



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

VII ZR 75/11

Verkündet am:
1. August 2013
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: _____ ja

BGB §§ 242 Ba, 633 a.F., 641

Dem Hauptunternehmer steht das Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängeln der Werkleistung des Nachunternehmers grundsätzlich unabhängig davon zu, ob er die gleiche Leistung seinem Besteller versprochen und geleistet hat, und auch unabhängig davon, ob der Besteller ihm zustehende Ansprüche seinerseits geltend macht.

BGH, Versäumnisurteil vom 1. August 2013 - VII ZR 75/11 - OLG Naumburg
LG Halle

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juli 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka und die Richter Dr. Eick, Halfmeier, Kosziol und Prof. Dr. Jurgeleit

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 9. März 2011 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger verlangt als Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen des Bauunternehmens H. GmbH (im Folgenden: Nachunternehmer) restlichen Werklohn in Höhe von zuletzt noch 239.730,33 € aus Verträgen über die Errichtung von sechs Doppelhaushälften und fünf Einfamilienhäusern im F.-Weg in L. Die Bauverträge mit der Beklagten, einer Generalbauunternehmerin (im folgenden: Hauptunternehmer), datieren aus den Jahren 1998 und 1999. Die Häuser sind im Jahr 2000 von den Erwerbern übernommen und bezogen worden.
- 2 Die Beklagte macht - soweit für die Revision noch von Interesse - wegen Mängeln an den Häusern F.-Weg 2 und 21 und wegen einer nicht errichteten

Pergola (Haus Nr. 2) ein Leistungsverweigerungsrecht wegen verschiedener Mängel und wegen einer fehlenden Bankbürgschaft geltend und beruft sich hinsichtlich der übrigen Häuser auf die fehlende Abnahme der Werkleistungen wegen Mängeln an der Außenbeschichtung der Kellerwände.

3 Der Kläger hat dagegen eingewendet, die Außenbeschichtung sei nicht mangelhaft, auch soweit sie abweichend von den Baubeschreibungen hergestellt worden sei. Außerdem hat er geltend gemacht, dass die Erwerber gegen die Beklagte wegen eingetretener Verjährung keine Mängelbeseitigungsansprüche mehr geltend machen könnten. Auch habe die Beklagte ihre Ansprüche auf von den Erwerbern zurückbehaltenen Restwerklohn teilweise verjähren lassen.

4 Das Landgericht hat der Klage überwiegend stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Beklagte - nach Abzug einer verwirkten Vertragsstrafe - zur Zahlung von 50.557,63 € verurteilt, teilweise unter dem Vorbehalt einer Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft, teilweise Zug-um-Zug gegen Errichtung einer Pergola. In Höhe von 181.065,21 € hat es die Klage mangels Abnahme als derzeit unbegründet abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur (unbedingten) Zahlung in Höhe von jetzt noch 213.714,83 € weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision ist nicht begründet.

I.

6 Das Berufungsgericht ist - sachverständig beraten - der Ansicht, dass mit Ausnahme der Häuser mit den Nummern 2 (ohne Keller errichtet) und 21 die Beschichtung der Kellerwände mit Zementschlämme und Delta-MS-Folie durch den Nachunternehmer einen Mangel seines Werkes darstelle, weil dies nicht der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit entspreche. Es sei eine Bitumen-dickbeschichtung und die Anbringung von Pordrainplatten vereinbart worden. Beim Haus 21 sei dies hingegen nicht vereinbart worden. Die Beschichtung mit Zementschlämme und Delta-MS-Folie dort stelle keinen Fehler dar.

7 Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Einwand des Klägers, die Beklagte könne sich wegen Verjährung der Gewährleistungsansprüche der Erwerber nicht mehr auf Mängelbeseitigungsansprüche berufen, schließe ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten nach § 641 Abs. 3 BGB ebenso wenig aus wie die Berechtigung der Beklagten zur Verweigerung der Abnahme. Die Durchsetzbarkeit des Mängelbeseitigungsanspruchs durch den Hauptunternehmer gegen den Nachunternehmer setze nicht voraus, dass der Hauptunternehmer gegenüber seinem Besteller seinerseits zur Mängelbeseitigung verpflichtet sei oder dass ihm aus der Mangelhaftigkeit des Werkes finanzielle Nachteile entstünden.

II.

