragserfüllung des Architekten auch mit einer angemessenen Vertragsstrafe.

Für den Fall, dass man im Rahmen der Erfüllungsgestaltung zugelassen hat, dass sich der Architekt der Hilfe von Spezialisten bedient, sollte man sich gleich im Wege einer antizipierten Zession etwaige Schadensersatzansprüche gegen Dritte abtreten lassen, damit man diese unmittelbar selbst geltend machen kann.

#### **bb.: Baufirma (ausführendes Unternehmen):**

Die Umsetzung des durch den Architekten, Planer bzw. Entwurfverfasser hergestellten Geisteswerkes wird entweder zentral auf einen Generalunternehmer vergeben, der dann seinerseits Subunternehmer beauftragt oder – insbesondere wenn es sich nur um kleinere Gewerke handelt – durch Spezialunternehmen (das heißt kleinere Unternehmen) durchgeführt werden.

Bei der Gestaltung der Verträge mit diesen Firmen gelten dieselben Prämissen, die oben definiert wurden.

Auch der Vertrag mit der bauausführenden Firma ist in der Regel als Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff. BGB zu betrachten.

Im öffentlichen Bereich kommt hinzu, dass Vertragsgrundlage für diese Verträge regelmäßig die VOB/B sein dürfte.

Auch hier gliedert sich der Vertrag wieder in 2 Elemente, nämlich die Erfüllungsgestaltung und die Risikogestaltung.

Bei der Erfüllungsgestaltung wird auf der Grundlage des durch den Architekten ermittelten Geisteswerkes festgelegt, welche Bauleistungen die Baufirma als bauausführendes Unternehmen zu erbringen hat.

Auch hier gilt wieder, dass bei der Auswahl des bauausführenden Unternehmens nicht unbedingt der billigste Anbieter genommen werden sollte, sondern der preiswerteste.

Es gilt zwar bei der Vergabe von öffentlichen Bauvorhaben, dass grundsätzlich derjenige, der das niedrigste Angebot abgegeben hat, zu beauftragen ist.

Ausnahmen sind aber dann gegeben, wenn sich erhebliche und begründete Zweifel an der Zuverlässigkeit des günstigsten Bieters ergeben.

Regelmäßig ist es so, dass die öffentliche Hand zur Vermeidung von Anfechtungen des Vergabeverfahrens den günstigsten Anbieter auswählt und beauftragt, wobei Bedenken oftmals zurückgestellt werden.

Insbesondere dort, wo man mit einem Anbieter schlechte Erfahrungen gemacht hat, ja wo gerade Rechtsstreitigkeiten gegen den jeweiligen Bieter laufen, ist nach unserer Auffassung aber ein Anhaltspunkt da, der es dem Ausschreibenden ermöglicht, einen Bieter nicht zu berücksichtigen.

Über diese Möglichkeit sollte sorgfältig nachgedacht werden.

Dies hat auch im Sinne einer Risikominimierung für den Bauherrn in der Zukunft den Vorteil, dass es generalpräventive Gründe für die jeweiligen Baufirmen gibt, sorgfältig zu arbeiten und die übernommenen Leistungen ordnungsgemäß auszuführen, muss man doch damit rechnen, im Nichterfüllungsfall zukünftig nicht mehr berücksichtigt zu werden.

Im Rahmen der Erfüllungsgestaltung sollte auch Wert darauf gelegt werden, wer für ein bestimmtes Unternehmen tätig ist.

In dem oben skizzierten Fall des Oberlandesgerichts Stuttgarts war zwar – entsprechend der baurechtlichen Abrissverfügung – ein Spezialunternehmen beauftragt worden. Bei der Vertragsgestaltung war aber nicht darauf geachtet worden, dass die Arbeiten durch das Unternehmen „höchstpersönlich“ ausgeführt werden sollten, dass dieses Unternehmen einen Erfüllungsgehilfen schicken konnte, der alles andere als ein Spezialunternehmer war. So kam es im Ergebnis dazu, dass der Bauherr letztlich strafrechtlich belangt werden konnte.

Bei der Erfüllungsgestaltung sollten also Regelmechanismen dahingehend getroffen werden, dass derjenige, der die Ausschreibung gewonnen hat, letztlich auch derjenige sein wird, der verantwortlich auf der Baustelle tätig ist.

Im Rahmen der Risikoplanung sollten dann die den Bauherren treffenden – öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen – Risiken wiederum genau definiert werden. Diesmal hat der die Ausschreibung begleitende Planer/Architekt/Entwurfverfasser die Vorarbeit jedenfalls zu leisten.

Er hat die den Bauherren treffenden Risiken zu erkennen. Er hat sie zu definieren. Er hat sie sodann im Rahmen der Vertragsgestaltung dem Bauunternehmen, das die Leistungen ausführt, aufzuerlegen.

Wichtig ist an dieser Stelle, dass auch neben Generalklauseln wiederum die bekannten konkreten Risiken genau benannt werden.

An dem allgemein bekannten und im Grunde genommenen banalen Beispiel der kommunalen Räum- und Streupflichten zeigt sich, dass Verträge dann, wenn sie dem beauftragten Dritten konkrete Leistungspflichten auferlegen (ab welchen Temperaturen zu streuen ist, bei welchen Straßenverhältnissen zu streuen ist, ab welcher Uhrzeit zu streuen ist usw.) am besten geeignet sind, die Risiken, die grundsätzlich den Bauherren treffen, auf den Unternehmer zu

übertragen mit der Folge, dass der Bauherr möglicherweise von seinem Haftungsrisiko frei wird.

Dies gilt analog letztlich auch im Verhältnis zur bauausführenden Firma.

Es sollte also darauf geachtet werden, dass die bauausführende Firma im Bereich der Nebenpflichten verpflichtet wird, genau definierte Risiken zu übernehmen.

Weiterhin sollte darauf geachtet werden, dass die Übernahme der Risiken ebenso, wie bei einem Verfasser des Geisteswerks, abgesichert ist.

Dies kann wiederum zunächst einmal mit der Vereinbarung einer erheblichen Vertragsstrafe geschehen.

Dabei ist darauf zu achten, dass die Vertragsstrafe in einem von der Rechtsprechung vorgegebenen Verhältnis bleiben muss (5 % der Bausumme).

Eine Vertragsstrafe, die beispielsweise die Höhe des gesamten Werklohns umfasst, ist sittenwidrig, so dass eine entsprechende Vereinbarung überhaupt keinen Sinn machte.

Es ist daran zu erinnern, dass bei der Formulierung der jeweiligen Verträge nicht quasi utopische Vorstellungen verwirklicht werden, die einen der Beteiligten in rechtswidriger Weise benachteiligen, sondern dass die Verträge nach wie vor ausgewogen bleiben, so dass die Vertragsgestaltung auch zu dem gewünschten Erfolg, nämlich der Delegation des Risikos auf den Unternehmer führen kann.

Dies sei besonders ausgeführt am Beispiel des VOB/B-Vertrages:

Es ist ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und dem folgend der Obergerichte, dass, wenn die VOB/B vereinbart ist (was bei öffentlichen Vergaben regelmäßig der Fall ist) keine Regelungen etwa in Allgemeine Geschäftsbedingungen aufgenommen werden dürfen, die derart von der VOB/B abweichen, dass die Übertragung des Haftungsrisikos einseitig wird.

Wer derartige Regelungen in den Vertrag aufnimmt, hat im Ergebnis nichts gekonnt, weil die Regelungen von der Rechtsprechung als unwirksam erkannt werden.

Wer beispielsweise einen VOB/B-Vertrag schließt, der abweichend von der in der VOB/B geregelten 4-jährigen Verjährung etwa eine 20-jährige Verjährung durch AGB dem Bauunternehmen auferlegen wollte, muss damit rechnen, dass die Gerichte zum Ergebnis kommen werden, dass die Regelung insgesamt unwirksam ist, so dass eine Verlängerung der Verjährung, die vielleicht in einem angemessenen Rahmen möglich wäre, ausgeschlossen wird.

Die Erfüllung der Risikoübernahme sollte wiederum durch entsprechende Bürgschaften und Versicherungen, die nachzuweisen sind, abgesichert werden.

Auch hier ist darauf zu achten, dass die Bürgschaften in einem angemessenen Umfang vereinbart werden und dass Versicherungen das gesamte Risiko absichern und nicht nur im Rahmen einer Haftungsbegrenzung möglich sind.

Auch bei der Definition der Vertragsstrafe ist darauf zu achten, dass hier keine Ausschlusswirkung mit der Folge der Begrenzung der möglichen Schadensersatzansprüche nach oben eintritt, sondern dass die Vertragsstrafe als Mindestnorm vereinbart wird. Das Beispiel Tollcollect ist insoweit wohl noch gut in Erinnerung. Hier war nach allgemeinem Bekunden ein krasser juristischer Fehler gemacht worden, der dazu führte, dass Schadensersatz für die aufgrund der Nichterfüllung eingetretenen Schäden nicht in voller Höhe verlangt werden konnte, sondern auf einen geringen Teil beschränkt blieb.

Bei der Hereinnahme von Sicherheiten ist auch hier darauf zu achten, dass die Voraussetzungen, die die Rechtsprechung aktuell stellt, beachtet werden.

Es ist wohl noch erinnerlich, dass vor einiger Zeit durch den Bundesgerichtshof entschieden wurde, dass Bürgschaften auf erstens Anfordern im kaufmännischen Bereich unzulässig sind.

Folge war, dass diejenigen, die derart unzulässige Bürgschaften vereinbart hatten, plötzlich ohne Sicherheit da standen.

Wichtig sollte in diesem Zusammenhang auch sein, dass gegenseitige Kontrollmechanismen derjenigen, denen die Risiken vertraglich auferlegt werden, in die Verträge aufgenommen werden.

Es sollte darauf geachtet werden, dass nicht nur der Architekt die Baufirma zu überwachen hat, sondern bereits vertraglich vereinbart ist, dass die Baufirma Bedenken gegen die Tätigkeit des Architekten rechtzeitig anzumelden hat.

Die VOB/B beinhaltet insoweit eine Regelung.

Es sollte aber darauf geachtet werden, dass diese auch letztlich umgesetzt wird. Dazu sollte auf Bauherrenseite auf jeden Fall ein kompetenter Ansprechpartner da sein, der entsprechende Schreiben nicht nur abheftet, sondern auch Konsequenzen daraus zieht.

### **cc.: Bauüberwacher, Sachverständiger:**

Verfügt die Bauherrschaft nicht über entsprechendes Personal, so könnte hier wiederum ein externes Büro beauftragt werden. Regelmäßig wird dies so geschehen, dass das beauftragte Planungs- und Architekturbüro im Rahmen der HOAI auch mit den Leistungsphasen 8 und 9, das heißt mit der Bauüberwachung und dem Mängelmanagement beauftragt wird.

Ob dies allerdings immer der richtige Weg ist, ist fraglich.

Gegebenenfalls täte es hier auch gut, einen unabhängigen Dritten damit zu beauftragen, regelmäßig und stichprobenartig die Ausführung der beauftragten Gewerke, das heißt sowohl des beauftragten Geisteswerks als auch des beauftragten Sachwerks zu überprüfen.

Hier bietet sich die Übertragung auf Bauüberwacher bzw. auf Sachverständige an.

Bei der Gestaltung der Verträge mit diesen beiden ist auf die oben unter aa. definierten Voraussetzungen zurückzugreifen.

Insbesondere die Tätigkeit von Sachverständigen wird gegebenenfalls zwar nicht gern gesehen, aber im Grunde genommen stets akzeptiert.

Ein Sachverständiger kann regelmäßig feststellen, ob die Beteiligten ihren Pflichten nachkommen.

Unter dem Gesichtspunkt Risikominimierung ist dabei auch zu beachten, dass allein die Existenz derartiger Bauüberwacher bzw. Sachverständiger und deren Auftreten vor Ort dazu führt, dass auch die anderen am Bau Beteiligten ihren Pflichten regelmäßig sorgfältig nachkommen.

Wer weiß, dass seine Tätigkeit kontrolliert wird und er nicht frei walten und schalten kann, gibt sich bei der Umsetzung seiner Arbeiten regelmäßig mehr Mühe, als derjenige, der den Eindruck hat, dass es sowieso niemanden interessiert, wie er tätig ist.

Hier sollte gegebenenfalls der Bauherr auch selbst noch einmal Acht geben.

Der Bauherr sollte sich anhand von Baustellenbesprechungen regelmäßig darüber informieren, ob die von ihm Beauftragten auch selbst vor Ort tätig sind. Wer den beauftragten Architekten auf der Baustelle nicht sieht, hat sicherlich den falschen Architekten ausgewählt.

Darüber hinaus sollte die Bauherrschaft auch prüfen, ob die beauftragten Unternehmen selbst vor Ort sind oder ob – gegebenenfalls unter Verstoß gegen den Vertrag – nicht doch Subunternehmer, die den Namen „Spezialunternehmer“ keineswegs verdienen, gebunden wurden.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch unter Berücksichtigung von öffentlichem Recht hier strenge Maßstäbe anzulegen sind.

Es ist daran zu erinnern, dass zum Beispiel nach den Regelungen des Arbeitsförderungsgesetzes die Beschäftigung nicht in Deutschland arbeitsberechtigter Personen verboten ist. Es ist daran zu erinnern, dass auch die Schwarzarbeit in Deutschland verboten ist und dass für die Beachtung dieser Regelungen der Bauherr wiederum haftet.

Es liegt daher im eigenen Interesse, dass der Bauherr auch selbst regelmäßig vor Ort erscheint und sich davon überzeugt, dass die von ihm geschlossenen Verträge letztlich auch beachtet werden.

Hat der Bauherr das Risiko vertraglich sinnvoll und angemessen delegiert, kommt er darüber hinaus auch seinen eigenen Überwachungspflichten nach, so wird in der Regel eine Haftung des Bauherrn sowohl nach öffentlichem als auch nach Zivilrecht ausscheiden, so dass nunmehr die beauftragten Dritten haften.

### **III. Die Haftung der beauftragten Dritten**

Nachdem im letzten Kapitel die Haftung des Bauherrn umfangreich dargestellt worden ist, stellt sich die Frage, ob auch die Übrigen am Bau Beteiligten haften, insbesondere aber auch auf welcher Grundlage sie haften.

Wie schon bei der Haftung des Bauherrn gezeigt, so haften auch die Übrigen am Bau Beteiligten zum einen nach öffentlichem Recht, zum anderen nach Privatrecht.

## **1.: Die Haftung der beauftragten Dritten nach öffentlichem Recht:**

Die Haftung der beauftragten Dritten nach öffentlichem Recht ist insbesondere davon abhängig, in welchem Pflichtenkanon sie öffentlich-rechtlich, d. h. gegenüber der Allgemeinheit, tätig werden.

Daran soll wiederum gezeigt werden, welche Pflichten die einzelnen Beteiligten treffen und wie sie sanktioniert werden.

### **a.: Haftung von Planer, Architekt und Entwurfverfasser:**

Am Beginn eines jeden Bauvorhabens steht die theoretisch-geistige Auseinandersetzung mit dem späteren Vorhaben.

Der Bauherr hat die Idee, ein bestimmtes Bauvorhaben zu realisieren.

Er überträgt die Aufbereitung und Ausarbeitung seiner Ideen auf einen Planer, Architekten oder Entwurfverfasser.

Auch für diese Positionen befinden sich in den öffentlich-rechtlichen Vorgaben, die bereits die Verantwortlichkeit des Bauherrn regeln, wiederum Vorschriften.

Die Regelungen zum Entwurfverfasser befinden sich z. B. im Sächsischen Landesrecht in § 54 der Sächs. Bauordnung.

Darin ist definiert, wer Entwurfverfasser werden kann.

Voraussetzung ist die Eignung zur Vorbereitung des Bauvorhabens hinsichtlich Sachkunde und Erfahrung.

Zulässig ist insoweit die Heranziehung geeigneter Fachplaner in einzelnen Fachgebieten, insbesondere dort, wo nur die Lösung einzelner theoretischer Probleme erforderlich ist.

Die Sächsische Bauordnung regelt – wie auch die übrigen Landesbauordnungen – dass dem hinzugezogenen Entwurfverfasser die verantwortliche Leitung und Koordinierung der Gesamtplanung obliegt.

Sein Aufgabenbereich fällt auf die Erstellung bautechnischer Nachweise.

Dabei ist die Verantwortlichkeit des Architekten bzw. auch des Entwurfverfassers eine Originäre.

Während der Fachplaner nur für die von ihm erarbeiteten und unterschriebenen Unterlagen verantwortlich zeichnet, ist der Entwurfverfasser bzw. Architekt global verantwortlich dafür, dass die Fachplanungen ineinander greifen und im Ergebnis ein funktionsfähiges, d. h. baubares Ganzes bilden.

Der generell tätige Entwurfverfasser prüft die Übereinstimmung sämtlicher Planungsunterlagen mit den genehmigten Bauvorlagen.

Er trägt die Verantwortlichkeit für die Vollständigkeit und Brauchbarkeit seines Entwurfs.

Er zeichnet weiter verantwortlich für die Ausführung der notwendigen Einzelzeichnungen, die Einzelberechnungen und Anweisungen und hat zu kontrollieren, dass diese öffentlich-rechtlichen Vorschriften (z. B. aus den oben bereits zitierten Sondergesetzen) entsprechen.

Verstößt er gegen seine Pflichten, kann sein Zuwiderhandeln als Ordnungswidrigkeit i. S. von § 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 Sächs.BO geahndet werden.

Der Begriff des Entwurfverfassers ist dabei ein in allen Bauordnungen der Länder ein in etwa synonym verwandter Begriff.

Die Haftung des Architekten, der nicht als Entwurfsverfasser i. S. des Gesetzes tätig wird, sondern ggf. vor einer vorrangigen Stufe angesprochen wird, geht unter Umständen noch einen Schritt weiter.

Bekanntlich gibt es grundsätzlich eine Pflicht zur Einholung einer Baugenehmigung für die Errichtung, Änderung und Nutzungsänderungen von Gebäuden. In der Sächs. Bauordnung ist dies z. B. in § 59 Abs. 1 Sächs.BO geregelt.

Die Gesetze sehen aber durchweg vereinfachte Genehmigungsverfahren vor.

Beispielsweise gibt es Bauvorhaben, die überhaupt nicht genehmigungspflichtig sind.

In den jeweiligen Bauordnungen befindet sich hierzu ein Kanon i. S. eines numerus Klausus, der aufzeigt, um welche Bauvorhaben es sich dabei handelt. Bei der Sächsischen Bauordnung ist insoweit auf die §§ 61 und 62 zu verweisen.

Sodann gibt es bei bestimmten genehmigungsbedürftigen Vorhaben sog. vereinfachte Genehmigungsverfahren. In Sachsen ist dies in § 63 der Sächsischen Bauordnung geregelt.

Voraussetzung für ein derartiges vereinfachtes Genehmigungsverfahren ist die Übereinstimmung mit den Vorschriften der §§ 29 – 38 BauGB sowie die Erfüllung etwa vorhandener anderer öffentlich-rechtlicher Anforderungen (zu nennen ist hier exemplarisch der Denkmalschutz).

Aufgabe des im Vorfeld beauftragten Architekten nun ist es, zu erkennen, ob ein derart baugenehmigungsfreies Vorhaben vorliegt, um zum einen den Bauherrn von unnötigen Kosten freizuhalten, die er aufwenden würde, wenn er eine – grundsätzlich nicht benötigte – Baugenehmigung beantragte.

Zum anderen haftet aber der Architekt auch der Öffentlichkeit darauf, dass das Vorhaben tatsächlich keiner Genehmigungspflicht unterfällt.

Verstößt er hier gegen die entsprechende öffentlich-rechtliche Regelung, rät er also einem Bauherrn zur Errichtung eines Bauvorhabens, das grundsätzlich genehmigungsbedürftig ist, ohne Einholung der entsprechenden Baugenehmigung, so haftet er dem Bauherrn – wie zu zeigen wird – zivilrechtlich, der Öffentlichkeit aber eben öffentlich-rechtlich. Diese Haftung kann i. S. der o. g. Ordnungswidrigkeit geahndet werden.

In Extremfällen ist aber hier auch an eine Haftung unter den bereits vom Bauherrn zitierten strafrechtlichen Gesichtspunkten zu denken.

Der Architekt hat, bevor er zum Entwurfsplaner wird, umgekehrt auch zu erkennen, ob es sich ggf. um Sonderbauten handelt, die besonderen Genehmigungsverfahren unterliegen. Die Regelung zu Sonderbauten befindet sich in der Sächsischen Bauordnung in § 64.

Sonderbauten sind z. B. solche Bauten, die für Hochschulen oder ähnliche Einrichtungen (vgl. § 2 Abs. 4 Sächs.BO) errichtet werden.

Sonderbauten sind insbesondere solche Gebäude, bei denen nicht nur reines Bauordnungsrecht, sondern eben auch weitere Gesetze einschlägig sein können.

Beauftragt beispielsweise ein Studentenwerk ein Architekturbüro, Entwürfe für eine Mensa zu planen, so hat das Architekturbüro nicht nur zu prüfen, ob hier bzgl. der jeweiligen Bauordnung Genehmigungen einzuholen sind.

Es hat darüber hinaus auch zu prüfen, ob etwa öffentlich-rechtliche Sondergesetze einschlägig sein können.

Oben war bereits dargestellt worden, dass unter Umständen Fragen des Abfallsrechts relevant werden könnten.

Der Entwurfsverfasser hat also beispielsweise bei der Errichtung der Mensa darauf zu achten, dass Abfälle, insbesondere Lebensmittelabfälle, in geeigneter Weise (d. h. gemeinwohlvertraglich) entsorgt werden können.

Es sind Örtlichkeiten vorzusehen, wo entsprechende Sammelbehältnisse stehen. Die Lagerung bis zum Abtransport ist bereits bautechnisch vorzusehen.

Es ist dafür zu sorgen, dass das Wohl der Allgemeinheit nicht beeinträchtigt wird.

