

# NewsLetter

2010-9 Seite 1

Schäferstraße 7  
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06  
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de  
www.dr-schwertfeger.de

## Werkvertragsrecht

### Angemessenheit der Ersatzvornahmekosten

Das Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Schleswig vom 10. September 2010 (Az. 14 U 184/06) betrifft zwar einen Reinigungsvertrag, enthält aber auch für das Baurecht interessante Überlegungen.

Der Auftraggeber (AG) hatte Reinigungsarbeiten für eine städtische Schule ausgeschrieben. Der Auftragnehmer (AN) hatte als günstigster Anbieter (rund € 80.000,00 pro Jahr) den Zuschlag erhalten, die Reinigungsarbeiten dann aber trotz mehrfacher Abmahnungen so mangelhaft ausgeführt, dass der AG den Vertrag mit dem AN fristlos kündigte. Der AG beauftragte daraufhin die im Vergabeverfahren auf der 14. Stelle platziert gewesene Firma mit den Reinigungsarbeiten, und zwar zum Preis von rund € 130.000,00 pro Jahr. Die Differenz forderte der AG von dem AN als Schadenersatz.

Zu Recht!

Der Reinigungsvertrag sei ein Werkvertrag, stellte das OLG zunächst fest.

Nach der berechtigten Kündigung könne der AG von dem AN die Differenzkosten verlangen. Zwar treffe den AG eine Schadensminderungspflicht, so dass er die Leistung nur zu einem angemessenen Preis an eine Drittfirma vergeben dürfe und dafür in zumutbarem Rahmen eine Auswahl zu treffen habe. Allerdings sei dabei kein zu strenger Maßstab anzulegen.

Der AG habe unter erheblichem Zeitdruck gestanden, um den schlechten Reinigungszustand schnellstmöglich zu beheben; die von dem AG beauftragte Drittfirma habe die Reinigungsarbeiten sofort beginnen können; sie sei dem AG als zuverlässig bekannt gewesen; und ihr Preis sei nach sachverständiger Feststellung immer noch ortsüblich und nicht unangemessen gewesen.

Bei dieser Sachlage sei der AG nicht verpflichtet gewesen, sich trotz der Eilbedürftigkeit vorher noch um andere, womöglich preisgünstigere Anbieter zu bemühen, auch nicht um die Mitbieter, die bei der Ausschreibung in die engere Wahl gelangt waren.

### Praxishinweise

Der Besteller muss also im Rahmen der Ersatzvornahme keine besonderen Anstrengungen unternehmen, um den preisgünstigsten Ersatzunternehmer zu finden.

Aber Vorsicht: Bei der Beauftragung des Ersatzunternehmers mit der Fortführung der Arbeiten sollte sich der Besteller tunlichst in den Grenzen des bisherigen Auftrags halten, anderenfalls riskiert er, dass sein Anspruch auf Erstattung der Differenzkosten abgewiesen wird, weil dieser nicht nachvollzogen werden kann.

*RA Dr. Christian Schwertfeger*

## Bauvertragsrecht

### Unbegründete Inanspruchnahme wegen Mängeln

In dem vom Bundesgerichtshof (BGH) entschiedenen Fall (Urteil vom 2. September 2010, Az. VII ZR 110/09) hatte der Auftraggeber (AG) den Auftragnehmer (AN) mit der Herstellung einer Heizungsanlage beauftragt.

Nachdem es im März 2003 zu kleineren Feuchtigkeitserscheinungen gekommen war, forderte der AG den AN unter Fristsetzung zur Mangelbeseitigung auf. Der AN stellte in Aussicht, den Mangel zu prüfen und ggf. zu beseitigen, machte dies jedoch davon abhängig, dass der AG ihm schriftlich erkläre, die Kosten für die Mangelprüfung zu ersetzen, falls er - der AN - in Wahrheit für den Mangel nicht verantwortlich sei. Der AG antwortete nicht. Der AN erschien daraufhin nicht zur Mangelbeseitigung.

Im April 2003 kam der Fachingenieur des AG zu der - unzutreffenden - Einschätzung, dass der AN für den Mangel nicht verantwortlich sei. Weitere Maßnahmen zur Ursachenforschung führte der AG nicht durch.

Im November 2003 verursachte der Mangel am Gewerk des AN einen erheblichen Wasserschaden, den der AG vom AN ersetzt verlangt.

Zu Recht!

Der Fachingenieur des AG sei zwar von diesem damit beauftragt worden, den Verursacher des Feuchtigkeitseintritts zu ermitteln. Das sei jedoch keine Aufgabe gewesen, deren Erfüllung der AG dem AN schuldete. Der Fachingenieur sei so-

mit nicht Erfüllungsgehilfe des AG gewesen, und mithin müsse sich der AG dessen Verschulden auch nicht zurechnen lassen.

Den AG habe auch sonst keine Pflicht getroffen, den Mangel zu untersuchen. Es sei vielmehr Aufgabe des AN, Mangelbehauptungen des AG zu prüfen und seine Pflicht zur Mangelbeseitigung zu beurteilen. Das gelte auch nach der Abnahme und der damit verbundenen Umkehr der Beweislast.

Den AG treffe auch kein Mitverschulden daran, dass die Mangelbeseitigung im März 2003 unterblieb, weil er die Kostenübernahmeerklärung verweigerte. Zwar könne dem AN ein Schadenersatzanspruch zustehen, wenn er zu Unrecht auf Mangelbeseitigung in Anspruch genommen wird und ihm durch die Mangelprüfung Kosten entstehen. Einen Anspruch auf eine schriftliche Erklärung oder Vereinbarung habe er jedoch nicht.

### Praxishinweise

Der AG kann - auch nach der Abnahme - auf Verdacht einen Mangel behaupten.

Der AN trägt das Risiko einer verweigerter Mangelbeseitigung, wenn sich - womöglich erst am Ende eines Prozesses durch gerichtlich bestellten Sachverständigen - herausstellt, dass er für den Mangel tatsächlich verantwortlich ist.

Wenn sich der Mangel hingegen nicht bestätigt und dem AN durch die unberechtigte Untersuchung des Mangels Kosten entstanden sind, ist der AG insoweit schadenersatzpflichtig, wenn der AG dies bei der im Rahmen seiner Möglichkeiten gebotenen Überprüfung hätte feststellen können (Verschulden erforderlich).

*RA Dr. Christian Schwertfeger*