

# Risikoverteilung beachten

*Wie immer hat der Kunde Z. besondere Wünsche und Zeitvorstellungen. Dann noch die behördlichen Auflagen und Genehmigungsverfahren mit unter einen Hut zu bringen ist oftmals schwierig. Daß man dabei allzu leicht aufs Glatteis geraten kann, zeigt dieser Fall.*

Nachdem ein Wintergarten geliefert und installiert worden war, beanspruchte der Unternehmer die Zahlung des Werklohns. Der Auftraggeber verweigerte die Zahlung jedoch, da der Wintergarten bauplanungsrechtlich nicht genehmigungsfähig wäre.

Tatsächlich verstieß das Vorhaben gegen § 34 Baugesetzbuch. Danach wäre das Vorgaben nur dann zulässig gewesen, wenn es sich gegen Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die nähere Umgebung einfügt hätte und die Erschließung gesichert wäre. Diese Voraussetzungen waren im vorliegenden Fall aber nicht erfüllt.

### *Hof überbaut*

Gemäß Planung und Vertrag war der Wintergarten in einer Breite von 5 m und in einer Länge von 5,5 m ausgeführt worden. Er schloß am rückwärtigen Teil des Grundstücks an einem dort gelegenen Schuppen an. Dies führte im Ergebnis zu einer vollständigen Überbauung der verbleibenden Hoffläche und damit des gesamten Grundstücks.

Eine vergleichbare Bebauung war in der Nachbarschaft aber nicht vorhanden. Daraus folgte, daß sowohl das Maß der angestrebten baulichen Nutzung im Verhältnis zur Grundstücksfläche überschritten als auch ein Ein-

fügen in die Umgebungsbebauung nicht gewährleistet war. Die Erteilung einer Baugenehmigung kam somit nicht in Frage. Waren aber die Voraussetzungen des § 34 Baugesetzbuch bezogen auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Werkvertrages nicht erfüllt und hatte sich dieser Umstand erst später herausgestellt, so folgt hieraus ein Fall der nachträglichen Unmöglichkeit gemäß § 323 BGB. Zwar hat grundsätzlich die bauaufsichtliche Genehmigung keinen Einfluß auf die zivilrechtliche Wirksamkeit von Verträgen. Das Bauen bleibt als solches möglich, so daß eine anfängliche objektive Unmöglichkeit nicht gegeben ist. Die hindert aber nicht die Annahme einer dauernden Unmöglichkeit, wenn die öffentlich-rechtliche Genehmigung im Zuge der Verwirklichung der Baumaßnahme nicht eingeholt werden kann. Das Bauen ohne behördliche Genehmigung ist verboten und kann daher keinem Vertragsteil zugemutet werden. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof schon früher entschieden, daß ein Fall der dauernden Unmöglichkeit dann vorliegen kann, wenn und sobald feststeht, daß die Genehmigung zu versagen ist. In diesem Zusammenhang spielt es auch keine entscheidende Rolle, ob es zu einer förmlichen Zurückweisung des Baugesuchs gekommen ist oder die Gewißheit hinsichtlich der fehlenden Genehmigungsfähigkeit aufgrund anderer Tatsachen gewonnen werden kann. Der Auftraggeber war daher berechtigt, sich gemäß § 323 BGB von dem Werkvertrag zu lösen. Im Hinblick auf die vorliegende nachträgliche Unmöglichkeit war der Auftraggeber von seiner Verpflichtung zur Zahlung des Werklohns frei geworden. Demgegenüber kam keine Berufung auf das Werkvertragsrecht in Frage. Bei einem Werkvertrag, für den die VOB gilt, ist es zwar grundsätzlich Sache des Auftraggebers, die erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen und Erlaubnisse herbeizuführen, so daß ihm grundsätzlich die Gefahr einer mangelnden Genehmigung zuzurech-

nen ist. Nach dem Urteil 19 U 8/96 des Oberlandesgerichts Köln vom 14. 6. 1996 sind dabei aber die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Insbesondere kann sich aus den Vereinbarungen der Parteien eine andere Risikoverteilung ergeben.

### *Leistungsumfang genau klären*

In diesem konkreten Fall führten die Umstände der Erteilung des Auftrags und der Inhalt des schriftlichen Vertrages zu einer Risikoverteilung zu Lasten des Unternehmers. Den vertragsschließenden Parteien war bewußt gewesen, daß es sich bei dem Bauprojekt um ein genehmigungspflichtiges Vorhaben handelte. In diesem Zusammenhang war nämlich vereinbart worden, daß der Unternehmer neben den Statiker- und Architektenleistungen auch ausdrücklich die Stellung des Bauantrags mit sämtlichen Erledigungen übernimmt. Vor der positiven Bescheidung des Baugesuchs hätte der Unternehmer daher mit seinen Werkleistungen nicht beginnen dürfen. In Ermangelung anderer Anhaltspunkte mußte unter der Vertragsformulierung „Erledigung des Bauantrags“ auch die Einholung der bauplanungsrechtlichen Genehmigung verstanden werden. Der insoweit unerfahrene Auftraggeber wollte mit der ganzen Angelegenheit „nichts zu tun haben“. Überhaupt stand der Unternehmer mit einem Architekten in ständiger Geschäftsbeziehung. Die Sicherstellung der baurechtlichen Voraussetzungen war eine von dessen typischen Aufgaben. In Abweichung von den allgemeinen Regeln war es daher im Ergebnis gerechtfertigt, das Risiko der Nichtgenehmigungsfähigkeit des beabsichtigten Bauvorhabens beim Unternehmer anzusiedeln. Mit hin konnte er auch aus § 649 BGB keine Ansprüche herleiten.

*Dr. Franz Otto*