Dafür, dass das spätere Bauvorhaben diesen Anforderungen erfüllt, haftet der Entwurfsverfasser oder auch der aufgrund seiner Spezialkenntnisse hinzugezogene Fachplaner der Allgemeinheit.

Ggf. wird ein Verstoß als Ordnungswidrigkeit, im schlimmsten Falle auch als Straftat (umweltgefährdende Abfallbeseitigung) geahndet.

Zu nennen sind weiter Feuerschutzvorschriften.

Weiteres Beispiel im Zusammenhang mit der Errichtung einer Mensa ist die Abstimmung der Pläne auf das Wasserversorgungs- und Abwasserrecht:

§ 18 b Wasserhaushaltsgesetz sieht vor, dass Abwasseranlagen so zu errichten und zu betreiben sind, dass insbesondere die Schadstofffracht möglichst gering gehalten wird. Insbesondere sind die allgemeinen anerkannten Regeln der Technik einzuhalten.

Auf dieser Grundlage regelt beispielsweise das Sächsische Wasserhaushaltsgesetz in § 66, dass die Wasserversorgungs- und Abwasseranlagen so zu planen, anzuordnen, zu errichten usw. sind, dass die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie ökologische Belange nicht beeinträchtigt werden.

Auch diese Normen verlangt die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik.



Wir sehen darin, dass insbesondere die Planung und Anordnung entsprechender Anlagen voraussetzt, dass der Planer die allgemein anerkannten Regeln der Technik überhaupt kennt.

Sodann hat er sie bei seiner Planung anzuwenden.

Ziel ist es, dass die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht gestört wird. Insbesondere dürfen ökologische Belange nicht beeinträchtigt werden.

Hier zeigt sich wiederum, welchen Pflichten insbesondere auch der Entwurfsverfasser (Architekt/Fachplaner) unterliegt.

Ist er selbst nicht in der Lage, die entsprechenden Fachkenntnisse aufzuweisen, so hat er sich der Hilfe Dritter zu bedienen.

Dies bedeutet, dass auch dann, wenn der jeweils tätige Entwurfsverfasser seine eigene Unkenntnis nicht erkennt oder nicht deutlich macht und damit veranlasst, dass keine Fachplaner beigezogen werden, er dafür, dass im Ergebnis möglicherweise eine Umweltgefährdung eintritt, haftet.

Hinsichtlich der übrigen im Regelfall zu beachtenden Sondergesetze verweisen wir nach oben.

Der Architekt haftet als Entwurfsverfasser ebenso wie der Fachplaner dafür, dass der Bauherr die anerkannten Regeln der Technik einhält und das Bauvorhaben so geplant wird, dass weder bei der Errichtung, noch hinterher beim Betrieb Gefährdungen für die Allgemeinheit entstehen können.

### **b.: Haftung der bauausführenden Unternehmen:**

Ebenso wie der Architekt haftet auch das auf der Grundlage der Pläne bauende Unternehmen dafür, dass die anerkannten Regeln der Technik beachtet werden und das Bauvorhaben sowohl in der Phase der Errichtung als auch hinterher, d. h., wenn es fertig und in Betrieb ist, keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt.

Die Regelung hinsichtlich des sog. Unternehmers befindet sich wiederum in den Landesbauordnungen.

In § 55 Sächs.BO ist geregelt, dass Unternehmer dafür verantwortlich zeichnet, dass die Ausführung den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht. Er ist für die ordnungsgemäße Einrichtung eines sicheren Betriebs der Baustelle verantwortlich.

Er hat solche Bauprodukte zu verwenden, die – unter Berücksichtigung aktueller Kenntnisse – verwendet werden dürfen.

Wichtig ist der Hinweis auf die aktuellen Erkenntnisse:

Die Probleme, die heute mit der Entsorgung von asbestbelasteten Materialien vorhanden sind, waren zu dem Zeitpunkt, als Asbest als „Zauberbaustoff der Zukunft“ gefeiert wurde, nicht erkennbar.

Das bedeutet, dass Unternehmen, die in den 70iger Jahren Asbest verbaut haben, heute nicht dafür haften, dass Asbest unter bestimmten Voraussetzungen nunmehr als krebserregend eingestuft wird.

Sofern öffentlich-rechtlich erforderlich, hat der Unternehmer die Nachweise über die Verwendbarkeit der jeweiligen Bauprodukte zu erbringen.

Auch ist er verpflichtet, solche Bauarten für die Ausführung seines Bauvorhabens zu wählen, die den anerkannten Regeln der Technik entsprechen.

Er hat dabei insbesondere auch Sicherheitsbelange auf der Baustelle (d. h. während der Errichtung des Gebäudes), aber auch nach Beendigung des Baus zu berücksichtigen.

Er ist – neben dem Entwurfsverfasser – verantwortlich für den Nachweis, dass sicherheitsträchtige Vorhaben über die erforderlichen Einrichtungen verfügen, um die etwaigen Gefahren von der Allgemeinheit (Stichwort: Öffentliche Sicherheit und Ordnung) fernzuhalten.

Handelt er diesen Verpflichtungen zuwider, begeht er zumindest eine Ordnungswidrigkeit (vgl. z. B. § 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 Sächs.BO).

Darüber hinaus trifft den Unternehmer eine weitere wesentliche Pflicht.

Er kann die Pläne, die vom Entwurfsverfasser übergeben werden, nicht ungeprüft umsetzen und sich hinterher auf die Planungsvorhalte des Bauherrn bzw. des Entwurfsverfassers zurückziehen. Er hat – insbesondere wenn er eine erfahrende Fachfirma betreibt – eigene Prüfungen anzustrengen, um sicher zu stellen, dass die anerkannten Regeln der Technik beachtet werden und die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht gefährdet wird.

Erkennt er, dass die Planungen nicht ausführbar sind, so hat er dies mitzuteilen. Zivilrechtlich nennt man dies, wie wir noch sehen werden, Bedenkenanmeldung.

Um es deutlich zu machen: Der Unternehmer darf, wenn er feststellt, dass öffentliche Belange nicht beachtet werden, nicht den Plänen entsprechend bauen, sondern hat dem Bauherrn mitzuteilen, dass die Ausführung den anerkannten Regeln der Technik widerspricht, ggf. eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung befürchten lässt. Für den Fall, dass er angewiesen werden sollte, trotzdem weiter zu bauen, ist ihm dies öffentlich-rechtlich verboten.

Dafür haftet er, wie gezeigt, unter ordnungsrechtlichen Gesichtspunkten, ggf. aber auch unter dem Gesichtspunkt eines Straftatbestandes.

### **c.: Haftung der Bauüberwacher und Sachverständigen:**

Überträgt der Bauherr, wie insbesondere im öffentlichen Bereich nicht nur sinnvoll, sondern eigentlich zwingend erforderlich, die Überwachung des Unternehmers auf einen Dritten, nämlich auf einen Bauüberwacher, so stellt sich die Frage, wie dieser haftet.

Wir hatten oben unter I. gesehen, dass der Bauüberwacher entweder personenidentisch mit dem Entwurfsverfasser ist, insbesondere dann, wenn dem Entwurfsverfasser sämtliche Leistungsphasen nach HOAI übertragen werden.

Es gibt aber auch Bauvorhaben, bei denen es sich als sinnvoll und tunlich erwiesen hat, als Bauüberwacher einen Dritten heranzuziehen.

Wir hatten gesehen, dass zu Einzelfragen insbesondere Sachverständige hinzugezogen werden können, die jedenfalls bauüberwachende Aufgaben wahrnehmen können.

Gelegentlich wird anstelle des Begriffes Bauüberwacher auch der Begriff Bauleiter verwandt. So formuliert § 36 der Sächsischen Bauordnung die Verantwortlichkeiten des „Bauleiters“ mit Überwachung der Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Anforderungen bei der Durchführung der Baumaßnahmen und Erteilung der erforderlichen Weisungen. Weiterhin ist der Bauleiter verpflichtet, Sicherheit zu stellen, dass der Betrieb der Baustelle sicher ist.

Er hat zu koordinieren, dass ein gefahrloses Ineinandergreifen der verschiedenen Unternehmen erfolgen kann.

Im Übrigen ist die Haftung sowohl des Unternehmers als auch des Bauleiters unabhängig voneinander.

Handelt der Bauleiter diesen Vorschriften zuwider, so ist die Sanktion nicht nur eine zivilrechtliche, sondern kann eben auch als Ordnungswidrigkeit i. S. v. § 87 Abs. 1. S. Nr. 11 Sächs.BO geahndet werden.

Auch die anderen Landesbauordnungen sehen ähnliche Sanktionen vor.

Die Aufgabe des Bauleiters ist also nicht nur in der Überwachung des Unternehmers in Bezug auf die Einhaltung der vom Entwurfsverfasser vorgelegten Pläne zu sehen, sondern eben auch darin, dass auf der Baustelle infolge der Bauarbeiten keine Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung auftreten.

Er hat auch darauf zu achten und haftet hierauf unter ordnungsrechtlichen Gesichtspunkten, dass insbesondere auch öffentlich-rechtliche Sondervorschriften nicht gefährdet werden.

Wir erinnern insoweit noch einmal an die Regelung des Wasserschutzrechts.

§ 52 Sächsisches Wassergesetz konkretisiert die Pflichten der am Bau Beteiligten.

Es wird festgesetzt, dass jede Wasser- oder Gewässerverunreinigung vermieden werden muss.

Erkennt also z. B. der Bauleiter, dass auf der Baustelle Baufahrzeuge bewegt werden, die Öl verlieren, so hat er dies unverzüglich abzustellen. Ansonsten haftet er aus sog. Ingerenz, was bis hin zu einer strafrechtlichen Ahnung führen kann.

Dies gilt auch bei der Beachtung von Arbeitsschutzvorschriften.

Der Bauleiter trägt Verantwortung dafür, dass infolge der Bauarbeiten weder die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet wird, was bedeutet, dass Dritte, die bestimmungsgemäß oder zufällig mit den Baumaßnahmen in Berührung kommen, nicht gefährdet werden. Er hat aber auch für die Berücksichtigung ökologischer Belange zu sorgen, so dass auch die Umwelt durch die Baumaßnahmen nicht über das zwingend erforderliche Maß hinaus in Mitleidenschaft gezogen wird.

So hat der Bauleiter, um es an einem praktischen Beispiel deutlich zu machen, dafür zu sorgen, dass der Baustellenlärm auf ein Mindestmaß reduziert wird. Erkennt er beispielsweise, dass Baugeräte mit laufenden Motoren geparkt werden, so hat er für Abhilfe zu sorgen.

Verstößt er gegen seine Pflichten, begeht er eine Ordnungswidrigkeit.

#### **d.: Haftung nach Strafrecht:**

Wir hatten oben beim Bauherrn gesehen, dass der Verstoß gegen die öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht nur als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann oder mit finanziellen Folgen für den Bauherrn verbunden sein kann, sondern dass eben auch an eine strafrechtliche Ahndung zu denken ist.

Zu erwähnen ist hier noch einmal zunächst einmal der Sondertatbestand der Baugefährdung (§ 319 StGB). § 319 Abs. 1 StGB lautet: „Wer bei der Planung, Leitung oder Ausführung eines Baus oder des Abbruchs eines Bauwerks gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik verstößt und dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Abs. 4 ergänzt: „Wenn in Fällen der Absätze 1 und 2 fahrlässig handelt und die Gefahr fahrlässig verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Wir sehen, dass alle am Bau Beteiligten, insbesondere aber auch Entwurfsverfasser, Unternehmer und Bauleiter, bei Verstoß gegen ihre – öffentlich-rechtlichen – Pflichten, wenn dieser vorsätzlich begangen wird, mit einer massiven Bestrafung (Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren) zu rechnen haben.

Selbst, wenn die Gefährdung nur fahrlässig, d. h. unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, geschieht, kann auch eine Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren verhängt werden.

Die Strafbarkeit i. S. v. § 319 StGB setzt zunächst eine Tathandlung voraus:

Dies kann in einem Handeln oder Unterlassen liegen.

Zu nennen sind hier die Verwendung schlechten Materials, die Verwendung mangelhafter Gerätschaften, eigenmächtige Abweichungen von den genehmigten Bauplänen, das Unterlassen, Absperrrichtungen oder Warntafeln anzubringen usw.

In Betracht kommt weiterhin ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik.

Durch die Handlung muss eine konkrete Gefährdung eintreten, nämlich eine Gefahr für Leib oder Leben anderer.

Wie leicht dies geschehen kann, haben wir oben anhand des Falles des Oberlandesgerichts Stuttgart gezeigt.

Angesichts der massiven Strafandrohungen, die § 319 StGB bietet, zeigt sich, in welchem Maße tatsächlich die Übrigen am Bau Beteiligten auch strafrechtlich haften.

Wir hatten bei der strafrechtlichen Haftung des Bauherrn bereits darauf hingewiesen, dass auch weitere Delikte in Betracht kommen, wie etwa fahrlässige Tötung (§ 222 StGB), fahrlässige Körperverletzung (§ 229 StGB) oder eben auch sonstige Straftaten, insbesondere Umweltstraftaten. Zu nennen ist hier beispielsweise die Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB), die Bodenverunreinigung (§ 324 a StGB), die Luftverunreinigung (§ 325 StGB), das Verursachen von Lärm usw. (§ 325 a StGB), der unerlaubte Umgang mit gefährlichen Abfällen (§ 326 StGB) usw.

Dabei beginnt die Haftung bereits mit dem ersten Spatenstich am Bauvorhaben.

Treten hier aufgrund falscher Pläne oder aufgrund falscher Baudurchführung Gefährdungen für die Allgemeinheit auf, haften die Verantwortlichen nicht nur unter dem Gesichtspunkt von Ordnungswidrigkeiten, sondern können sich auch strafbar machen, was bis hin zu Freiheitsstrafen bis zu 5 Jahren führen kann.

Dies gilt auch für die Phase der Durchführung der Bauarbeiten.

Dies gilt schließlich auch dann noch, wenn das Bauvorhaben besteht.

D. h., dass die Nutzbarkeit des Bauvorhabens ebenfalls von all denjenigen, die am Bau beteiligt sind, garantiert wird. Reichen die durchgeführten Maßnahmen nicht hin, verletzen also die am Bau Beteiligten ihre Pflicht, laufen sie Gefahr dafür massiv bestraft zu werden.

## **2.: Die Haftung nach Privatrecht, insbesondere aus Vertrag:**

Im vorangegangenen Absatz wurde ausführlich dargestellt, auf welcher Grundlage, insbesondere aufgrund welcher öffentlich rechtlicher Norm, die übrigen am Bau Beteiligten, das heißt also die beauftragten Dritten, gegenüber der Allgemeinheit haften.

Es wurde gezeigt, dass die übrigen am Bau Beteiligten insbesondere hinsichtlich der Verstöße gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung haften.

Es ist klargeworden, dass Verstöße nicht nur als Ordnungswidrigkeit, sondern eben auch als Straftat geahndet werden können.

Neben dieser Haftung aus öffentlichem Recht ergibt sich aber auch eine Haftung aus Privatrecht.

Das Privatrecht regelt dabei die Rechtsbeziehung zwischen Individuen, das heißt einzelnen (juristischen oder natürlichen) Personen.

Die Haftung aus Privatrecht setzt in der Regel das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraus.

Schuldverhältnis kann ein sog. „vertragliches Schuldverhältnis“ sein, das heißt Voraussetzung für das Bestehen einer Haftungspflicht ist das Zustandekommen eines Vertrages.

Das Schuldverhältnis kann aber auch ein sog. „gesetzliches Schuldverhältnis“ sein. Das gesetzliche Schuldverhältnis knüpft eine Haftungsverpflichtung an (in der Regel) im Gesetz ausdrücklich beschriebene Tatbestandsvoraussetzungen. Als wichtigstes gesetzliches Schuldverhältnis seien hier das „Nachbarrecht“ und das „Deliktsrecht“ vorab genannt.

Bei der Frage, wie die beauftragten Dritten nach privatrechtlichen Regelungen haften, soll wiederum nach dem jeweils Haftenden differenziert werden.

Es soll damit die Haftung von Planer, Architekt und Entwurfverfasser, die Haftung des bauausführenden Unternehmens und die Haftung der Bauüberwacher und Sachverständigen im Einzelnen untersucht werden.

Da die privatrechtliche Haftung – wie wir gezeigt hatten – sich im Verhältnis zwischen einzelnen Individuen abspielt, soll die Darstellung in diesem Absatz zur Verdeutlichung dienen, wie die o. g. Personen dem Bauherrn gegenüber haften.

#### **a.: Haftung von Planer, Architekt und Entwurfverfasser:**

Voraussetzung für die Haftung der Planer, Architekten und Entwurfverfasser ist das Zustandekommen eines (Architekten-) Vertrages.

Allgemein kommt ein Vertrag zustande durch 2 einander entsprechende, mit Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen, nämlich Angebot und Annahme.

Verträge zwischen einem Bauherrn und einem Architekten sind – wie wir oben gezeigt hatten – in der Regel Werkverträge im Sinne der §§ 631 ff. BGB.

Der Architekt heißt dabei in der werkvertraglichen Diktion Unternehmer, der Bauherr heißt Besteller.

Zwischen den Parteien wird ein Vertrag über die Erbringung eines sog. „Geisteswerks“ geschlossen.

Das heißt, dass der Architekt sich zur geistigen Auseinandersetzung mit den Ideen des Bauherrn verpflichtet, sich weiter verpflichtet, die Grundlagen dafür zu ermitteln und die Ideen dann in eine den öffentlich-rechtlichen Regeln entsprechende und für das Bauunternehmen verwertbare Planung „zu gießen“.

Der Besteller (Bauherr) verpflichtet sich im Gegenzug zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung.

Die Hauptbestandteile des Architektenvertrages sind damit:

Parteien, (Geistes-) Werk und vereinbarte Vergütung.

Dabei soll noch kurz erwähnt werden, dass sich die Vergütung in Architektenverträgen in der Regel aus der HOAI, der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, bestimmt. In der HOAI wird die Vergütung nach bestimmten Leistungsphasen auf der Grundlage der Herstellungskosten des zu errichtenden Bauwerks unter Berücksichtigung bestimmter Honorargruppen definiert.

Sieht man sich die verschiedenen Leistungsphasen nach HOAI einmal an, so erkennt man, dass grundsätzlich 9 Leistungsphasen vorgesehen sind, nämlich die Grundlagenermittlung, die Vorplanung, die Entwurfsplanung, die Genehmigungsplanung, die Ausführungsplanung, die Vorbereitung der Vergabe, die Mitwirkung bei der Vergabe, die Objektüberwachung (Bauüberwachung) und die Objektbetreuung und Dokumentation (Mängelmanagement).

Dies soll hier nur kurz angerissen werden, weil darin die wesentlichen möglichen Bestandteile eines Architektenvertrages definiert werden.

Die von der Bundesarchitektenkammer entworfenen allgemeinen Vertragsbedingungen zum Einheitsarchitektenvertrag (AVA) für Gebäude sind im Anhang in einem Muster angefügt.

Dieses Muster ist, wie man aus der Praxis weiß, regelmäßig Grundlage für die Architektenverträge, wobei festzustellen ist, dass immer wieder versucht wird, Haftungserleichterungen vertraglich zu vereinbaren.

Hier stellt sich also die Frage, unter welchen Gesichtspunkten der Architekt haftet:

#### **aa.: Vertragliche Anspruchsgrundlagen:**

Zunächst einmal ist darauf hinzuweisen, dass Grundlage für die Haftung des Architekten die Definition der von ihm zu erbringenden Leistungspflichten ist.

Wir hatten oben gesehen, wie die möglichen Leistungspflichten allgemein definiert werden können. Dabei wurden oben bereits die Hauptleistungspflichten benannt.

Ein Vertrag hat aber nicht nur sog. Hauptleistungspflichten, das heißt die Essentialia negotii , zu beinhalten, sondern sollte auch Regelungen zu den sog. Nebenleistungspflichten (Aufklärungs-, Informations-, Überwachungs- und allgemein Treuepflichten) beinhalten.

In der Regel ergeben sich aus dem Vertrag bereits erste Regelungen dafür, was im Falle einer Pflichtverletzung geschehen soll.

Einzelne denkbare Haftungsregelungen werden wir noch im Anschluss diskutieren.

Allgemein sei aber darauf hingewiesen, dass ein Architektenvertrag in der Regel bereits Sanktionen für Pflichtverletzungen beinhaltet.

Dabei ist noch folgender Grundsatz anzusprechen:

Regelmäßig haftet der Architekt nur im Falle schuldhaften Handelns. Schuldhaftes Handeln ist im Gesetz unter § 276 BGB (Verantwortlichkeit des Schuldners) dahingehend definiert, dass er Vorsatz und Fahrlässigkeit, das heißt insbesondere die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, zu vertreten hat.

In der Regel wird durch den Architekten versucht werden, im Vertrag eine Reduzierung seines Haftungsumfanges auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu erwirken.

Es ist also zunächst einmal zu prüfen, nach welchem Haftungsmaßstab überhaupt gehaftet wird.

Das Prüfungsschema sieht dabei vor, dass zunächst geprüft wird, welche Pflichten der Architekt hat. Dann wird geprüft, ob ein Verstoß gegen die Pflicht vorliegt. Dann ist zu prüfen, ob dieser Verstoß rechtswidrig und schuldhaft begangen wurde. Im Anschluss ist zu prüfen, ob ein Schaden entstanden ist.

Sofern ein Schadenseintritt festgestellt wird, ist zu prüfen, ob der Schaden auf der Pflichtverletzung beruht (haftungsbegründende Kausalität).

Sodann ist zu prüfen, welchen Umfang der Schaden hat. Dies wird in der Regel anhand des Vergleichs des Vermögens vor Schadenseintritt und des Vermögens nach Schadenseintritt ermittelt. Schließlich ist die haftungsausfüllende Kausalität zu prüfen, nämlich ist der eingetretene Schadensumfang tatsächlich auf den Schaden zurückzuführen, den der Architekt infolge seiner Pflichtverletzung herbeigeführt hat.

