



UNTERNEHMER-INFO BAU

Bauvertragsrecht

02 / 2016
Februar 2016

Die wichtigsten Urteile im Überblick

Die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus dem letzten Jahr zum Bauvertragsrecht (Verjährung, Mängelrechte, Werklohnanspruch und Vertragsstrafe) haben wir für Sie kurz und verständlich zusammengefasst und kommentiert.

Inhalt

Verjährung:

- I. Mängelansprüche verjährt – Auftraggeber muss Bürgschaft herausgeben
- II. Leistungsverweigerungsrecht nach Verjährung der Mängelansprüche

Mängelrechte:

- III. Geringfügige Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit = Mangel

IV. Funktionstaugliche Leistung unabhängig von Angaben im LV geschuldet

Werklohnanspruch:

- V. Fälligkeit des Werklohns durch Abnahme in der Leistungskette

Vertragsstrafe:

- VI. Aufrechnung mit Vertragsstrafenanspruch vor Abnahme = Erlöschen der Werklohnforderung

I. Mängelansprüche verjährt - Auftraggeber muss Bürgschaft herausgeben

Urteil des Bundesgerichtshofs - VII ZR 5/15 – vom 9. Juli 2015

Leitsatz:

§ 17 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B ist dahingehend auszulegen, dass der Auftraggeber eine als Sicherheit für Mängelansprüche erhaltene Bürgschaft nach Ablauf der zweijährigen Sicherungszeit nicht (mehr) zurückhalten darf, wenn diese Mängelansprüche verjährt sind und der Auftragnehmer die Einrede der Verjährung erhebt.

Sachverhalt

Die Auftraggeberin beauftragte die Auftragnehmerin mit der Anbringung von Fassadenelementen beim Neubau eines Bürogebäudes. Im Vertrag war die Geltung der VOB/B vereinbart, es hieß hier u. a.: „Sicherheitseinbehalt auf Abschlagszahlungen von 10 % der Bruttosumme. 5 % werden ausgezahlt nach Abnahme. 5 % werden gegen Vorlage einer unbefristeten Bürgschaft (Gewährleistung) ausgezahlt. Die Gewährleistung ist geregelt nach 1. VOB, 5 Jahre und 2 Wochen, 2. BGB.“ Die Abnahme erfolgte am 30. November 2005. Mit Schreiben in 2009 rügte die Auftraggeberin u. a. einen mangelhaften Schallschutz. In 2014 erhob die Auftragnehmerin Klage auf Rückgabe der gestellten Mängelbürgschaft und berief sich auf die Verjährung etwaiger Mängelansprüche.

Aus den Gründen

Der Bundesgerichtshof bejahte einen Anspruch der Klägerin auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde. Nach § 17 Abs. 8 Nr. 2 Satz 1 VOB/B habe der Auftraggeber eine nicht verwertete Sicherheit für Mängelansprüche nach Ablauf von zwei Jahren zurückzugeben, sofern kein anderer Rückgabezeitpunkt vereinbart worden sei. Da der Bauwerksvertrag keine ausdrückliche Vereinbarung bezüglich des Rückgabezeitpunkts der Gewährleistungsbürgschaft enthalte, könne nicht gefolgert werden, dass die Parteien als Rückgabezeitpunkt – abweichend von der Regelung in § 17

Abs. 8 Nr. 2 Satz 1 Halbsatz 1 VOB/B – den Zeitpunkt des Ablaufs der Verjährungsfrist betreffend die Mängelansprüche vereinbart hätten.

