



Inhalt

- URTEILSBESPRECHUNG**
- 2 Photovoltaik – Kauf- oder Werkvertrag?
- BAUPLANUNGSRECHT**
- 5 Das Doppelhaus
- ÖFFENTLICHES RECHT**
- 7 Wiedereinführung des Widerspruchsverfahrens in NRW bei grundstücksbezogenen Abgaben, die ab 01.01.2016 bekanntgegeben werden
- EUROPARECHT**
- 8 Bauprodukte – im Dschungel des Europarechts
- URTEILSBESPRECHUNG**
- 10 Der Unternehmer schuldet Schadensersatz, wenn die Mängelbeseitigung unmöglich ist

Vorwort

„Recht rund um die Immobilie“ so könnte man unseren neuen Newsletter beschreiben. Hier finden nicht nur Bauherren wertvolle Informationen und aktuelle Rechtsprechung, sondern auch Bauunternehmer sowie Planer. Seit dem Frühjahr werden wieder unzählige Photovoltaikanlagen auf deutschen Dächern gebaut, doch wie sieht es mit den Gewährleistungsfristen für diese Anlagen aus? Besonders für Bauherren interessant sind die Kriterien für Doppelhäuser und die Wiedereinführung des Widerspruchsverfahrens in NRW für kommunale Abgaben ab 2016.

Allen Baupraktikern, besonders Planern und Bauunternehmern, empfehlen wir in der täglichen Baupraxis den Blick in die Bauregelliste B. Wie Sie sich als Baupraktiker im Dschungel des Europarechts bei Bauprodukten oder als Baubeteiligter im Dickicht der Gewährleistungsfristen zurechtfinden, erfahren Sie ebenfalls hier. Für Rückfragen stehen Ihnen die Partneranwälte des NETZWERK BAUANWÄLTE jederzeit gern zur Verfügung. Viel Spaß bei der Lektüre wünscht Ihnen

Dr. Andreas Koenen

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht,
Vertrauensanwalt des Bundes Deutscher Architekten (BDA)
KOENEN BAUANWÄLTE

Photovoltaik – Kauf- oder Werkvertrag?

Trotz BGH-Entscheidung bleiben erhebliche Unsicherheiten

1.

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 09.10.2013 – VIII ZR 318/12 entschieden, dass Gewährleistungsansprüche aus der Lieferung einer PV-Anlage, die auf dem Dach einer Scheune montiert wurde, nicht nach fünf Jahren, sondern bereits nach zwei Jahren verjährt sind. Den Grund dafür, dass im Rahmen des Kaufvertrages über die Lieferung der Anlagenkomponenten nicht die fünfjährige Gewährleistungsfrist nach § 438 Abs. 1 Nr. 2 b BGB, sondern die lediglich die zweijährige Gewährleistungsfrist nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB in Betracht kam, sah der Bundesgerichtshof darin, dass die Photovoltaik-Anlage kein Bauwerk und auch nicht Teil eines Bauwerkes sei. Denn nach der Definition des Gesetzes ist ein Bauwerk eine durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache, die, sei es auch nur wegen ihrer Größe oder ihres Gewichts, nur mit größerem Aufwand vom Grundstück getrennt werden kann. Die PV-Anlage sei – so der BGH – mangels Verbindung mit dem Erdboden selbst kein Bauwerk und diene auch nicht dem Bauwerk, im konkreten Falle der Scheune, sondern diene einem gesonderten Zweck, nämlich dem Erhalt der Einspeisevergütung für den erzeugten Strom.

Der Entscheidung des Bundesgerichtshofs haben sich die Instanzgerichte überwiegend angeschlossen; es gibt aber auch entgegenstehende Entscheidungen, deren abweichendes Ergebnis in unterschiedlicher Weise begründet wurde.

2.

Das OLG München hatte über einen Schadensersatzanspruch zu entscheiden wegen Schäden am Dachtragwerk, die entstanden waren durch die Auflast der nachträglich auf dem Dach eines Supermarkts montierten PV-Anlage. Der in Anspruch genommene Unternehmer berief sich etwas mehr als zwei Jahre nach der Abnahme (!) seiner Leistungen erfolgreich auf Verjährung. Das OLG München begründete seine Entscheidung wie der BGH, dass nämlich die PV-Anlage selbst ohne feste Verbindung mit dem Erdboden

kein Bauwerk sei und sie auch keine funktionale Bedeutung für den Supermarkt habe. Denn sie werde nur betrieben, um durch die Einspeisevergütung weitere Einnahmen zu generieren (OLG München, Urteil vom 14.01.2014 – 28 U 838/13).

3.

Das OLG Naumburg entschied mit Urteil vom 20.02.2014 – 1 U 86/13, dass dem mit Lieferung und Montage einer PV-Anlage auf einem Dach beauftragten Unternehmer kein Anspruch auf eine Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB zustehe, denn die PV-Anlage auf dem Dach stelle weder selbst ein Bauwerk oder eine Außenanlage, noch einen Teil davon dar. Es handele sich um einen Kaufvertrag mit Montageverpflichtung, bei dem die Montageleistungen den Vertrag – auch kostenmäßig – nicht dominierten. Der Großteil der Investitionskosten entfalle auf Module und Wechselrichter; die Installation erfordere auch keine speziellen Verlege- oder Montagepläne. Die Hauptbestandteile der Anlage ließen sich auch ohne größeren Aufwand wieder demonstrieren und an anderer Stelle verwenden. Der Erlass des Bundesministeriums für Finanzen vom 09.12.2013, nach dem es sich bei Lieferung und Montage von PV-Anlagen als sog. Auf-Dach-Anlagen um Bauleistungen im Sinne von § 13 b UStG handele, sei kein Beleg für die zivilrechtliche Qualifizierung als Bauwerksvertrag. Denn der Begriff der Bauleistung werde im Umsatzsteuerrecht sehr weit gefasst; er umfasse auch die sogenannten Werklieferungen nach § 13 b Abs. 4 UStG.

4.