Sofern dies zu bejahen ist, ist zu prüfen, ob im Vertrag gegebenenfalls eine pauschalierte Haftungsregelung (etwa Vertragsstrafe) gefunden wird.

Sofern dies der Fall ist, ist zu prüfen, ob die pauschalierte Haftungsregelung für den Gläubiger (Bauherrn) günstiger ist. Ist dies nicht der Fall, ist der Schaden konkret zu berechnen.

Wie wir gesehen hatten, sind Pflichtverletzungen zum einen hinsichtlich der Hauptleistungspflicht (Nichterstellung des geschuldeten Geisteswerks) denkbar, zum anderen hinsichtlich etwaiger Nebenpflichten (zum Beispiel Verstoß gegen vertragliche Schutzpflichten).

Zur Verdeutlichung soll anhand von Beispielen kurz gezeigt werden, wie eine derartige Pflichtverletzung in der Praxis aussehen kann:

Bei einem Verstoß gegen die Hauptleistungspflicht ist beispielsweise denkbar, dass der Architekt seine Pläne nicht oder so spät herstellt, dass eine für den Bauherrn nachteilige Folge eintritt.

Allgemein bekannt ist, dass zum 01.01. d. J. beispielsweise die Eigenheimzulage entfallen ist.

Wurde also im Jahre 2005 ein Architekt mit der Planung eines Einfamilienhauses beauftragt, damit die Baugenehmigung noch rechtzeitig beantragt werden kann, um die staatliche Fördermöglichkeit (Eigenheimzulage) in Anspruch nehmen zu können und kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, sondern unterlässt es, die Pläne überhaupt herzustellen, so dass erst ein anderer Architekt gesucht werden muss und die Planung erst in 2006 eingereicht werden muss, liegt ein Verstoß gegen eine Hauptpflicht vor, so dass die Schadensersatzpflicht unproblematisch bejaht werden kann. Diese kann – zumindest – so definiert werden, dass dem Umfange nach die nunmehr fehlende staatliche Förderung vom ursprünglich beauftragten Architekten zu ersetzen ist.

Eine Nebenpflichtverletzung ist beispielsweise darin zu sehen, dass der Architekt gehört hat, dass die Baufirma, deren Beauftragung der Bauherr plant, demnächst in Insolvenz gehen wird und er seinen Bauherrn darauf nicht hinweist. Er hat damit eine nebenvertragliche Schutzpflicht verletzt. Kommt es hinterher zu einem Schaden beim Bauherrn infolge der Insolvenz der Baufirma, so hat der Architekt hierauf zu haften.

Befinden sich hinsichtlich dieser Pflichtverletzung keine Regelungen im Vertrag, so ist zu prüfen, ob ggf. gesetzliche Regelungen hier eingreifen.



## **bb.: Gesetzliche Schadensersatzansprüche:**

### **(1.): §§ 280 ff. BGB:**

Die Schadensersatzansprüche sind nach neuem Recht einheitlich in den §§ 280 ff. BGB geregelt. Das Gesetz gewährt Schadensersatz wegen Pflichtverletzung. Dabei wird nicht mehr zwischen der Verletzung von Hauptleistungs- und Nebenleistungspflichten unterschieden.

Das Gesetz formuliert in § 280 BGB: „Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen.“ Dabei differenziert das Gesetz in den folgenden Paragraphen im Wesentlichen zwischen Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung. Die Regelung des § 281 BGB knüpft daran an, dass der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt.

Weitere Voraussetzung ist, dass der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt hat.

Schließlich muss der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt haben.

Dies bedeutet, dass der Bauherr, wenn der Architekt die Pläne gar nicht fertigstellt oder sie nicht rechtzeitig herstellt, noch eine Frist zur Nacherfüllung bzw. zur Leistung bestimmt. Ist diese verstrichen, kann er Schadensersatz wegen Pflichtverletzung verlangen.

Dieser Schadensersatz kann sich unter Umständen auch auf den Ersatz vergeblicher Aufwendungen (§ 284 BGB) stützen.

Wird die Leistung unmöglich und erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, aufgrund dessen die Leistung unmöglich geworden ist, einen Ersatz (z. B: die Zahlung einer Versicherung), so kann der Bauherr vom Architekten die Herausgabe dieser Leistung verlangen.

### **(2.): Rücktritt vom Vertrag:**

Darüber hinaus steht dem Bauherrn auch die Möglichkeit zu Gebote, vom Vertrag zurückzutreten.

Voraussetzung ist das Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages.

Weitere Voraussetzung ist, dass der Architekt seine Leistung bei Fälligkeit nicht oder nicht vertragsgemäß erbracht hat. Hat der Bauherr dem Architekten hier erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt, so kann er vom Vertrag zurücktreten.

Unter bestimmten Voraussetzungen ist die Fristsetzung sogar entbehrlich.

Zu nennen ist hier z. B. eine endgültige und ernsthafte Leistungsverweigerung des Architekten.

Weitere wesentliche Ansprüche ergeben sich aus den speziellen Regelungen des Werkvertragsrechts:

§ 634 BGB regelt, dass der Bauherr im Falle einer mangelhaften Planung des Architekten weitere spezielle Rechte hat, nämlich nach § 635 BGB Nacherfüllung verlangen kann, nach § 637 BGB den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen kann (Beauftragung eines anderen Architektenbüros im Wege der Ersatzvornahme), nach den §§ 636, 323 usw. BGB vom Vertrag zurücktreten kann oder nach § 638 BGB die Vergütung angemessen mindern kann.

- vgl. § 634 BGB mit weiteren Nachweisen -

Zu nennen ist an dieser Stelle noch die Differenzierung zwischen sog. Mangelschäden und Mangelfolgeschäden.

Mangelschäden sind solche Schäden, die am Werk unmittelbar auftreten.

Ein Mangelschaden liegt im Bereich des Architektenrechts beispielsweise dann vor, wenn ein Plan unvollständig ist, d. h. z. B. Detailzeichnungen, zu deren Feststellung der Architekt verpflichtet war, fehlen.

Weiterer Mangelschaden ist etwa das Vorliegen einer falschen statischen Berechnung.

Als Mangelfolgeschaden ist der Schaden zu betrachten, der infolge des aufgetretenen Mangels eintritt.

War also beispielsweise bei der Konstruktion und dem Neubau eines Studentenwohnheims die Statik falsch berechnet, bricht das Gebäude infolgedessen irgendwann ein und verletzt Mieter, so ist die Wiederherstellung des Gebäudes, aber auch der Schadensersatzanspruch der verletzten Mieter als (unter Umständen „mittelbarer“) Mangelfolgeschaden zu werten.

Das Gesetz differenziert nicht mehr zwischen unmittelbaren Mangel- und Mangelfolgeschäden.

Daher sind die Anspruchsgrundlagen für Schadensersatz wegen der Verletzung der dargestellten Pflichten, wie oben vorgetragen, allgemein anwendbar.

### **(3).: Durchsetzbarkeit:**

Abschließend ist zu prüfen, ob es Tatbestände gibt, die gegen den Schadensersatzanspruch sprechen:

Zunächst einmal ist darauf hinzuweisen, dass die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen immer eigene Vertragstreue voraussetzt.

D. h., dass derjenige Vertragsteil, der sich nicht selbst vertragsgerecht verhält, von seinem Vertragspartner keine Haftung verlangen kann.

Weiterhin ist zu prüfen, ob die Ansprüche rechtzeitig geltend gemacht wurden oder ob sie etwa verjährt sind.

In diesem Zusammenhang ist im Werkvertragsrecht auf die Regelungen des § 634 a BGB hinzuweisen.

Gemäß § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB verjähren Mängelansprüche in fünf Jahren bei einem Bauwerk und einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- und Überwachungsleistungen hierfür besteht.

Die Verjährung beginnt regelmäßig mit der Abnahme.

Verjährung bewirkt, dass das Recht zwar nicht untergeht, aber – wenn sich der Gegner auf die Einrede der Verjährung beruft – nicht mehr durchgesetzt werden kann.

Schließlich ist noch zu prüfen, ob es etwa einen sog. Haftungsausschluss gibt.

Die Regelung hierzu befindet sich in § 639 BGB.

Wir hatten bereits gesehen, dass in Architektenverträgen häufig versucht wird, den Verschuldensmaßstab zu reduzieren. Diese Reduktion kann auch unter dem Gesichtspunkt eines Haftungsausschlusses gewertet werden.

Oftmals wird ein Haftungsausschluss in Architektenverträgen auch so vereinbart, dass der Architekt angibt, seine Versicherungssumme belaufe sich auf x EUR und dass er nur im Rahmen der Höhe der Versicherungssumme hafte.

Zu bemerken ist hier, dass eine Haftungsbegrenzung für den Fall des Vorsatzes oder der groben Fahrlässigkeit nach ständiger Rechtsprechung ausgeschlossen ist. Ein Haftungsausschluss ist auch dann unwirksam, wenn der Mangel vom Architekten arglistig verschwiegen wurde.

#### **(4.): AGB:**

Abschließend soll noch kurz darauf hingewiesen werden, dass beim Abschluss eines Architektenvertrages in der Regel Allgemeine Geschäftsbedingungen eine Rolle spielen.

Regelungen zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und zu deren Wirksamkeit befinden sich in den §§ 305 ff. BGB (früher AGB-Gesetz).

Bemerkenswert ist an dieser Stelle, dass etliche Regelungen, die dem Architekten zu einer Reduktion seiner Haftung verhelfen sollen, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen – selbst im kaufmännischen Bereich – nicht möglich sind.

Dies gilt auch dann, wenn die Regelungen Eingang in einen notariellen Vertrag gefunden haben. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass auch den Regelungen eines notariellen Vertrages die Qualität von Allgemeinen Geschäftsbedingungen dann zukommen kann, wenn es sich bei dem Notar um den Hausnotar des Architekten/Bauträgers handelt und die Regelungen regelmäßig verwandt werden.

Insgesamt ist damit geklärt, unter welchen Voraussetzungen allgemein der Architekt dem Bauherrn für Pflichtverletzungen haftet.

Der Bauherr hat aber nicht nur die Möglichkeit, bei einem mangelhaften Bauvorhaben seine Schadensersatzansprüche gegen den Architekten zu richten. Er wird auch prüfen, ob er nicht auch Schadensersatzansprüche gegen das ausführende Bauunternehmen hat.

## **b.: Haftung des bauausführenden Unternehmens:**

### **aa.: Die zivilrechtliche Haftung der Baufirma (des bauausführenden Unternehmens):**

Auch bei der Untersuchung der zivilrechtlichen Haftung des bauausführenden Unternehmens stellt sich wiederum die Frage, auf welche Regelungen die Haftung zurückgreifen kann.

Zu denken ist zunächst einmal hier wiederum an eine Differenzierung zwischen vertraglichen und gesetzlichen Haftungsregelungen.

### **bb.: Vertragliche Anspruchsgrundlagen:**

Wie bereits oben beim Architektenvertrag ausführlich dargestellt, ist die Primärquelle, aus der Schadensersatzansprüche des Bauherrn gegenüber dem Unternehmer erwachsen können, der Vertrag.

Der Vertrag regelt die Hauptleistungspflichten und die sog. Nebenpflichten (siehe oben). Der Bauvertrag ist in der Regel ein Werkvertrag i. S. der §§ 631 ff. BGB.

In Abgrenzung zu dem Geisteswerk, das der Architekt aufgrund des mit ihm abgeschlossenen Architektenvertrages schuldet, schuldet der Bauunternehmer ein sog. Sachwerk.

Dies kann in der Herstellung oder Veränderung von Sachen liegen.

Konkretes Beispiel mag die Veränderung angelieferten Sandes, Wasser usw. sein, um daraus Beton herzustellen und schließlich Wände zu gießen.

Auch bei der Frage nach der Haftung und etwaigen Schadensersatzansprüchen des Unternehmers ist zunächst einmal zu definieren, welche Hauptleistungspflichten und welche Nebenpflichten den Unternehmer treffen.

Hauptleistungspflicht beim Bauvorhaben ist die Herstellung des vertraglich geschuldeten Bauwerks.

Die Frage, welches Bauwerk der Unternehmer zu errichten hat, wird dabei unter besonderer Berücksichtigung der vom Architekten (Planer- und Entwurfsverfasser) erarbeiteten Pläne beantwortet.

Der Unternehmer schuldet das, was vom Architekten geplant und Vertragsgegenstand im Rahmen der Ausschreibung wurde.

Auch hier sind wieder verschiedene Arten von Pflichtverletzungen denkbar:

Der Unternehmer kann das vertraglich geschuldete Werk überhaupt nicht erbringen. Dies ist insbesondere in der Praxis dann festzustellen, wenn das beauftragte Unternehmen in Insolvenz fällt und der Insolvenzverwalter die Auflösung des Vertrages wählt.

Es kann sein, dass das Unternehmen mit Mängeln baut. Baumängel sind jedem, der irgendwann einmal mit der Herstellung von Bauvorhaben zutun hatte, geläufig. Regelmäßig in der Praxis auftretende Baumängel sind Feuchtigkeit im Kellergeschoss, Risse an der Außenfassade, mangelhafte Wärmeisolierung, Schallschutzprobleme, Probleme im

Dachaufbau (insbesondere bei der Dämmung des Daches), Undichtigkeiten des Daches usw. Jeder, der einmal mit Bauvorhaben zutun gehabt hat, wird hier seine eigenen Erfahrungen mit Mängel gemacht haben.

Weiterer wesentlicher und zum Schadensersatz verpflichtender Verstoß gegen den Bauvertrag ist regelmäßig der Bauverzug.

In der Regel werden in Bauverträgen Fristen vereinbart, zu denen das Bauvorhaben bestimmte Bauabschnitte erfüllt haben muss bzw. fertiggestellt sein muss. Oft kommt es vor, dass diese Fristen nicht eingehalten werden (sog. Verzug).

Für diesen Fall kommt es in der Regel zu erheblichen Mangelfolgeschäden, die aus einer verspäteten Nutzbarkeit des Objekts resultieren.

Man stelle sich vor, AMD habe die Errichtung einer Fabrikhalle beauftragt, in der Mikroprozessoren hergestellt werden sollen. Kommt es hier zu einer verspäteten Herstellung, so kann unter Umständen ein Milliarden schwerer Schaden eintreten.

Prominentes Beispiel aus dem öffentlichen Bereich ist die Misere um die Problematik der Autobahnmaut (Stichwort: „Tollcollect“).

Auch hier wurde bei der nicht rechtzeitigen Herstellung bzw. nicht rechtzeitigen Funktionsfertigkeit des geschuldeten Werks ein in die Milliarden Euro gehender Schaden produziert.

Der Vertrag sollte jedenfalls an dieser Stelle darauf untersucht werden, ob konkrete Haftungsregelungen beinhaltet sind, wie etwa eine Vertragsstrafe.

Eine Vertragsstrafe ist ein sog. pauschalierter Schadensersatz, d. h. eine Mindeststrafe, die bei Eintritt bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen (in der Regel Verzug mit der Bauleistung) verfällt, ohne dass es einer weiteren Prüfung bedarf, ob tatsächlich ein Schaden in der genannten Höhe eingetreten ist.

Darüber hinaus kann aber auch eine vertragliche Regelung da sein, die den Schaden unabhängig von einer sog. Vertragsstrafe definiert.

Zu denken ist hier an konkrete Regelungen zur Höhe des zu erwartenden Schadens, etwa die Bezugnahme auf vorangegangene Erträge oder Ähnliches.

Hinzuweisen ist an dieser Stelle auf die regelmäßig in Bauverträgen zu findenden Regelungen der VOB/B.

Die VOB/B (d. h. die Verdingungsordnung für Baudienstleistungen) gilt heute in der Fassung vom Dezember 2002.

Die VOB/B 2003 (in Kraft getreten mit Wirkung vom 15.02.2003) berücksichtigt die Änderungen im BGB, die mit Wirkung zum 01.01.2002 in Kraft traten.

Die VOB/B ist aber keine „quasi gesetzliche“ Regelung, sondern muss ausdrücklich als Vertragsgrundlage vereinbart werden. Ist das nicht der Fall, bestimmt sich der Vertrag nach dem Vertragstext und im Übrigen nach dem (durchaus auch dispositiven) Gesetzestext.

Die Verdingungsordnung für Bauleistungen ist insgesamt in drei Teile gegliedert, nämlich in den Teil A (Vergabe von Bauleistungen), Teil B (Ausführung von Bauleistungen) und Teil C (Allgemeine technische Vertragsbedingungen).

Die VOB/B ist, wie wir gezeigt hatten, kein Gesetzestext. Vielmehr ist es ein „Vorschlag“, den der Deutsche Verdingungsausschuss für Bauleistungen (gegründet 1947), jetzt umbenannt in Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) entwickelt hat. Die Verdingungsordnung wird regelmäßig überarbeitet und der jeweiligen bürgerlich rechtlichen Gesetzeslage, aber auch dem Richterrecht angepasst.

Man kann die VOB/B als Vorschlag zur Ersetzung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen betrachten.

Vermieden werden soll zum einen, dass Großunternehmen mit jeweils ausgekugelten Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht zu einem Vertragsschluss kommen, weil beide Seiten auf die Geltung jeweils eigener Geschäftsbedingungen bestehen. Im Übrigen soll auch der öffentlichen Hand eine allgemein gültige Handhabe geboten werden, um Verträge nicht jeweils separat aushandeln zu müssen (also das Rad jeweils neu erfinden zu müssen), sondern um auf eine allgemein anerkannte bewährte Vertragsgrundlage zurückgreifen zu können.

Ist also im Bauvertrag die VOB/B vereinbart, so ist zu prüfen, welche Regelungen die VOB/B hinsichtlich etwaiger Mängel beinhaltet.

Ohne hier ins Detail gehen zu wollen, soll darauf verwiesen werden, dass der erste Teil die maßgeblichen Pflichten der Parteien regelt.

§ 4 Nr. 2 VOB/B regelt die grundsätzliche Verantwortlichkeit des Auftragnehmers für die ordnungsgemäße Ausführung der geschuldeten Bauleistung.

Zur Grundlage macht die VOB/B immer wieder die anerkannten Regeln der Technik.

Sie erlegt den Parteien wechselseitige Hinweise und Fürsorgepflichten auf.

In § 5 VOB/B ist geregelt, dass die Leistung innerhalb der vereinbarten Frist zu erbringen ist.

Die nachfolgenden Paragraphen (8 und 9) regeln dann Einzelheiten zur vorzeitigen Beendigung des Bauvertrages.

Die wesentlichen Haftungsregelungen befinden sich dann in § 13. Dieser regelt insbesondere Mängelansprüche.

Da im öffentlichen Vergaberecht grundsätzlich die VOB/B zu vereinbaren ist, dürfte – wenn sich im Vertrag keine besondere Regelung findet – hier jedenfalls eine Quelle mit Regelungen zu etwaigen Mängelansprüchen zu finden sein.

Wir werden im letzten Kapitel noch darlegen, in welchem Spannungsverhältnis sich insbesondere vertragliche (unter Umständen auch allgemeine Geschäfts-) Bedingungen und die VOB/B zueinander bewegen.

Einstweilen soll es ausreichen, dass die VOB/B als Quelle für etwaige Haftungsansprüche gegen den Unternehmer erkannt wird.

Befinden sich nun im Vertrag bzw. in dem vertraglich vereinbarten Haftungsgrundlagen keine Haftungsregelungen, so ist – wie auch oben beim Architekten – auf den Gesetzestext zu rekurrieren.

### **cc.: Gesetzliche Ansprüche gegen den Unternehmer:**

Bei den gesetzlichen Ansprüchen ist wieder zu prüfen, um welche Art von Vertrag es sich handelt. In der Regel handelt es sich bei Bauverträgen um Werkverträge i. S. §§ 631 ff. BGB, wie wir oben gezeigt hatten.

Die gesetzlichen Haftungsgrundlagen weichen damit nicht von denen, die wir bei der Haftung des Architekten dargestellt haben, ab.

Zu prüfen ist zunächst, ob es im Werkvertragsrecht spezielle Regelungen gibt.

Ist dies nicht der Fall, so ist dem Verweis aus § 634 BGB zu folgen, der auf die allgemeinen Regelungen der §§ 280 ff. BGB verweist.

Damit verpflichtet jede zu vertretende Pflichtverletzung zur Leistung von Schadensersatz.

Auch hier ist wieder zu prüfen, ob es sich um den unmittelbaren Schaden handelt, d. h. um Schäden am Objekt. Insoweit besteht ein Nacherfüllungsanspruch, aber (!) auch ein Nacherfüllungsrecht des Unternehmers.

Bei Mangelfolgeschäden dürfte sich der Schadensersatzanspruch auf eine Geldzahlung reduzieren.

Für diesen Fall sind die §§ 249 ff. BGB einschlägig.

Um ein konkretes Beispiel zu benennen:

Baumängel liegen z. B. dann vor, wenn die tragenden Wände eines Gebäudes nicht stark genug dimensioniert sind und das Gebäude zum Einsturz kommt. Mangelfolgeschäden liegen in dem Bereich vor, wenn beim Einsturz ggf. Personen verletzt werden.

Bei der Haftung der Bauüberwacher und Sachverständigen ist zunächst einmal zu prüfen, welche Art von Vertrag hier überhaupt vorliegt.

Neben dem Werkvertrag, den beispielsweise der Architekt abschließt, ist nämlich auch der Abschluss eines Dienstvertrages (§§ 611 ff. BGB) oder der Abschluss eines sog. Geschäftsbesorgungsvertrages (§§ 675 ff. BGB) denkbar.

Abhängig ist dies davon, in welchem Bereich der Schwerpunkt des Vertrags liegt.

Im Werkvertrag schuldet der Unternehmer, wie wir hier gesehen hatten, die Herstellung des vertraglich vereinbarten Werks.

