

# NewsLetter

2009-4 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

### Erheblichkeit / Wesentlichkeit eines Mangels

Im BGB-Werkvertragsrecht (anders unter der VOB/B) darf der Auftraggeber (AG) bei einem Mangel den Vertrag wandeln (Verträge vor dem 1. Januar 2002) bzw. vom Vertrag zurücktreten (Verträge seit dem 1. Januar 2002), es sei denn, dass der Mangel unerheblich ist (§ 634 Abs. 3 BGB a. F., §§ 634 Nr. 3, 323 Abs. 5 Satz 2 BGB n. F.).

Das Oberlandesgericht (OLG) Bamberg hat in seinem Beschluss vom 18. September 2008 (Az. 8 W 60/08) hierzu die Auffassung vertreten, dass ein Mangel in der Regel dann erheblich sei, wenn die Kosten seiner Beseitigung mindestens 10 % der vereinbarten Vergütung betragen.

#### Praxishinweise

Die Begriffe „(un-) erheblich“ und „(un-) wesentlich“ tauchen an ganz verschiedenen Stellen auf:

Im BGB in § 632a Abs. 1 Satz 2 BGB in der Fassung seit dem 1. Januar 2009 (wegen unwesentlicher Mängel kann die Abschlagszahlung nicht verweigert werden), § 632a Abs. 3 Satz 1 in der Fassung seit dem 1. Januar 2009 (Sicherheitsleistung für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel), §§ 634 Nr. 3, 323 Abs. 5 Satz 2 (der AG kann vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist), §§ 634 Nr. 4, 281 Abs. 1

Satz 2 (der AG kann sog. großen Schadenersatz nicht verlangen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist) sowie § 640 Abs. 1 Satz 2 in der Fassung seit dem 1. Mai 2000 (wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden).

Und in der VOB/B in § 12 Nr. 3 (wegen wesentlicher Mängel kann die Abnahme verweigert werden) sowie § 13 Nr. 7 Abs. 3 Satz 1 (sog. kleiner Schadenersatz bei wesentlichen Mängeln).

Die Entscheidung des OLG Bamberg mag einen groben Richtwert liefern, ist jedoch mit Vorsicht zu betrachten, weil sich unbestimmte Rechtsbegriffe wie „erheblich“ oder „wesentlich“ nicht durch bestimmte Prozentsätze konkretisieren lassen. Statt dessen sind stets die Umstände des Einzelfalles zu bewerten.

Ein Mangel ist dann wesentlich, wenn er als empfindlich und deshalb beachtlich anzusehen ist, und zwar zum einen nach der allgemeinen Verkehrsauffassung (objektiv) und zum anderen - sofern dieses für den Auftragnehmer (AN) erkennbar war - nach dem speziellen Interesse des AG (subjektiv) an der Funktionalität des Werkes für den von ihm beabsichtigten Verwendungszweck.

Zu bewerten sind Art und Umfang des Mangels und die mit der Mangelbeseitigung verbundenen Kosten sowie die Auswirkungen des Mangels auf die ungehinderte Gebrauchstauglichkeit. Ferner und maßgeblich ist zu beantworten, inwieweit es dem AG zuzumuten ist, die Leistung trotz des Mangels zu akzeptieren.

# NewsLetter

2009-4 Seite 2

Übrigens können mehrere Mängel, die jeder für sich genommen unwesentlich sind, zusammen wesentlich sein.

Ergänzend weise ich auf meinen NewsLetter 2008-7 hin.

RA Dr. Christian Schwertfeger

## Allgemeines Zivilrecht

### Materieller Kostenerstattungsanspruch

Der Bundesgerichtshof hat sich in seinem Urteil vom 16. Januar 2009 (Az. V ZR 133/08) erneut mit der Frage auseinandergesetzt, ob zum Schadenersatz verpflichtet ist, wer unberechtigt eine Forderung (hier: Zahlungsanspruch) erhebt oder ein Gestaltungsrecht (hier: Vertragskündigung) ausübt.

Der Bauträger (BT) kaufte vom Eigentümer (E) ein Grundstück, welches er parzellieren, bebauen und weiterverkaufen wollte. Der Kaufvertrag sollte erst wirksam werden, sobald die Teilungs- und die Baugenehmigung erteilt würden.

Aufgrund bestimmter Entwicklungen durfte E den - unzutreffenden - Eindruck gewinnen, dass der BT die Erteilung der Genehmigungen hintertreibe. E forderte den BT deshalb zunächst zur Zahlung des Kaufpreises auf und trat später vom Grundstückskaufvertrag zurück.

Der BT verlangte daraufhin von E Ersatz seiner Rechtsanwaltskosten zur Verteidigung gegen dessen Zahlungsaufforderung sowie Rücktritt.

Zu Unrecht! Zwar habe der E durch die Geltendmachung des seinerzeit in Wahrheit noch nicht fälligen Zahlungsanspruchs sowie durch den in Wahrheit grundlosen Rücktritt vom Kaufver-

trag seine vertraglichen Nebenpflichten aus dem Kaufvertrag verletzt; E handelte jedoch nicht fahrlässig (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB), denn er hatte nach den Umständen des Falles Grund zu der Annahme, dass der BT die Erteilung der Genehmigungen als Voraussetzung der Fälligkeit des Kaufpreisanspruchs treuwidrig vereitele.

### Praxishinweise

In der *gerichtlichen* Geltendmachung von (in Wahrheit nicht bestehenden) Rechten ist auch dann, wenn der Kläger die Rechtslage fahrlässig (etwas anderes gilt bei Vorsatz) falsch einschätzt, weder eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. BGB noch eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung zu sehen. Andernfalls würde der freie Zugang zu staatlichen Rechtspflegeverfahren zu stark eingeschränkt.

Dieser Maßstab gilt grundsätzlich auch bei der *außergerichtlichen* Geltendmachung von (in Wahrheit nicht bestehenden) Rechten. Eine Ausnahme besteht jedoch dann, wenn solche unberechtigten Ansprüche im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses geltend gemacht werden (deshalb stellt beispielsweise ein unberechtigtes Mängelbeseitigungsverlangen eine Verletzung des Bauvertrages dar). Hier macht sich der Anspruchsteller bereits bei (einfacher) Fahrlässigkeit schadenersatzpflichtig. Der Anspruchsteller handelt jedoch dann nicht fahrlässig, wenn er prüft, ob sein Rechtsstandpunkt plausibel ist. Bleibt dabei ungewiss, ob tatsächlich eine Pflichtverletzung der anderen Vertragspartei vorliegt, darf der Anspruchsteller Rechte behaupten, ohne Schadensersatzpflichten fürchten zu müssen.

Ergänzend weise ich auf meinen NewsLetter 2007-8 hin.

RA Dr. Christian Schwertfeger