Entsprechend hat auch das OLG Köln mit Urteil vom 28.05.2014 – 2 U 107/13 dem Auftragnehmer den Anspruch auf eine Bauhandwerkersicherung gem. § 648 a BGB versagt. Mit der Begründung des Bundesgerichtshofs verneint das Oberlandesgericht Bauwerksqualität und auch einen funktionellen Zusammenhang mit dem Bauwerk, auf dessen Dach die PV-Anlage errichtet wurde. Es handele sich auch nicht um eine Außenanlage im Sinne von § 648a BGB, da man darunter eine Grundstücksfläche verstehe, die in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Bauwerk stehe und seinen Zweck dienen müsse. Anders als bei landschaftsgestalterischen Arbeiten, Gartenarbeiten oder dem Sportplatzbau fehle der PV-Anlage der Grundstücksbezug.

5.

Auch das OLG Saarbrücken lässt in seinem Urteil vom 23.04.2014 – 1 U 18/13 die von einem Bauherrn geltend gemachten Minderungsansprüche an der Einrede der Verjährung scheitern, da die zweijährige Gewährleistungsfrist und nicht die fünfjährige Frist bei Bauwerken und für ein Bauwerk verwendeten Sachen anzuwenden sei.

6.

Dagegen hatte das OLG München mit Urteil vom 10.12.2013 – 9 U 543/12, das heißt wenige Wochen vor der oben zitierten Entscheidung des 28. Zivilsenats entschieden, dass es sich bei der Errichtung einer Dach-PV-Anlage um ein Bauwerk handele, so dass die Verjährungsfrist für Mängelansprüche fünf Jahre betrage. In Kenntnis der Entscheidung des BGH begründet das OLG seine davon abweichende Entscheidung damit, dass neben den PV-Modulen zur gesamten Anlage auch die auf dem Dach montierte Unterkonstruktion und die Verkabelung mit den Wechselrichtern sowie deren Anschluss an den außerhalb des Gebäudes befindlichen Zählerkasten und die im Inneren des Gebäudes installierten Kontroll- und Steuerungselemente gehörten. Diese Einzelteile seien im Rahmen einer detaillierten Planung individuell auf die konkrete Anlage abgestimmt worden; ein Rückbau der Verkabelung im Haus und auch außerhalb des Hauses sei nur unter Schwierigkeiten möglich und zumindest diese Teile der Anlage könnten auch danach nicht mehr anderweitig verwendet werden. Die Anlage als solche habe Auswirkungen auf die Statik des Daches, die im Rahmen der Planung berücksichtigt werden müsse (es sei daran erinnert, dass der 28. Zivilsenat die Ansprüche gerade wegen Schäden an der Dachkonstruktion als Folge der Auflast durch die PV-Anlage wegen der abgelaufenen kürzeren Gewährleistungsfrist zurückgewiesen hatte).

Die Unterkonstruktion der Anlage müsse letztlich dauerhaft und sicher mit dem Bauwerk verbunden sein und die Dachdurchdringungen für die ins Innere führende Verkabelung müssten witterungsbeständig, insbesondere wasserdicht ausgeführt werden. All dies habe Bedeutung für die Funktionalität des Bauwerks und seinen dauerhaften Bestand.

7.

Die Vergabekammer Detmold hatte über das

Ausschreibungsverfahren zur Installation einer PV-Anlage auf der Böschung einer Abfalldeponie zu entscheiden. Diese PV-Anlage sollte über eine regensichere Unterkonstruktion verfügen, um gleichzeitig die Mülldeponie dauerhaft gegen Niederschlagswasser abzusichern. Mit Beschluss vom 27.09.2013 – VK.2-04/13 qualifizierte die Vergabekammer den Auftrag als typengemischten Vertrag, bei dem zwar auch die Wertanteile der Bauleistungen einerseits und der Dienst- und Lieferleistungen andererseits im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen seien; bei dem es jedoch entscheidend darauf ankomme, wo nach dem Willen der Vertragsparteien der rechtliche und wirtschaftliche Schwerpunkt des Vertrages liegen solle.

Dies seien sowohl bei der Ausführung der regensicheren Unterkonstruktion, als auch bei Montage und Einbau der PV-Module und der Wechselrichter eindeutig Bauleistungen, so dass es sich im Ergebnis um einen Bauvertrag handle, für den wegen des höheren Schwellenwertes ein europaweites Ausschreibungsverfahren nicht habe durchgeführt werden müssen.

8.

Im Beschwerdeverfahren bestätigte der Vergabesenat des OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 30.04.2014 – Verg. 35/13 die Entscheidung der Vergabekammer. Zwar ergäbe sich bei Überprüfung der Wertanteile für die Bauleistungen nur ein Anteil von 30 % am Gesamtwert; da aber die Fundierung, Verankerung und Montage der PV-Anlage und auch die Abdichtung der Deponie maßgeblich für Funktion und Qualität der gesamten Anlage seien, resultiere daraus der prägende Charakter als der einer Maßnahme des Anlagenbaus. Es gelte daher der höhere Schwellenwert, der im konkreten Falle nicht erreicht worden sei.

Eine zivilrechtliche Entscheidung über Gewährleistungsansprüche aus Lieferung und Montage einer PV-Anlage auf dem Erdboden, vergleichbar dem von der Vergabekammer und dem Vergabesenat des OLG Düsseldorf entschiedenen Fall, ist bislang nicht veröffentlicht. Nach der oben zitierten Begriffsbestimmung, dass bei einem Bauwerk eine feste Verbindung mit dem Erdboden notwendig sei, wäre eine solche Anlage in konsequenter Fortführung der zitierten vergaberechtlichen Entscheidung als Bauwerk zu qualifizieren. Folglich könnte der Auftraggeber

Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln an der Anlage innerhalb der längeren Gewährleistungsfrist von fünf Jahren geltend machen.