Beim Dienstvertrag schuldet der Unternehmer nur ein Tätigwerden.

Beim Bauüberwacher ist der Typus des Dienstvertrages nicht unüblich.

Der Bauüberwacher schuldet damit nicht einen bestimmten Erfolg, sondern schuldet das Überwachen als solches, d. h. er schuldet seine Anwesenheit vor Ort und die Überprüfung der Maßnahmen.

Oftmals sind auch Elemente aus beiden Vertragstypen festzustellen. In einem solchen Fall dürfte regelmäßig ein Geschäftsbesorgungsvertrag vorliegen.

Beim Gutachter sollte danach differenziert werden, ob er schwerpunktmäßig überwachende Tätigkeiten schuldet oder ob er im Ergebnis ein Gutachten schuldet.

Schuldet er ein Gutachten, so ist in der Regel ein Werkvertrag vereinbart.

Für diesen Fall bestimmen sich die Haftungsgrundlagen, wie auch oben dargelegt, ebenso wie die des Architekten.

Ansonsten ist wiederum zu prüfen, welche Pflichten die Verträge als Hauptpflichten und als Nebenpflichten bereits ausdrücklich benennen.

Weiterhin ist zu prüfen, ob im Vertrag bereits Regelungen für einen Verstoß gegen die Verträge vorgesehen sind.

Ist der Schadensfall hier nicht geregelt, so ist zu prüfen, ob das Gesetz hier etwa Regelungen beinhaltet.

Sofern ein Werkvertrag vorliegt, darf nach oben verwiesen werden. Die Schadensersatzregelungen des Werkvertragsrechts wurden umfangreich dargestellt.

Der Dienstvertrag als solcher sieht grundsätzlich keine Haftungsregelungen vor. Der Dienstverpflichtete ist zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet, nicht aber die Dienste in einer bestimmten Qualität (z. B. mittlere Art und Güte wie beim Werkvertragsrecht) zu leisten.

Er schuldet nur, überhaupt tätig zu sein.

Etwaige Vertragsverstöße sind im Gesetz daher in den allgemeinen Regelungen der §§ 280 ff. BGB enthalten. Verletzt der Dienstverpflichtete eine Haupt- oder Nebenpflicht aus dem Dienstvertrag, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet, wenn die übrigen Voraussetzungen des Schadensrechtes vorliegen.

Die Haftung des Bauüberwachers ist aber ein nicht zu vernachlässigender Schutz für den Bauherrn.

Zum einen bewirkt die Anwesenheit eines Bauüberwachers vor Ort, dass die tätigen Unternehmen und ggf. (sofern hier Personenverschiedenheit herrscht) der Architekt sich beobachtet fühlen und sich daher bemühen, keine Blöße auftreten zu lassen.

Zum anderen ist oftmals auch die Dokumentation, zu der der Bauüberwacher verpflichtet ist, ein wesentlicher Punkt, um Verstöße gegen den Vertrag des Architekten oder Bauunternehmens nachzuweisen und ggf. später Regress bei Gericht auch durchzusetzen.



Bereits hier sei darauf hingewiesen, dass es nicht nur darauf ankommt, im Falle eines Schadens Ansprüche zu haben, sondern wesentlich auch ist, die Anspruchsberechtigung nachzuweisen und vor Gericht durchsetzen zu können.

Bei allen Haftenden sollte darauf geachtet werden, dass die Haftung auch abgesichert ist.

Es sollte also darauf geachtet werden, dass sowohl die Planer, als auch die Ausführenden, als auch die Bauüberwacher ausreichend versichert sind.

Hierauf soll weiter unten noch eingegangen werden.

Zur Verjährung der Schadensersatzansprüche gegenüber Bauüberwacher und Sachverständigen sei noch darauf verwiesen, dass hier die allgemeine Verjährungsfrist des § 195 BGB gilt, die eine dreijährige Verjährung beinhaltet.

Während früher noch zwischen sog. Mangelschäden und Mangelfolgeschäden differenziert wurde, spielt diese Differenzierung heute keine Rolle mehr. Auch hinsichtlich sog. entfernter Mangelfolgeschäden greift die gesetzliche regelmäßige Verjährung von drei Jahren ein.

Die früher einmal bestehende 30-jährige Verjährung ist nach neuem Recht spätestens am 31.12.2004 erloschen.

### **c.: Sonstige Ansprüche:**

Nachdem wir dargelegt hatten, dass Planer, Unternehmer und Überwacher regelmäßig auf der Grundlage von Verträgen haften, soll noch kurz daran erinnert werden, dass auch weitere schuldrechtliche Ansprüche in Betracht kommen:

#### **aa.: Deliktsrechtliche Ansprüche:**

Zu denken ist insoweit zunächst einmal an sog. deliktsrechtliche Ansprüche.

Diese sind in den §§ 823 Abs. 1 ff. BGB geregelt.

Wesentlich für Normen sind hier § 823 Abs. 1 BGB, der denjenigen zum Ersatz von Schaden verpflichtet, der gegen ein absolut geschütztes Recht eines Dritten verstößt. Wer also z. B. das Eigentum des Bauherrn beschädigt, haftet, wenn er dies selbst tut, nicht nur aus dem Vertrag, sondern auch aus Deliktsrecht.

Sofern er sich bei der Erfüllung seiner Verpflichtung eines Dritten (Verrichtungsgehilfe) bedient hat, so haftet er dafür, dass er diesen nicht hinreichend instruiert hat, nicht genügend beobachtet hat oder sonst in der Aufsicht über seinen Verrichtungsgehilfen versagt hat (§ 831 BGB).

Wesentliche weitere Norm ist § 823 Abs. 2 BGB. Danach haftet derjenige und ist zum Schadensersatz verpflichtet, der gegen ein Gesetz, das zum Schutz eines Dritten bestimmt ist, verstößt.

Wir hatten oben die Pflichten, die die am Bau Beteiligten unter Berücksichtigung öffentlichen Rechts treffen, definiert.

In der Regel kommen derartigen öffentlich rechtlichen Regelungen auch Schutznormencharakter zu.

Dienst dieser Norm konkret dem Schutz auch des Betroffenen, so sind ihm sämtliche Schäden, auch Vermögensschäden, zu ersetzen.

Um diese an einem konkreten Beispiel darzustellen, sei noch einmal auf die Regelungen zum Bodenschutz verwiesen:

Hat der Unternehmer Baufahrzeuge mit beschädigten Motoren, so dass massiv Öl austritt, kommt es dadurch zu einer Bodenverunreinigung, so haftet der Unternehmer dem Eigentümer auch aus § 823 Abs. 2 i. V. m. § 325 StGB.

Aus dem Deliktrecht ist abschließend noch § 826 BGB zu nennen. Dieser gewährt Schadensersatzansprüche für den Fall einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung.

Versucht also beispielsweise der Unternehmer, der sich vom Bauherrn ungerecht behandelt fühlt, sich am Bauherrn dadurch zu rechen, dass er ihm (um an einen banalen Beispiel zu bleiben) einen Backstein auf dem Kopf wirft, so haftet er hierfür nicht nur wegen des Verstoßes gegen seine Schutzpflichten aus dem Vertrag, sondern eben auch auf die Grundlage einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gemäß § 826 BGB.

### **bb.: Haftung aus dinglichem Recht:**

Wie oben dargelegt wurde, gibt es nicht nur deliktsrechtliche Ansprüche, die den Berechtigten zur Abwehr von Einwirkungen berechtigen und den Schädiger für den Fall einer unberechtigten Einwirkung zum Schadensersatz verpflichten.

Es gibt auch im Sachenrecht entsprechende Ansprüche. Wir hatten gesehen, dass derjenige, der den Besitzer in seinem Rechte beschränkt, unter Umständen zur Beseitigen verpflichtet ist. Wir hatten die Regelungen des § 1004 BGB gesehen, die bei Einwirkung auf das Eigentum einen Herstellungsanspruch gewährt, der über die reine Beendigung der Beeinträchtigung hinausgeht und die Wiederherstellung eines ursprünglichen Zustandes beinhalten kann.

### **3. Exkurs: Haftung gegenüber Dritten:**

An dieser Stelle soll noch kurz dargelegt werden, dass die zivilrechtliche Haftung aus den o. g. Anspruchsgrundlagen (z. B. Vertrag) nicht nur gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner besteht, sondern unter Umständen gegenüber Dritten bestehen kann.

#### **a.: Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter:**

Die Rechtsprechung hat insoweit das Rechtsinstitut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter entwickelt.

Dabei handelt es sich um einen originären Schadensersatzanspruch eines Dritten, der aufgrund der vertragsgemäßen Bestimmung unmittelbar mit dem Werk in Verbindung kommt und der, wenn dies für den Haftenden erkennbar ist, in den Schutzzweck des Vertrages einbezogen werden soll, auch wenn er nicht unmittelbar Vertragspartner ist.

Zur Verdeutlichung soll folgender Fall dienen:

Der Geschäftsführer eines Studentenwerks, das ein umfangreiches Bauvorhaben in Auftrag gegeben hat, erscheint regelmäßig auf der Baustelle, um sich vom Baufortschritt zu überzeugen.

Da er selbst nicht Vertragspartner ist, hat er grundsätzlich keine originären Vertragsansprüche.

Er kommt aber – weil zu erwarten steht, dass er sich das Bauvorhaben regelmäßig ansieht – bestimmungsgemäß mit den vertragsgegenständlichen Leistungen in Berührung.

Dies ist auch für die Vertragspartner erkennbar, hat doch der Geschäftsführer die jeweiligen Verträge selbst als Organ des Studentenwerks unterzeichnet.

Möglicherweise hat er bei der Unterzeichnung auch darauf hingewiesen, dass er sich selbst regelmäßig vom Baufortschritt überzeugen will.

Befindet sich nun auf der Baustelle ein nicht gesichertes Loch, dessen Sicherung unterblieben ist, obwohl der Unternehmer selbst sie erkannt hat, der bauplanende Architekt sie gesehen hat und auch der Bauüberwacher sie festgestellt hat, ohne jedoch einzuschreiten, fällt nun der Geschäftsführer in dieses Loch, so hat er dieselben vertraglichen Ansprüche, wie sie etwa das Studentenwerk selbst hätte. Er kann also aus dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter selbst vertragliche Schadensersatzansprüche geltend machen.

Dies hat insbesondere dann Vorteile, wenn die Haftung nach Deliktsrecht beschränkt ist.

Wir hatten oben gezeigt, dass § 831 BGB, der die Haftung für das Verschulden Dritter regelt, nur bestimmt Vorwürfe, die dem jeweiligen Haftenden zu machen sind, regelt. Hat also der Unternehmer beispielsweise seinen Überwachungspflichten und Auswahlpflichten hinsichtlich seiner Mitarbeiter genügt, so besteht eben kein deliktsrechtlicher Schadensersatzanspruch.

Etwas anderes ist aber gegeben, wenn die Haftung nach § 278 BGB für das Verschulden von Mitarbeitern (Verschulden des Erfüllungsgehilfen) geregelt ist. Hier haftet der Verpflichtete für das Verschulden seiner Mitarbeiter wie für eigenes Verschulden, so dass im vorliegende Fall der Geschäftsführer auf jeden Fall Schadensersatzansprüche gegen die drei Beteiligten geltend machen könnte, ohne dass diese sich „explodieren“ können.

### **bb.: Haftung nach sonstigen Regelungen:**

In Betracht kommt hier eine Haftung z. B. nach Nachbarrecht.

In der Literatur wurde lange Zeit darüber diskutiert, ob die Übrigen am Bau Beteiligten unter denselben Voraussetzungen gegenüber den Nachbarn haften, wie dies der Eigentümer tut.

Dazu hat der BGH in einem Urteil vom 22.10.2004, Az.: 5 ZR 310/03, entschieden, dass Architekten auch nach nachbarrechtlichen Regelungen haften können.

Entschieden wurde dies im vorliegende Fall unter Berücksichtigung der §§ 823 Abs. 2 BGB (deliktsrechtliche Haftung für die Verletzung eines Schutzgesetzes) i. V. m. § 909 BGB (Verbot, dem Nachbargrundstück die Stütze zu entziehen).

Der BGH hat entschieden, dass die Regelungen des § 909 BGB sich eben nicht nur an den Eigentümer des Nachbargrundstücks richtet, sondern an jeden, von dem die Störung ausgeht, d. h. also z. B. den Architekten, den Bauunternehmer, den bauleitenden Ingenieur oder den Statiker. Jeden Beteiligten treffe eine eigenverantwortliche Prüfungspflicht. Handle er pflichtwidrig und schuldhaft, so hafte er.

- Das Urteil ist veröffentlicht in der Zeitschrift NZBau 2005, 227 ff -

Auch in den Ländern individuell geregelten Nachbarschaftsgesetzen gibt es Regelungen über Schadensersatzansprüche.

So regelt § 28 des Sächsischen Nachbarschaftsgesetzes, dass ein Schaden, der dem Eigentümer durch Ausübung der im Gesetz geregelten Rechte des Nachbarn entsteht, von dem Nachbarn zu ersetzen ist.

Diskutiert wird an dieser Stelle, ob ein originärer Anspruch eben auch gegen diejenigen, die den Nachbarn bei der Ausübung seiner Rechte geholfen haben, bestehen kann, ggf. der § 28 Sächsisches Nachbarschaftsgesetz hier analog angewendet werden kann.

Insgesamt ist jedenfalls festzustellen, dass die Haftung der am Bau Beteiligten sowohl auf der Grundlage öffentlichen Rechts als auch auf der Grundlage privaten Rechts sehr weitgehend ist.

Inbesondere ist festzustellen, dass sie für Pflichtverletzungen jedenfalls finanziell haften, wenn dies entsprechend geregelt ist.

Wie solche Regelungen im Einzelnen, idealerweise im jeweiligen Vertrag, abgeschlossen werden können, soll im letzten Kapitel gezeigt werden.

#### **IV. Risikoverminderung und Durchsetzung von Ansprüchen des Bauherrn**

In den vorangegangenen Abschnitten wurde gezeigt, dass der Bauherr, aber auch die übrigen am Bau Beteiligten erheblichen Risiken ausgesetzt sind. Diese Risiken resultieren sowohl aus öffentlichem, als auch aus privatem Recht.

Risiken stellen sich immer dort, wo dem Bauherrn Pflichten auferlegt sind. Insbesondere dann, wenn der Bauherr bei der Durchführung des Bauvorhabens nicht in der Lage ist, die Pflichten selbst zu erfüllen, stellt sich die Frage, wie er bei der Übertragung der Pflichten auf Dritter auch die Risiken mit abwälzen kann.

Die erste Aussage dazu mag banal klingen:

Risiken sind dann auf null minimiert, wenn die Pflichten, die es zu beachten gilt, erfüllt werden.

Da aber überall dort, wo Menschen tätig sind, Fehler gemacht werden, ist es erforderlich, dem bereits im Vorfeld Rechnung zu tragen.

### **1. Risikoverminderung:**

Es stellt sich damit die Frage, wie die zwangsläufig vorhandenen Risiken zu vermindern sind.

Dazu ist auch hier wieder darauf zu verweisen, dass die beste Risikoverminderung darin liegt, eben alles richtig zu machen.

#### **a.: Vertragsgestaltung:**

Die Frage ist allerdings, ob dies allein ausreicht. Wer praktische Erfahrungen mit Bauvorhaben hat, weiß, dass dies nicht der Fall ist.

Es muss also Regelmechanismen geben, um Probleme im Vorfeld zu vermindern.

Erster Regelmechanismus dazu ist die Vertragsgestaltung:

Wir hatten gesehen, dass die Vertragsgestaltung in zwei Elemente unterfällt, nämlich die sog. Erfüllungsgestaltung und die sog. Risikogestaltung.

Im Rahmen der Erfüllungsgestaltung stellt sich die Frage nach den Hauptbestandteilen des abzuschließenden Vertrages.

Wie wir gezeigt hatten, sind die Verträge, die der Bauherr zu Errichtung des Bauwerks abschließen muss, jeweils Werkverträge. Wir hatten gesehen, dass sowohl die Verträge mit den theoretisch mit der Errichtung des Bauwerks befassten (Architekt usw.) als auch die Verträge mit den praktisch mit der Errichtung des Bauwerks befassten (Bauunternehmer) als Werkverträge definiert werden.

Der Werkvertrag (§ 631 BGB) hat drei Hauptbestandteile: Der erste Hauptbestandteil ist die Frage nach den Parteien, der zweite Hauptbestandteil die Frage nach dem herzustellenden Werk und der dritte Hauptbestandteil die Frage nach der Vergütung (Werklohn).

Bereits im Bereich der Erfüllungsplanung ist an die Minimierung der Risiken zu denken.

Dies geschieht bereits beim ersten Hauptbestandteil des Vertrages, nämlich bei der Auswahl des Beauftragten, der im Werkvertragsrecht „Unternehmer“ heißt.

Sowohl bei den planerischen Tätigkeiten, als auch bei den späteren praktischen Umsetzungen der Pläne hat der Bauherr darauf zu achten, dass die Unternehmen, mit denen er Verträge schließt, den Aufgaben, zu deren Erbringung sie sich vertraglich verpflichten, auch gewachsen sind.

Dies bedeutet, dass der Bauherr bereits bei der Auswahl derjenigen, die die theoretischen Grundlagen für das zu errichtende Bauvorhaben schaffen sollen, eine sorgfältige Auswahl durchzuführen hat.

Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen hat in der Regel eine Ausschreibung stattzufinden.

Häufiger Fehler, den öffentliche Auftraggeber machen, ist die Vergabe an den jeweils **Billigsten**.

Dabei kommt es immer wieder vor, dass Gewerke an Planer vergeben werden, die aufgrund mangelnder Erfahrungen oder Kenntnisse überhaupt nicht in der Lage sind, etwa komplette Sachverhalte ordnungsgemäß zu erfassen.

Die Problematik, dass Anbieter im Rahmen von Ausschreibungen nicht berücksichtigt werden, obwohl sie das preiswerteste Angebot abgegeben haben, ist aber allgemein bekannt. Gleichwohl sollte in Fällen, in denen die Unzuverlässigkeit oder etwa denkbare Probleme auf der Hand liegen, sorgfältig geprüft werden, ob die erforderliche Eignung vorhanden ist.

Es sei nochmals daran erinnert, dass der öffentliche Bauherr, der nicht zur Vergabe eines Vorhabens an einen Anbieter verpflichtet ist, wenn dieser zwar preiswert ist, jedoch offenkundig nicht dazu in der Lage ist, das vertraglich vereinbarte Gewerk auszuführen.

Bei der Frage nach den Parteien sollte auch geklärt werden, ob ein Werkvertrag mit nur einem Auftragnehmer, z. B. einem großen Architektenbüro, abgeschlossen wird, um alles in einer Hand zu lassen oder ob ggf. kleinere Abschnitte der zu vergebenden Aufgaben herausgelöst werden und an mehrere Spezialisten vergeben werden.

Beide Möglichkeiten haben sowohl Vorteile, als auch Nachteile.

Vorteil, wenn alles in einer Hand liegt, ist zum einen praktisch, dass nur ein Ansprechpartner da ist. Haftungstechnisch schneidet man dadurch, dass man die Aufträge monostrukturell vergibt, die „Ausrede“ ab, die jeweiligen Partnergewerke hätten versagt, er selbst habe bei der Produktion eines Fehlers nur aufgrund der mangelhaften Vorarbeit gefehlt.

Hat man jedoch mehrere Spezialisten, so ist zunächst einmal zu bemerken, dass es auf der Hand liegt, dass hier mehrere Personen unabhängig voneinander haften, das spätere Risiko, dass die Haftung auch durchgesetzt werden kann, bereits in finanzieller Hinsicht (Stichwort: Insolvenzgefahr) minimiert ist.

Darüber hinaus ergibt sich der Vorteil der gegenseitigen Kontrolle. Bekanntlich müssen alle Auftragnehmer, die auf der Grundlage von Vorgewerken tätig sind, mitteilen, wenn sie Probleme erkennen (sog. Bedenkenanmeldung).

An dieser Stelle sollte sich aber der Bauherr vor der Vergabe der Auftragserteilung entsprechende Gedanken machen, um dann auf der Grundlage der Abwägung des Risikos eine begründete Entscheidung treffen zu können.

Der zweite Hauptbestandteil des Werkvertrages ist der Werklohn.

Auch im Bereich der Definition des Werklohnes kann sich der Besteller, d. h. der Auftraggeber eines Werkvertrages, gegen potentielle Risiken absichern.

Wenn bei der Definition des Werklohnes bereits darauf geachtet wird, dass man ggf. einen Teil der zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln für sich zurückbehält, um etwa später auftretende Probleme mit eigenen Mitteln angehen zu können, lässt sich auch an dieser Stelle bereits hinsichtlich einer späteren Risikominderung Vorsorge treffen.

Schließlich ist auch bei der Definition des zu leistenden Werkes deutlich die Möglichkeit vorhanden, spätere Risiken zu minimieren.

Dies beginnt damit, dass das zu erbringende Werk deutlich und sorgfältig im Vertrag dargestellt werden sollte. Der Bauherr muss genau sagen, was er möchte.

Allgemeine Beschreibungen („Bauen Sie mir mal ein Haus!“) sind in der Regel nicht geeignet, um konkrete Vorstellungen unproblematisch umsetzen zu können.

Es ist nicht erforderlich, dass der Bauherr dem beauftragten Planer bereits die fertige Planung vorgibt und sie nur noch abnicken lässt, jedoch sollte der Bauherr genau wissen, was er möchte.

Dies kann z. B. dadurch geschehen, dass durch eigene Spezialisten etwa verschiedene Modelle durchdacht werden. Sofern keine eigenen Spezialisten vorhanden sind, kann der Bauherr auch, bevor er einen konkreten Auftrag vergibt, Alternativentwürfe vorstellen lassen.

Hat er sich dann für einen konkreten Plan entschieden, sollte er in den Vertrag mit dem Planer ausdrücklich aufnehmen, welche Hauptleistungen er vom Planer erwartet.

