

# NewsLetter

2010-7 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

### Bescheinigung und Anlagenprüfung fehlen

In dem Fall, der dem Beschluss des Oberlandesgerichts (OLG) Stuttgart vom 25. Januar 2010 (Az. 10 U 119/09) zugrunde lag, hatte es der Auftragnehmer (AN) versäumt, dem Auftraggeber (AG) zum einen die Bescheinigung der Übereinstimmung der von ihm errichteten Trinkwasseranlage mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften nach § 66 Satz 2 BauO NRW zu überlassen, und zum anderen die Dichtigkeitsprüfung der Trinkwasseranlage nach DIN 1899 durchzuführen.

Das OLG hat dazu festgestellt, dass der AG dennoch die Abnahme nicht verweigern dürfe.

Die Pflicht zur Aushändigung der Bescheinigung über die Übereinstimmung mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften stelle eine Nebenpflicht aus dem Bauvertrag dar. Die Verletzung einer Nebenpflicht hindere die Abnahme nicht. Der AG könne aus diesem Grunde lediglich ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Werklohnforderung des AN geltend machen, und zwar nicht nach § 641 Abs. 3 BGB (der einen sog. Druckzuschlag erlaubt), sondern nach § 273 BGB (der keinen Druckzuschlag vorsieht).

Die Dichtigkeitsprüfung sei eine auf die Herstellung des Werks bezogene und damit zur Hauptpflicht gehörende Maßnahme. Deren Unterlassen mache das Werk mangelhaft. Wenn jedoch nur die Dichtigkeitsprüfung fehle, die Dichtigkeit selbst hingegen nachgewiesenerma-

ßen gegeben sei, liege kein *wesentlicher* Mangel vor, dessentwegen die Abnahme verweigert werden dürfte.

## Praxishinweise

Wegen wesentlicher (§ 12 Nr. 3 VOB/B) bzw. wegen nicht unwesentlicher (§ 640 Abs. 1 Satz 2 BGB) Mängel darf der AG die Abnahme verweigern.

Ob ein Mangel wesentlich ist, bestimmt sich anhand der Art des Mangels, seines Umfangs (auch der Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten) und vor allem seiner Auswirkungen auf die Gebrauchsfähigkeit der Werkleistung unter Berücksichtigung und Wertung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls (z. B. Verschulden des AN).

*RA Dr. Christian Schwertfeger*

## Werkvertragsrecht

### Gewährleistung in der Leistungskette

Das Oberlandesgericht (OLG) Saarbrücken hatte mit Urteil vom 29. Juni 2010 (Az. 4 U 250/05) über einen Fall der Gewährleistung in der Leistungskette zu entscheiden.

Der Bauherr (BH) hatte den Hauptunternehmer (HU) mit der Errichtung eines Neubaus nebst Außenanlagen beauftragt. Der HU wiederum hatte die Außenanlagen an den Nachunter-

# NewsLetter

2010-7 Seite 2

nehmer (NU) nachbeauftragt. Der BH rügte später Mängel an den Außenanlagen.

In dem *ersten* Prozess klagte der HU gegen den BH auf Werklohn und verkündete in diesem Rechtsstreit dem NU den Streit. Das Gericht stellte fest, dass dem BH gegen den HU ein mangelbedingter Schadenersatzanspruch in Höhe der sachverständig ermittelten Mängelbeseitigungskosten von € 26.000,00 zustehe, die das Gericht im Wege des Schadenersatzes von der Werklohnforderung des HU abzog.

In dem *zweiten* Prozess klagte der NU gegen den HU auf Werklohn. Der HU wandte die gleichen Mängel ein wie der BH und berief sich dafür auf das Sachverständigengutachten aus dem ersten Prozess, vertrat allerdings die Auffassung, dass die Mängelbeseitigungskosten entgegen dem Sachverständigengutachten aus dem ersten Prozess € 49.000,00 betragen und dieser Betrag von der Werklohnforderung des NU abzuziehen sei.

Das OLG hat im zweiten Prozess geurteilt, die vorhandenen Mängel rechtfertigten tatsächlich nur einen Abzug von dem Werklohnanspruch des NU in Höhe von lediglich € 26.000,00.

Außerdem sei der HU auch unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung bzw. nach Treu und Glauben gehindert, höhere Mängelbeseitigungskosten geltend zu machen, nachdem ihm im ersten Prozess nur diese Kosten abgezogen worden seien.

Und schließlich verletze die Ausnutzung formal bestehender selbständiger Gewährleistungsansprüche die zwischen HU und NU bestehenden nebenvertraglichen Treupflichten.

## Praxishinweise

HU-Vertrag und NU-Vertrag sind rechtlich eigenständige Verträge. Deshalb sind Mängelrechte grundsätzlich nur innerhalb des jeweiligen Vertragsverhältnisses zu beurteilen.

Dann jedoch stünde der HU vorliegend aufgrund der mangelhaften Leistung des NU finanziell besser, als er bei mangelfreier NU-Leistung gestanden hätte. Das widerspricht dem Grundprinzip des Schadenersatzrechtes, wonach dem Geschädigten aus dem schadensstiftenden Ereignis kein Vorteil erwachsen darf (ihm nur die Nachteile auszugleichen sind). Deshalb war vorliegend der Schadenersatzanspruch des HU gegen den NU im Wege der sog. Vorteilsausgleichung zu kürzen.

Das OLG hat sich weiter zur Wirkung der Streitverkündung geäußert:

Objektiv seien für den zweiten Prozess alle entscheidungsnotwendigen tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen des Urteils aus dem ersten Prozess (hier insbesondere: Mängel, Mängelbeseitigungskosten) bindend.

Subjektiv gelte die Bindung nur zwischen dem Streitverkünder und dem Streitverkündeten. Die Bindung wirke allerdings immer nur zulasten des Streitverkündeten, nicht hingegen zulasten des Streitverkünders. Dabei dürfe sich der Streitverkünder nur in Gänze (oder gar nicht) auf die bindenden Feststellungen stützen, er dürfe sich also nicht die „Rosinen herauspicken“ wie vorliegend, wo sich der HU für das Vorhandensein der Mängel auf das bindende Sachverständigengutachten stützen wollte, für die Höhe der Mängelbeseitigungskosten hingegen davon abweichen wollte.

RA Dr. Christian Schwertfeger