

BAUHERR - GENERALUNTERNEHMER - NACHUNTERNEHMER: MÄNGELRECHTE IN DER LEISTUNGSKETTE

Bundesgerichtshof, Urteil vom 1.8.2013 — Aktenzeichen: VII ZR 75/11

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.

Leitsatz

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.

Sachverhalt

Es geht um rechtlichen Werklohn eines Bauunternehmens in Höhe von rd. 240.000 € aus Verträgen über die Errichtung von einigen Doppelhaushälften und Einfamilienhäusern. 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.

Die Beklagte macht wegen Mängeln an den einzelnen Häusern und wegen einer nicht errichteten Pergola ein Leistungsverweigerungsrecht geltend; ferner beruft sie sich hinsichtlich der weiteren Häuser auf die fehlende Abnahme der Werkleistungen wegen Mängeln an der Außenbeschichtung der Kellerwände.

Der Kläger, der den Werklohn geltend macht, 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.

Das Landgericht hat der Klage überwiegend stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Beklagte in geringem Umfang zur Zahlung verurteilt, teilweise Zug-um-Zug gegen Errichtung einer Pergola. In Höhe von rd. 180.000 € hat es die Klage mangels Abnahme als derzeit unbegründet abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur (unbedingten) Zahlung in Höhe von jetzt noch rd. 210.000 € weiter.

Entscheidung

Der Bundesgerichtshof gab der Beklagten Recht. Die Revision war nicht begründet. Der Bundesgerichtshof hat Folgendes ausgeführt:

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 die Beklagte von ihren Bestellern nicht mehr wegen der Mängel in Anspruch genommen werden kann.

Legt der Besteller Wert auf eine bestimmte Abdichtung, um sich aus unbekannten 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.

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

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 (dies waren bestimmte Häuser), führt das dazu, dass die Beklagte uneingeschränkt zur Zahlung des Betrags verurteilt wird, der nach dem anwendbaren § 641 Abs. 3 BGB a.F. 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. Soweit die Beklagte die Abnahme verweigert hat (übrige

Häuser) führt das dazu, dass die Klage als derzeit unbegründet abzuweisen ist, § 641 Abs. 1 BGB.

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.

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 Mängelrechte 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.

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. 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 dem Kläger 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.

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.

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.

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.

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 Mangelfrage 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. 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.

Aus vergleichbaren Erwägungen darf der Hauptunternehmer in einem solchen Fall auch die Minderung nicht nach den Mängelbeseitigungskosten berechnen, § 242 BGB.

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.

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.

Die Revision des Klägers ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

Fazit: Auch dann, wenn der Bauherr keine Mängelrechte mehr geltend macht, muss der Nachunternehmer damit rechnen, wegen dieser Mängel von seinem Auftraggeber, dem GU, in Anspruch genommen zu werden.