Auch hier sei ein Beispiel genannt:

Bekanntlich sieht die HOAI eine Phase vor, die der Bauüberwachung gewidmet ist (Phase 8 HOAI).

Wer also die Bauüberwachung durch das beauftragte Planungsbüro durchführen lassen möchte, hat darauf zu achten, dass das Planungsbüro eben auch verpflichtet ist, durch eigene Mitarbeiter vor Ort vertreten zu sein. Hier ist z. B. die Frage nach der Vereinbarung eines Erfüllungsortes wichtig.

Wird beispielsweise in Sachsen ein Universitätsgebäude gebaut, so hilft es nicht, wenn zwischen den Parteien München als Erfüllungsort vereinbart ist, obwohl man dies in etlichen Verträgen immer wieder liest.

### **b.: Absicherung der vertraglichen Haftungsansprüche:**

Die Vereinbarung noch so guter Haftungsregeln bringt wenig oder nichts, wenn sie nicht durch den Vertrag abgesichert ist.

Zur Absicherung bieten sich beispielsweise Bürgschaften oder eben auch ein Sicherungseinbehalt an.

Auch sollte an dieser Stelle verlangt werden, dass der Unternehmer im Rahmen seiner Tätigkeit umfassend versichert ist.

Bürgschaften können z. B. als Erfüllungsbürgschaften verlangt werden.

Oftmals ist dies mit dem Austausch von Bürgschaften verbunden.

D. h., dass der Bauherr eine Bürgschaft hingibt, mit der er gewährleistet, dass der Unternehmer für die mangelfreie Herstellung des vereinbarten Werks auch den vereinbarten Werklohn erhält.

Im Gegenzug erhält er vom Unternehmer eine Erfüllungsbürgschaft, die so gestaltet ist, dass für den Fall, dass der Unternehmer eben nicht alles herstellt, der Besteller sich daraus bedienen und das Bauvorhaben zu Ende bringen kann.

Ein Sicherungseinbehalt ist in der Regel auf 5 % der Haftungssumme beschränkt.

An dieser Stelle sei darauf verwiesen, dass insbesondere in Architektenverträgen wegen Sicherungseinbehalte eher ungewöhnlich sind. Es spricht aus Sicht der Rechtsprechung eigentlich nicht viel dagegen, derartige Regelungen auch in Architektenverträge aufzunehmen.

Ggf. sollte man darauf achten, dass hier Kongruenz zu den Regeln der HOAI eintritt.

Man kann aber auch vom Architekten die Gestellung einer entsprechenden Bürgschaft verlangen.

Vereinbart man, dass die beauftragten Unternehmer (sowohl Planer als auch Bauunternehmer) entsprechende Sicherheiten zu leisten haben und entsprechend versichert sind, so ist darauf zu achten, dass die vereinbarten Sicherungsmechanismen, wie die Versicherungssumme, dem potentiellen Risiko entspricht, das auftritt.

Bei einem Bauvorhaben über 20 Millionen Euro hilft es, wie oben bereits erwähnt, nicht, wenn der planende Architekt mit einer Haftungssumme von 100.000,00 Euro versichert ist. Auch dies ist keine Übertreibung, sondern praktisch durchaus schon so vorgekommen.

Der Bauherr hat also an dieser Stelle darauf zu achten, dass er entsprechend abgesichert ist.

Er hat darauf zu achten, dass die Absicherung für ihn auch kurzfristig und schnell, d. h. ohne großen Prozess realisierbar ist.

Dies bedeutet, dass die Realisierbarkeit zum einen in Hinsicht auf die Durchsetzbarkeit (Insolvenzrisiko des Unternehmers) zu gewährleisten ist. Weiterhin ist die Realisierbarkeit auch hinsichtlich der Zeitschiene (wie gesagt ohne langen Prozess) zu gewährleisten.

Es ist zwar bekannt, dass der BGH in seiner jüngsten Rechtsprechung die Anforderungen an eine Bürgschaft als erstes Anfordern, erheblich erhöht hat.

Gleichwohl sollte bei der Definition einer Bürgschaft verlangt werden, dass diese selbstschuldnerisch, d. h. unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage, hingegeben wird.

Weiterhin sollte darauf geachtet werden, dass es sich bei dem Bürgen um ein liquides Institut handelt, d. h. von Privatbürgschaften sollte Abstand genommen werden. Vielmehr sollte die Bürgschaft einer Bank oder eines Versicherungsinstitutes verlangt werden.

Eine weitere Möglichkeit zur Absicherung etwaiger Schadensersatzansprüche ist darin zu sehen, dass man sich die Schadensersatzansprüche des jeweiligen Unternehmens gegen etwaige Subunternehmen sicherungshalber abtreten lässt.



Dies impliziert dann die Möglichkeit, unmittelbar und selbst gegen den jeweiligen Subunternehmer vorzugehen. Insbesondere im Falle Insolvenz des beauftragten Hauptunternehmers oder Generalunternehmers stellt sich hier die Möglichkeit, Schadensersatzansprüche weiter zu verfolgen, was sonst grundsätzlich nicht möglich wäre.

### **c.: Versicherungen:**

#### **aa.: Eigene Versicherungen des Bauherrn:**

Abgesehen von den vertraglichen Regelmechanismen, auf die oben eingegangen wurde und die später noch ausgeführt werden, hat der Bauherr auch die Möglichkeit, sich extern zu versichern.

Dies kann durch entsprechende separate Versicherungsverträge, die insbesondere von großen Versicherungsunternehmen regelmäßig angeboten werden, geschehen. Es gibt z. B. die Möglichkeit, bei eigenen Unternehmen Baustillstandsversicherungen abzuschließen oder Versicherungen abzuschließen für den Fall, dass das Bauvorhaben nicht zu Ende geführt wird.

Dies ist insbesondere bei Bauvorhaben im oberen Bereich individuell möglich.

Offenbar ist dies eine Kostenfrage, wobei zu fragen ist, ob sich die Kosten nicht lohnen können. Bei „kleinen Häuslebauern“ empfiehlt es sich in der Regel nicht, die hierfür anfallenden erheblichen Kosten aufzuwenden.

Bei öffentlichen Ausschreibungen kann dies allerdings anders aussehen.

#### **bb.: Vertragsgestaltung mit dem Bauunternehmer:**

Die oben für die Hauptbestandteile des Vertrages bei der Vereinbarung der Herstellung eines Geisteswerks gebrachten Anmerkungen gelten entsprechend auch für die Vertragsgestaltung mit dem ausführenden Bauunternehmen.

Auch hier stellt sich die Frage nach den Parteien.

Dabei ist zunächst einmal wiederum im Rahmen der Ausschreibung zu prüfen, ob wirklich der billigste Anbieter genommen werden muss oder ob nicht auch hier ein Unternehmen, das aufgrund seiner Referenzen und Bekanntheit als geeignet erscheint, das beabsichtigte Bauvorhaben auszuführen.

Auch hier sei davor gewarnt, sich zum Versuchskaninchen machen zu lassen.

Insbesondere wenn man eigene Erfahrungen mit der mangelhaften Ausführung eines Bauvorhabens hat, sollte man sich überlegen, ob man nicht eine andere Firma beauftragt.

Auch hier gilt wieder, dass die Definition des auszuführenden Gewerks so konkret wie möglich gehalten werden sollte. Der (teuer bezahlte) Planer sollte ausdrücklich und substantiiert im Vertrag vorgeben, wie das Gewerk auszuführen ist.

Zu achten ist darauf, dass die Vertragsgestaltung bereits bei der Definition der essentialia keine Widersprüche in sich enthält.

Dies kommt beispielsweise oft in dem Bereich vor, in dem über das zur Anwendung kommende Recht Vereinbarungen zu finden sind.

Wie wir sehen werden, ist auch darauf zu achten, dass die Vereinbarungen klar und deutlich sind, insbesondere nicht nur im Bereich Allgemeiner Geschäftsbedingungen, sondern eben auch im Bereich der individuellen Vereinbarung.

Auch beim ausführenden Unternehmen ist darüber nachzudenken, ob man nicht im Bereich der Vergütung bereits außerhalb des Vertrages liegende Sicherheiten dadurch einbehält, dass man einen Teil der zur Verfügung stehenden Bausumme vorab nicht einsetzt, sondern als Sicherheit quasi „in petto“ behält.

Gerade im Bereich der Durchführung von Bauvorhaben durch Bauträger erlebt man immer wieder, dass Häuslebauer ihre gesamten finanziellen Mittel auf einen Bauträger fokussieren.

Immer wieder ist es vorgekommen, dass Bauträger dann – unter Umständen noch vor Beendigung des Bauvorhabens – in Insolvenz gehen.

Wenn der Häuslebauer hier über keinerlei Rücklagen mehr verfügt, hat er extreme Probleme mit einem nicht fertiggestellten Bauvorhaben.

Gerade an dieser Stelle wäre es sinnvoller, wenn Häuslebauer eben nicht ihre gesamten finanziellen Mittel in ein Bauvorhaben stecken, sondern ggf. das Bauvorhaben etwas „schmäler“ geplant hätten und dafür in der Lage wären, mit eigenen finanziellen Mitteln für die Fertigstellung zu sorgen.

Auch muss man wissen, dass ein Bauvorhaben eigentlich nie fertig wird. Tatsächlich wird der Häuslebauer bereits im Jahr nach der Abnahme feststellen, dass z. T. Mängel vorhanden sind, z. T. aber auch Probleme auftreten, mit denen weder er, noch der Planer, noch das ausführende Unternehmen gerechnet haben.

Dem kann dadurch Rechnung getragen werden, dass ein Teil der Bausumme zurückbehalten bleibt.

### **cc.: Haftungsregelungen:**

Insgesamt gilt im Werkvertragsrecht, dass man aber die Risikominderung und die Übertragung des Risikos vom Bauherrn auf die übrigen am Bau Beteiligten nicht allein im Bereich der Hauptbestandteile des Vertrages zustande bringt, sondern dass es sich als sinnvoller erwiesen hat, hier auch in den übrigen Bestandteilen entsprechende Haftungsregelungen aufzunehmen.

Haftungsregelungen können in mehrerlei Hinsicht formuliert werden:

#### **(1.): Definition der Haftungsregelung:**

Bevor ein Vertrag geschlossen wird, sollte man sich an dieser Stelle ordnungsgemäß beraten lassen.

Insbesondere im öffentlichen Bereich, dort besonders bei Großaufträgen, empfiehlt es sich, im Vorfeld unter Umständen Verträge durch baurechtlich bewanderte Juristen prüfen zu lassen.

Lässt man sich hier schlecht beraten, meint man etwa, aufgrund eines eigenen Rechtsempfindens schon durchzukommen, so wird man feststellen, dass an dieser Stelle oftmals Probleme für später produziert werden, die bei der Durchsetzung etwaiger Schadensersatzansprüche „grausame Folgen“ zeitigen können.

Wichtig ist zunächst einmal, Haftungsregeln in den Vertrag aufzunehmen.

Die Frage stellt sich allerdings, ob man Haftungsregeln jeweils neu definieren muss (das Rad also stets neu erfinden muss) oder man nicht auf bewährte Haftungsregeln zurückgreifen kann.

Die ältesten Haftungsregeln, die allgemein zugänglich sind, sind die Haftungsregeln, die der Gesetzgeber bereits vorgegeben hat.

Auch wenn die folgende Aussage bei dem ein oder andern Verblüffung hervorrufen sollte:

Die Haftungsregeln des Gesetzes sind weitestgehend gut durchdacht und regelmäßig gut brauchbar.

Man sollte von diesen Regelungen nach Möglichkeit nicht ohne Not abweichen.

Wie wir gesehen hatte, ergeben sich die Haftungsregelungen im Werkvertragsrecht aus § 634 BGB, der die Rechte des Bestellers bemängeln, regelt.

§ 634 BGB soll an dieser Stelle wörtlich zitiert werden:

„Ist das Werk mangelhaft, kann der Besteller, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist,

1. nach § 635 Nacherfüllung verlangen,
2. nach § 637 den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen,
3. nach den §§ 636, 323 und 326 Abs. 5 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 638 die Vergütung mindern und
4. nach den §§ 636, 280, 281, 283 und 311 a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.“

§ 634 BGB regelt also die Rechte des Bestellers, wenn das Werk mangelhaft ist.

Das erste Recht, das § 634 BGB gewährt, ist das Nacherfüllungsverlangen nach § 635 BGB.

§ 635 BGB (der im Übrigen auch ein Recht des Unternehmers ist) gewährt dem Besteller die Möglichkeit, Nacherfüllung (d. h. entweder Mangelbeseitigung oder Herstellung eines neuen Werkes) zu verlangen.

Die Nacherfüllung beinhaltet, dass der Unternehmer die hierzu erforderlichen Aufwendungen selbst zu tragen hat.

Die Nacherfüllung kann grundsätzlich nicht verweigert werden. Nur wenn die Nacherfüllung mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden ist, kann der Unternehmer sie verweigern.

In diesem Fall gilt die Nacherfüllung letztlich als unmöglich, wobei die Unmöglichkeit vom Unternehmer zu verantworten ist, so dass er entsprechend Schadensersatz zu leisten hat.

Stellt der Unternehmer ein neues Werk her, so kann er – wenn dies möglich ist – vom Besteller Rückgewähr des mangelhaften Werkes verlangen.

Dies ist bei der Durchführung von Bauvorhaben in der Regel eher nicht möglich.

Tatsächlich hat also auf der Grundlage dieser Regelung der Besteller die Möglichkeit, den Unternehmer dazu zu zwingen, das vertraglich vereinbarte Werk herzustellen.

Was geschieht nun, wenn der Unternehmer keine Nacherfüllung durchführt:

Für diesen Fall hat der Besteller die Möglichkeit, nach erfolglosem Ablauf einer von ihm gesetzten Frist, den Mangel selbst zu beseitigen und den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen.

Wichtig an dieser Stelle ist, dass er insbesondere einen Vorschussanspruch hat.

D. h., wenn feststeht, welche Kosten für die Durchführung der Ersatzvornahme anfallen, kann der Bauherr diese Kosten vom beauftragten Unternehmen im Wege der sog. Vorschussklage geltend machen.

Er hat dann nur nach Beendigung der Nacherfüllungsarbeit über den Vorschuss abzurechnen.

§ 637 BGB regelt dann noch, dass die Bestimmung einer Frist nicht erforderlich ist, wenn die Nacherfüllung bereits fehlgeschlagen ist oder dem Besteller nicht zumutbar ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn bereits mehrere Nacherfüllungsversuche ausgeführt wurden und auf der Hand liegt, dass der Unternehmer zur Herstellung des vereinbarten Werks gar nicht in der Lage ist.

Ist die Nacherfüllung fehlgeschlagen, hat der Unternehmer sie endgültig verweigert oder ist die Nacherfüllung unzumutbar, kann sich der Besteller auch überlegen, ob er Schadensersatz haben möchte oder ob er vom Vertrag zurücktreten möchte. Zum Rücktritt vom Verträge ist zu erwähnen, dass die frühere Problematik, dass der Rücktritt den Schadensersatz ausschloss, mittlerweile vom Gesetzgeber gelöst ist. Heute kann man vom Vertrag zurücktreten und gleichzeitig noch Schadensersatz geltend machen.

Schließlich kann der Besteller auch noch den Ersatz der vergeblichen Aufwendungen verlangen.

Dies ist z. B. dann der Fall, wenn etwa bei der Herstellung eines Geisteswerks (Baupläne usw.) eigene Mitarbeiter Zuarbeit geleistet haben, die noch mal erforderlich wird, weil ein anderer Architekt beauftragt werden muss.

Weiterhin steht dem Auftragnehmer das Minderungsrecht gemäß § 638 BGB zu. Dies bedeutet, dass bei Fehlern der Bauleistung ein angemessener Abschlag auf die Vergütung zu erstatten ist.

## **(2).: VOB/B:**

Weitere probate Regelungen über Haftungsregeln befinden sich in der VOB/B, die bei öffentlichen Verträgen regelmäßig vereinbart werden muss.

Zur Qualität der VOB/B haben wir bereits oben ausgeführt. Es sei noch einmal daran erinnert, dass es sich bei der VOB/B um eine Art allgemein anerkannter Allgemeinen Geschäftsbedingung handelt, die Vertragsbestandteil werden sollen.

Die VOB/B beinhaltet mehrere Möglichkeiten für den Auftraggeber, Mängelrechte geltend zu machen.

In § 4 Nr. 6 VOB/B ist das Recht des Auftraggebers zur Mangelverhinderung definiert.

Diese Regelung beginnt damit, dass der Auftraggeber verlangen kann, dass Stoff- oder Bauteile, die dem Vertrag nicht entsprechen, auf seine Anordnung von der Baustelle zu entfernen sind.

Dazu muss er der Auftragnehmerseite eine angemessene Frist setzen.

Auch vor der Abnahme kann er, wenn ein Mangel offen zu Tage getreten ist, Nacherfüllung verlangen.

Die Regelung hierzu befindet sich in § 4 Nr. 7 S. 1 VOB/B.

Hat der Auftragnehmer Leistungen, die während der Bauausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, hergestellt, so hat er diese auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen.

Der Unternehmer hat also den zu erwartenden Mangel zu beseitigen.

Was als mangelhafte Leistung anzusehen ist, lässt sich aus der Definition des Mangels in § 13 Nr. 1 VOB/B ableiten.

Die Bauleistung ist mangelhaft, wenn sie nicht die zugesicherten Eigenschaften ausweist, nicht den allgemeinen anerkannten Regeln der Technik entspricht oder mit Fehlern behaftet ist, die den Wert bzw. die Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauch oder zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch mindern oder aufheben.

Die VOB/B gewährt dem Auftraggeber weiter das Recht, Nacherfüllung gemäß § 4 Nr. 7 S. 1 VOB/B zu verlangen.

Dabei ist darauf zu achten, dass es grundsätzlich dem Auftragnehmer überlassen ist, ob er den Mangel durch Neuherstellung oder durch Veränderung des bereits vorliegenden Leistungsgegenstandes beseitigt.

Wie oben im Werkvertragsrecht des BGB kann auch hier eine Neuherstellung erforderlich werden.

Wichtig ist, dass die Kosten der Nacherfüllung vom Unternehmer selbst zu tragen sind.

Damit sind die Rechte des Auftragnehmers vor der Abnahme in der VOB/B deutlich definiert.

Nach der Abnahme richten sich die Rechte des Auftraggebers bei Mängeln nach § 13 VOB/B.

Gemäß § 13 Nr. 5 VOB/B ist der Auftragnehmer verpflichtet, ihm zurechenbare Mängel zu beseitigen und die hierbei entstehenden Kosten zu tragen.

Beseitigt er Mängel, obwohl ihm hierzu eine angemessene Frist gesetzt wurde, nicht, so steht dem Auftraggeber (Bauherrn) das Recht zu, diese Mängel selbst im Wege der Selbstvornahme (vgl. oben Ersatzvornahme) oder durch Drittfirmen zu beseitigen lassen (vgl. § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B).

Die Kosten der Selbstvornahme trägt der Auftragnehmer.

Auch hier besteht die Möglichkeit, einen Kostenvorschuss geltend zu machen.

Weiterhin hat der Auftragnehmer nach § 13 Nr. 6 VOB/B einen Anspruch auf Minderung der vereinbarten Vergütung.

Der Auftraggeber ist berechtigt, durch Erklärung gegenüber dem Auftragnehmer die Vergütung zu mindern.

Hinzuweisen ist noch darauf, dass § 13 Nr. 1 VOB/B darlegt, dass die Leistung dann mangelhaft ist, wenn sie zur Zeit der Abnahme nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist und nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht.

Wir hatten dies bereits oben dargelegt.

Auf eine wichtige Regelung soll hier hingewiesen werden:

In der Regel ist es so, dass auch öffentliche Auftraggeber neben den gesetzlichen Regeln und den Regeln der VOB/B noch eigene Allgemeine Geschäftsbedingungen mitbringen, die zur Vertragsgrundlage gemacht werden. Besonders findige Juristen sind in der Lage, hier immer wieder neue Regelungen einzubauen, die besonders effektiv sein sollen. Allerdings ist darauf zu achten, dass diese, wenn sie massiv zu Lasten der Gegenseite von der VOB/B abweichen, als Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Regel unwirksam sein dürften (vgl. BGH, NZBau 2003, 150 ff).

Der Bundesgerichtshof hat bereits mehrfach entschieden, dass dann, wenn durch Allgemeine Geschäftsbedingungen eine deutliche Benachteiligung durch Abweichung der Regeln von den VOB/B entsteht, diese unwirksam sind. Man kann also unter Umständen mit der Vereinbarung zu scharfer Haftungsregelungen genau den gegenteiligen Effekt von der gewünschten Seite ausweichen, nämlich dass man überhaupt keine Modifikation erzielt.

Hinzuweisen ist darauf, dass man die Haftungsregeln, die nun im BGB und in der VOB/B aufgestellt werden, auf keinen Fall zu Lasten des Auftraggebers unterschieden werden sollten.

Insbesondere in Architektenverträgen liest man oftmals, dass eine Begrenzung der Haftung auf eine - wie auch immer definierte - Versicherungssumme vorhanden sein soll. Weiter liest man, dass Haftung nunmehr für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit eintreten soll.

Abgesehen davon, dass dann auch die Vereinbarung einer Versicherungssumme überhaupt keinen Sinn macht (Versicherungen zahlen gemäß § 62 VVG dann nicht, wenn der Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt wurde), ist auch nicht erkenntlich, warum die Auftraggeberseite dem beauftragten Unternehmer (insbesondere dem Architekten) hier einen Freibrief für Fehler gewähren sollte.

Es ist darauf zu achten, dass die gesetzlichen bzw. die Haftungsregeln der VOB/B als Mindeststandard gewahrt bleiben. Ggf. kann man sogar in moderaten Bereichen hier eine Verschärfung durchführen.

