

Rundbrief 22 – Dezember 2015**Wichtige neue Entscheidungen des BGH zum**

- 1. Leistungsverweigerungsrecht und zur Aufrechnung mit Mängelansprüchen gegen Werklohnansprüche trotz Verjährung der Mängelansprüche und**
- 2. Vorbehalt der Vertragsstrafe bei Abnahme trotz bereits vorher erfolgter Aufrechnung**

1. Leistungsverweigerungsrecht**Sachverhalt:**

Der Werkunternehmer macht Werklohnansprüche geltend. Der Besteller verweigert die Zahlung wegen tatsächlich vorhandener Mängel, die er jedoch bei der Abnahme sich vorbehalten und die er auch nicht in unverjährter Zeit gegenüber dem Unternehmer gerügt hat, die aber bereits in unverjährter Zeit aufgetreten und wegen der er deshalb Mängelansprüche hätte geltend machen können. Abnahme 16.10.2008; Verjährung 16.10.2013; Mangel erstmals angezeigt 11.11.2013

Der BGH hat hierzu am 5. November 2015 – VII ZR 144/14 entschieden – erstmals und entgegen früherer Rechtsauffassung:

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 ein Leistungsverweigerungsrecht, gestützt auf den Mangel, tatsächlich geltend gemacht hat.

Der BGH stützt sich in der Entscheidung auf § 215 BGB in der zum 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Fassung des BGB; der Wortlaut § 215 BGB lautet:

*§ 215 BGB: Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht nach Eintritt der Verjährung
Die Verjährung schließt die Aufrechnung und die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht aus, wenn der Anspruch, in dem der Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals aufgerechnet oder die Leistung verweigert werden konnte.*

Der BGH folgt damit der schon in oberlandesgerichtlichen Entscheidungen (OLG Schleswig, BauR 2912, 815, 821 f; OLG München BauR 2012, 663; OLG Bremen NJW-RR 2014, 1097, 1100f) und in der Literatur vertretenen Auffassung (Kniffka iBr-online-Kommentar Stand 28. Juli 2015, § 634 a Rn. 171 f; Vygen-Joussen, Bauvertragsrecht, 5. Auflage Rn. 1607) und begründet die Entscheidung damit, dass der Gesetzgeber im

§ 215 dies ausdrücklich gewollt hat, indem er die alten einschränkenden Regelungen der §§ 639 Abs. 1, 478 Abs. 1 Satz 1 BGB aufgehoben hat. Bei dieser alten Regelung 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 hat. Diese Regelung ist aber ersatzlos entfallen. Die Ansicht, eine teleologische Reduktion des § 215 BGB setze dies auch noch, kommt daher nicht in Betracht. Auch wenn bei wortgetreuer Auslegung der Besteller bevorteilt würde, wenn er grundlos eine Werklohnforderung nicht zahlt, rechtfertigt eine einschränkende Auslegung der Vorschrift wegen des Wegfalls der alten einschränkenden Vorschriften, die aufgehoben seien, gerade nicht. Auch aus § 242 (Treu und Glauben) kann daher eine vorherige Mängelanzeige vor Verjährung nicht gefordert werden.

Was ist die Konsequenz für die Praxis?

Sollte der Besteller auf die Forderung auf Zahlung von Werklohn ein Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängel der Werkleistung geltend machen, nicht mit dem Einwand der Verjährung antworten.

Grund: siehe Entscheidung des BGH

Stattdessen:

Konkret nachfragen, seit wann der Mangel bekannt ist; überprüfen, ob dies zutreffend sein kann; Bauleiter befragen.

Wenn ja und der Mangel bereits vor Verjährung aufgetreten war:

Mangel beheben, damit der Besteller kein Recht zur Selbstbeseitigung hat und mit dessen Kosten Aufrechnung erklärt.

Wenn nein, der Mangel erst nach Verjährung in Erscheinung getreten ist:

Den Einwand der Verjährung erheben und den Besteller bestimmt abmahnen unter Fristsetzung und Klagandrohung bei Nichtzahlung.

