

# NewsLetter

2022-10 Seite 1

Sauerbruchstraße 9  
14109 Berlin

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

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

## Werkvertragsrecht

### Fiktiver Schadenersatz bei Mangelgeschäden

Im Fall des Oberlandesgerichts (OLG) Köln (Beschluss vom 19. Oktober 2022, Az. 11 U 247/21) ließ sich der Bauherr (BH) durch verschiedene Bauunternehmen ein neues Einfamilienhaus bauen. Der Rohbauer (R) stellte u. a. außen eine Sockelabdichtung her. Der Fensterbauer (F) baute u. a. Haustür und Terrassentür ein und nahm die Abdichtungsarbeiten daran vor.

Später zeigten sich Feuchteschäden mit Schimmelbildung. Der BH forderte deshalb den R zur Mängelbeseitigung auf. R stellte daraufhin dem BH anheim, den Estrichleger in Anspruch zu nehmen. Das tat der Rechtsanwalt des BH dann auch – ohne Erfolg.

In Wahrheit waren die Feuchtigkeitsschäden sowohl auf die mangelhafte Abdichtung der Haus- und Terrassentür durch den R als auch auf die mangelhafte Sockelabdichtung durch den F zurückzuführen, und die sachverständige Aufklärung ergab, dass jeder Mangel für sich zum Schadensbild hätte führen können.

Der BH holte daraufhin ein Kostenangebot für die Sanierung des Fußbodenaufbaus (Estrich, Dämmung) und im Wandbereich (Sockelleisten, Putz und Tapeten) ein und verklagte R und F gesamtschuldnerisch auf Schadenersatz in Höhe der Angebotssum-

me sowie den R zusätzlich auf Schadenersatz für die anwaltliche Inanspruchnahme des Estrichlegers.

Das OLG entschied: zu Recht! Es bestätigte insbesondere, dass der vom BH geltend gemachte Schadenersatzanspruch nicht daran scheitere, dass der BH die Sanierung (noch) nicht durchgeführt hat. Zwar mache der BH einen Schaden in Form von sog. fiktiven Mängelbeseitigungskosten geltend. Aber nach wohl herrschender Meinung gelte die Rechtsprechung zum Ausschluss fiktiver Mängelbeseitigungskosten nicht für Mangelfolgeschäden (wie hier), da die Kosten ihrer Beseitigung nicht vom Kostenvorschussanspruch erfasst sind.

Ferner habe R die Kosten des Anwaltes des BH für die Inanspruchnahme des Estrichlegers zu ersetzen. Dies deshalb, weil die Beauftragung des Anwaltes seitens des BH durch das Verhalten des R herausgefordert wurde und eine nicht ungewöhnliche oder unangemessene Reaktion darstellte.

### Praxishinweise

In einer viel Aufsehen erregenden Entscheidung hatte der Baurechtssenat des Bundesgerichtshofes (BGH) seine bisherige Rechtsprechung dahingehend geändert, dass es im Baurecht grundsätzlich keinen fiktiven Schadenersatz (also Schadenersatz, ohne dass der Auftraggeber den Mangel auch tatsächlich beseitigt) mehr geben dürfe, weil dies häufig zu einer Überkompensation beim

# NewsLetter

2022-10 Seite 2

Auftraggeber führe (s. dazu meine NewsLetter 2021-8 und 2018-8).

Das OLG Köln hat nun entschieden, dass dies zwar für Mängel gelte, nicht jedoch für Mangelfolgeschäden. Estrich, Dämmung, Sockelleisten, Putz und Tapeten gehörten nicht zum Leistungsumfang von R und F, sondern waren Drittgewerke. Das Argument des BGH, es bedürfe keines fiktiven Schadenersatzes, denn dem Auftraggeber stehe ja bereits ein Vorschussanspruch zur Seite, greife hier nicht, denn der Vorschussanspruch (wie der Nacherfüllungsanspruch) erfasse nicht Drittgewerke.

RA Dr. Christian Schwertfeger

## Werkvertragsrecht

### Schwarzarbeit

Nach Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde wurde jetzt folgendes Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Saarbrücken (vom 10. November 2021, Az. 2 U 63/20) rechtskräftig:

Der Bauherr (BH) hatte beim Bauunternehmer (BU) Lieferung und Einbau von Fenstern beauftragt. Bei Vertragsschluss wurde der BU durch einen Handelsvertreter (H) vertreten, der auch gleich die Anzahlung von € 10.000,00 in bar entgegennahm und quittierte. Nach Leistungserbringung legte der BU Rechnung nur über den Restbetrag. Später stellten sich Mängel heraus, die der BU bestritt. Daraufhin verklagte der BH den BU.

Das Landgericht sah keine Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen das Schwarzarbeitsgesetz, weil der BU vorgetragen habe, mit

der Vereinbarung der Barzahlung nichts zu tun gehabt und hiervon erst deutlich später erfahren zu haben, und bejahte deshalb die Mängelhaftung des BU. Dagegen ging der BU in Berufung und beharrte darauf, dass doch ein „Schwarzgeschäft“ vorliege (!), da ihm das Wissen des H zugerechnet werden müsse und er im Übrigen später den vollständigen Sachverhalt erfahren habe, ohne seiner Rechnung die Umsatzsteuer auf die Anzahlung aufgeschlagen zu haben.

Damit hatte der BU Erfolg mit der Konsequenz, dass dem BH keinerlei Mängelansprüche zustehen, weil der Werkvertrag wegen Verstoßes gegen das SchwarzArbG nichtig ist.

Nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG begründet auch die Verletzung steuerlicher Pflichten eine Schwarzarbeit. In diesem Fall ist ein Werkvertrag jedenfalls dann nichtig, wenn der BU vorsätzlich hiergegen verstößt und der BH den Verstoß des BU kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt. Hier von sei insbesondere bei einer „Ohne-Rechnung-Abrede“ auszugehen. Die Nichtigkeit des *gesamten* Werkvertrages sei auch dann gegeben, wenn sich die Verletzung steuerlicher Pflichten nur auf einen *Teil* des Werklohns bezieht.

Das Schwarzgeschäft ergebe sich aus der Abschlagszahlung in bar und ohne Rechnung, wobei sich der BU das Wissen des H zurechnen lassen müsse. Weiter daraus, dass der BH Arbeiten von erheblichem Umfang beauftragt habe, ohne dass insoweit ein schriftliches Angebot mit detaillierter Leistungsbeschreibung vorgelegen habe. Und schließlich daraus, dass in der Rechnung die geleistete Barzahlung nicht enthalten sei.

RA Dr. Christian Schwertfeger