



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VII ZR 144/14

Verkündet am:  
5. November 2015  
Klein,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 215, § 634a

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.

BGH, Urteil vom 5. November 2015 - VII ZR 144/14 - OLG Düsseldorf  
LG Kleve

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. November 2015 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Eick, den Richter Dr. Kartzke und die Richterinnen Graßnack, Sacher und Wimmer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 27. Mai 2014 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht ein Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten wegen des Mangels "Wölbung des Pflasters" abgelehnt hat.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerde- und Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Streitwert der Revision bis zum 30. Juli 2015: 184.098,21 €

Für die Zeit danach: 10.692,86 €

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte zu 1, deren Gesellschafter die Beklagten zu 2 und 3 sind, beauftragte die Klägerin mit Vertrag vom 19. Mai 2008 unter anderem mit Rohbauarbeiten für den Neubau eines Büros mit Lagerhalle. Die Geltung der VOB/B (2006) war vereinbart. Die Werkleistung der Klägerin wurde am 16. Oktober 2008 unter Vorbehalt verschiedener Mängel und Restarbeiten abgenommen.
- 2 Die Klägerin hat die Zahlung restlichen Werklohns im Umfang von 187.803,02 € und in dieser Höhe die Bewilligung der Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek auf dem Baugrundstück gefordert. Gegenüber der Werklohnforderung haben sich die Beklagten auf ein Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängeln berufen. Die Beklagten haben außerdem mit Ansprüchen in Höhe von 4.733,05 € hilfsweise für den Fall die Aufrechnung erklärt, dass eine durchsetzbare Werklohnforderung der Klägerin bestehe. Zudem haben sie hilfsweise für den Fall, dass ihnen ein die Werklohnforderung übersteigender Anspruch zustehen sollte, Widerklage erhoben mit dem Antrag festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis besteht, aufgrund dessen die Beklagte zu 1 von der Klägerin den Ersatz sämtlicher Schäden verlangen könne, die im Zusammenhang mit den im Sachverständigengutachten D. festgestellten Mängeln entstehen.
- 3 Das Landgericht hat die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung in Höhe von 179.365,16 € sowie dazu verurteilt, in Höhe des zuerkannten Werklohns nebst Zinsen und einer Kostenpauschale von 2.400 € die Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek zu bewilligen. Das Landgericht hat angenommen, die Beklagten hätten, auch wenn sie sich auf ein Leistungsverweigerungsrecht wegen der von ihnen gerügten Mängel beriefen, einen Kostenerstattungsanspruch geltend machen wollen. Es hat von der Werklohnforderung der Klägerin Mängelbeseitigungskosten im Umfang von 8.437,86 €

für die Mängel Risse in der Bodenplatte und fehlende Drain-Rinne vor den Sektionaltoren sowie für restliche Fugenarbeiten am Sockel und Unebenheiten am Hallentor in Abzug gebracht. Die Hilfsaufrechnung der Beklagten hat es für unbegründet gehalten und angenommen, die Bedingung, unter die die Widerklage gestellt worden sei, sei nicht eingetreten.

4 Das Berufungsgericht hat die Beklagten auf ihre Berufung hin in Höhe von 124.460,22 € unbedingd zur Zahlung restlichen Werklohns und im Umfang von weiteren 39.904,94 € und 13.200 € Zug um Zug gegen Beseitigung der Risse im Hallenboden und gegen Einbau der fehlenden Drain-Rinne vor den Sektionaltoren zur Zahlung verurteilt jeweils Zug um Zug gegen Erstattung von Sowiesokosten und eines von der Beklagten zu 1 zu tragenden Mithaftungsanteils. Es hat die Beklagten außerdem dazu verurteilt, im Umfang von 179.365,16 € zuzüglich Zinsen und Kosten die Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek auf dem Baugrundstück zu bewilligen. Die weitergehende Berufung der Beklagten hat es zurückgewiesen.

5 Das Berufungsgericht hat die Revision wegen der Frage zugelassen, ob der erstmals in der Berufungsinstanz nach Ablauf der Verjährungsfrist für die Mängelansprüche gerügte Mangel "Wölbung des Pflasters" zu einem Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten führe. Die Beklagten haben uneingeschränkt Revision eingelegt. Der Senat hat die Revision der Beklagten durch Beschluss vom 30. Juli 2015 teilweise als unzulässig verworfen, soweit sie über die beschränkte Zulassung der Revision in diesem Urteil bezüglich des Leistungsverweigerungsrechts hinsichtlich des Mangels "Wölbung des Pflasters" hinausgeht. Zugleich hat der Senat die von den Beklagten vorsorglich eingelegte Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des Berufungsgerichts zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

6 Die im Umfang der Zulassung durch das Berufungsgericht eingelegte Revision der Beklagten führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, soweit dieses ein Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten wegen des Mangels "Wölbung des Pflasters" abgelehnt hat.