Weiterhin sollte eine Motivation des Beauftragten vorhanden sein, Schäden nicht herbeizuführen. Hierzu biete sich insbesondere eine Vertragsstrafenregelung an.

Eine Vertragsstrafe sollte dabei so definiert sein, dass sie sich noch im rechtlich zulässigen Rahmen bewegt (5 %).

Bei der Vereinbarung derartiger Regelmechanismen, wie etwa eine Vertragsstrafe sie darstellt, kann durchaus auch ein wenig Kreativität an den Tag gelegt werden.

Regelmäßig werden Vertragsstrafen nur für den Fall vereinbart, dass tatsächlich eine Leistungszeitüberschreitung eintritt.

Man kann Vertragsstrafen aber auch weitergehend definieren.

Es sei in Erinnerung gerufen, dass der Gegenstand einer Vertragsstrafe ein pauschalierter Schadensersatz ist. Vertragsstrafenabreden sind daher so zu formulieren, dass die Vertragsstrafe als Mindeststrafe (die bei entsprechendem Nachweis durchaus überschritten werden kann) zu betrachten ist.

Man kann Vertragsstrafen daher auch für andere Fälle der Verletzung von Nebenabreden vereinbaren.

An dieser Stelle sei noch einmal das Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart hinsichtlich der Strafbarkeit eines Bauherrn benannt.

Es bietet sich z. B. an, dieses öffentlich-rechtliche Risiko dadurch zu vermindern, dass für die Verletzung öffentlicher Bauvorschriften ebenfalls eine Vertragsstrafe vereinbart wird.

Auch hier sollte die Vereinbarung genau definiert werden, damit die Beteiligten wissen, worum es geht.

#### **d.: Einbau sonstiger Kontrollmechanismen:**

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass an dieser Stelle auch der Einbau sonstiger Kontrollmechanismen ein sehr wirkungsvolles und probates Mittel ist.

Dies bedeutet, dass man sich nicht darauf verlassen sollte, dass die jeweils beauftragten Unternehmer (sowohl Planer, als auch Bauunternehmer) von sich aus gute Arbeit leisten. Vielmehr sollte man unabhängiges, ggf. eigenes oder externes Personal aufbieten, das Unternehmern quasi auf die Finger schaut.

Auch wenn bereits der Planer mit der Bauüberwachung beauftragt ist und hierfür bezahlt wird, sollte man an dieser Stelle deutlich darauf achten, dass noch jemand Drittes vor Ort ist, der regelmäßig oder stichprobenartig sowohl den Planer und Bauüberwacher als auch den Bauausführer kontrolliert.

Wir hatten darauf hingewiesen, dass die Hinzuziehung von Bausachverständigen sich hier immer wieder als sinnvoll erwiesen hat.

Nochmals: Spezialisten haben den Vorteil, dass sie mögliche Mängel schneller erkennen als die allgemein tätigen Bauüberwacher.

Dies liegt einfach daran, dass sie in ihrem Spezialbereich über die größere Erfahrung verfügen.

Darüber hinaus ist aber auch festzustellen, dass alle am Bau Beteiligten, wenn sie wissen, dass sie nicht frei schalten und walten können, sondern ihnen „auf die Finger gesehen wird“, bemüht sind, Fehler zu vermeiden.

Wir hatten oben bei der Darstellung der Regelung der VOB/B gesehen, dass es bereits möglich ist, vor Abnahme Mängelbeseitigungsforderungen zu stellen.

Dies gelingt nur dann, wenn der Bauherr sicher sein kann, dass er Kenntnisse durch das Vorhandensein entsprechenden Personals gewinnt.

Die Beauftragung von Sondergutachten zur Durchführung von Stichproben empfiehlt sich daher immer.

Auch hier gilt, dass Kosten, die hier gespart werden, sich erfahrungsgemäß später in Potentäterform erforderlich machen.

## **2. Durchsetzung von Ansprüchen:**

Die Formulierung der vertraglichen Grundlagen, sowohl im Bereich der Hauptleistungspflichten, als auch im Bereich der Nebenpflichten, dient zum einen der Prävention dadurch, dass aufgrund der gewählten Konstellation möglichst keine Fehler entstehen. Sie dient aber zum anderen dazu, dass im Falle eines Fehlereintritts die oben aufgezeigten Schadensersatzansprüche auch durchsetzbar sind.

Voraussetzung für die Durchsetzbarkeit der Ansprüche auf Schadensersatz ist eine entsprechende vertragliche Vereinbarung.

Bei der Frage nach der Durchsetzung entsprechender Ansprüche ist zunächst einmal die Frage zu beantworten, auf welcher Anspruchsgrundlage die Ansprüche gestützt werden sollen.

Wenn die Verträge, so wie oben empfohlen, abgeschlossen sind, empfiehlt sich hier zunächst einmal die Suche nach einer vertraglichen Anspruchsgrundlage. Erst in einem zweiten Schritt kann darüber nachgedacht werden, ob – quasi als Auffangtatbestand – gesetzliche Anspruchsgrundlagen in Betracht kommen.



## **a.: Prüfung der vertraglichen Grundlage:**

Ist ein Mangel aufgetreten, so ist zunächst einmal danach zu fragen, wer die Hauptverantwortung für das Auftreten des Mangels trägt. Insbesondere ist danach zu fragen, ob in dem Vertrag mit demjenigen, der die Hauptverantwortung trägt, die erforderlichen Anspruchsgrundlagen geregelt sind.

Zunächst einmal ist also festzustellen, wo überhaupt der Mangel liegt.

Die Frage, wo der Mangel liegt, orientiert sich insbesondere daran, welches der am Bauvorhaben beteiligten Gewerke hierfür verantwortlich zeichnet.

Praktisch läuft diese Ermittlung so ab, dass am Bauvorhaben, in der Regel eine gewisse Zeit nach der Abnahme, eine Erscheinung auftritt, die auf das Vorliegen eines Mangels schließen lässt.

Häufig sind z. B. Risse in den Außenfassaden, Feuchtigkeit in den unterkellerten Bereichen, Wassereintritt in Tiefgaragen, Putzabplatzungen usw.

Sodann wird geprüft, welcher Unternehmer (im werkvertraglichen Sinne) bzw. Auftragnehmer (im Sinne der VOB/B) das Gewerk hergestellt hat.

Treten beispielsweise Risse im Boden einer Tiefgarage auf, so wird man fragen, wer die Tiefgarage gebaut hat.

Dabei ist wiederum zu prüfen, ob ggf. mehrere Baufirmen tatsächlich bei der Ausführung befasst waren. Um am Beispiel zu bleiben, wäre es denkbar, dass es einen Generalunternehmer gibt, eine Firma gibt, die die Betonarbeiten ausgeführt hat und eine weitere Firma gibt, die die Beschichtung der Tiefgarage ausgeführt hat.

Als nächstes ist zu fragen, mit wem der Bauherr denn nun einen Vertrag hat.

Ist beispielsweise ein Generalunternehmer beauftragt, so hat der Bauherr vertragliche Ansprüche grundsätzlich nur gegen den Generalunternehmer, nicht jedoch gegen die sog. Subunternehmer.

Die Frage nach der einschlägigen vertraglichen Anspruchsgrundlage orientiert sich dann also am GU-Vertrag.

Hat man also im Werkvertrag die einschlägige Haftungsgrundlage ermittelt, sollte man deren Voraussetzungen prüfen.

Wir hatten oben bereits gesehen, dass es beispielsweise Anspruchsgrundlagen gibt, die zu Rechten des Auftraggebers erst dann führen, wenn dem Unternehmer eine Nachfrist zur Nacherfüllung gesetzt worden ist.

Der Auftraggeber hat dann dafür Sorge zu tragen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen einer etwaigen Anspruchsnorm auch erfüllt werden.

Konkret heißt dies, dass er entsprechende Schreiben absenden muss, in denen die entsprechenden Fristsetzungen enthalten sind.

Dabei ist wiederum zu achten, dass zur Vorbereitung weiterer Maßnahmen jeder Schritt dokumentiert wird und nachweisbar ist.

Probate Medien dazu sind regelmäßige Baubesprechungen. Probates Medium dazu ist weiter die Zustellung etwaiger Schreiben per Einschreiben – Rückschein. Ggf. ist auch die Möglichkeit gegeben, entsprechende Schreiben gegen Empfangsbekanntnis vorzulegen, d. h. sich den Zugang des Schreibens vom Unternehmer direkt quittieren zu lassen.

Sodann sollte auf der Grundlage der einschlägigen Anspruchsnormen gegen den jeweiligen Anspruchsgegner vorgegangen werden.

Im nächsten Schritt ist aber dann zu ermitteln, ob, abgesehen von demjenigen, der das mangelhafte Gewerk tatsächlich errichtet hat, auch weitere Personen in Anspruch genommen werden können.

Wir hatten oben empfohlen, sich die Gewährleistungsansprüche eines beauftragten Generalunternehmers gegen etwa tätige Subunternehmer abtreten zu lassen. Ist dies beachtet worden, so besteht auch die Möglichkeit, gegen die Subunternehmer direkt vorzugehen.

Die Schaffung der Anspruchsgrundlagen orientiert sich dann allerdings nicht an den vertraglichen Vereinbarungen und Regelungen des Vertrages mit dem Generalunternehmer, sondern an den vertraglichen Vereinbarungen, die der Generalunternehmer mit dem Subunternehmer geschlossen hatte.

Dies ist zu beachten.

Voraussetzung für die erfolgreiche Geltendmachung ist also, dass dem Auftraggeber sämtliche Unterlagen, d. h. insbesondere sämtliche Verträge mit den Subunternehmern, im erforderlichen Falle vorgelegt werden bzw. er diese von Anfang an hat. Auch das kann vertraglich vereinbart werden.

Sodann ist zu prüfen, ob neben den praktisch am Bau Tätigen auch die theoretisch am Bau Tätigen in Anspruch genommen werden können. Dabei ist insbesondere an den Planer/Architekten/Entwurfsverfasser zu denken.

In der Regel ist es nämlich so, dass Mängel nicht nur auf eine mangelhafte Bauausführung oder Mängel beim verwandten Material zurückzuführen sind, sondern darüber hinaus auch Mängel im Bereich der Planung vorliegen.

Hier ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber sich Planungsfehler des von ihm beauftragten Architekturbüros selbst zurechnen lassen muss.

Ist also das Bauwerk im Ergebnis mangelhaft geworden, weil die Pläne mangelhaft sind, so mindert sich um den Anteil der Planmängel die Verantwortlichkeit der ausführenden Firmen.

Hier stellt sich dann die Frage, ob die bauausführenden Firmen besonders erfahren im Bereich des jeweiligen Bauwerks sind. Dann haben sie eigene Überwachungspflichten.

Auch insoweit könnte eine vertragliche Vereinbarung, die dem ausführenden Unternehmen eigene Überwachungspflichten auferlegt, hilfreich sein.

Hat sich dann herausgestellt, dass es auch Planungsfehler gibt, so ist im jeweiligen Architektenvertrag zu prüfen, ob die dortigen Anspruchsgrundlagen vorliegen und erfüllt sind. Ggf. sind auch hier die Voraussetzungen zu schaffen.

Neben etwaigen Planungsfehlern kommen dann noch die sog. Bauüberwachungsfehler in Betracht.

Wer – wie oben empfohlen – bei der Vergabe dafür gesorgt hat, dass auf ein externes Büro mit der Bauüberwachung beauftragt wird (in der Regel das mit den Plänen befasste Architekturbüro), kann auf jeden Fall im Falle einer mangelhaften Ausführung auch den Bauüberwacher wegen mangelhafter Bauüberwachung in Anspruch nehmen.

Der Bauüberwacher muss ausführlich nachweisen, dass er einen später aufgetretenen Mangel bei der Herstellung des Gewerkes nicht erkennen konnte.

Treten beispielsweise Risse im Bereich eines unterkellerten Bereiches auf, so muss der Bauüberwacher nachweisen, dass er die entsprechenden Überwachungsmaßnahmen, zu deren Durchführung er vertraglich vereinbart war, auch beachtet hat.

Ist der Vertrag geeignet formuliert, kann es z. B. für ihn erforderlich werden, nachzuweisen, dass er bei der Einbringung des Estrichs die entsprechenden Schichtstärken nachgemessen und durch geeignete Maßnahmen kontrolliert hat.

Er muss nachweisen, dass er bei der Durchführung seiner Bauüberwachungstätigkeit die erforderlichen und anerkannten Regeln der Technik beachtet hat.

Gelingt ihm dies nicht, haftet er mit dem Bauunternehmen, das die Mängel praktisch produziert hat, gesamtschuldnerisch i. S. der §§ 421 ff. BGB.

Dies bedeutet, dass der Auftraggeber sich aussuchen kann, wenn von beiden Haftenden er in Anspruch nimmt. Beide Haftende sind dem Unternehmer zur Beseitigung der Mängel bzw. zum Schadensersatz verpflichtet.

Beide haben bei der Leistung von Schadensersatz den Schaden in voller Höhe zu ersetzen.

Der Auftraggeber gelangt im Falle einer gesamtschuldnerischen Haftung Mehrerer in eine sog. „Paschastellung.“ Er kann sich aussuchen, wen er in Anspruch nimmt. Die jeweiligen Anspruchsgegner sind insgesamt jeweils aufs Ganze verpflichtet.

Hat der Auftraggeber dann neben dem „normalen“ Bauüberwacher noch – wie empfohlen – Sondergutachter usw. beauftragt, so ist die Frage aufzuwerfen, ob etwa auch einer dieser beauftragten Sondergutachter seine Überwachungstätigkeit mangelhaft ausgeführt hat. Für diesen Fall wäre wiederum auf der Grundlage der mit ihm geschlossenen Verträge zu prüfen, ob er haftet. Oftmals wird auch er als Gesamtschuldner neben den beiden anderen Anspruchsgegnern haften.

## **b.: Inanspruchnahme der Anspruchsgegner:**

Sodann, d. h. nach der Ermittlung der einschlägigen Anspruchsgrundlagen und des jeweiligen Anspruchsgegners, ist zu prüfen, wie die Ansprüche geltend gemacht werden sollen.

Dabei ist zunächst einmal der Umfang des aufgetretenen Mangels zu definieren.

Bei kleineren Mängeln wird man sicherlich in der Lage sein, dieses durch Selbsttätigwerden abstellen zu lassen. Bei massiven Mängeln jedoch sollte man sich ggf. professioneller Hilfe bedienen.

#### **aa.: Eigene Mitarbeiter:**

Dabei ist zu fragen, ob man ggf. im eigenen Umfeld über entsprechend professionelles Personal verfügt.

Als Beispiel sei hier eine Universität genannt, an der u. a. auch Rechtswissenschaften unterrichtet werden.

Bei der entsprechenden Größe ist davon auszugehen, dass zum einen in der Universitätsverwaltung jedenfalls Volljuristen tätig sind.

Zum zweiten sollte danach gefragt werden, ob etwa ein Lehrstuhl für Baurecht an der Universität da ist.

Dann könnte man ggf. mit ersten Fragen an diese Mitarbeiter wenden. Wenn ein Lehrstuhl für Architektur vorhanden ist, wäre es sicherlich auch hilfreich, dort nachzufragen.

Bei kleinen Auftraggebern, beispielsweise beim einfachen Häuslebauer, stellt sich die Frage nach der Geltendmachung massiver Mängel durch eigenes Personal nicht.

Hier stellt sich aber die Frage, ob nicht der insoweit vertraglich gebundene Planer, Architekt bzw. Bauüberwacher als erster mit der Durchsetzung der Mängel betraut werden sollte.

#### **bb.: Beauftragte Personen:**

Die nächstliegende Möglichkeit zur Geltendmachung von Mängeln ist die Inanspruchnahme der vertraglich insoweit bereits beauftragten Person.

Wer also beispielsweise einen Architekten beauftragt hat, der gleichzeitig auch als Bauüberwacher tätig sein soll (z. B. Leistungsphasen 8 und 9 nach HOAI), sollte sich zunächst einmal an denjenigen wenden, der dafür „bezahlt wird.“

Dieser hat im Rahmen der Vereinbarungen die Pflicht, die festgestellten Mängel gegenüber den bauausführenden Unternehmen anzuzeigen, geltend zu machen und für Abhilfe zu sorgen.

Im Normalfall stellt der Bauüberwacher einen Mangel fest, zeigt ihn an und lässt ihn durch die ausführende Firma nachhaltig beseitigen.

Erfolgt dies nicht, ist zu fragen, ob hier weitergehende Schritte veranlasst werden können.

Wir hatten oben darauf hingewiesen, dass nach Möglichkeit etwaige Gewährleistungsrechte des Generalunternehmers gegenüber Subunternehmern zur Sicherheit abgetreten werden sollten.

Kommt also der Generalunternehmer seiner Verpflichtung zur Nacherfüllung nicht nach, so besteht in einem solchen Falle die Möglichkeit, dass der Architekt sich mit dem Subunternehmer in Verbindung setzt und diesen zur Nacherfüllung heranzieht.

Für den Fall jedoch, dass auch dies keinen Erfolg zeitigt, ist zu prüfen, wie weiter zu verfahren ist.

### **cc.: Inanspruchnahme juristischer Hilfe:**

In einem solchen Falle sollte dann nach Möglichkeit juristische Hilfe in Anspruch genommen werden.

Gibt es Juristen im Hause, so könnten diese zunächst gefragt werden, ob sie über die entsprechende Kompetenz verfügen und sich die Durchsetzung von Baumängeln zutrauen.

Bei einfachen Maßnahmen wird dies sicherlich möglich sein.

Bei der Beantwortung schwieriger Fragen jedoch sollte an dieser Stelle bereits ein Spezialist hinzugezogen werden.

Wer also nicht über eine große erfahrene Baurechtsabteilung verfügt (das dürfte wohl der Regelfall sein!), sollte sich an dieser Stelle professionelle Hilfe sichern.

Sodann ist die Frage aufzuwerfen, wie der Mangel geltend zu machen ist.

Es ist dann zu fragen, ob der Anspruch zunächst außergerichtlich geltend gemacht werden soll oder ob er unmittelbar gerichtlich geltend gemacht werden soll.

### **(1.): Außergerichtliche Geltendmachung:**

In der Regel wird der beauftragte Jurist den Mangel außergerichtlich geltend machen und anzeigen.

Beauftragt man einen Anwalt mit der außergerichtlichen Durchsetzung seiner Ansprüche, so wird der in Anspruch Genommene in der Regel selbst zum Anwalt gehen und sich dort juristischer Hilfe bedienen. Unter Umständen, d. h. wenn eine entsprechende Rechtsabteilung (vor allen Dingen in großen Unternehmen) vorhanden ist oder der geltend gemachte Anspruch einen Versicherungsfall darstellt (dann werden in der Regel Versicherungsjuristen tätig), wird auch der in Anspruch Genommene einen Baurechtsspezialisten beauftragen.

Sofern hier „vernünftige“ Berater tätig sind, dürfte eine außergerichtliche Lösung normalerweise möglich sein.

Die Vorgehensweise sieht in der Regel so aus, dass die Mängel in einem Anwaltsschriftsatz angezeigt werden und zur Beseitigung eine Frist gesetzt wird. Weiterhin wird in der Regel darauf verwiesen, dass nach erfolglosem Verstreichen dieser Frist eine Ersatzvornahme durchgeführt werden wird.

Die Reaktion darauf sieht oft so aus, dass das Vorliegen von Mängel überhaupt geleugnet wird. Sodann sollte ein Termin vereinbart werden, bei dem die entsprechenden Mängel durch die Anspruchsgegner im Beisein der beauftragten Juristen in Augenschein genommen werden.

Dabei ist noch auf Folgendes zu achten:

Anwälte haben Jura studiert! Wenn sie aufrichtig zu ihren Mandanten sind, werden sie darauf verweisen, dass sie von der bautechnischen Seite nur Randkenntnisse besitzen können.

Sodann sollte man den erfahrenen Baurechtlern an dieser Stelle empfehlen, einen Sondergutachter zur Prüfung des Mangels beizuziehen (sofern dies noch nicht geschehen ist). Mit diesem Team wird er dann die Mängel so aufbereiten, dass ein entsprechend ausgebildeter Sondergutachter auf der Gegenseite dem dort tätigen Juristen die Fakten liefern kann und bestätigen kann, ob ein Mangel vorliegt oder eben nicht.

Die Angaben des Sondergutachters werden in dem jeweiligen Anspruchsschreiben zur Grundlage gemacht.

Sodann wird eine gewisse Zeit außergerichtlich verhandelt. Häufig wird dann letztendlich eine gemeinsame Lösung der Problematik gefunden.

Diese wird dann – wiederum unter Aufsicht etwaiger Sondergutachter oder der beauftragten Architekten – durchgeführt werden.

Im guten Falle wird das Problem damit gelöst.

## **(2.): Gerichtliche Geltendmachung:**

Es gibt aber etliche Fälle, in denen eine außergerichtliche Lösung aus verschiedenen Gründen nicht möglich ist.

Für diesen Fall sollte dann – rechtzeitig – eine gerichtliche Auseinandersetzung eingeschlagen werden.

Dabei stellt sich die Frage, welche Möglichkeit einer gerichtlichen Auseinandersetzung gewählt wird.

Die Antwort auf die Frage orientiert sich zunächst daran, welche Gründe den Anspruchsgegner dazu bringen, die Mangelbeseitigung zu verweigern.

Denkbar ist zunächst, dass der Gegner auf den Rat seiner Fachleute zum Ergebnis gekommen ist, dass ein Mangel gar nicht vorliegt.

Wenn er im Übrigen aber vergleichsbereit ist und auch in der Lage wäre, einen entsprechenden Mangel zu beseitigen, so böte sich an dieser Stelle die Durchführung eines sog. selbständigen Beweisverfahrens an.

Das selbständige Beweisverfahren ist in der ZPO in den §§ 485 ff. geregelt.