Da vorliegend die zweijährige Sicherungszeit abgelaufen sei und die Klägerin sich auf die eingetretene Verjährung der Mängelansprüche berufen habe, sei die Auftraggeberin nicht mehr berechtigt, die Bürgschaftsurkunde zurückzuhalten, so der Bundesgerichtshof. Hierbei komme es nicht darauf an, ob und gegebenenfalls wegen welcher Mängel die Auftraggeberin berechtigterweise Mängelansprüche in der zweijährigen Sicherungszeit geltend gemacht habe, die noch nicht erfüllt sind. In einem solchen Fall hätte die Auftraggeberin die Bürgschaft zwar gemäß § 17 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B auch nach Ablauf der zweijährigen Sicherungszeit zunächst noch – gegebenenfalls teilweise – zurückhalten dürfen. Nachdem die Mängelansprüche aber zwischenzeitlich verjährt seien und sich die Auftragnehmerin hierauf berufen habe, müsse die Auftraggeberin die Bürgschaftsurkunde herausgeben.

Anmerkung

Soll die Gewährleistungsbürgschaft etwaige Mängelansprüche des Bauherrn während des gesamten Gewährleistungszeitraums sichern, so ist dies zwischen den Parteien entsprechend zu vereinbaren. Insoweit sieht § 17 Abs. 8 Nr. 2 Satz 1 VOB/B ausdrücklich eine Öffnungsklausel vor. Demnach ist es zulässig, die Dauer für die Vorhaltung einer Mängelsicherheit an die Dauer der Gewährleistung zu knüpfen. Treffen die Parteien hingegen keine entsprechende Vereinbarung, ist die Bürgschaft nach Ablauf von zwei Jahren zurückzugeben. Etwas anderes gilt nur, wenn der Auftraggeber innerhalb der zwei Jahresfrist bzw. bis zum Zeitpunkt der vereinbarten Rückgabe, Mängelansprüche geltend gemacht hat, die noch nicht erfüllt sind. In einem solchen Fall darf der Auftraggeber einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten. Erst zu dem Zeitpunkt, wo die Mängelansprüche verjährt sind, kann der Auftragnehmer die Bürgschaft heraus verlangen.

II. Leistungsverweigerungsrecht nach Verjährung der Mängelansprüche

Urteil des Bundesgerichtshofs - VII ZR 144/14 – vom 5. November 2015

Leitsatz:

Der Besteller kann wegen eines Mangels der Werkleistung ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Unternehmer nach Eintritt der Verjährung der Mängelansprüche gemäß § 215 BGB geltend machen, wenn dieser Mangel bereits vor Ablauf der Verjährungsfrist in Erscheinung getreten ist und daher ein darauf gestütztes Leistungsverweigerungsrecht in nicht verjährter Zeit geltend gemacht werden konnte.

Sachverhalt

Die beklagte Auftraggeberin beauftragte die Auftragnehmerin unter anderem mit Rohbauarbeiten für den Neubau eines Büros. Die Geltung der VOB/B (2006) war vereinbart. Nach Abnahme lehnte die Auftraggeberin die Zahlung restlichen Werklohns ab. In der Berufungsinstanz machte die Auftraggeberin erstmals einen „neuen“ Mangel geltend und berief sich diesbezüglich auf ein Leistungsverweigerungsrecht. Die Auftragnehmerin rügte Verjährung im Hinblick auf diesen Mängelanspruch.

Aus den Gründen

Der Bundesgerichtshof führte im Hinblick auf die streitige Frage, ob ein Leistungsverweigerungsrecht auch nach Eintritt der Verjährung noch bestehe aus, dass der Besteller ein Leistungsverweigerungsrecht wegen eines Mangels der Werkleistung auch dann noch nach Eintritt der Verjährung der Mängelansprüche gemäß § 215 BGB geltend machen könne, wenn der Mangel bereits vor Ablauf der Verjährungsfrist in Erscheinung getreten sei. Ausreichend sei, dass der Mangel vor Ablauf der Verjährungsfrist aufgetreten sei. Nicht erforderlich sei hingegen, dass der Besteller vor Eintritt der Verjährung seines Mängelanspruchs ein Leistungsverweigerungsrecht, gestützt auf diesen Mangel, auch geltend gemacht habe.