Entscheidende Fragen von Rechtsprechung nicht geklärt

Es stellt sich dann aber die Frage, ob dieser für beide Parteien des Vertrages unter Umständen mit einschneidenden wirtschaftlichen Konsequenzen verbundene Unterschied alleine davon abhängen soll, ob die Anlage durch entsprechende Fundierung unmittelbar fest mit dem Erdboden verbunden ist oder ob diese feste Verbindung quasi über die Immobilie vermittelt wird, auf deren Dach die Anlage ebenso fest und dauerhaft montiert wurde.

Auch das zweite vom Bundesgerichtshof herangezogene Abgrenzungskriterium, dass die PV-Anlage auf dem Dach nicht im Sinne von § 438 Abs. 1 Ziffer 2. b) für das Bauwerk verwendet werde, sondern einem eigenen Zweck, nämlich dem Erzielen von Einkünften diene, ist zu hinterfragen. Zumindest PV-Anlagen, die auf den Dächern von privaten Wohnhäusern montiert werden, dienen in ganz überwiegendem Maße der Energieversorgung und damit im weitesten Sinne der Funktion des Gebäudes, auf dem sie montiert sind. Kann es hinsichtlich der Länge der Gewährleistungsfrist einen so erheblichen Unterschied machen, ob der durch die PV-Anlage erzeugte Strom ins hauseigene Versorgungsnetz fließt oder ob er durch die Einspeisung ins allgemeine Netz der Einkünfteerzielung dient?

Das weitere Argument zur Abgrenzung von Liefervertrag mit Montageverpflichtung einerseits und Werkvertrag andererseits, nämlich die Wertanteile der einzelnen Leistungsbereiche, wird zumindest zukünftig den Ausschlag nicht mehr für den Kaufvertrag geben. Die Weltmarktpreise für PV-Module, die in der Vergangenheit sicher den Löwenanteil der Investition ausgemacht haben, sinken seit geraumer Zeit kontinuierlich mit der Folge, dass Insolvenzen bei Herstellern und Lieferanten an der Tagesordnung sind in einer Branche, der man noch vor Jahren nicht endendes Wachstum zugetraut hatte. Damit steigt zwangsläufig die wirtschaftliche Bedeutung der Montageleistung.

Letztlich trifft auch der Hinweis des OLG-Naumburg in der oben zitierten Entscheidung vom 20.02.2014 zumindest nicht immer zu, dass es keiner besonderen Planung für die Herstellung

und Montage der Anlage bedürfe. Dies mag für eine aus wenigen vorkonfektionierten Modulen und zugehörigen Nebenaggregaten bestehende Anlage für den Privathaushalt gelten; die Anlage, die entweder zur eigenen Energieversorgung oder auch zur Erzielung der Einspeisevergütung auf dem mehrere tausend Quadratmeter großen Flachdach einer Industriehalle, eines Flugzeughangars oder einem anderen Gebäude vergleichbarer Größe errichtet werden soll, bedarf einer detaillierten Planung unter Einbeziehung der Statik des Gebäudes, einer auf die jeweiligen Besonderheiten des Objektes abgestimmten Montageplanung, der Einrichtung der Baustelle bis hin zu Gerüsten, Sicherungsmaßnahmen und Krangestellung und – für sicheren Bestand des Objektes von herausragender Bedeutung – einer Anpassung des äußeren Blickschutzes, in den die PV-Anlage gegebenenfalls sogar integriert werden kann. Kann die Zuordnung zum Kauf- oder Baurecht alleine von der Größe der Anlage abhängen?

Die aufgeworfenen Fragen sind ersichtlich von der Rechtsprechung bislang nicht geklärt.

Ebenso wenig wie die Frage, ob und mit welchen Konsequenzen die Vertragsparteien in der Lage sein sollten, im Rahmen der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen oder aber im Rahmen eines individuell ausgehandelten Vertrages zu bestimmen, dass auf ein Vertragsverhältnis, welches vor allem unter Berücksichtigung der eingangs zitierten höchstrichterlichen Entscheidung als Kaufvertrag oder Werklieferungsvertrag qualifiziert werden muss, gleichwohl die Regelungen des Werkvertrages bis hin zur Vereinbarung der VOB/B angewendet werden sollen.

Rechtliche Beratung von Anfang an sinnvoll

Die Entwicklung ist weiterhin im Fluss; den Vertragsbeteiligten kann zur Minimierung des Risikos nur die möglichst frühzeitige rechtliche Beratung empfohlen werden. Entscheidend sind zumindest bis zur Klärung der aufgeworfenen Fragen die „Besonderheiten des Einzelfalls“. ■

Stephan Eisenbeis

Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Bau- und Architektenrecht, Bonn

Das Doppelhaus

Fragestellungen aus der Praxis

In einem Bebauungsplan kann die Bauweise u.a. als offene oder geschlossene Bauweise festgesetzt werden. In der offenen Bauweise werden die Gebäude mit seitlichem Grenzabstand als Einzelhäuser, Doppelhäuser oder Hausgruppen errichtet, wobei die Länge der jeweiligen Hausform höchstens 50 m betragen darf. In der geschlossenen Bauweise werden die Gebäude dagegen in der Regel ohne seitlichen Grenzabstand errichtet. Außerhalb eines Bebauungsplanes ergibt sich die Bauweise nach § 34 Abs. 1 BauGB aus der Eigenart der näheren Umgebung.

Das Doppelhaus ist zwar eine Hausform der offenen Bauweise. Gleichwohl muss mit einer Doppelhaushälfte an die Grenze angebaut werden, damit auch auf dem anderen Grundstück an dieser Grenze angebaut werden kann, so dass ein durch eine Grundstücksgrenze getrenntes Doppelhaus entstehen kann.

Beim Anbau an eine schon auf dem Nachbargrundstück vorhandene Doppelhaushälfte stellt sich in der Praxis oftmals die Frage, ob durch den beabsichtigten Anbau tatsächlich eine Doppelhaushälfte entsteht oder ob es sich nicht lediglich um einen Anbau eines einzelnen selbständigen Gebäudes unter Ausnutzung des Grenzanbaus auf dem Nachbargrundstück handelt, der nur in der geschlossenen Bauweise zulässig ist. Ähnliche Fragestellungen tauchen auf, wenn an einer Doppelhaushälfte bauliche Veränderungen, z. B. durch einen Anbau, vorgenommen werden, während die andere Doppelhaushälfte unverändert bleibt.

