

# NewsLetter

2013-2 Seite 1

Schäferstraße 7  
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06  
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de  
www.dr-schwertfeger.de

## Bauvertragsrecht

### Beweisvereitelung

Nachdem der Bundesgerichtshof (BGH) mit Beschluss vom 6. Dezember 2012 (Az. VII ZR 170/11) die Nichtzulassung der Revision bestätigt hatte, wurde nachfolgendes Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Dresden vom 20. Juli 2011 (Az. 13 U 273/10) rechtskräftig.

Der Auftragnehmer (AN) hatte sich gegenüber dem Auftraggeber (AG) mit BGB-Bauvertrag zu bestimmten Sanierungsarbeiten verpflichtet. Der AN legte dem AG eine Abschlagsrechnung. Der AG verweigerte deren Bezahlung und forderte den AN unter Fristsetzung und Kündigungsandrohung zur Mangelbeseitigung auf. Der AN berief sich demgegenüber wegen der offenen Abschlagsrechnung auf ein Leistungsverweigerungsrecht. Nach Fristablauf sprach der AG die außerordentliche Kündigung des Bauvertrages aus. Der AN erstellte daraufhin seine Schlussrechnung und erhob Klage auf deren Bezahlung.

Das OLG hat zunächst festgestellt, dass der Vergütungsanspruch des AN trotz fehlender Abnahme fällig sei. Zwar sei nach der geänderten Rechtsprechung des BGH nunmehr auch beim gekündigten Werkvertrag eine Abnahme grundsätzlich erforderlich. Eine Ausnahme gelte jedoch, wenn der AG die Abnahme des Werkes ernsthaft und endgültig verweigere, oder wenn er nicht mehr Erfüllung des Bauvertrages, sondern Minderung oder Schadensersatz verlange, oder wenn er die Ersatzvornahme durchgeführt habe. So war es hier: Der AG hatte bereits zum Zeitpunkt der Kündigung deutlich gemacht, eine Nacherfü-

lung durch den AN nicht mehr zu wünschen, und hatte den behaupteten Mangel durch einen Nachunternehmer beseitigen lassen.

Mit diesen Mangelbeseitigungskosten rechnete der AG hilfsweise gegen den Vergütungsanspruch des AN auf. Nach Ansicht des OLG zu Unrecht, denn der Mangel sei nicht nachgewiesen. Zwar sei auch im Falle der Kündigung des Bauvertrages der AN bis zur Abnahme für die Mangelfreiheit seiner Leistung grundsätzlich beweispflichtig. Vorliegend nahm das OLG jedoch ausnahmsweise eine Beweisvereitelung (und in der Folge eine Beweislastumkehr) an, und zwar weil der AN keine Möglichkeit hatte, eigene Feststellungen zu dem vom AG behaupteten Mangel zu treffen. Denn der AG führte die Ersatzvornahme ohne vorherige Unterrichtung des AN durch und unterließ es auch, anschließend das durch die Ersatzvornahme ausgebaute Teil zu verwahren. Der vom AG benannte Zeuge bestätigte die Mangelhaftigkeit nicht.

### Praxishinweise

Das OLG Dresden stützte sich für seine Entscheidung auf das Urteil des BGH vom 23. Oktober 2008 (Az. VII ZR 64/07). Damals hatte der BGH entschieden, eine Beweisvereitelung sei nicht bereits deshalb anzunehmen, weil der AG eine Ersatzvornahme durchgeführt habe, könne aber z. B. dann angenommen werden, wenn der AG dabei ausgetauschte Teile nicht verwahre, oder wenn er dem AN nicht ermögliche, sich an der Schadensfeststellung zu beteiligen, oder wenn der AG keine Dokumentation erstelle.

RA Dr. Christian Schwertfeger

## Werkvertragsrecht

### Austauschsicherheit

In dem Fall des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf (Urteil vom 1. Juni 2012, Az. 22 U 159/11) hatte sich der Auftragnehmer (AN) werkvertraglich gegenüber dem Auftraggeber (AG) zur Lieferung und Montage von Fensterelementen und Markisen verpflichtet. In dem Werkvertrag hatten die Parteien einen 5 %igen Gewährleistungseinbehalt, ablösbar durch Bürgschaft, vereinbart. Nach der Abnahme der Bauleistung und Schlussrechnungslegung klagte der AN auf Auszahlung des Gewährleistungseinbehaltes.

Das OLG urteilte, die Klage sei nicht etwa abzuweisen, und zwar wegen fehlender Fälligkeit als „gegenwärtig unbegründet“, weil der AN dem AG noch keine Gewährleistungsbürgschaft gestellt hatte; sondern der Klage sei stattzugeben und der AG, allerdings nur Zug um Zug gegen Gestellung einer Gewährleistungsbürgschaft, zur Auszahlung zu verurteilen - ein nicht zuletzt für die Auferlegung der Prozesskosten wichtiger Unterschied.

#### Praxishinweise

Die wohl überwiegende Meinung ist anderer Ansicht als das OLG Düsseldorf und geht davon aus, dass der AN dem AG zunächst die Austauschsicherheit aushändigen muss, bevor sein Anspruch auf Auszahlung des Bareinbehaltes überhaupt erst fällig wird.

Das führt jedoch in der Praxis häufig zu dem Problem, dass bei Vorliegen von Mängeln der AG die Austauschsicherheit, also typischerweise die Gewährleistungsbürgschaft, behält und zusätzlich noch gegen den Bareinbehalt mit überschießen-

den Mängelbeseitigungskosten aufrechnet. Auch wenn das in jedem Falle unzulässig ist, da dem AG kein Anspruch auf doppelte Absicherung zusteht, hat der AN damit faktisch bis zu einer gerichtlichen Klärung ein (Liquiditäts-) Problem. Gerade davor wollte das OLG Düsseldorf den AN bewahren. Das OLG Düsseldorf vertritt damit aber eine Mindermeinung.

Nach der überwiegenden Meinung gilt:

Hat der AG im Zeitpunkt der Gestellung der Austauschsicherheit bereits einen auf Geld gerichteten Mangelanspruch (infolge fruchtlosen Ablaufs einer Mängelbeseitigungsfrist), kann der AG wählen: entweder er rechnet gegen den Bareinbehalt auf (und schickt die Bürgschaft unverzüglich an den AN zurück) oder er behält die Bürgschaft (und zahlt den Bareinbehalt unverzüglich an den AN aus). Hat der AG im Zeitpunkt der Gestellung der Austauschsicherheit noch keinen auf Geld gerichteten Mangelanspruch, muss er den Bareinbehalt unverzüglich an den AN auszahlen.

Zur Sicherheit empfiehlt sich, dass der AN zusätzlich bei Übersendung der Austauschsicherheit ausdrücklich darauf hinweist, dass die Bürgschaft unter der (auflösenden) Bedingung stehen soll, dass der AG den Bareinbehalt auch wirklich auszahlt.

Der AG sollte daran denken, sich vor der Auszahlung des Gewährleistungseinbehaltes eine aktuelle Freistellungsbescheinigung (nach §§ 48 ff. EStG) des AN vorlegen zu lassen.

Sollte der AG die Herausgabe der Sicherheit unberechtigt verweigern, kann der AN ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen und so z. B. die Mängelbeseitigung verweigern.

RA Dr. Christian Schwertfeger