Die aufgrund des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts zum 1. Januar 2002 in Kraft getretene Fassung des § 215 BGB bestimme, dass die Verjährung die Aufrechnung und die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht ausschließe, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals aufgerechnet oder die Leistung verweigert werden konnte, so der Bundesgerichtshof. Nach dem Wortlaut der Vorschrift und dem mit ihr verfolgten Zweck sei vielmehr ausreichend, dass das Leistungsverweigerungsrecht bereits in nicht verjährter Zeit bestand und ausgeübt werden konnte. Dies setzte lediglich voraus, dass der Mangel, auf den das Leistungsverweigerungsrecht gestützt werde, bereits vor Ablauf der Verjährungsfrist der Mängelansprüche in Erscheinung getreten sei. Auf eine tatsächliche Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts komme es dabei nicht an.

Anmerkung

Durch diese Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist die in der Vergangenheit kontrovers diskutierte Frage entschieden worden, ob sich der Auftraggeber auf sein Leistungsverweigerungsrecht bereits in unverjährter Zeit berufen muss oder ob er sich hierauf auch noch berufen kann, wenn die Frist zur Geltendmachung der Mängel bereits abgelaufen ist. Zugunsten der Auftraggeber nimmt der Bundesgerichtshof an, dass es für die Berufung auf ein Leistungsverweigerungsrecht ausreicht, dass der Mangel, auf den das Leistungsverweigerungsrecht gestützt wird, vor Ablauf der Verjährungsfrist in Erscheinung getreten ist; eine Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts ist nicht erforderlich. Dies wird in Zukunft zu einer weiteren Verzögerung von Werklohnstreitigkeiten führen, da in solchen Prozessen künftig zu klären sein wird, wann ein Mangel erstmals in Erscheinung getreten ist.

III. Geringfügige Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit = Mangel

Beschluss des Bundesgerichtshofs – VII ZR 70/14 – vom 30. Juli 2015

Leitsatz:

1. Ein Mangel liegt auch dann vor, wenn eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit nicht zu einer Beeinträchtigung des Werts oder der Gebrauchstauglichkeit des Werks führt.

2. Wirkt sich eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit nicht oder nur in geringem Maße nachteilig aus, kann dies zwar die Prüfung veranlassen, ob Mängelansprüchen des Auftraggebers der Einwand entgegensteht, der Mängelbeseitigungsaufwand sei unverhältnismäßig. An dem Vorliegen eines Mangels in derartigen Fällen ändert dies allerdings nichts.

3. Behauptet der Auftragnehmer, Ursache für die aufgetretenen Mangelsymptome sei allein das Unterlassen einer dem Auftraggeber obliegenden Nachsandung, liegt darin zugleich die Behauptung, dass die Verwendung eines anderen als des verwendeten Kieses für die Mangelsymptome nicht ursächlich gewesen sei. Geht das Gericht auf diesen Vortrag nicht ein, liegt darin ein Verstoß gegen den Anspruch des Auftragnehmers auf rechtliches Gehör.

Sachverhalt

Die Auftraggeberin beauftragte die Auftragnehmerin mit der Anlage eines Parkplatzes mit gepflasterten Stellflächen und Fahrspuren für einen Supermarkt. Die Vertragsparteien vereinbarten die Anwendung der VOB/B. Im Rahmen der Pflasterarbeiten verwendete die Auftragnehmerin anstelle des im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Kieses der Körnung 0/5 einen Kies der Körnung 2/5, d. h. einen Kies ohne besonders feinkörnige Anteile mit einem Durchmesser unterhalb von 2 mm. Zwei Jahre nach der Abnahme zeigten sich im Bereich der Pflasterarbeiten Mangelsymptome unter anderem in Form loser Pflastersteine. Die Auftragnehmerin verweigerte eine Mängelbeseitigung, so dass die Auftraggeberin die Fahrspuren durch ein Drittunternehmen sanieren ließ und die Kosten der Ersatzvornahme von der Auftragnehmerin erstattet verlangte. Gegen den Zahlungsanspruch wandte die Auftragnehmerin den Einwand der Unverhältnismäßigkeit ein. Ursache für die aufgetretenen, von der Klägerin gerügten Mangelsymptome sei allein das Unterlassen einer der Auftraggeberseite obliegenden späteren Nachsandung, so der Vortrag der Auftragnehmerin.