I.

7 Das Berufungsgericht führt - soweit für die Revision noch von Interesse - aus, die Beklagten könnten ein Leistungsverweigerungsrecht auf den Mangel der Wölbung der Pflaster nicht stützen. Die Abnahme sei am 16. Oktober 2008 erfolgt, danach seien die Mängelansprüche am 16. Oktober 2013 verjährt. Angezeigt worden sei dieser Mangel erstmals am 11. November 2013, das heißt nach Eintritt der Verjährung betreffend diesbezügliche Mängelansprüche. Die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts sei danach trotz der Regelung in § 215 BGB ausgeschlossen. § 215 BGB sei nicht dahin auszulegen, dass das Leistungsverweigerungsrecht unabhängig von der Geltendmachung des Mangels in nicht verjährter Zeit möglich sei. Anderenfalls wäre der Besteller bevorteilt, der grundlos eine Werklohnforderung nicht zahle.

II.

8 Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

9 1. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass die Beklagte zu 1 die von der Klägerin erbrachten Werkleistungen am 16. Oktober 2008 abgenommen hat und ein Nacherfüllungsanspruch der Beklagten zu 1 wegen des

Mangels "Wölbung des Pflasters", der im Rahmen der Abnahme nicht vorbehalten worden war, mit Ablauf des 16. Oktober 2013 verjährt ist. Dies nimmt die Revision hin. Revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich.

10            2. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann das mit Schriftsatz der Beklagten vom 11. November 2013 erstmals geltend gemachte Leistungsverweigerungsrecht, gestützt auf den Mangel "Wölbung des Pflasters", nicht abgelehnt werden. 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. Nicht erforderlich ist, dass der Besteller bereits vor Eintritt der Verjährung seiner Mängelansprüche ein Leistungsverweigerungsrecht, gestützt auf diesen Mangel, geltend gemacht hat.

11            a) Die aufgrund des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) zum 1. Januar 2002 in Kraft getretene Fassung des § 215 BGB bestimmt, dass die Verjährung die Aufrechnung und die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht ausschließt, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals aufgerechnet oder die Leistung verweigert werden konnte. Der Regelung liegt die Überlegung zugrunde, dass ein Schuldner, dem ein Gegenanspruch zusteht, kraft dessen er die Inanspruchnahme durch den Gläubiger erfolgreich abwehren kann, sich als hinreichend gesichert ansehen darf und durch die Verjährungsregeln nicht zur frühzeitigen Durchsetzung seiner Forderung im Wege der Aufrechnung oder Klageerhebung gedrängt werden soll (vgl. MünchKommBGB/Grothe, 7. Aufl., § 215 Rn. 1; BeckOGK/Bach, BGB, Stand:

1. Juni 2015; § 215 Rn. 23; OLG Schleswig, BauR 2012, 815, 821, juris Rn. 53). Nicht erforderlich ist, dass der Besteller bereits vor Eintritt der Verjährung der Mängelansprüche ein diesbezügliches Leistungsverweigerungsrecht geltend gemacht hat (vgl. BGH, Urteil vom 19. Mai 2006 - V ZR 40/05, BauR 2006, 1464, 1465, juris Rn. 7 = NZBau 2006, 645; OLG Bremen, NJW-RR 2014, 1097, 1100 f., juris Rn. 57; OLG München, BauR 2012, 663, 664, juris Rn. 10 = NZBau 2012, 241; OLG Brandenburg, Urteil vom 18. April 2007 - 3 U 188/06, juris Rn. 14; OLG Düsseldorf - 24. Zivilsenat -, OLGR 2007, 468, 469, juris Rn. 3; MünchKommBGB/Grothe, 7. Aufl., § 215 Rn. 4; Palandt/Ellenberger, BGB, 74. Aufl., § 215 Rn. 2; PWW/Deppenkemper, BGB, 10. Aufl., § 215 Rn. 2; Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, BGB, § 215 Rn. 12; Kniffka/Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand: 28. Juli 2015, § 634a Rn. 171 f. unter Aufgabe von Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil Rn. 143; Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Aufl., Rn. 1607; Messerschmidt/Voit-Drossart, Privates Baurecht, 2. Aufl., § 634a Rn. 38; Kohler, BauR 2003, 1804, 1813; a.A. OLG Schleswig, BauR 2012, 815, 821 f., juris Rn. 53). Nach dem Wortlaut der Vorschrift und dem mit ihr verfolgten Zweck ist vielmehr ausreichend, dass das Leistungsverweigerungsrecht bereits in nicht verjährter Zeit bestand und ausgeübt werden konnte. Dies setzt voraus, dass der Mangel, auf den das Leistungsverweigerungsrecht gestützt wird, bereits vor Ablauf der Verjährungsfrist der Mängelansprüche in Erscheinung getreten ist und daher vor Ablauf der Verjährungsfrist ein darauf gestütztes Leistungsverweigerungsrecht geltend gemacht werden konnte (vgl. Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil Rn. 143; Kniffka/Schulze-Hagen, Bauvertragsrecht, § 634a BGB Rn. 172). Denn nur in diesem Fall darf sich der Besteller im Hinblick auf die dem Unternehmer zustehende Werklohnforderung wegen einer ihm zustehenden Gegenforderung als hinreichend gesichert ansehen.