8 Das hält der rechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

9 Auf das Schuldverhältnis ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung anzuwenden, die für bis zum 31. Dezember 2001 geschlossene Verträge gilt (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB). § 641 BGB ist in der Fassung anzuwenden, die

für bis zum 30. April 2000 geschlossene Verträge gilt mit Ausnahme des § 641 Abs. 3 BGB in der Fassung des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, der auch für vorher geschlossene Verträge anwendbar ist (Art. 229 § 1 Abs. 2 Satz 2 EGBGB).

10 Zutreffend hat das Berufungsgericht entschieden, dass die Abdichtung derjenigen Häuser, die entgegen der Baubeschreibung mit Zementschlämme und Delta-MS-Folie ausgeführt worden ist, mangelhaft ist. Im Ergebnis richtig hat es der Beklagten wegen dieser und anderer Mängel auch ein Leistungsverweigerungsrecht zuerkannt, obwohl - wovon in der Revision auszugehen ist - die Beklagte von ihren Bestellern nicht mehr wegen der Mängel in Anspruch genommen werden kann.

11 1. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht gehe von verschiedenen Mangelbegriffen aus, weil es die Kellerabdichtung bei Haus Nummer 21 anders beurteile als bei den übrigen Häusern, geht fehl.

12 a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts liegt dem mündlich geschlossenen Werkvertrag zwischen den Parteien für das Haus Nummer 21 eine Baubeschreibung zugrunde, die keine Vorgaben zur Abdichtung enthält, insbesondere eine Abdichtung mit Bitumendickbeschichtung und Pordrainplatten, wie sie die Beklagte wünscht, nicht ausweist. Das Berufungsgericht hat weiter - sachverständig beraten - festgestellt, dass die vorgenommene Abdichtung mit Zementschlämme und Delta-MS-Folie keinen den Wert oder die Tauglichkeit des Bauwerks beeinträchtigenden Fehler aufweist (§ 633 Abs. 1 BGB). Sie erfüllt ausweislich der Feststellungen des landgerichtlichen Urteils bei den anliegenden Bodenverhältnissen ihren Zweck und ist im Übrigen einer Abdichtung mit Bitumendickbeschichtung und Pordrainplatten gleichwertig. Sie entspricht den seinerzeit geltenden anerkannten Regeln der Technik.

13 b) Die Baubeschreibungen der übrigen Häuser enthalten dagegen eine vertraglich bindende Vorgabe hinsichtlich der Abdichtung mit Bitumen und Por-drainplatten. Die davon abweichende Ausführung mit Zementschlämme und Delta-MS-Folie entspricht nicht der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit und stellt daher einen Fehler dar (§ 633 Abs. 1 BGB). Den Ausführungen des Berufungsgerichts ist zu entnehmen, dass es auch eine Beeinträchtigung des Werts und der Gebrauchstauglichkeit annimmt, weil die vorgenommene Abdichtung nicht die von der Beklagten und ihrem Besteller gewünschte, vertraglich vereinbarte Drainagewirkung gegen drückendes Wasser ohne Rücksicht auf die konkreten Bodenverhältnisse besitzt.

14 c) Das lässt revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler nicht erkennen.

15 Legt der Besteller Wert auf eine bestimmte Abdichtung, um sich aus unbekanntem Bodenverhältnissen ergebenden Risiken zu entgehen, so liegt eine Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Abdichtung vor, wenn die vorgenommene Abdichtung dem nicht entspricht. Unerheblich ist, ob die vorgenommene Abdichtung gleichsam zufällig ausreichend und bei den anliegenden Bodenverhältnissen gleichwertig ist. Allerdings kann das die Prüfung veranlassen, ob dem Verlangen nach Mängelbeseitigung der Einwand des Unternehmers entgegensteht, die Mängelbeseitigung erfordere einen unverhältnismäßigen Aufwand, § 633 Abs. 2 BGB. Das Berufungsgericht hat diese Prüfung nicht vorgenommen und hat insbesondere nicht den streitigen Sachverhalt aufgeklärt, ob die Bauwerke tatsächlich in sandigem Erdreich gegründet sind. Eine Aufhebung des Berufungsurteils ist aber nicht veranlasst, weil die Revision keine dahingehende Rüge erhoben hat.