Aus den Gründen

Der Bundesgerichtshof bestätigte zunächst die Annahme des Berufungsgerichts, dass es einen Mangel darstellt, dass die Auftragnehmerin Kies der Körnung 2/5 statt des im Vertrag vereinbarten Kieses der Körnung 0/5 verwendet hat. Wirke sich eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit nicht oder nur in geringem Maße nachteilig aus, könne dies zwar die Prüfung veranlassen, ob der Mängelbeseitigungsaufwand unverhältnismäßig sei. An dem Vorliegen eines Mangels in derartigen Fällen ändere dies allerdings nichts, so der Bundesgerichtshof.

Der Bundesgerichtshof bemängelte aber, dass das Berufungsgericht die Behauptung der Auftragnehmerin nicht gewertet habe, dass Ursache für die gerügten Mangelsymptome allein das Unterlassen einer der Auftraggeberseite obliegenden späteren Nachsandung sei. Darin liege zugleich die Behauptung, dass die Verwendung des Kieses mit der Körnung 2/5 statt des vereinbarten Kieses mit der Körnung 0/5 für die aufgetretenen Mangelsymptome nicht ursächlich gewesen sei und sich damit nicht nachteilig ausgewirkt habe. In der Sache mache die Auftragnehmerin damit geltend, dass vorliegend der Beseitigungsaufwand unverhältnismäßig sei, da die Mangelsymptome eben nicht aus der abweichenden Verwendung des Kieses herrührten sondern vielmehr aus der unterbliebenen Nachsandung durch die Auftraggeberin. Da das Berufungsgericht dieses Vorbringen jedoch gänzlich unbeachtet gelassen hatte, verwies der Bundesgerichtshof die Sache zurück an das Berufungsgericht, damit dieses den Unverhältnismäßigkeitseinwand berücksichtigen und den zur Ursächlichkeit der Nachsandung angebotenen Sachverständigenbeweis erheben konnte.

Anmerkung

Diese Entscheidung bestätigt einmal mehr, dass jede Abweichung der ausgeführten von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit zunächst einen Mangel darstellt, auch wenn sie sich im Ergebnis nicht nachteilig auswirkt. In solchen Fällen

kann jedoch der Einwand des Auftragnehmers nach § 635 Abs. 3 BGB, dass die Mängelbeseitigung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert, erfolgreich sein. Führt die Abweichung der tatsächlichen Ausführung von der vertraglich vereinbarten Ausführung nicht zu Mangelercheinungen, kann die Hürde der Unverhältnismäßigkeit schneller erreicht sein. Allerdings liegt die Darlegungs- und Beweislast für die Unverhältnismäßigkeit beim Auftragnehmer. Der berechtigte Einwand der Unverhältnismäßigkeit schließt nicht nur den Nachbesserungsanspruch aus, sondern auch die Berechnung von Schadensersatz in Höhe der Mängelbeseitigungskosten. Der Besteller kann in solchen Fällen mangelbedingten Schadensersatz daher nur in Höhe der Verkehrswertminderung beanspruchen, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht gemäß § 635 Abs. 3 BGB als unverhältnismäßig verweigern kann.