- 12            b) Eine teleologische Reduktion der Vorschrift dahingehend, dass der Besteller sich auf ein Leistungsverweigerungsrecht nach Ablauf der Verjährungsfrist nur dann berufen kann, wenn er dieses in nicht verjährter Zeit auch tatsächlich geltend gemacht hat, kommt nicht in Betracht (a.A. Kniffka/Schulze-Hagen, Bauvertragsrecht, § 634a BGB Rn. 172; OLG Schleswig, BauR 2012, 815, 821 f., juris Rn. 53). Nach der Intention des Gesetzgebers sollte die bis zum 31. Dezember 2001 gültige Vorschrift des § 390 Satz 2 BGB a.F., wonach die Verjährung die Aufrechnung nicht ausschließt, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war, auf die Geltendmachung von Leistungsverweigerungsrechten erstreckt werden, um der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Rechnung zu tragen, wonach diese Norm auf die Geltendmachung von Leistungsverweigerungsrechten entsprechend anzuwenden war (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 122). Danach begründeten verjährte Ansprüche des Schuldners in entsprechender Anwendung des § 390 Satz 2 BGB a. F. dann ein Zurückbehaltungsrecht, wenn die Verjährung noch nicht eingetreten war, als der Anspruch des Gläubigers entstand (vgl. BGH, Urteil vom 19. Mai 2006 - V ZR 40/05, BauR 2006, 1464, 1465, juris Rn. 7 = NZBau 2006, 645; Urteil vom 15. Dezember 1969 - VII ZR 148/67, BGHZ 53, 122, 125, juris Rn. 67; Urteil vom 16. Juni 1967 - V ZR 122/64, BGHZ 48, 116, 118, juris Rn. 18 m.w.N.).
- 13            Der vom Berufungsgericht angeführte Gesichtspunkt, dass bei wortlautgetreuer Auslegung des § 215 BGB der Besteller bevorteilt würde, der grundlos eine Werklohnforderung nicht zahlt, vermag eine einschränkende Auslegung der Vorschrift nicht zu rechtfertigen. Nach der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Rechtslage setzte die Erhaltung der Mängelreue des Bestellers nach Ablauf der Verjährungsfrist gemäß § 639 Abs. 1, § 478 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. voraus, dass der Besteller dem Unternehmer den Mangel der Werkleistung in nicht verjährter Zeit angezeigt hatte. Diese Vorschriften sind durch die zum 1. Januar 2002 in Kraft getretene Neufassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs



ersatzlos entfallen. Nach dem Wortlaut des § 215 BGB ist der Besteller gerade nicht mehr gezwungen, ein ihm zustehendes Leistungsverweigerungsrecht vor Ablauf der Verjährungsfrist geltend zu machen, um sich dieses Recht zu erhalten. Ein hiermit in Einklang stehendes Verhalten des Bestellers kann daher nicht als Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) bewertet werden.

- 14                    3. Die Entscheidung des Berufungsgerichts kann danach keinen Bestand haben, soweit dieses ein Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten wegen des Mangels "Wölbung des Pflasters" abgelehnt hat. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, § 563 Abs. 3 ZPO, weil das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - bislang keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob dieser von den Beklagten gerügte Mangel bereits vor Ablauf der Verjährungsfrist in Erscheinung getreten ist und daher ein auf diesen Mangel gestütztes Leistungsverweigerungsrecht in nicht verjährter Zeit geltend gemacht werden konnte. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben und die Sache

ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, soweit das Berufungsgericht ein auf diesen Mangel gestütztes Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten abgelehnt hat, um diesem Gelegenheit zu geben, die erforderlichen Feststellungen nachzuholen.

Eick

Kartzke

Graßnack

Sacher

Wimmer

Vorinstanzen:

LG Kleve, Entscheidung vom 07.08.2013 - 2 O 490/08 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 27.05.2014 - I-23 U 120/13 -