Zulässigkeitsvoraussetzung dafür ist, dass zu erwarten steht, dass die Parteien, wenn das vom Gericht in Auftrag gegebene Gutachten vorliegt, eine vergleichsweise Lösung der Problematik finden.

Zur Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens ist es in der Regel erforderlich, selbst einen Gutachter zu beauftragen, der die entsprechenden Tatsachenvoraussetzungen –

gutachtertauglich – vorbereitet, so dass der später vom Gericht beauftragte Gutachter in der Lage ist, auf der Grundlage dieser Daten ein eigenes Gutachten zu erstellen und die Mängel selbst zu verifizieren.

Im Regelfall werden die Beweisanträge so formuliert, dass auch nachgefragt wird, wie die Mängel zu beseitigen sind.

Liegt ein solches Gutachten vor, wird es normalerweise zur Grundlage eines Vergleichsabschlusses gemacht, so dass im Ergebnis eine vertragliche Vereinbarung (nämlich der Vergleich) entsteht, die die Art und Weise der Mängelbeseitigung regelt.

Kommt dieser Weg von vornherein nicht in Betracht, etwa weil die Gegenseite bereits angekündigt hat, sich nicht vergleichen zu wollen (oder sich nicht vergleichen zu können), so sollte ein Streitiges Verfahren gewählt werden.

Auch hier bieten sich wieder zwei Möglichkeiten:

Zum einen besteht die Möglichkeit, den Gegner auf Beseitigung der konkret bezeichneten Mängel zu verklagen. Dies sieht so aus, dass der Mangel bei der Formulierung der Klageschrift konkret definiert wird und seine Beseitigung verlangt wird.

Alternativ, d. h. wenn die Voraussetzungen vorliegen, könnte unmittelbar ein Antrag auf Zahlung von Geld, nämlich Zahlung der voraussichtlichen Kosten der Ersatzvornahme im Vorschusswege gestellt werden.

Oftmals empfiehlt es sich, eine Kombination beider Anträge zu stellen.

Dies kann z. B. so aussehen, dass die Zahlung der Kosten der Inanspruchnahme in einem Hauptantrag eingeklagt wird und ein Hilfsantrag gestellt wird, wonach – im Falle des Fehlens der Voraussetzung der Ersatzvornahme – die Mängelbeseitigung als solche verlangt wird.

Auch die Durchführung eines Streitigen Verfahrens setzt in der Regel die Beauftragung nicht nur eines Anwalts, sondern eben auch die Unterstützung des Anwalts durch entsprechende Baufachleute voraus.

Nochmals: Juristen haben Jura studiert und in der Regel von Bautechnik nur Randkenntnisse.

Eine gerichtliche Auseinandersetzung wird dann so geführt, dass die Klage bei Gericht eingereicht wird. Das Gericht fordert sodann die Gerichtskosten an. Nach Eingang der Gerichtskosten wird die Klage an die Gegenseite zugestellt. Diese hat dann in einer Notfrist von 14 Tagen zu erklären, ob sie sich gegen die Klage verteidigen möchte. Sie hat dann in einer weiteren vom Gericht gesetzten Frist (bei umfangreichen Bauverfahren in der Regel eine Frist von 4 – 6 Wochen) zu erklären, warum sie sich gegen die Klage verteidigen will, warum sie also meint, nicht leisten zu müssen.

Diese Schriftsätze erhält die Klägerseite zur Erwiderung (sog. Replik). Hierzu wird dann noch einmal eine Erwiderung der Beklagtenseite (sog. Duplik) kommen.

Sodann kommt eine mündliche Verhandlung. Diese gliedert sich in eine sog. Güteverhandlung, bei der das Gericht verpflichtet ist, auf eine vergleichsweise Lösung

hinzuwirken. Für das Scheitern der Güteverhandlung schließt unmittelbar die sog. streitige Verhandlung an.

Das Gericht wird dann darstellen, wie es nach vorläufiger Rechtsauffassung die Angelegenheit beurteilt.

Bei Bauverfahren wird dann in der Regel eine Beweiserhebung angeschlossen. Dies geschieht durch Beauftragung eines Sachverständigen. Das Gericht hat aber auch die Möglichkeit, Beweis beispielsweise durch Augenscheinseinsichtnahme zu erheben oder die im Vorfeld tätigen Baufachleute als sog. „sachkundige Zeugen“ zu befragen.

Nachdem dann die entsprechende Beweisaufnahme durchgeführt wurde und etwa ein Gutachten vorliegt, wird sich das Gericht auf der Grundlage dieser Beweisergebnisse eine rechtliche Auffassung bilden. Diese wird dann – wenn kein Vergleich geschlossen wird – in Form eines Urteils mitgeteilt.

Gegen ein erstinstanzliches Urteil ist in der Regel die Berufung möglich. Das Berufungsgericht prüft aber nicht den gesamten Tatsachenvortrag der ersten Instanz noch einmal, sondern prüft maßgeblich korrekte Rechtsanwendung und für den Fall, dass nachträglich neue Tatsachen aufgetreten sind, die ausschlaggebend sein könnten, wie diese Tatsachen zu bewerten sind.

Beim Berufungsgericht wird dann wiederum versucht, eine vergleichsweise Lösung zu erzielen. Scheitert dies, so fällt auch das Berufungsgericht ein Urteil.

Dies ist dann nur – ordnungsweise – mit der Revision angreifbar, nämlich dann, wenn die Verletzung geltenden Rechts erfolgreich dargetan wird.

Die Revision findet stets zum Bundesgerichtshof statt.

Danach gibt es dann grundsätzlich keine weiteren Rechtsmittel mehr.

Kommt dann im Ergebnis ein rechtskräftiges Urteil zustande, so kann aus diesen vollstreckt werden.

Bei der Vollstreckung der Mangelbeseitigung ist darauf zu achten, dass auch das Vollstreckungsrecht wiederum vorsieht, dass eine Frist zur Vollstreckung gesetzt wird und nach deren erfolglosen Verstreichen die Kosten der Ersatzvornahme verfallen sind.

Eine gerichtliche Auseinandersetzung sollte in einigen Fällen ohne Versuch, einer außergerichtlichen Einigung, umgehend angestrengt werden.

Dies ist dann der Fall, wenn der Anspruchsgegner finanzielle Probleme hat.

Es gilt an dieser Stelle, dass derjenige, der „am lautesten Schreit“ zuerst zu seinem Geld kommt.

Am lautesten schreit stets derjenige, der als Erster beim Gericht ist.



## **V. Zusammenfassung und Ergebnis**

Wir haben gesehen, dass die am Bau Beteiligten erheblichen Pflichten unterworfen sind.

Es gibt öffentlich-rechtliche und zivilrechtliche Pflichten.

Die Verletzung der Pflichten wird in der Regel sanktioniert.

Die Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten kann durch Ordnungsgelder, z. T. auch durch echte Strafen geahndet werden.

Auch gibt es die Möglichkeit, für die öffentliche Hand, Pflichtverstöße durch kostenintensive Handlungsanweisungen zu unterlegen (beispielsweise Rückbau eines baurechtswidrig errichteten Bauvorhabens).

Zivilrechtlich ist in der Regel ein Schadensersatzanspruch zu gewärtigen.

Der Bauherr muss bei seiner Überlegung dafür Sorge tragen, dass er selbst im möglichst geringen Umfange haftet.

Dazu hat sich seiner Verpflichtungen durch Übertragung auf Dritte zu entledigen. Dies geschieht zum einen, in dem er die Haftungsfolgen auf eine Versicherung abwälzt.

Zum anderen geschieht dies durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen mit dem für ihn bei der Errichtung des Bauvorhabens Tätigen.

Dabei ist stets auf gegenseitige Kontrolle der Beauftragten Unternehmer zu achten.

Weiterhin hat der Auftraggeber dafür Sorge zu tragen, dass er für die Erfüllung seiner Gewährleistungsansprüche möglichst viele Anspruchsgegner hat.

Weiterhin hat er darauf zu achten, dass er bei der Gestaltung seiner Verträge die Voraussetzungen schafft, seine Ansprüche leicht realisieren zu können. Dies gilt zum einen dadurch, dass eine Absicherung der Durchsetzung durch Versicherungen der am Bau Beteiligten, Bürgschaften und ähnliche Instrumente vereinbart wird. Zum anderen gilt dies dadurch, dass die Inanspruchnahme möglichst breit gestreut wird (Abtretung der Gewährleistungsansprüche gegen Subunternehmer).

Für den Fall, dass trotz optimalen Tätigwerdens des Bauherrn Mängel auftreten (das ist der Regelfall), hat der Bauherr auf der Grundlage seiner vertraglichen Vereinbarungen für die entsprechende Durchsetzung seiner Mängelsorge zu tragen.

Dabei sollte er nicht zögern, rechtzeitig professionelle Hilfe in Anspruch zu nehmen und die erforderlichen Mittel ergreifen zu lassen.

Die Beachtung der in diesem Vortrag präsentierten Grundsätze schützt zwar nicht davor, dass bei einem Bauvorhaben Mängel auftreten. Sie erleichtern aber die Beseitigung der Mängel.

# **Anlagen**

## Anlage 1

### Allgemeine Vertragsbestimmungen zum Einheits-Architektenvertrag (AVA) für Gebäude

Die Erfüllung des Architektenvertrages setzt ein Vertrauensverhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Architekten voraus und erfordert eine enge partnerschaftliche Zusammenarbeit, damit der Architekt als Sachverwalter des Bauherrn dessen Interessen wirksam wahrnehmen kann.

#### § 1 Pflichten des Architekten

1. Der Architekt ist verpflichtet, seine vertraglichen Leistungen nach den allgemein anerkannten Regeln der Baukunst und der Bautechnik zu erbringen.
2. Im Rahmen der vereinbarten Leistungen hat der Architekt die Pflicht, den Bauherrn, soweit dies erforderlich ist, über alle bei der Durchführung seiner Aufgabe wesentlichen Angelegenheiten zu unterrichten. Wenn erkennbar wird, daß die erwarteten Baukosten überschritten werden, ist der Architekt verpflichtet, den Bauherrn unverzüglich zu benachrichtigen. Auf Verlangen hat der Architekt jederzeit über die entstandenen und noch zu erwartenden Kosten Auskunft zu erteilen.
3. Nach Beendigung der Leistungen des Architekten und nach deren Honorierung kann der Bauherr verlangen, daß ihm die genehmigten Bauvorlagen, Pläne der Originalzeichnungen und sonstige Unterlagen ausgehändigt werden. Der Architekt ist berechtigt, Zeichnungen und Akten jederzeit dem Bauherrn auszuhandigen. Vor der Vernichtung wird er sie dem Bauherrn anbieten. Er ist nicht verpflichtet, diese länger als fünf Jahre aufzubewahren.

#### § 2 Vertretung des Bauherrn; Sonderfachleute und Unternehmer

1. Soweit es seine Aufgabe erfordert, ist der Architekt berechtigt und verpflichtet, die Rechte des Bauherrn zu wahren, insbesondere hat er den am Bau Beteiligten die notwendigen Weisungen zu erteilen. Finanzielle Verpflichtungen für den Bauherrn darf er nur eingehen, wenn Gefahr im Verzuge und das Einverständnis des Bauherrn nicht zu erlangen ist.
2. Der Architekt berät den Bauherrn über die Notwendigkeit des Einsatzes von Sonderfachleuten.
3. Der Bauherr wählt nach den Vorschlägen des Architekten die Unternehmer für die Ausführung und Leistungen aus und entscheidet über die Vergabe.

#### § 3 Pflichten des Bauherrn

1. Der Bauherr ist verpflichtet, die Planung und Durchführung der Bauaufgabe zu fördern. Insbesondere soll er alle anstehenden Fragen unverzüglich entscheiden und erforderliche Genehmigungen so schnell wie möglich herbeiführen.
2. Weisungen an die am Bau Beteiligten erteilt der Bauherr nur im Einvernehmen mit dem Architekten.
3. Der Bauherr ist verpflichtet, dem Architekten sämtliche das Bauvorhaben betreffende Rechnungen zu übergeben.
4. Der Bauherr nimmt nach der Fertigstellung des Bauvorhabens - auch einzelner Teile - die Leistungen der Ausführenden im Einvernehmen mit dem Architekten ab.
5. Der Bauherr darf die vom Architekten gefertigten Unterlagen nur für den vereinbarten Zweck verwenden.

#### § 4 Zahlungen

1. Der Bauherr ist auf Anforderung des Architekten zu Abschlagszahlungen verpflichtet, die dem jeweiligen Stand der erbrachten Leistungen oder dem gesondert aufgestellten Zahlungsplan entsprechen.
2. Das Honorar für die Leistungen der Leistungsphasen 1-8, für die Besonderen Leistungen und für die zusätzlichen Leistungen wird fällig, wenn der Architekt die Leistungen vertragsgemäß erbracht und eine prüffähige Honorarteilschlußrechnung für diese Leistungen überreicht hat.
3. Das Honorar für die Leistungen der Leistungsphase 9 wird nach deren Erbringung fällig; Abs. 2 gilt entsprechend.
4. Leistungsphasen sind mit dem Eintritt des geschuldeten Erfolgs erfüllt.
5. Eine Aufrechnung gegen den Honoraranspruch ist nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig.

#### § 5 Gewährleistung und Haftung des Architekten

1. Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche des Bauherrn richten sich nach den gesetzlichen Vorschriften, soweit nachfolgend nichts anderes vereinbart ist.
2. Haftet der Architekt wegen eines schuldhaften Verstoßes gegen die allgemeinen anerkannten Regeln der Baukunst oder sonstigen Verletzungen seiner Vertragspflichten, aus welchem Rechtsgrund auch immer, so hat er dem Bauherrn bei

Vorsatz und grober Fahrlässigkeit sowie bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften den verursachten Schaden in voller Höhe zu ersetzen.

3. In allen anderen Fällen (leichte Fahrlässigkeit) beschränkt sich die Haftung für versicherbare Schäden dem Grunde und der Höhe nach auf die Schäden, die der Architekt durch Versicherung seiner gesetzlichen Haftpflicht gem. Ziff. VII des Vertrages zu decken hat. Soweit das Bestehen einer Haftpflichtversicherung nach Ziff. VII des Vertrages nicht vereinbart worden ist, beschränkt sich die Haftung der Höhe nach
4. bei honorarfähigen Herstellungskosten bis zu 1,5 Mio. DM, auf 1 Mio. DM für Personenschäden und auf 150.000,- DM für sonstige Schäden,
5. bei honorarfähigen Herstellungskosten über 1,5 Mio. DM, auf 1 Mio. DM für Personenschäden, auf 300.000,- DM für sonstige Schäden.
6. Für nicht versicherbare Schäden in Fällen leichter Fahrlässigkeit, die nicht Personenschäden sind, haftet der Architekt bis zur Höhe der Haftungssumme für sonstige Schäden gem. § 5.3 Abs.2/AVA, jedoch nicht über das vertragliche Honorar hinaus.
7. Wird der Architekt wegen eines Schadens am Bauwerk auf Schadenersatz in Geld in Anspruch genommen, kann er vom Bauherrn verlangen, daß ihm die Beseitigung des Schadens übertragen wird.
8. Wird der Architekt wegen eines Schadens in Anspruch genommen, für den auch ein Dritter einzustehen hat, kann er verlangen, daß der Bauherr gemeinsam mit ihm sich außergerichtlich erst bei dem Dritten ernsthaft um die Durchsetzung seiner Ansprüche auf Nachbesserung und Gewährleistung bemüht.

#### § 6 Gewährleistungs- und Haftungsdauer

1. Ansprüche des Bauherrn, gleich aus welchem Rechtsgrund, verjähren mit Ablauf von fünf Jahren, sofern gesetzlich keine kürzeren Verjährungsfristen vorgesehen sind oder die Parteien individuell keine abweichende Vertragsabrede getroffen haben. Das gilt nicht, wenn der Architekt den Mangel arglistig verschwiegen hat.
2. Die Verjährung beginnt mit der Abnahme der letzten nach diesem Vertrag zu erbringenden Leistung, spätestens mit Abnahme der in Leistungsphase 8 (Objektüberwachung) zu erbringenden Leistung (Teilabnahme). Für Leistungen, die danach noch zu erbringen sind, beginnt die Verjährung mit Abnahme der letzten Leistung.

#### § 7 Urheberrecht

1. Dem Architekten verbleiben alle Rechte, die ihm nach dem Urheberrechtsgesetz zustehen.
2. Der Bauherr darf ohne den Architekten urheberrechtlich geschütztes geistiges Eigentum des Architekten nur verwerten, wenn ihm ein entsprechendes Nutzungsrecht übertragen ist.
3. Änderungen urheberrechtlich geschützter Bauwerke sind ohne Einwilligung des Architekten unzulässig, es sei denn, die Verweigerung der Einwilligung verstößt gegen Treu und Glauben.
4. Der Architekt ist berechtigt - auch nach Beendigung dieses Vertrages -, das Bauwerk oder die bauliche Anlage in Abstimmung mit dem Bauherrn zu betreten, um fotografische oder sonstige Aufnahmen zu fertigen.
5. Der Bauherr ist zur Veröffentlichung des vom Architekten geplanten Bauwerkes nur unter Namensangabe des Architekten berechtigt.

#### § 8 Vorzeitige Auflösung des Vertrages

1. Der Vertrag kann von beiden Teilen nur aus wichtigem Grund gekündigt werden.
2. Wird aus einem Grund gekündigt, den der Architekt zu vertreten hat, so steht dem Architekten ein Honorar nur für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen zu.
3. In allen anderen Fällen behält der Architekt den Anspruch auf das vertragliche Honorar, jedoch unter Abzug ersparter Aufwendungen. Sofern der Bauherr im Einzelfall keinen höheren Anteil an ersparten Aufwendungen nachweist, wird dieser mit 40% des Honorars für die vom Architekten noch nicht erbrachten Leistungen vereinbart.

#### § 9 Schlußbestimmungen

1. Änderungen, Ergänzungen und Nebenabreden sollen schriftlich erfolgen.
2. Wird während der Laufzeit des Vertrages die HOAI novelliert oder tritt an ihre Stelle eine neue gesetzliche Honorarordnung, so verpflichten sich die Parteien, über eine Anpassung des Vertrages an die neuen Bestimmungen zu verhandeln.
3. Falls Bestimmungen dieses Vertrages nichtig sind, wird davon die Gültigkeit der anderen Bestimmungen nicht berührt. An Stelle der nichtigen Bestimmungen soll gelten, was dem gewollten Zweck in gesetzlich erlaubtem Sinn am nächsten kommt.

## Anlage 2

### E. Bauherren-Haftpflichtversicherung

1. Versicherungsschutz wird nur geboten, wenn Planung, Bauleitung und Bauausführung (Ausnahme: Bauen in eigener Regie gemäß Ziff. 2.) an einen Dritten vergeben sind.
- 1.1 Versichert ist die gesetzliche Haftpflicht des Versicherungsnehmers als Bauherr für das im Versicherungsschein und seinen Nachträgen beschriebene Bauvorhaben.
- 1.2 Mitversichert ist die gesetzliche Haftpflicht als Haus- und Grundstücksbesitzer für das zu bebauende Grundstück und das zu errichtende Bauwerk.
- 1.3 Nicht versichert sind Haftpflichtansprüche aus dem Verändern der Grundwasserverhältnisse.
- 1.4 Die Versicherung endet mit Beendigung der Bauarbeiten, spätestens zwei Jahre nach Versicherungsbeginn.
- 1.5 Die Gesamtleistung für alle Versicherungsfälle während der Versicherungsdauer beträgt das Doppelte der vereinbarten Deckungssummen.
- 1.6 Für die Versicherung der Haftpflicht aus Gewässerschäden gilt Pos. A. Ziff. 8.
- 1.7 Kfz; Kfz-Anhänger und Wasserfahrzeuge
- 1.7.1 Für Kfz, Kfz-Anhänger und Wasserfahrzeuge gelten die Ausschlußbestimmungen gemäß Pos. H. Ziff. 1.
- 1.7.2 Versichert ist jedoch - bei eigener Bauausführung nur, wenn Versicherungsschutz nach Ziff. 2.1 besonders vereinbart wurde - die Haftpflicht wegen Schäden, die verursacht werden durch den Gebrauch von
  - (1) nur auf nicht öffentlichen Wegen und Plätzen verkehrenden Kfz und Anhängern ohne Rücksicht auf eine Höchstgeschwindigkeit;
  - (2) nicht versicherungspflichtigen Kraftfahrzeugen mit einer durch die Bauart bestimmten Höchstgeschwindigkeit von nicht mehr als 6 km/h;
  - (3) nicht versicherungspflichtigen selbstfahrenden Arbeitsmaschinen mit nicht mehr als 20 km/h.Für diese Kraftfahrzeuge gelten nicht die Ausschüsse in § 1 Ziff. 2 b) und § 2 Ziff. 3 c) AHB.

Der Versicherer ist von der Verpflichtung zur Leistung frei, wenn der Fahrer eines Kraftfahrzeuges beim Eintritt des Versicherungsfalles auf öffentlichen Wegen und Plätzen nicht die vorgeschriebene Fahrerlaubnis hat.