IV. Funktionstaugliche Leistung unabhängig von Angaben im LV geschuldet

Urteil des OLG Celle - 13 U 11/09 – vom 16. Mai 2013 (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 07.05.2015 – VII ZR 155/15 - NZB zurückgewiesen)

Leitsatz:

- 1. Der Unternehmer schuldet das, was nach den örtlichen und sachlichen Gegebenheiten jeder Fachmann als notwendig erachtet hätte, auch wenn die dazu erforderlichen Leistungen nicht im Leistungsverzeichnis aufgeführt sind.*
- 2. Im Rahmen der Vertragsfreiheit steht es den Parteien frei, geringere qualitative Anforderungen an das bestellte Werk zu stellen, als sie üblich sind (Beschaffensvereinbarung „nach unten“). Um eine Vereinbarung der Beschaffenheit „nach unten“ geht es nicht, wenn die Funktionstauglichkeit des Werks für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart nicht zu erreichen ist.*

Sachverhalt

Die Parteien streiten über Schadensersatzansprüche der Auftraggeberin wegen Mängel der Betonsanierung, Malerarbeiten, Fugensanierung und Bodenbeschichtung im Rahmen der Sanierung von Loggien und Balkonen. Gestützt wird der Anspruch auch auf eine Verletzung der Hinweis-, Prüfungs- und Beratungspflichten der Auftragnehmerin.

Das Landgericht hat die beklagte Auftragnehmerin zur Zahlung von Schadensersatz nach §§ 631, 633 Abs. 1, 634 Abs. 1, 635 BGB in der bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung verurteilt. Der Sachverständige habe zahlreiche Mängel festgestellt, wie z. B. ein unzureichendes Gefälle der Fußböden der Loggien, so dass das Eindringen von Feuchtigkeit in den Betonboden begünstigt werde, die Wahl eines falschen Beschichtungsmaterials sowie einer falschen Beschichtungsweise, die unzureichende Abdichtung einer Fuge zwischen den Brüstungsplatten und der Stahlbetondecke, etc.

Hiergegen hat sich die Auftragnehmerin mit dem Einwand verteidigt, sie sei nur mit einem mittel- bis kurzfristigen Sanierungskonzept beauftragt und es seien lediglich einzelne Maßnahmen konkret in Auftrag gegeben worden.

Aus den Gründen

Das OLG Celle bestätigte die Verurteilung der Auftragnehmerin zur Zahlung von Schadensersatz wegen mangelhafter Sanierungsarbeiten. Es verwies darauf, dass sich an der Erfolgshaftung, wonach der Auftragnehmer ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk schulde, auch dann nichts ändere, wenn die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart hätten, mit der die geschuldete Funktionstauglichkeit des Werkes nicht erreicht werden könne. Vorliegend könne es die Auftragnehmerin daher nicht entlasten, dass sie eine bestimmte Ausführungsart mit der Auftraggeberin vereinbart habe und die von ihr ausgeführten Arbeiten im Grunde dem Leistungsverzeichnis entsprächen. Sie schulde vielmehr das, was nach den örtlichen und sachlichen Gegebenheiten jeder Fachmann als notwendig erachtet hätte, auch wenn die dazu erforderlichen Leistungen nicht im Leistungsverzeichnis aufgeführt seien. Die Auftragnehmerin könne sich nach Ansicht des OLG Cel-

le auch nicht auf eine Beschaffensvereinbarung „nach unten“ berufen. Grundsätzlich stehe es den Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit zwar frei, etwa aus Kostengründen geringere qualitative Anforderungen an das bestellte Werk zu stellen als sie üblich sind. Allerdings seien an eine Beschaffensvereinbarung „nach unten“ wegen des damit einhergehenden Verzichts auf eine übliche Beschaffenheit strenge Anforderungen zu stellen. Vorliegend betrafen die Abreden der Vertragsparteien zu Gegenstand und Art der Werkleistungen jedoch keine Unterschreitung des üblichen Qualitätsstandards. Um eine solche Beschaffensvereinbarung „nach unten“ gehe es nicht, wenn, wie hier, die Funktionstauglichkeit des Werks für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart nicht zu erreichen sei.

