

# NewsLetter

2009-2 Seite 1

**Neu:** 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

### Abweichung von Herstellervorschriften

Das Thüringer Oberlandesgericht (OLG Jena) hatte in einem erst jetzt veröffentlichten Urteil vom 27. Juli 2006 (Az. 1 U 897/04) über die Frage zu entscheiden, ob bereits die Abweichung von Herstellervorschriften einen Mangel begründet.

Der Auftraggeber (AG) hatte den Auftragnehmer (AN) damit beauftragt, eine Fassade zu streichen und zuvor Putzunebenheiten mit Spachtelmasse auszugleichen. Die Herstellerrichtlinien sahen für den Spachtelauftrag 3 bis 5 mm vor, der AN brachte 0 bis 2 mm auf.

Das OLG Jena hat einen Mangel verneint.

Ein Mangel ergebe sich zunächst nicht aus dem Fehlen einer vertraglich zugesicherten Eigenschaft. Denn nicht jede Beschreibung einer Bauleistung bedeute gleich deren Zusicherung; vielmehr verlange dies, dass der AG erkennbar Wert auf die Einhaltung der Leistungsbeschreibung legt und der AG deren Einhaltung verspricht. Die Spachtelmasse dient einem gleichmäßigen Erscheinungsbild der gestrichenen Fassade. Da dies aber auch ohne Einhaltung der Mindestspachteldicke erreicht werden kann, sei ein besonderes Interesse des AG an der Einhaltung der Mindestspachteldicke nicht erkennbar.

Des Weiteren gelte: Herstellerrichtlinien seien nicht anerkannte Regeln der Technik (die stets einzuhalten sind und sich üblicherweise, aber nicht zwingend in DIN-Normen oder VDI-Richtlinien wiederfinden).

Allerdings führe der Verstoß gegen Herstellervorschriften zur - widerleglichen - Vermutung der Mangelhaftigkeit. Hier habe der gerichtliche Sachverständige jedoch festgestellt, dass weder ein gegenwärtiger Sachmangel noch ein Zukunftsrisiko erkennbar sei.

### Praxishinweise

Das OLG Jena weist auf zwei anderslautende Entscheidungen hin (OLG Schleswig, Urte. vom 12. August 2004; OLG Köln, Urte. vom 22. September 2004), wonach das Abweichen von Herstellerrichtlinien unwiderleglich einen Mangel begründe. Diese Entscheidungen setzen sich mit der Frage jedoch nicht vertieft auseinander, so dass fraglich ist, ob sie verlässlich sind.

Das OLG Jena vertritt demgegenüber die Ansicht, die Abweichung von Herstellervorschriften begründe die widerlegliche Vermutung der Mangelhaftigkeit. Um diese Vermutung zu widerlegen, müsse der Unternehmer beweisen, dass dem Werk als Folge der Abweichung auch künftig kein gesteigertes Mangelrisiko anhaftet.

*RA Dr. Christian Schwertfeger*

## Werkvertragsrecht

### Werklieferungsvertrag

Das Oberlandesgericht (OLG) Koblenz hatte mit Urteil vom 3. Januar 2008 (Az. 5 U 685/07) über die Gewährleistungspflicht eines Treppenerlieferanten zu entscheiden.

Der Auftragnehmer (AN), ein Schreiner, wurde vom Auftraggeber (AG), einer GmbH, damit beauftragt, eine neue Innenbereichstreppe (Treppenelement) herzustellen und zu liefern.

Den Einbau des Treppenelementes übernahm der AG selbst. Allerdings stellte der AN dem AG auf dessen Wunsch hin einen Montagegehilfen zu einem festen Stundensatz zur Verfügung. Außerdem überließ der AN dem AG Kleinmaterialien für den Einbau.

Einige Zeit nach dem Einbau der Treppe rügte der AG deren Breite sowie den Abstand der Treppe zur Wand.

Zu Unrecht!

Für Mängelrügen betreffend Montagefehler sei von vornherein kein Raum, denn die Montage habe in der Verantwortung des AG gelegen. Die Gestellung eines Montagehelfers ändere daran nichts, auch wenn dieser federführend gewesen sei.

Mängelrügen betreffend die Treppe selbst unterlägen der kaufrechtlichen Gewährleistung. Denn zwischen den Parteien sei ein sog. Werklieferungsvertrag zustande gekommen, so dass grundsätzlich Kaufvertragsrecht und nicht Werkvertragsrecht zur Anwendung komme.

Die Ansprüche des AG seien zusätzlich durch § 377 HGB eingeschränkt (AG und AN waren

Kaufleute), wonach der AG die Ware unverzüglich zu untersuchen und Mängel anzuzeigen hat, wenn er seine Mängelansprüche nicht verlieren will. Daran fehlte es hier.

### Praxishinweise

Nach altem BGB (bis 31. Dezember 2001) galt dann, wenn der AN eine Sache aus einem von ihm zu beschaffenden Stoff herstellte, Kaufrecht. Handelte es sich dabei jedoch um eine unvertretbare Sache, also z. B. eine Spezialanfertigung für ein Bauwerk (im Fall: das geschreinerte Treppenelement), dann galten trotz Kaufrechts dennoch wieder die meisten Vorschriften des Werkvertragsrechts (jedoch mit Ausnahme von z. B. § 648a BGB), auch wenn der AN die Sache nicht in das Bauwerk einbaute.

Nach neuem BGB (seit 1. Januar 2002) wird das Werkvertragsrecht weiter zurückgedrängt. Es ist, wenn sich der AN (allein) zur Herstellung und Lieferung beweglicher Sachen verpflichtet, grundsätzlich Kaufrecht anwendbar. Und selbst bei unvertretbaren Sachen (im Fall: das geschreinerte Treppenelement) gelten nur vereinzelte Vorschriften des Werkvertragsrechts. Es gelten z. B. nicht § 632 Abs. 2 BGB (ortsübliche Vergütung), §§ 634 Nr. 2, 637 BGB (Ersatzvornahme), § 640 BGB (Abnahme), § 648 BGB (Sicherungshypothek) und § 648a BGB (Bauhandwerkersicherheit).

Abgrenzungsschwierigkeiten bereiten die Fälle, in denen der AN die herzustellende oder zu erzeugende bewegliche Sache nicht nur liefert, sondern auch einbaut, ohne dass es sich dabei um einen Teil / wesentlichen Bestandteil des Gebäudes handelt (z. B. Küche). Hier kommt es auf den Schwerpunkt an: dominiert das Umsatzgeschäft oder die Montageverpflichtung?

RA Dr. Christian Schwertfeger