Das Bundesverwaltungsgericht definiert den in § 22 Abs. 1 BauNVO verwandten planungsrechtlichen Begriff des Doppelhauses wie folgt: Danach handelt es sich um eine bauliche Anlage, die dadurch entsteht, dass zwei Gebäude auf benachbarten Grundstücken durch Aneinanderbauen an der gemeinsamen Grundstücksgrenze zu einer Einheit zusammengefügt werden. Kein Doppelhaus bilden dagegen zwei Gebäude, die sich zwar an der gemeinsamen Grundstücksgrenze noch berühren, aber als zwei selbständi-

ge Baukörper erscheinen. Ein Doppelhaus kann ferner nur dann angenommen werden, wenn die beiden Haushälften in wechselseitig verträglicher und abgestimmter Weise aneinandergesetzt werden. Hierfür ist ein Mindestmaß an baulicher Übereinstimmung erforderlich, das auch mit Blick auf die bauplanungsrechtlichen Ziele der Steuerung der Bebauungsdichte sowie der Gestaltung des Orts- und Stadtbildes zu prüfen ist (BVerwG, Urteil vom 05.12.2013 – 4 C 5/12). Dabei kommt es sowohl auf quantitative Aspekte wie Geschosshöhe, Gebäudehöhe, Bebauungstiefe und Bebauungsbreite sowie das durch diese Maße im Wesentlichen bestimmte oberirdische Brutto-Raumvolumen als auch auf qualitative Aspekte wie Dachgestaltung und sonstige Gebäudekubatur an (vgl. OVG NRW, Urteil vom 28.02.2012 – 7 A 2444/09).

Die Feststellung, dass die beiden Haushälften in wechselseitig verträglicher und abgestimmter Weise aneinandergesetzt werden, hat nicht nur (positive) Auswirkungen auf ein Bauvorbescheids- oder Baugenehmigungsverfahren. Sie ist auch für ein etwaiges Rechtsbehelfsverfahren des Nachbarn und Eigentümers der anderen Doppelhaushälfte von zentraler Bedeutung.

Zunächst hatte das Bundesverwaltungsgericht der Festsetzung der offenen Bauweise und der Doppelhausbebauung lediglich im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes sogenannte nachbarschützende Wirkung zuerkannt (BVerwG, Urteil vom 24.02.2000 – 4 C 12/98). Mit Urteil vom 05.12.2013 – 4 C 5/12 – hat das Bundesverwaltungsgericht diese nachbarschützende Wirkung im unbeplanten Innenbereich anerkannt. Grundlage ist dort das nachbarschützende Gebot der Rücksichtnahme, das verletzt ist, wenn sich ein grenzständiges Vorhaben nach seiner Bauweise nicht einfügt, weil es mit dem verbleibenden Gebäudeteil kein Doppelhaus bildet. Nachbarschützende Wirkung bedeutet, dass der Nachbar die Aufhebung der Baugenehmigung durchsetzen kann, wenn ein Doppelhaus im Rechtssinne nicht entsteht oder nicht erhalten bleibt.

Dementsprechend finden sich in der neueren Rechtsprechung zunehmend Entscheidungen von baurechtlichen Nachbarstreitigkeiten, in denen der Grundstücksnachbar die Baugenehmigung für die „Doppelhaushälfte“ auf dem Nachbargrundstück mit der Begründung angreift, dass

es sich bei dem Grenzanbau nicht oder nicht mehr um eine Doppelhaushälfte handle. Die Fallkonstellationen sind oftmals dadurch gekennzeichnet, dass der zuerst an die Grenze Anbauende hinter den Festsetzungen des Bebauungsplanes oder den sich aus der näheren Umgebung ergebenden baulichen Rahmenbedingungen zurückbleibt, während der später Anbauende oder seine Doppelhaushälfte erweiternde Nachbar diese Möglichkeiten voll ausschöpfen möchte.

Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen hat mit zwei Urteilen vom 26.06.2014 – 7 A 1276/13 und 7 A 2725/12 – versucht, Kriterien für die Beurteilung entwickelt, wann bei den quantitativen Aspekte Geschossigkeit, Bautiefe, Gebäudehöhe sowie oberirdisches Brutto-Raumvolumen vom einem einheitlichen Baukörper gesprochen werden kann. Das Oberverwaltungsgericht geht davon aus, dass ein einheitlicher Baukörper nicht mehr gegeben ist, wenn sich auch nur eines der vorgenannten quantitativen Merkmale bei den jeweiligen Gebäuden um mehr als die Hälfte unterscheidet. Dies bedeutet also, dass in Bezug auf jedes dieser quantitativen Merkmale die Übereinstimmungen der beiden Haushälften grundsätzlich mindestens doppelt so stark ausgeprägt sein müssen wie ihre Unterschiede.

Bezogen auf die einzelnen Merkmale bedeutet dies also Folgendes:

Hinsichtlich der Bebauungstiefe kann eine Doppelhaushälfte, die auf einer Tiefe von 10 m an die andere Doppelhaushälfte angebaut ist, diese um insgesamt max. 5 m überragen.

Bei einer zweigeschossigen Doppelhaushälfte darf die andere Doppelhaushälfte max. dreigeschossig sein.

Bei einer Traufhöhe von 5 m und einer Firsthöhe von 8 m der vorhandenen Doppelhaushälfte dürfen die Trauf- und Firsthöhen der anderen Doppelhaushälfte max. 7,50 m bzw. 12 m betragen, wobei dies nur für die Grenzbebauung gilt, nicht aber für nicht grenzständige Erweiterungen einer Doppelhaushälfte. Letztere werden über die Beurteilung des sichtbaren Brutto-Raumvolumens erfasst: So darf z. B. das Netto-Raumvolumen der nachträglich realisierten Doppelhaushälfte max. 750 m³ betragen, wenn das

Brutto-Raumvolumen der vorhandenen Doppelhaushälfte 500 m³ beträgt.