16 2. In der Revision ist deshalb davon auszugehen, dass der Kläger die Mängelbeseitigung nicht wegen eines unverhältnismäßigen Aufwands verweigern darf. Weiter ist davon auszugehen, dass die Mängelbeseitigung noch mög-

lich ist. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die derzeitigen Eigentümer der betroffenen Grundstücke diese verweigern würden. Das wird vom Kläger auch nicht geltend gemacht.

17 3. Auf dieser Grundlage ist die Beklagte nicht gehindert, dem Verlangen des Klägers auf Zahlung der Vergütung wegen der Mängel das gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht entgegen zu halten. Soweit die Leistung der Schuldnerin abgenommen worden ist (Häuser 2 und 21), führt das dazu, dass die Beklagte uneingeschränkt zur Zahlung des Betrags verurteilt wird, der nach dem anwendbaren § 641 Abs. 3 BGB in der Fassung des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 (BGBl. I 2000, 330) das mindestens Dreifache der Mängelbeseitigungskosten überschreitet, und im Übrigen zu einer Verurteilung Zug-um-Zug gegen Beseitigung der anderen festgestellten, in der Revision nicht mehr streitigen Mängel (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juli 1981 - VII ZR 40/80, BauR 1981, 577, 581). Soweit die Beklagte die Abnahme verweigert hat (übrige Häuser) führt das dazu, dass die Klage als derzeit unbegründet abzuweisen ist, § 641 Abs. 1 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juni 1973 - VII ZR 112/71, BGHZ 61, 42, 44).

18 Dem steht nicht entgegen, dass die Beklagte ihrerseits nicht mehr von ihren Bestellern in Anspruch genommen wird oder werden könnte, wenn sie sich auf die Verjährung der Ansprüche beriefe.

19 a) Das Gesetz gewährt dem Besteller das Leistungsverweigerungsrecht grundsätzlich unabhängig davon, ob er die gleiche Leistung einem Dritten versprochen und geleistet hat und auch unabhängig davon, ob der Dritte ihm zustehende Ansprüche seinerseits geltend macht. Einer Inanspruchnahme dieses Rechts kann nicht entgegengehalten werden, der Hauptunternehmer verhielte sich treuwidrig, wenn er die Mängel geltend mache, obwohl er von seinem Besteller trotz dieser Mängel bezahlt worden sei und dieser auch keine Mängel-

rechte geltend mache oder diese nicht mehr erfolgreich durchsetzen könne. Ähnliche Erwägungen haben allerdings dazu geführt, dass mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen die Vergütung des Hauptunternehmers fällig gestellt wird, wenn der Hauptunternehmer von seinem Besteller die Vergütung oder Teile davon erhalten hat, § 641 Abs. 2 Satz 1 BGB (in der Fassung des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 (BGBl. I 2000, 330)). Es sei widersprüchlich, wenn der Hauptunternehmer von seinem Besteller trotz vorhandener Mängel Bezahlung fordere, diese aber dem Nachunternehmer wegen der Mängel verweigere (BT-Drucks. 14/1246 S. 7). Im Gesetzgebungsverfahren zum Forderungssicherungsgesetz ist jedoch klar gestellt worden, dass dem Hauptunternehmer das Mängelbeseitigungsrecht und auch das sich daraus ergebende Leistungsverweigerungsrecht nicht genommen werden kann, obwohl er von seinem Besteller bezahlt worden ist (BT-Drucks. 16/511, S. 16; vgl. auch BR-Drucks. 458/04, S. 11; OLG Nürnberg, BauR 2004, 516, 517; OLG Bamberg, BauR 2009, 113, 115; Halfmeier/Leupertz, PWW, 8. Aufl., § 641 Rn. 14 jeweils m.w.N.; Messerschmidt in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl., § 641 BGB Rn. 269; Leinemann, NJW 2008, 3745, 3748; a.A. Pause/Vogel in Kniffka, Bauvertragsrecht, § 641 Rn. 23; MünchKommBGB/Busche, 6. Aufl., § 641 Rn. 27). Nach der Systematik des Forderungssicherungsgesetzes kann sich der Hauptunternehmer zwar nicht mehr auf die fehlende Abnahme berufen. Ihm steht aber das Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 641 Abs. 2 BGB n.F. in Höhe des nunmehr in der Regel Doppelten der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten zu. Diese Beschränkung des Leistungsverweigerungsrechts kommt der Klägerin nicht zugute. Anwendbar sind die Gesetze in der Fassung vor dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen. Die Beklagte kann danach das Leistungsverweigerungsrecht durch Verweigerung der Abnahme mit der Folge geltend machen, dass sie die Vergütung bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrages nicht entrichten muss.