Die Verpflichtung zur Leistung bleibt gegenüber dem Versicherungsnehmer, dem Halter oder Eigentümer bestehen, wenn dieser das Vorliegen der Fahrerlaubnis bei dem berechtigten Fahrer ohne Verschulden annehmen durfte oder wenn ein unberechtigter Fahrer das Fahrzeug geführt hat.
- 1.8 Luftfahrzeuge
- Für Luftfahrzeuge gelten die Ausschlußbestimmungen gemäß Pos. H. Ziff. 2.
2. Zusatzrisiken Bauen in eigener Regie (Selbsthilfe beim Bau)
- 2.1 Bauausführung - falls besonders vereinbart -
- 2.1.1 Versichert ist die gesetzliche Haftpflicht des Versicherungsnehmers aus der Ausführung der Bauarbeiten oder eines Teiles dieser Arbeiten in eigener Regie (auch Selbsthilfe beim Bau). Es gilt:

Für Haftpflichtansprüche aus der Beschädigung von Erdleitungen (Kabel, Kanäle, Wasserleitungen, Gasrohre und andere Leitungen) aus Anlaß von Arbeiten irgendwelcher Art besteht nur dann Versicherungsschutz im Rahmen der AHB, wenn die folgenden Maßnahmen durchgeführt worden sind:

  - (1) Vor Ausführung der Arbeiten ist von den zuständigen Stellen - z.B. Fernmeldeamt, Elektrizitätswerk, Gaswerk, Tiefbauamt - eine schriftliche Auskunft darüber einzuholen, ob und wo an der Arbeitsstelle Erdleitungen verlaufen. Ist schriftliche Auskunft nicht zu erlangen, so muß das Ergebnis der Ermittlungen den zuständigen Stellen durch eingeschriebenen Brief bestätigt werden.
  - (2) Leitet der Versicherungsnehmer die Bauarbeiten nicht selbst, so hat er das Ergebnis seiner Ermittlungen zu 2.1.1 (1) vor Beginn der Arbeiten dem für die Baustelle Verantwortlichen gegen eine schriftliche Empfangsbescheinigung auszuhändigen.
  - (3) Der Beginn der Arbeiten ist den zuständigen Stellen so rechtzeitig schriftlich mitzuteilen, daß sie erforderliche Sicherungsmaßnahmen treffen können; bei Postabgaben ist die Mitteilung in Eilfällen dem nächsten Postamt zu machen.
  - (4) Jede Beschädigung von Erdleitungen ist den zuständigen Stellen sofort zu melden und schriftlich zu bestätigen.
- 2.1.2 Mitversichert ist die persönliche gesetzliche Haftpflicht sämtlicher mit den Bauarbeiten beschäftigten Personen für Schäden, die sie in Ausführung dieser Verrichtungen verursachen.

Ausgeschlossen sind Haftpflichtansprüche aus Personenschäden, bei denen es sich um Arbeitsunfälle im Betrieb des Versicherungsnehmers gemäß der Reichsversicherungsordnung handelt.

Das gleiche gilt für solche Dienstunfälle gemäß den beamtenrechtlichen Vorschriften, die in Ausübung oder infolge des Dienstes Angehörigen derselben Dienststelle zugefügt werden.
- 2.1.3 Mitversichert ist die gesetzliche Haftpflicht wegen Schäden, die verursacht werden durch den Gebrauch von nicht versicherungspflichtigen Kraftfahrzeugen und nicht versicherungspflichtigen selbstfahrenden Arbeitsmaschinen gemäß Ziff. 1.7.2.

bare Verfahrensrecht – wie etwa ein Strafantragserfordernis – bleibt außen vor, jedenfalls soweit sich die Auswirkungen nicht aus der zu berücksichtigenden materiellen Strafdrohung ergeben. Auch wenn der Tatrichter im konkreten Fall die Indizwirkung eines Regelbeispiels nicht für widerlegt ansieht, stellt sich ein Vergehenstatbestand dann als milderes Gesetz gegenüber einem Qualifikationstatbestand mit derselben Strafdrohung dar, wenn er eine kürzere Verjährung zur Folge hat. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass als mildestes Gesetz dasjenige anzusehen ist, das den Wegfall der Strafdrohung zur Folge hat (BGH, NStZ 1992, 535 [536]). Günstiger als bei einer noch so milden Bestrafung stellt sich der Täter aber auch, wenn die Tat wegen Verjährung nicht mehr verfolgt ist. Dass ein Gesetz, welches den Eintritt der Verjährung zur Folge hat, für den Täter günstiger und damit milder i. S. des § 2 III StGB ist, hat der BGH auch in seiner Rechtsprechung zur Verjährung von DDR-Altaten zu Grunde gelegt. Der BGH hat in diesen Fällen den Umstand, dass die Taten nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland verjährt waren, nur deshalb nicht bei der Bestimmung des milderen Gesetzes berücksichtigt, weil Art. 315 a S. 1 EGStGB für die Frage der Verfolgungsverjährung die Regelung des Art. 315 I EGStGB verdrängt, wonach auf DDR-Altaten grundsätzlich das mildere Recht anzuwenden ist (BGHSt 39, 353 [358] = NJW 1994, 267 = NStZ 1994, 125; BGHSt 40, 113 [115] = NJW 1994, 2240 = NStZ 1994, 388). Art. 315 a S. 1 EGStGB enthält zur Verjährungsfrage eine spezielle Regelung, wonach sich die Verjährung allein danach richtet, ob sie nach dem Recht der DDR bis zum Wirksamwerden des Beitritts eingetreten war. Bei der Prüfung, welches Recht das mildere sei, hat der BGH deshalb die Verjährungsfrage ausgeklammert (BGHSt 40, 48 [56] = NJW 1994, 2237 = NStZ 1994, 330).

3. Die Tat 3 der Urteilsgründe ist deshalb – entgegen der Auffassung des LG – verjährt. Das mildeste Gesetz ist im vorliegenden Fall § 179 StGB in der Fassung vom 1. 7. 1997. Nach § 78 II Nr. 4 StGB folgt aus der Strafdrohung dieses Tatbestands eine nur fünfjährige Verjährungsfrist, welche bei Einleitung des Strafverfahrens Anfang 2003 abgelaufen war. Dies hat die Einstellung des Verfahrens in diesem Fall zur Folge. Der Senat schließt aus, dass eine neue Hauptverhandlung zu Feststellungen führen könnte, die eine Verurteilung wegen Vergewaltigung tragen würden. Die Verfahrenseinstellung im Fall 3 der Urteilsgründe führt zur Aufhebung der ersten Gesamtfreiheitsstrafe. Der Senat schließt weiterhin aus, dass die übrigen Einzelstrafen und die zweite Gesamtfreiheitsstrafe sowie die Maßregel von dem Rechtsfehler beeinflusst worden sind. Der Senat macht von der Möglichkeit Gebrauch, nach § 354 I b S. 1 StPO zu entscheiden. Die nachträgliche Gesamtstrafenbildung aus den nunmehr rechtskräftigen Einzelstrafen und den Einzelstrafen aus dem Strafbefehl des AG L vom 17. 7. 2000 obliegt danach dem nach § 462 a III StPO zuständigen Gericht. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass im Nachverfahren nach §§ 460, 462 StPO eine Herabsetzung der Gesamtfreiheitsstrafe erfolgt, hat die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittels das für das Nachverfahren zuständige Gericht zusammen mit der abschließenden Sachentscheidung zu treffen (BGH, NJW 2005, 1205 = NStZ-RR 2005, 158 = wistra 2005, 187).

**Anm. d. Schriftlfg.:** Zu BVerfG, NJW 2000, 1554 = NStZ 2000, 251, s. die Anm. Wollweber, NStZ 2001, 81. Zu BGHSt 39, 353 = NJW 1994, 267 = NStZ 1994, 125, s. die Anm. Bohnert, JR 1994, 258. Zu BGHSt 40, 48 = NJW 1994, 2237 = NStZ 1994, 330, s. die Anm. Wollweber, NStZ 1994, 332.

## Andere Strafgerichte

### 21 Sicherung einer Baustelle – Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Bauherrn

StGB §§ 222, 13

1. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Bauherrn für Schäden der am Bau beschäftigten Arbeiter, wenn der beauftragte Bauunternehmer erkennbar die Sicherheitsanfordernisse, die auch einem Laien einsichtig sind, nicht einhält.

2. Ohne besondere Anhaltspunkte für Mängel in der Bauausführung ist der Bauherr nicht verpflichtet, das von ihm ausgewählte Unternehmen zu überwachen. Der Bauherr wird jedoch selbst (wieder) verkehrssicherungspflichtig, wenn er feststellt, dass der Bauunternehmer nachlässig arbeitet (hier: Abdeckung eines nicht durchtrittsicheren Hallendachs ohne Sicherungsgerüst und Fangnetz). (Leitsatz 2 von der Redaktion)

OLG Stuttgart, Urt. v. S. 4. 2005 – 5 Ss 12/05

**Zum Sachverhalt:** Der Angekl. hatte im Januar 2003 eine Halle gekauft, die er demontieren und auf seinem Weingut wiedererrichten wollte. Die Seitenverkleidung hatte der Angekl. bereits in den Tagen vor dem 28. 7. 2003 abgebaut. An diesem Tag sollte die Abdeckung des Dachs erfolgen. Das fast flache Dach war mit etwa 30 Jahre alten, nicht durchtrittsicheren Wellasbestplatten belegt. Darunter befand sich lediglich eine dünne Schicht – nicht zum Betreten geeigneten – Dämmmaterials aus Styropor. Das zuständige Bauamt hatte die Abbruchgenehmigung unter der Bedingung erteilt, dass die Demontage des Dachs nur durch ein dafür zugelassenes Spezialunternehmen erfolgen dürfe. Der Angekl. und sein Vater setzten sich mit der Firma A, Demontage und Sanierung, in Verbindung, die am 25. 7. 2003 ein Angebot abgab, das unter „Aufgaben des Auftraggebers“ aufführte: „Notwendige Sicherheitseinrichtungen wie Gerüst, Fanggerüst und Auffangnetz nach UVV.“ Der Vater des Angekl. teilte dem Unternehmen mit, dass diese Sicherheitseinrichtungen nicht vorhanden seien. Wenn die Firma A diese Sicherheitsmaßnahmen nicht übernehmen könne, würde ein anderes Unternehmen den Auftrag erhalten. Daraufhin sagte die Firma A zu, selbst ein größeres Gerüst und ein Fangnetz mitzubringen. Die Firma A beauftragte den früheren Mitangekl. D mit der Durchführung der Arbeiten. Am Morgen des 28. 7. 2003 erschien dieser mit vier Leiharbeitern einer Personalleasingfirma, darunter das Unfallopfer. Er brachte lediglich vier Laufdielen mit, die circa 150 cm lang und 40 cm breit waren. Auf die Frage des Angekl., wo denn das Sicherungsgerüst und das Fangnetz seien, erhielt er die Antwort, dass diese nicht gebraucht würden, er – D – arbeite immer so. Damit gab sich der Angekl. wegen der mit der Beschaffung der erforderlichen Sicherungen eintretenden Verzögerung der Abbrucharbeiten und der damit verbundenen Kosten zufrieden. Gegen 13.50 Uhr versuchte K eine Dachplatte anzuheben, verlor dabei das Gleichgewicht, trat neben die Laufdielen und fiel durch die Dämmung auf den circa 7 m darunter liegenden Betonboden der Halle. Dabei zog er sich so schwere Kopfverletzungen zu, dass er wenig später am Unfallort verstarb. Der Angekl. wurde durch das AG wegen fahrlässiger Tötung zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu je 60 Euro verurteilt. Im Berufungsverfahren wurde die Tagessatzhöhe auf 30 Euro festgesetzt.

Die Revision des Angekl. wurde verworfen.

**Aus den Gründen:** II. Die StrK ist der Sache nach zu Recht von der sich aus seiner Verkehrssicherungspflicht ergebenden Garantenstellung des Angekl. ausgegangen. Dieser war als Auftraggeber des Hallenabbruchs angesichts der damit verbundenen Schaffung einer Gefahrenquelle zur Verkehrssicherung gegenüber jedem Dritten, der die Baustelle betrat, verpflichtet, mithin auch gegenüber den die Abbrucharbeiten ausführenden (Leih-)arbeitern des Abbruchunternehmers.

Die Auffassung, die Arbeiter seien vom Schutzbereich der Verkehrssicherungspflicht des Auftraggebers bzw. Bauherrn

ausgenommen (so *OLG Stuttgart*, NJW 1984, 2897 [2898], m. abl. Anm. *Henke*, NSZ 1985, 124) findet im Gesetz keine Grundlage; sie wird auch nicht dadurch gestützt, dass der Bauunternehmer im Rahmen eines späteren zivilrechtlichen Gesamtschuldnerausgleichs den Schaden seines Arbeitnehmers im Verhältnis zum ebenfalls verkehrssicherungspflichtigen Bauherrn möglicherweise allein zu tragen hat (ebenso *Henke*, NSZ 1985, 124, zu *BGH*, NJW 1971, 752).

Zwar hat der Bauherr ohne besondere Anhaltspunkte für Mängel in der Bauausführung keine Pflicht, das von ihm ausgewählte Unternehmen zu überwachen (*Henke*, NSZ 1985, 124), da die Verantwortlichkeit für die Ausführung der Arbeiten und insbesondere für die Einhaltung von Unfallverhütungsvorschriften mit der Auftragserteilung grundsätzlich auf den Unternehmer übergeht. Nimmt der Bauherr jedoch wahr, dass der Bauunternehmer nachlässig arbeitet, muss er einschreiten (*BGHSt* 19, 286 [289] = NJW 1964, 1283). Er wird (wieder) selbst verkehrssicherungspflichtig, wenn er Gefahrenquellen erkennt oder erkennen müsste und Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der von ihm beauftragte Unternehmer im Hinblick auf die Einhaltung der Verkehrssicherheit nicht genügend zuverlässig ist und den auch einem Laien einsichtigen Sicherheitserfordernissen nicht in ausreichender Weise Rechnung trägt (*OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1999, 318 m. w. Nachw.).

Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des LG waren dem Angekl. sowohl die Gefahrenlage als auch die Tatsache bekannt, dass der von ihm beauftragte Bauunternehmer entgegen vorheriger Absprache keine ausreichenden Sicherheitsmaßnahmen ergriffen hatte, um die Gefahr für seine Mitarbeiter abzuwenden, infolge eines Sturzes vom Hallendach zu Tode zu kommen. Auch stellt die *StK* als Anknüpfungspunkt für die Garantienstellung des Angekl. im Ergebnis zutreffend nicht auf die an den Bauunternehmer gerichteten Unfallverhütungsvorschriften ab, sondern auf die dem Angekl. als Auftraggeber und Bauherr obliegende allgemeine Verkehrssicherungspflicht: „Auch ohne Kenntnis der Unfallverhütungsvorschriften ist ... selbst für einen Laien ... erkennbar, ... dass gegen diese Gefahr besondere, über die Verwendung von Laufdielen hinausgehende Vorkehrungen getroffen werden müssen.“

Auch die Ausführungen des LG zur Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des Unfalls für den Angekl. sowie zur Zumutbarkeit eines pflichtgemäßen Handelns lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

III. Die Rechtsfolgenentscheidung begegnet keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken, auch wenn sich die *Kammer* nicht ausdrücklich mit der Vorschrift des § 13 II StGB auseinander gesetzt hat. Danach kann die Strafe bei einem unechten Unterlassungsdelikt gemildert werden. Im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte, in dem die Begehung durch Unterlassen große Bedeutung hat, wiegen Unterlassungstaten jedoch in der Regel ebenso schwer wie die durch aktives Tun begangenen (*Brons*, *StrafzumessungsR*, AT, S. 409). Eine zur Strafrahmenverschiebung führende Schuld minderung ist deshalb bei Fahrlässigkeitsdelikten regelmäßig abzulehnen (*Schäfer*, *Praxis d. Strafzumessung*, 3. Aufl., Rdnr. 519). Anhaltspunkte dafür, dass die *Kammer* hier rechtsfehlerhaft eine Ausnahme nicht erkannt hätte, sind nicht ersichtlich.

Der *Senat* verkennt nicht, dass die Verantwortlichkeit des früheren Mitangekl. D für die fahrlässige Tötung im Vergleich zu der des Angekl. größer ist. Dieser Umstand hätte eine strengere Bestrafung des früheren Mitangekl., gegen den ebenfalls (nur) eine Geldstrafe in Höhe von 120 Tagessätzen ausgesprochen wurde, nahe gelegt. Allein dies rechtfertigt jedoch keine Herabsetzung der vom LG rechtsfehlerfrei als tat- und schuldangemessen gegen den Angekl. festgesetzten Strafe.

**Anm. d. Schriftftg.:** Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Bauunfällen vgl. auch *BGHSt* 47, 224 = NJW 2002, 1887 = NSZ 2002, 421 (Wuppertaler Schwebebahn), m. Anm. *Frensd*, NSZ 2002, 421. In *St. 19* 2002, 466 S. weiterhin *OLG Düsseldorf*, NSZ-

Verwaltungsgerichte

Bundesverwaltungsgericht

22 \* Nachtflugregelungen für einen Verkehrsflughafen

LuftVG § 6 I, II 3 und 4, IV

1. Betriebsregelungen zum Schutz gegen nächtlichen Flugli unterliegen den rechtlichen Anforderungen des fachplan schein Abwägungsgebots.

2. Nachtflugregelungen für einen Verkehrsflughafen dürfen eine Bedarfsfrage ausgerichtet sein, die zwar noch nicht ein treten ist, aber bei vorausschauender Betrachtung in absehba Zeit mit hinreichender Sicherheit erwartet werden kann.

3. Eine Nachtflugregelung, die im Vorgriff auf einen noch ni abschbaren Bedarf erlassen wird, kann als reine „Vorratspi mung“ abwägungsfehlerhaft sein. Im Fall einer vorzeitigen Pl anungsentscheidung erlangen die Lärmschutzbelange der Flugh fenanwohner aus Rechtsschutzgründen ein besonderes Gewicht

4. Eine Nachtflugregelung ist nicht schon deshalb abwägung fehlerhaft, weil sie die nächtlichen Flugbewegungen nicht durc eine zahlenförmige Höchstgrenze (Bewegungskontingent), son dern durch ein maximales nächtliches Lärmvolumen beschränk

*BVerwG*, *Urt. v. 20. 4. 2005 - 4 C 18/03 (VGH München)*

**Anm. d. Schriftftg.:** Die Entscheidung ist mit Sachverhalt un Gründen abgedruckt in *NVwZ* 2005, 933.

23 \* Auswahlverfahren bei Stellenbesetzung

GG Art. 33 II

1. Interessenten für einen Dienstposten, auf den sie ohne Status veränderung umgesetzt oder versetzt werden wollen, haben grundsätzlich keinen Bewerbungsverfahrenanspruch gem. Art. 33 II GG (st. Rspr. des *BVerwG*; a. A. *BAGE* 103, 212 = *NZA* 2003, 798).

2. Entscheidet sich der Dienstherr jedoch, bei der konkreten Stellenbesetzung Beförderungs- und Versetzungsbewerber gleich zu behandeln, und hat er die Stellen entsprechend ausgeschrieben, so legt er sich auch gegenüber den Versetzungsbewerbern auf die Auslese nach den Vorgaben des Art. 33 II GG fest.

3. Art. 33 II GG enthält keine Einschränkungen, die den Geltungsbereich des Leistungsgrundsatzes relativieren. Belange, die nicht im Leistungsgrundsatz verankert sind, können bei der Besetzung öffentlicher Ämter nur Berücksichtigung finden, wenn ihnen Verfassungsrang zukommt (*BVerwG*, *NVwZ* 2005, 457).

4. Die Gefahrenabwehr sowie die Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs durch die Behörden des Bundesgrenzschutzes sind Aufgaben zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter mit Verfassungsrang. Ein zu dieser Aufgabenerfüllung erforderlicher verstärkter Personalbedarf bei einer Dienststelle des Bundesgrenzschutzes stellt die Funktionsfähigkeit dieses Verwaltungsbereichs jedoch in aller Regel nicht in Frage, insbesondere dann nicht, wenn die Möglichkeiten eines überörtlichen oder überregionalen Ausgleichs nicht erschöpfend in Anspruch genommen werden.

*BVerwG*, *Urt. v. 25. 11. 2004 - 2 C 17/03 (VG Frankfurt a. M.)*

**Anm. d. Schriftftg.:**

# Literaturverzeichnis

- Wenzel: „Der Störer und seine verschuldensunabhängige Haftung im Nachbarrecht“, NJW 2005, 241 ff.
- Brück und Reichelt: „Die Entwicklung des Bauvergabe- und Bauprozessrechts in den Jahren 2001 bis 2005“, NJW 2005, 1324 ff.
- Brück und Reichelt: „Die Entwicklung des privaten Bauvertragsrechts seit 2002: VOB/B“, NJW 2005, 2273 ff.
- OLG Stuttgart: „Sicherung einer Baustelle – Strafrechtliche Verantwortung des Bauherrn“, NJW 2005, 2567 ff.
- Foerste: „Zur Schutzpflicht des Bauherrn für tollkühne Handwerker“, NJW 2005, 3182 ff.
- BGH: „Haftung des Architekten gegenüber dem Nachbarn bei Grundstücksvertiefungen“, NJW – Spezial 2005, 215 ff.
- Weber: „Die Entwicklung des BGB-Werkvertrags- und Bauträgerrechts in den Jahren 2001 bis 2004“, NJW 2004, 3469 ff.
- Kesselring und Hennig: „Die Entwicklung des Architekten- und Ingenieurrechts in den Jahren 2001 bis 2004“, NJW 2004, 3535 ff.
- Schall: „Systematische Übersicht der Rechtsprechung zum Umweltstrafrecht“, NStZ-RR 2003, 65 ff.
- Dörfler-Collin: „Bausummenüberschreitung und Schadensberechnung“, Der Bausachverständige, 5/2005, 46 ff.
- Ganten: „Bauvertragsrecht“, Der Bausachverständige, 5/2005, 56 ff.
- Dörfler-Collin: „Typische Fehlerquellen im Architektenvertrag“, Der Bausachverständige 6/2005, 43 ff.
- Dörfler-Collin: „Der Architekten- und Ingenieurvertrag“, Der Bausachverständige 1/2005, 36 ff.
- BGH: „Haftungs- und Versicherungsrecht“, MDR 2005, 627 ff.
- Landau: „Das strafrechtliche Risiko der am Bau Beteiligten“, wistra 1999, 47 ff.
- Kleine-Möller/Merl: „Handbuch des privaten Baurechts“, 3. Auflage 2005
- Ingenstau/Korbion: „VOB - Teile A und B Kommentar“, 15. Auflage 2004
- Werner/Pastor: „Der Bauprozess“, 11. Auflage 2005