Das Oberverwaltungsgericht weist ausdrücklich darauf hin, dass dies „im Regelfall“ gilt. Ausnahmen in Einzelfällen sind allerdings denkbar und setzen der mathematisch exakten Anwendung der vorgenannten Grundsätze Grenzen. Die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts betrifft auch allein die quantitativen Aspekte. Hinsichtlich der qualitativen Aspekte wie Dachform, Dachneigung und Dachfirstausrichtung kommt es auf ein rechnerisches Verhältnis der Gemeinsamkeiten oder Unterschiede nicht an. Hier ist ausschließlich eine individuelle Betrachtung angezeigt.

Gegen die beiden Urteile des Oberverwaltungsgerichts ist jeweils die vom Oberverwaltungsgericht selbst zugelassene Revision eingelegt worden. Wir werden über den Fortgang der Verfahren und die weitere Entwicklung berichten. Zunächst sind alle Beteiligten gut beraten, die Vorgaben des Oberverwaltungsgerichts zu beachten. Auch außerhalb der Zuständigkeit des 7. Senates des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen können die Vorgaben des 7. Senats vorbehaltlich zukünftig entgegenstehender Judikate als Auslegungs- und Beurteilungsansatz herangezogen werden. ■

Michael Nimphius

Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Verwaltungsrecht, Bonn

Wiedereinführung des Widerspruchsverfahrens in NRW bei grundstücksbezogenen Abgaben, die ab 01.01.2016 bekanntgegeben werden

Bei Kommunalabgaben und Realsteuern ist Widerspruchsverfahren wieder zulässig

Durch das Bürokratieabbaugesetz I hatte das Land Nordrhein-Westfalen das Widerspruchsverfahren mit Wirkung vom 15.04.2007 ganz überwiegend abgeschafft. Ausgenommen waren lediglich einige wenige Rechtsgebiete. Diese Regelung war zunächst bis zum 31.10.2008 befristet. Sie wurde mehrfach verlängert und schließlich – zuletzt befristet bis zum 31.12.2014 – in § 110 Justizgesetz NRW aufgenommen.

Gegen Baugenehmigungen, belastende Nebenbestimmungen in Baugenehmigungen oder Bauordnungsverfügungen muss deshalb unmittelbar beim Verwaltungsgericht innerhalb eines Monats Klage erhoben werden, wenn der von der Regelung Belastete mit dieser Entscheidung nicht einverstanden ist. Eine vorherige Überprüfung der Verwaltungsentscheidung durch Widerspruch ist nicht zulässig.

Mit dem Gesetz zur Änderung des Landesbeamtengesetzes und des Justizgesetzes Nordrhein-Westfalen und zur Anpassung weiterer Rechtsvorschriften vom 09.12.2014 (GV.NRW S. 869) hat der Landesgesetzgeber zunächst die bisherige jährliche Befristung aufgehoben.

Zudem hat der Landesgesetzgeber in einigen Rechtsgebieten das Widerspruchsverfahren wieder eingeführt. Hierzu gehört insbesondere der Bereich der Kommunalabgaben und der Realsteuern. Bei kommunalen Abgabenbescheiden, mit denen die Kommunen Erschließungsbeiträge, Straßenausbaubeiträge, Kanalanschlussbeiträge und -benutzungsgebühren, Straßenreinigungsgebühren, Grundsteuern und

Gewerbesteuern festsetzen und von dem Grundstückseigentümer oder sonstigen Verpflichteten anfordern, ist vor Klageerhebung zukünftig wieder ein Widerspruchsverfahren durchzuführen. Dies gilt jedoch nicht ab sofort. Der Landesgesetzgeber hat eine Übergangsfrist festgelegt. Erst für Abgabenbescheide, die nach dem 31.12.2015 bekannt gegeben werden, ist zukünftig zunächst ein Widerspruchsverfahren durchzuführen.

Für Baugenehmigungen, belastende Nebenbestimmungen in Baugenehmigungen und Bauordnungsverfügungen hat sich dagegen keine Änderung ergeben. Hier ist der Widerspruch weiterhin unzulässig. Dies gilt nun dauerhaft; jedenfalls solange der Landesgesetzgeber keine Änderung beschließt. ■

Michael Nimphius

Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Verwaltungsrecht, Bonn

Bauprodukte – im Dschungel des Europarechts

Für die tägliche Baupraxis empfehlen wir den Blick in die Bauregelliste B

Nur in Fachkreisen beachtet ist am 01.07.2013 die Bauproduktenverordnung EU Nr. 305 / 2011 vom 09.03.2011 in Kraft getreten. Gleichzeitig hat der Bundesgesetzgeber das Bauproduktengesetz - BauPG zur Umsetzung der Verordnung in Kraft gesetzt. Wesentlich ist hierin die Bestätigung des Deutschen Instituts für Bautechnik in Berlin als für die Bundesrepublik Deutschland zuständiger technische Bewertungsstelle nach Art. 29 der EU-Verordnung Nr. 305/2011.

Der Baupraktiker, sei es als Planer oder Bauunternehmer, ging bislang für die Verwendung von Produkten zur Herstellung von Bauwerken von verschiedenen Klassifizierungen der Baustoffe aus, nämlich

- geregelten Baustoffen gemäß Bauregelliste Teil 1
- nicht geregelten Baustoffen gemäß Bauregelliste Teil 2 in der Abstufung
 - (1) mit allgemeiner bauaufsichtlicher Zulassung oder
 - (2) einem allgemeinen bauaufsichtlichen Prüfzeugnis oder
 - (3) der Zustimmung im Einzelfall.