20

Diese uneingeschränkte Zuerkennung des gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechts auf der Grundlage der damaligen Gesetzeslage ist auch sachlich gerechtfertigt. Das Leistungsverweigerungsrecht ist Ausdruck des funktionalen Synallagmas von Werkleistung und Vergütung, § 320 Abs. 1 BGB. Selbst wenn der Hauptunternehmer von seinem Besteller trotz der Mängel bezahlt worden ist und er deshalb wegen der Mängel zunächst keinen wirtschaftlichen Nachteil hat, ist es grundsätzlich nicht gerechtfertigt, die synallagmatische Verbundenheit von Werkleistung des Nachunternehmers und Vergütung des Hauptunternehmers aufzulösen. Dabei muss zunächst bedacht werden, dass dem Besteller durch die Bezahlung des Hauptunternehmers nicht die Mängelansprüche verloren gehen und der Hauptunternehmer von ihm noch in Anspruch genommen werden kann. Doch selbst wenn die Mängelansprüche des Bestellers nicht mehr durchsetzbar sind, ist keine andere Beurteilung geboten. Müsste der Hauptunternehmer den Nachunternehmer bezahlen, obwohl dessen Leistung mangelhaft und die Erfüllung oder Mängelbeseitigung noch möglich ist, so würde damit der legitime Druck (§ 320 Abs. 1, § 641 Abs. 2 BGB) entfallen, den der Hauptunternehmer durch Zurückhaltung der Vergütung auf den Nachunternehmer ausüben kann. Es besteht kein Grund, auch in den Fällen, in denen der Besteller den Hauptunternehmer bezahlt hat und er Mängelrechte nicht mehr geltend machen kann, dem Hauptunternehmer dieses Druckmittel zu nehmen. Denn die Mängelbeseitigung kommt dem Besteller zugute, der letztlich die wirtschaftlichen Auswirkungen des Mangels trägt. Dem Hauptunternehmer kann es grundsätzlich nicht versagt werden, sein Interesse an einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung durch die Leistungsverweigerung durchzusetzen. Dass der Besteller seine Mängelrechte nicht mehr durchsetzen kann, bedeutet nicht, dass das Interesse des Hauptunternehmers an der Vertragserfüllung nicht mehr schützenswert ist.

- 21 b) Dem stehen nicht die Entscheidungen des Senats zum Ausgleich des Schadens bei Mängeln in der werkvertraglichen Leistungskette entgegen (BGH, Urteile vom 28. Juni 2007 - VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83 und VII ZR 8/06, BauR 2007, 1567 = NZBau 2007, 580). Der Senat hat entschieden, dass dem Hauptunternehmer nicht der auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten gerichtete Schadensersatzanspruch wegen Mängeln der Nachunternehmerleistung zusteht, wenn feststeht, dass er seinerseits von seinem Besteller wegen des Mangels nicht in Anspruch genommen wird oder werden kann.
- 22 aa) Diese Rechtsprechung beruht auf der normativen von Treu und Glauben geprägten schadensrechtlichen Wertung, dass dem Hauptunternehmer, jedenfalls dann, wenn er wegen des Mangels nicht mehr in Anspruch genommen werden kann, ungerechtfertigte, ihn bereichernde Vorteile zufließen, wenn er gleichwohl als Schadensersatz die Mängelbeseitigungskosten vom Nachunternehmer fordern kann (vgl. BGH, Urteil vom 24. März 1959 - VI ZR 90/58, BGHZ 30, 29; Urteil vom 4. Juni 1992 - IX ZR 149/91, BGHZ 118, 312; Urteil vom 6. Juli 2000 - IX ZR 198/99, NJW 2001, 673; MünchKommBGB/Oetker, aaO, § 249 Rn. 20; Staudinger/Schiemann (2005), § 249 Rn. 2).
- 23 Wirtschaftlich betrachtet ist der Hauptunternehmer lediglich Zwischenstation innerhalb der mehrgliedrigen werkvertraglichen Leistungskette von dem Nachunternehmer über den Hauptunternehmer bis zum Bauherrn/Besteller/Enderwerber. Ein Nachunternehmer erbringt seine Leistung regelmäßig am Bauvorhaben des Bauherrn. Diesem kommt im wirtschaftlichen Ergebnis die Leistung zugute, er ist von dem Mangel des Werks des Nachunternehmers betroffen. Ein zwischengeschalteter Hauptunternehmer dagegen wird mit der Mängelfrage nur wegen der besonderen durch die Leistungskette gekennzeichneten Vertragsgestaltung befasst, da zwischen dem Nachunternehmer