Anmerkung

Für Auftragnehmer stellt diese Entscheidung, welche in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht, in ihrer täglichen Praxis eine schwierige Gratwanderung und erhebliche Gefahrenquelle dar. Entgegen der Auffassung mancher Auftragnehmer ist der geschuldete Werkerfolg nicht allein dem Leistungsverzeichnis zu entnehmen. Maßgebend ist vielmehr, welche Funktion das fertige Werk nach dem (für den Auftragnehmer erkennbaren) Willen des Auftraggebers erfüllen soll. Die von Auftragnehmern oftmals eingewandte Beschaffensvereinbarung „nach unten“ kann zwar in der Praxis vorliegen, dazu muss der Auftraggeber aber vor der Ausführung über die betreffenden Risiken aufgeklärt werden und diese übernehmen. Die Beweislast für eine entsprechende Vereinbarung trägt der Auftragnehmer. Dass sich bereits aus einer preiswerten Ausführungsvariante eine Beschaffensvereinbarung „nach unten“ ergeben soll, wird von den Gerichten in der Regel verneint.

V. Fälligkeit des Werklohns durch Abnahme in der Leistungskette

Urteil des OLG Celle - 14 U 171/13 – vom 28. Mai 2014 (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 21.05.2015 – VII ZR 151/14 - NZB zurückgewiesen)

Leitsatz:

- 1. Auch nach der Kündigung eines Bauvertrags wird die Vergütung für die bis zur Kündigung erbrachte Leistung grundsätzlich nur nach der Abnahme dieser Leistung fällig.*
- 2. Beim gekündigten VOB-Vertrag kommt eine fiktive Abnahme nach § 12 Abs. 5 VOB/B nicht in Betracht.*
- 3. Im Rahmen einer sog. Leistungskette führen Handlungen des Auftraggebers (hier: der Bezug des Bauwerks) nur in Ausnahmefällen zugleich zu einer Abnahmewirkung im Verhältnis zwischen dem Hauptunternehmer bzw. Bauträger und einem Nachunternehmer.*
- 4. Die Vergütung des Nachunternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Hauptauftragnehmer einem Dritten (Auftraggeber) versprochen hat, wird spätestens fällig, soweit das Werk des Hauptauftragnehmers abgenommen worden ist. Das gilt auch im VOB-Vertrag und zwar unabhängig davon, ob der Nachunternehmer seine Leistung abnahmefähig erbracht hat oder nicht.*

Sachverhalt

Die Auftragnehmerin hatte als Nachunternehmerin im Auftrag der Auftraggeberin an einem Einfamilienhaus sowie zwei Doppelhaushälften Wärmedämmverbundarbeiten ausgeführt. Allen Verträgen lag die Vereinbarung der VOB/B zugrunde. Die auf Zahlung von restlichen Werklohn in Anspruch genommene Auftraggeberin rügte diverse Mängel an allen drei Bauvorhaben und beanstandete darüber hinaus die Rechnungen in verschiedenen Punkten auch der Höhe nach. Sie berief sich darauf, dass aufgrund der von ihr geltend gemachten Werkmängel die Arbeiten der Klägerin nicht abnahmefähig seien, sodass es bereits an der Fälligkeit der Klageforderung fehle. Hilfsweise machte sie ein Zurückbehaltungsrecht wegen der erforderlichen Mängelbeseitigungskosten geltend.

Aus den Gründen

Nach Auffassung des OLG Celle stand der klagenden Nachunternehmerin ein fälliger Werklohnanspruch für die von ihr er-

brachten Werkleistungen zu. Zwar fehle es an der erforderlichen Abnahme aber dennoch sei die Fälligkeit auch ohne Abnahme eingetreten. Eine konkludente Abnahme lasse sich nicht feststellen, so das OLG Celle. Insbesondere genüge dafür nicht der zwischen den Parteien unstreitige Bezug des Bauwerks durch die Bauherren (Erwerber). Denn im Rahmen einer sog. Leistungskette, wie sie hier vorliege, könnten Handlungen eines Dritten nur in Ausnahmefällen zugleich zu einer Abnahmewirkung im Verhältnis zwischen dem Generalunternehmer und dem Nachunternehmer führen. Entsprechende Ausnahmen seien hier jedoch nicht ersichtlich. Auch eine fiktive Abnahme nach § 12 Abs. 5 VOB/B lag aus Sicht des OLG Celle nicht vor. Eine Abnahmefiktion könne dann nicht eingreifen, wenn der Unternehmer den Besteller zu einer ausdrücklich erklärten Abnahme aufgefordert habe. In einem solchen Fall sei für die Anwendung der fiktiven Abnahme nach § 12 Abs. 5 VOB/B generell kein Raum mehr, weil beide dort genannten Alternativen zur Voraussetzung hätten, dass die Abnahme nicht verlangt wurde.

Allerdings sei die Fälligkeit des Werklohnanspruchs auch ohne Abnahme eingetreten, so das OLG Celle. Es lägen sowohl die Voraussetzungen des § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB als auch des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB vor. Gemäß § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB werde die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller einem Dritten versprochen hat, spätestens fällig, soweit das Werk des Bestellers von dem Dritten abgenommen worden ist oder als abgenommen gilt. Diese Regelung zur sog. Durchgriffsfälligkeit gelte auch beim VOB-Vertrag. Für die Durchgriffsfälligkeit nach § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB genüge die Abnahme der Leistung des Hauptunternehmers durch dessen Vertragspartner – also den jeweiligen Bauherrn – sowie ersatzweise auch jeder Sachverhalt, der zu einer Abnahmefiktion führe. Von einer solchen Abnahme im Verhältnis zwischen der Beklagten und den Bauherren sei vorliegend auszugehen, da die Erwerber die fertiggestellten Häuser längst bezogen hätten. Liegen die Voraussetzungen des § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB vor, werde der Vergütungsanspruch des Nachunternehmers unabhängig davon fällig, ob dessen Leistung abnahmereif erbracht worden ist oder nicht, so das OLG Celle. Dann dürfe der Hauptunternehmer die Zahlung des Werklohns gegenüber dem Nachunternehmer selbst dann nicht verweigern, wenn dessen Leistung mit erheblichen Mängeln behaftet sei. Vielmehr sei er auf die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts (§ 641 Abs. 3 BGB) beschränkt. Der Werklohnanspruch der Klägerin sei demnach fällig, jedoch sei die Auftraggeberin wegen der vorhandenen Mängel berechtigt, ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe des Doppelten der Mängelbeseitigungskosten geltend zu machen. Wegen dieser Mängelbeseitigungskosten komme daher nur eine Zug-um-Zug-Verurteilung in Betracht.

Anmerkung

Die Regelung in § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB stellt für Nachunternehmer eine deutliche Verbesserung ihrer Position dar. Liegen die dort genannten Voraussetzungen vor, wird der Vergütungsanspruch des Nachunternehmers unabhängig davon fällig, ob dessen Leistung abnahmereif erbracht worden ist oder nicht. Für die Fälligkeit ist allein entscheidend, ob im Verhältnis Erwerber – Bauträger eine Abnahme stattgefunden hat bzw. die Abnahmewirkungen gemäß § 640 Abs. 1 BGB bzw. § 12 Abs. 5 VOB/B eingetreten sind. Ist dies der Fall, kann sich der Generalunternehmer gegenüber dem Nachunternehmer im Hinblick auf dessen Werklohnanspruch nicht erfolgreich darauf berufen, der Anspruch sei mangels Abnahme nicht fällig. Bestehen Mängel an der Leistung des Nachunternehmers, steht dem Bauträger gegen die Werklohnforderung ein Leistungsverweigerungsrecht zu, so dass es im Prozess zu einer Zug-um-Zug-Verurteilung kommt.