All dies ist öffentliches Bauordnungsrecht, wie sich z.B. aus §§ 20 ff. BauO NRW, §§ 17 ff. SächsBO ergibt. Trug ein Bauprodukt das eingeführte „Ü-Zeichen“ oder lag eine Zulassung, ein Prüfzeugnis oder eine Zustimmung im Einzelfall vor, so schien der Fall klar: Das Bauprodukt oder der Baustoff war bauordnungsrechtlich technisch regelkonform einsatzfähig.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat mit einem Urteil vom 16.10.2014, Aktenzeichen Rs. C – 100/13 diese Rechtspraxis ins Wanken gebracht: In einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland auf Antrag der Europäischen Kommission stellte der EuGH fest, dass die Bauregellisten gegen

die Grundsätze des freien Warenverkehrs in der Europäischen Union verstoßen, wenn sie nationale Genehmigungen auch für Bauprodukte fordern, die über ein CE-Kennzeichen verfügen. Grundlage der Betrachtung war noch die Bauproduktenrichtlinie 89/106/EWG, die durch die Bauproduktenverordnung Nr. 305/2011 ab dem 01.07.2013 ersetzt wurde. Die Grundsätze der Entscheidung sind jedoch für die Anwendung der aktuellen EU-Verordnung, die Ausschreibungspraxis und die Durchführung von Bauvorhaben von hoher Bedeutung.

Zunächst ist festzuhalten, dass der EuGH im Ergebnis über die Gesetzgebung der Länder, nämlich das Bauordnungsrecht entschieden hat. Anhand der BauO Baden-Württemberg belegt der Europäische Gerichtshof, dass die Bauordnungen der Länder zusätzliche technische Sicherheitsanforderungen anderer Produkte aufstellen, indem sie ihre Verwendung an die Bauregelliste und die Anforderungen für bauaufsichtliche Zulassungen oder Prüfzeugnisse binden. Diese Anforderungen gehen teilweise deutlich über die europäischen technischen Regelwerke hinaus, auf deren Grundlage Bauprodukte die CE-Kennzeichnung führen dürfen.

Der EuGH stellt fest, dass nach der Richtlinie 89/106/EWG ein bestimmtes Bauprodukt das CE-Kennzeichen nur dann tragen darf, wenn zuvor geprüft ist, dass das Produkt sämtlichen europäischen Normen entspricht. Diese europäischen Normen kommen unter Mitwirkung der Mitgliedstaaten zustande. Zielstellung dieser Normen ist eine Beschaffenheitsbeschreibung für die Brauchbarkeit von Bauprodukten dergestalt, dass Bauwerke aus CE-gekennzeichneten Bauprodukten bei ordnungsgemäßer Planung und Bauausführung im Übrigen den wesentlichen Anforderungen der Richtlinie entsprechen müssen. Dies ist immer dann der Fall, wenn ein Bauprodukt für den Bestand eines Bauwerks wesentliche Anforderungen auf angemessene Lebensdauer unter Berücksichtigung von Art und Weise sowie örtlicher Lage und Beanspruchung des Bauwerks erfüllt. Dieser allgemeine und sehr weit gefasste Anspruch konkretisierte sich seit 1989 im europäischen technischen Regelwerk. Die Hersteller der Bauprodukte verließen sich darauf, dass mit der Zuteilung des CE-Kennzeichens das Produkt in der gesamten Europäischen

Union markt- und verwendungsfähig wurde. Dem standen höhere technische Anforderungen der Bauregellisten und des Deutschen Instituts für Bautechnik entgegen. Im Ergebnis versagte das Bauordnungsrecht der Länder somit mittelbar CE-gekennzeichneten Bauprodukten ihre Verwendung in der Bundesrepublik Deutschland. Im konkreten Fall entschied der EuGH dies für Elastomer-Dichtungen für wasserführende Rohrleitungen, Wärmedämmstoffe für Gebäude aus Mineralwolle und Tore ohne Feuer- und Rauchschutzeigenschaften.

Die grundsätzlichen Erwägungen des EuGH zu der nur mittelbar für die Baubeteiligten geltenden Richtlinie sind umso bedeutsamer für die Anwendung der unmittelbar geltenden Bauprodukteverordnung Nr. 305/2011. Der Bundesgesetzgeber hat diese Verordnung zusätzlich durch das Bauproduktgesetz im Wege der Inbezugnahme umgesetzt. Die praktische Handhabung stößt jedoch auf erhebliche Schwierigkeiten. Teilweise sind die Bauordnungen der Länder noch nicht angepasst, teilweise fehlt es an klaren technischen Zuordnungen und Kriterien. Dies dürfte Ausschluss eines – scheinbaren – Zielkonflikts sein. Die Bauproduktenverordnung dient anders als die Bauordnungen nicht in erster Linie der Sicherheit von Bauwerken, sondern der Marktöffnung und -harmonisierung für Bauprodukte. In diesem Rahmen sollen EU-weit alle Bauprodukte zum Einsatz kommen dürfen, die grundsätzlich geeignet sind, wesentlicher Bestandteil eines energieeffizienten, gesundheitlich für den Nutzer unbedenklichen Bauwerks zu werden.

Wie können die Baubeteiligten nun mit dieser Gemengelage umgehen? Die Antwort liegt wie so oft in einer wenig befriedigenden Negativdefinition: Jedenfalls dann, wenn ein Bauprodukt die CE-Kennzeichnung führen darf

- (1) aufgrund einer europäischen harmonisierten Norm oder technischen Bewertung und
- (2) der Hersteller mit dem Bauprodukt den europäisch normierten Zertifizierungsprozess erfolgreich durchlaufen hat sowie
- (3) der Hersteller eine sogenannte Leistungserklärung für die Produktleistungen, erreichte Stufen und Klassen (unter anderem mit Angabe wesentlicher Produktdaten zur

Leistungs-beständigkeit, notifizierenden Stelle und Angabe der europäischen technischen Normen) erstellt hat,

dann darf einem Bauprodukt innerhalb der Europäischen Union der Einsatz in einem Bauwerk nicht versagt werden, für das dieses oder ähnliche Bauprodukte regelmäßig zur Anwendung kommen. Bei Planungen und Ausschreibungen der öffentlichen Hand im europaweiten Wettbewerb wird aus der Auswahlmöglichkeit vergabe-rechtlich sogar ein faktischer Zulassungszwang. Eine Abweichung von den europäischen technischen Regelwerken wird hier nur im begründungspflichtigen Ausnahmefall zulässig sein.

Für die tägliche Baupraxis empfehlen wir den Blick in die Bauregelliste B. Das Deutsche Institut für Bautechnik nimmt in die Bauregelliste diejenigen CE-gekennzeichneten Bauprodukte auf, die entweder aufgrund der Bauproduktenverordnung oder im Harmonisierungsprozess der EU in den verschiedenen Produkt- und Leistungsklassen als EU-marktfähig eingestuft sind. Der Hersteller oder Lieferant sollte die CE-Kennzeichnung und den Leistungsnachweis jederzeit belegen können. Die Verwendung anderer Bauprodukte ist damit nicht ausgeschlossen, bleibt aber mit der erheblichen Rechtsunsicherheit behaftet, ob andere, insbesondere erhöhte Leistungsanforderungen an das jeweilige Bauprodukt EU-rechtskonform erhoben werden dürfen.

Für die zivilrechtliche Mangelfreiheit eines Bauprodukts oder Gebäudeteils ohne CE-Kennzeichnung wird neben der vertraglichen Beschreibung der Leistung im Wesentlichen die materielle CE-Konformität entscheidend sein. Diese Nachweispflicht für den Fall, dass die CE-Kennzeichnung nicht vorliegt, trägt derjenige, der das nicht gekennzeichnete Bauprodukt verwendet, d.h. das Produkt ausschreibt oder in das Bauwerk einbaut. ■

Walter Oertel

Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Bau- und Architektenrecht, Leipzig

Der Unternehmer schuldet Schadensersatz, wenn die Mängelbeseitigung unmöglich ist

Zum Urteil des Bundesgerichtshofes vom 08.05.2014 (VII ZR 2003/11)

1.

Bei einem Werkvertrag ist das Werk mangelhaft, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit nicht hat (§ 633 Abs. 2 Satz 1 BGB).

Welche Beschaffenheit des Werkes die Parteien vereinbart haben, ist regelmäßig – wenn es nicht eindeutig ist – durch Auslegung des Werkvertrages zu ermitteln. Zur vereinbarten Beschaffenheit gehören alle Eigenschaften des Werkes, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen. Dieser werkvertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich nicht allein nach der tatsächlich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll. Dies gilt nach der Rechtsprechung unabhängig davon, ob die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben oder die anerkannten Regeln der Technik eingehalten worden sind. Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart und dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart oder den anerkannten Regeln der Technik nicht zu erreichen, schuldet der Unternehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit (BGH, Urteil vom 08.11.2007 – VII ZR 183/05 -). Haben die Parteien auf der Basis eines Leistungsverzeichnisses z.B. vereinbart, dass der Unternehmer ein Dach für ein Gebäude herzustellen hat, muss dieses Dach dicht sein. Wenn die Dichtigkeit des Daches nicht zu erzielen ist mit den Leistungen, die im Rahmen des Werkvertrages beschrieben sind, spielt das keine Rolle, weil der Unternehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit, nämlich die Dichtigkeit des Daches, schuldet. Er muss insoweit die Dichtigkeit des Daches herstellen, obgleich die hierfür tatsächlich vereinbarten Leistungen nicht ausreichend

sind. Die Kompensation für seine Leistungen, die über das zu erbringen sind, was tatsächlich vereinbart ist, findet dann auf der Vergütungsseite statt.

2.

Es kommt aber vor, und ein solcher Sachverhalt lag einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 08.05.2014 (VII ZR 203/11) zugrunde, dass eine vereinbarte und vorauszusetzende Funktionalität nicht nur mit den im Werkvertrag tatsächlich vereinbarten Leistungen, sondern überhaupt nicht zu erreichen ist. Es liegt dann ein Fall der dauerhaften objektiven Unmöglichkeit vor.

In dem entschiedenen Sachverhalt sollten die bei einer Fassade zur Verwendung kommenden vorgespannten Glasscheiben keine zerstörenden Einschlüsse (z.B. Nickelsulfid) haben. Nach den Feststellungen im Rahmen einer Beweisaufnahme kann der vollständige Ausschluss von Nickelsulfid-Einschlüssen technisch nicht gewährleistet werden.

Die vereinbarte Beschaffenheit und die vereinbarte Funktionalität waren tatsächlich nicht herzustellen. Die Werkleistung war mangelhaft. Eine Mängelbeseitigung war allerdings unmöglich.

3.

Die Folge der Unmöglichkeit ist das Entfallen des Erfüllungsanspruches (niemand kann den Vertrag tatsächlich erfüllen) und damit ebenso des Nacherfüllungsanspruches (denn niemand kann auch eine Mängelbeseitigung herbeiführen). Ebenfalls ausgeschlossen ist das Selbstvornahmerecht des Auftraggebers (denn er kann im Wege der Selbstvornahme keine Mängelbeseitigung herbeiführen) und ausgeschlossen ist auch der sogenannte Vorschussanspruch (weil mit einem vom Unternehmer zur Verfügung gestellten Geldbetrag eine entsprechende Mängelbeseitigung nicht herbeigeführt werden kann, die aber der Auftraggeber herbeiführen müsste, wenn er einen entsprechenden Vorschuss auf die Kosten der Mängelbeseitigung vom Unternehmer erhält).

Für diese Fälle steht dem Auftraggeber und Besteller ein Schadensersatzanspruch unter den

Voraussetzungen von § 634 Nr. 4, § 311a Abs. 2 BGB zu.

4.

§ 311a BGB ist eine Rechtsnorm, die im Rahmen werkvertraglicher Ansprüche selten zum Tragen kommt.

Der Abs. 1 dieser Norm besagt, dass der Wirksamkeit eines Vertrages es nicht entgegensteht, dass der Schuldner wegen objektiv vorliegender Unmöglichkeit nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt.

Der Abs. 2 dieser Norm besagt u.a., dass der Gläubiger (hier der Auftraggeber) Schadenersatz statt der Leistung verlangen kann.

5.