und dem Bauherrn keine vertraglichen Beziehungen bestehen. Auch im Gewährleistungsfall ist er nur Zwischenstation. Die finanzielle Einbuße, die er durch den vom Nachunternehmer verursachten Mangel erleidet, richtet sich wirtschaftlich gesehen danach, in welchem Umfang er von seinem Auftraggeber in Anspruch genommen wird (BGH, Urteile vom 28. Juni 2007 - VII ZR 81/06 und VII ZR 8/06, aaO). Jedenfalls dann, wenn feststeht, dass der Hauptunternehmer keine wirtschaftlichen Nachteile durch den Mangel erleidet, ist es mit § 249 Abs. 1 BGB nicht vereinbar, dem Hauptunternehmer zu seiner beliebigen Verfügung den Betrag zur Verfügung zu stellen, der für die Mängelbeseitigung notwendig ist. Anders als bei der Zuerkennung dieses Betrages als Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten (vgl. § 637 Abs. 3 BGB n.F.) wäre nicht sichergestellt, dass der zuerkannte Betrag in Höhe der Mängelbeseitigungskosten tatsächlich zur Mängelbeseitigung verwendet würde.

24 Aus vergleichbaren Erwägungen darf der Hauptunternehmer in einem solchen Fall auch die Minderung nicht nach den Mängelbeseitigungskosten berechnen, § 242 BGB (BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2010 - VII ZR 100/10, NZBau 2011, 232).

25 bb) Diese Erwägungen rechtfertigen es nicht, dem Hauptunternehmer das Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängeln zu versagen. Dem Hauptunternehmer fließen keine ungerechtfertigten Vorteile zu, wenn er die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhebt. Diese hat primär das Ziel, die Mängelbeseitigung zu bewirken. Wenn der Nachunternehmer die begehrte Mängelbeseitigung, die mit dem Leistungsverweigerungsrecht durchgesetzt werden soll, vornimmt, wird dadurch nicht der Hauptunternehmer, sondern dessen Besteller begünstigt.

26 Allerdings verbleibt dem Hauptunternehmer ein Vorteil, wenn der Nachunternehmer die Mängelbeseitigung letztlich nicht vornimmt. Dieser Vorteil ist

nicht in gleicher Weise zu bewerten wie der Vorteil, dass der Hauptunternehmer die Mängelbeseitigungskosten als Schadensersatz zur freien Verfügung erhält, obwohl er von dem Besteller nicht in Anspruch genommen wird und auch nicht mehr in Anspruch genommen werden kann. Denn es ist ein relevanter Unterschied, ob dem Hauptunternehmer eine Kompensation für wirtschaftlich für ihn nicht relevante Mängel gewährt wird oder ihm die Vergütung verbleibt, weil er diese zurückhält. Dieser Fall ist nicht anders zu beurteilen als der Fall, dass der Nachunternehmer den Vergütungsanspruch verjähren lässt. In einem solchen Fall ist der Hauptunternehmer nicht gehindert, die Einrede der Verjährung zu erheben, auch wenn er von seinem Besteller bezahlt worden ist. Das Leistungsverweigerungsrecht des Hauptunternehmers hängt nicht davon ab, ob sein Besteller (Bauherr, Endabnehmer) die Mängelbeseitigung noch von ihm fordern kann. Er muss sie nur zulassen. Lässt er sie nicht zu, ist sie dem Nachunternehmer unmöglich, so dass der Hauptunternehmer keine Mängelbeseitigung mehr fordern kann und ihm ein Leistungsverweigerungsrecht auch nicht mehr zusteht (vgl. BGH, Urteil vom 22. September 1983 - VII ZR 43/83, BGHZ 88, 240, 248 und Urteil vom 16. Mai 1968 - VII ZR 40/66, BGHZ 50, 175, 177).

III.

27 Die Revision des Klägers ist daher als unbegründet zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Kniffka

Eick

Halfmeier

Kosziol

Jurgeleit

Vorinstanzen:

LG Halle, Entscheidung vom 10.06.2010 - 1 O 78/06 -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 09.03.2011 - 5 U 84/10 -