VI. Aufrechnung mit Vertragsstrafenanspruch vor Abnahme = Erlöschen der Werklohnforderung

Urteil des Bundesgerichtshofs - VII ZR 43/15 – vom 5. November 2015

Leitsatz:

Ein Vorbehalt der Vertragsstrafe bei Abnahme ist gemäß § 341 Abs. 3 BGB jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn der Besteller bereits vor Abnahme die Aufrechnung mit der Vertragsstrafe erklärt hat und der Anspruch auf Vertragsstrafe infolgedessen bereits vollständig erloschen ist.

Sachverhalt

Die Auftragnehmerin verpflichtete sich gegenüber den Auftraggebern zur schlüsselfertigen Errichtung einer Doppelhaushälfte. Als Fertigstellungstermin vereinbarten die Parteien „8 Monate nach Baugenehmigung“ verbunden mit einer Vertragsstrafenregelung. Acht Monate nach Erteilung der Baugenehmigung beanstandeten die Auftraggeber die mangelnde Fertigstellung zum vereinbarten Zeitpunkt und kündigten die Geltendmachung der Vertragsstrafe und weiterer Verzugschäden an. Die Auftragnehmerin begehrte von den Auftraggebern die Zahlung restlichen Werklohns Zug um Zug gegen Beseitigung näher bezeichneter Mängel. Die Beklagten beriefen sich hingegen auf eine vorprozessual erklärte Aufrechnung mit einem Anspruch auf Vertragsstrafe.

Aus den Gründen

Nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs ist der Vertragsstrafenanspruch vorliegend nicht deshalb erloschen, weil die Auftraggeber keinen Vorbehalt bei der Abnahme der Werkleistung erklärt haben. Nach § 341 Abs. 3 BGB könne der Gläubiger, der die Erfüllung annimmt, die Vertragsstrafe grundsätzlich nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei Annahme vorbehalte. Ein Vorbehalt der Vertragsstrafe bei Abnahme gemäß § 341 Abs. 3 BGB sei aber dann nicht erforderlich, wenn der Besteller bereits vor Abnahme die Aufrechnung mit der Vertragsstrafe erklärt habe und der Anspruch auf Vertragsstrafe infolgedessen bereits vollständig erloschen sei. An seiner anderslautenden Entscheidung aus dem Jahr 1982 halte er nicht mehr fest, so der Bundesgerichtshof.

Bereits der Wortlaut des § 341 Abs. 3 BGB, nach dem der Gläubiger die Vertragsstrafe nur verlangen könne, wenn er sich das Recht dazu bei Abnahme vorbehalte, spreche dafür, dass ein Vorbehalt allein dann erforderlich sei, wenn der Strafanspruch bei Abnahme noch bestehe. Sei die Vertragsstrafe zu diesem Zeitpunkt aufgrund einer vom Gläubiger erklärten Aufrechnung bereits erloschen, könne er sie nicht mehr verlangen und müsse sie daher auch nicht im Rahmen der Abnahme vorbehalten.

Anmerkung

Hatte der Bundesgerichtshof in seinem Urteil aus dem Jahr 1982 (VII ZR 11/82) noch entschieden, dass der Auftraggeber sich das Recht auf Vertragsstrafe bei der Annahme der Leistung auch dann vorbehalten muss, wenn er mit dem Vertragsstrafenanspruch vorher aufgerechnet hat, so hält er an dieser Auffassung nun explizit nicht mehr fest. Hat der Auftraggeber nun im Vorfeld der Abnahme den Vertragsstrafenanspruch bereits geltend gemacht und damit die Aufrechnung erklärt, führt dies gemäß § 389 BGB zum Erlöschen der gegenseitigen Forderungen, soweit sie sich decken, und damit zu einer Erfüllung des Strafanspruchs.