Nach der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes aus Mai diesen Jahres ist § 311a Abs. 2 BGB eine eigenständige Anspruchsgrundlage (Schadenersatz) und die dort geregelte Schadenersatzpflicht umfasst auch die Erstattung von Folgeschäden.

Da in § 311a Abs. 2 BGB auch in dessen Satz 2 ein Verschuldensmaßstab geregelt ist, gilt dieser einheitlich für alle hier in Betracht kommenden Schadenssituationen.

Eine Haftung des Unternehmers bei Unmöglichkeit der Leistung bzw. der Mängelbeseitigung, ist danach dann ausgeschlossen, wenn der Unternehmer im konkreten Sachverhalt die Unmöglichkeit nicht kannte und diese Unkenntnis nicht zu vertreten hat. Bei der Bewertung dieser Fragestellung, nämlich wann ein Unternehmer eine Unkenntnis nicht zu vertreten hat, wird es um die Beantwortung der Fragestellung gehen, welche Kenntnisse ein fachkundiger Unternehmer haben muss.

Soweit der Unternehmer die Unkenntnis zu vertreten hat, kommt ggf. aber ein Mitverschulden des Auftraggebers (§ 254 BGB) in Betracht, welches dem Auftraggeber zuzurechnen ist, nämlich dann, wenn er selbst oder ggf. auch seine Berater wussten, bzw. wissen mussten, dass auch bei einer ordnungsgemäßen Herstellung die vereinbarte Beschaffenheit und vereinbarte Funktions-

tauglichkeit nicht zu erreichen ist.

Fazit

Die vom Bundesgerichtshof in der Entscheidung aus Mai 2014 angesprochene „unmögliche Mängelbeseitigung“ skizziert eine Rechtsfolgenausnahme im Mängelrecht, die möglicherweise bei vergleichbaren Sachverhalten in Zukunft Bedeutung gewinnen kann.

Auf der einen Seite steht bei Unmöglichkeit der Leistung fest, dass Mängelbeseitigungsrechte nicht bestehen. Dies wird aber kompensiert dadurch, dass ein Schadenersatzanspruch nach § 311a Abs. 2 BGB gegen den Unternehmer gegeben ist. Dieser entfällt nur dann, wenn der Unternehmer die Unmöglichkeit nicht kannte und dies auch nicht zu vertreten hat.

Für den Unternehmer gilt es beim Abschluss von werkvertraglichen Vereinbarungen genaues-tens zu prüfen, ob eine im Vertrag vorausgesetzte Funktionstauglichkeit tatsächlich herzustellen ist. Erfolgt diese Prüfung nicht sorgfältig und ist tatsächlich eine Funktionstauglichkeit nicht herzustellen, kann dies für den sachkundigen Unternehmer teuer werden, wenn dies nach Fertigstellung seiner Leistungen festgestellt wird, denn er schuldet dann Schadenersatz, obwohl er letztlich die ausdrücklich vereinbarten Leistungen erbracht hat. ■

Michael Schorn

Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Bau- und Architektenrecht, Bonn

Das 2003 gegründete „Netzwerk Bauanwälte“ ist ein Zusammenschluss von Anwaltskanzleien, deren Arbeitsschwerpunkt im Baurecht liegt, im privaten Bau- und Architektenrecht, Vergaberecht und/oder im öffentlichen Baurecht.

Ziel der Netzwerkarbeit ist es, das Beratungsangebot der angeschlossenen Kanzleien kontinuierlich auf sehr hohem Niveau zu halten und so für die Mandanten eine exzellente anwaltliche Leistung im Baurecht sicherzustellen.

Nach außen tritt das Netzwerk durch Veröffentlichungen hervor, die auf gemeinsamer Diskussion beruhen und Einfluss auf die Rechtsentwicklung nehmen sollen. Hierzu gehört das vom NETZWERK herausgegebene, zwei Mal jährlich erscheinende Magazin BAURECHT AKTUELL. Darin äußern sich renommierte Bauanwälte zu aktuellen Entwicklungen des Baurechts.



NETZWERK BAUANWÄLTE

Baurechtskompetenz.
Bundesweit.



- 1 Busse & Miessen Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Bonn/Berlin/Leipzig**
Sternthorhaus, Oxfordstr. 21, 53111 Bonn, T 0228 98391-0
Wilhelmstr. 46, 10117 Berlin, T 030 226336-0
Martin-Luther-Ring 3, 04104 Leipzig, T 0341 982310
www.busse-miessen.de
- 2 Ganten Hünecke Bieniek, Bremen**
Ostertorstraße 32, 28195 Bremen, T 0421 329070
www.ghb-law.de
- 3 GESSNER Rechtsanwälte PartGmbH, Saarbrücken**
Berliner Promenade 16, 66111 Saarbrücken
T 0681 936390
www.rechtsanwaelte-gessner.de
- 4 IRMLER & COLLEGEN Rechtsanwälte, Schwerin**
Heinrich-Mann-Straße 15, 19053 Schwerin
T 0385 593600
www.irmler.org
- 5 KOENEN BAUANWÄLTE, Essen/Hannover/Münster/Bielefeld**
II. Hagen 7, 45127 Essen, T 0201 43953-0
Hohenzollernstr. 40, 30161 Hannover, T 0511 898402-0
Picassoplatz 3, 48143 Münster, T 0251 7038989-0
Marktstraße 8, 33602 Bielefeld, T 0521 9676638-0
www.bauanwaelte.de
- 6 Leinen & Derichs Anwaltssozietät, Köln/Berlin**
Clever Straße 16, 50668 Köln, T 0221 77209-0
Rosenstr. 2, 10718 Berlin (Mitte), T 030 243102153
www.leinen-derichs.de
- 7 Meurer Rechtsanwälte, Stuttgart**
Herdweg 24, 70174 Stuttgart, T 0711 505307-30
www.meurer-rechtsanwaelte.de
- 8 RJ Anwälte Prof. Rudolf Jochem, Philip Pürthner, Wiesbaden**
Wilhelmstraße 7, 65185 Wiesbaden, T 0611 3081436-7
www.rj-anwaelte.de