2. Vorbehalt der Vertragsstrafe bei vorheriger Aufrechnung

Sachverhalt:

Die Parteien eines Bauwerkvertrags habe im Vertrag eine Vertragsstrafe aufgenommen, wonach der AN verpflichtet ist, für jeden Kalendertag der Überschreitung an den AG eine Vertragsstrafe von 0,2 % der Auftragssumme zu zahlen, höchstens 5 % der Nettoauftragssumme. Der AN hält unstreitig Vertragsfristen nicht ein. Der AG erklärt gegenüber einer Abschlagsrechnung die Aufrechnung mit der richtig und tatsächlich begründeten Vertragsstrafe. Der AG erklärt allerdings bei Abnahme gegenüber dem AN nicht den Vorbehalt der Vertragsstrafe. Der AN klagt den Betrag der Vertragsstrafe ein.

Das Gericht weist die Klage als unbegründet zurück. Der BGH bestätigt das Urteil als richtig und führt aus, dass es die bisher vertretene Auffassung aufgibt!!!!

Bisherige Auffassung des BGH – Urt. v. 4. November 1982 – VII ZR 11/82

Auch bei vorheriger Aufrechnung gegenüber dem Werklohnanspruch vor Abnahme der Werkleistung muss sich der AG bei der Abnahme die Geltendmachung der Vertragsstrafe vorbehalten (§ 341 Abs. 3 BGB).

Nach dieser alten BGH-Rechtsprechung hätte das Gericht der Klage stattgeben müssen.

Neue Rechtsauffassung des BGH – Urt. v. 5. November 2015 – VII ZR 43/15

Ein Vorbehalt der Vertragsstrafe bei Abnahme ist gemäß § 341 Abs. 3 BGB jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn der Besteller bereits vor der Abnahme die Aufrechnung mit der Vertragsstrafe erklärt hat und der Anspruch auf Vertragsstrafe infolgedessen bereits vollständig erloschen ist (Insoweit Aufgabe von BGH, Urt. v. 4.11.1982 – VII ZR 11/82).

Der BGH begründet diese neue Rechtsauffassung

- Nach dem Wortlaut von § 341 Abs. 3 BGB das ein Vorbehalt allein dann erforderlich ist, wenn der Strafanspruch bei der Abnahme noch besteht
- Dass das nochmalige Verlangen des Vorbehalts der Vertragsstrafe bei der Abnahme im Nachhinein die Aufrechnungswirkung entfallen würde.
- Nach dem Zweck der Vorschrift sollte eine unbillige Härte für den Schuldner vermieden werden, die darin besteht, dass er noch mit Werklohnansprüchen überzogen werden kann, mit denen er nicht mehr rechnet, weil der Werklohnanspruch noch nicht verjährt ist, obwohl kein Vorbehalt erklärt war.

Wichtig für die Praxis:

Für den AG:

Vorsorglich sollte der AG gleichwohl immer den Vorbehalt erklären, weil ev. ja

- zum Zeitpunkt der Aufrechnung die Aufrechnungslage noch nicht oder überhaupt nicht gegeben war,
- oder weil der Vertragsstrafeanspruch mit der erklärten Aufrechnung noch nicht vollständig erfüllt war

was erst bei unterschiedlicher Ansicht in einem Rechtsstreit endgültig geklärt wird.

Hat der AG sich dann nicht die Geltendmachung der Vertragsstrafe vorbehalten ist er später hiermit ausgeschlossen.

Für den AN:

Der AN sollte bei einer vorzeitigen Aufrechnung des AG mit Vertragsstrafeansprüchen gegenüber Abschlagszahlungen keine Einwände dagegen erheben, den AG im Glauben

lassen, die Aufrechnung werde akzeptiert, nach Abnahme dann aber in die Schlussrechnung den aufgerechneten Betrag mit einstellen.

Dies ist für den AN unschädlich. Er kann dann in Ruhe prüfen oder prüfen lassen, ob die Aufrechnung tatsächlich wirksam war und falls nicht und der AG sich weigert, vollständig den Werklohn zu zahlen, diesen einklagen, auch die bereits „verrechnete Vertragsstrafe“.

Erk Winkelmann
Rechtsanwalt und Notar a. D.
Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht