

Keine Aufrechnung mit Nachbesserungskosten ohne Kündigung des Bauvertrages

Der Sachverhalt

Das Oberlandesgericht Koblenz hatte in seinem Urteil vom 16.01.2004 (AZ 8 U 889/03)¹ über folgenden Fall (vereinfachter Sachverhalt) zu entscheiden. Die Klägerin (Auftragnehmerin/Unternehmerin) war von der Beklagten (Auftraggeberin/Bestellerin) mit der Errichtung von Betonarbeiten usw. zu einem Pauschalpreis von 27.875,64 € beauftragt worden. Die VOB/B wurde Bestandteil des Vertrages. Die Hälfte des vereinbarten Werklohns hat die Beklagte bezahlt. Die zweite Hälfte hat die Klägerin mit der vorliegenden Klage geltend gemacht. Die Beklagte hat mit Nachbesserungskosten aufgerechnet. Eine Abnahme hatte nicht stattgefunden.

Zu den rechtlichen Grundlagen der Entscheidung

Gemäss § 8 Nr. 1 VOB/B kann der Auftraggeber bis zur Vollendung der Leistung den Werkvertrag jederzeit kündigen. Dem Auftragnehmer steht dann die vereinbarte Vergütung zu. Er muss sich jedoch das anrechnen lassen, was er in Folge der Aufhebung des Vertrages an Kosten erspart hat. Bleibt ein Bau vor der Abnahme „stecken“, etwa weil der Werklohn in Hinblick auf bestehende Mängel nicht mehr bezahlt wird, muss der Auftraggeber diese Regelung beachten. Will der Auftraggeber sich vom

¹ veröffentlicht in NJW-RR 2004, 1670

Bauvertrag lösen, so muss er gemäss § 8 Nr. 3 VOB/B i. V. m. § 4 Nr. 7 VOB/B dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen und erklären, dass er nach fruchtlosem Fristablauf den Auftrag entziehen werde. Beachtet er dies nicht und lässt er die Mängel vor der Fristsetzung mit Kündigungsandrohung und Kündigung beseitigen, so riskiert er, trotz der angefallenen Nachbesserungskosten, den vollen Werklohn abzüglich der ersparten Aufwendungen zahlen zu müssen.

Die Aufrechnung mit Gegenforderungen (Nachbesserungskosten) bewirkt gemäss § 389 BGB das Erlöschen der Klageforderung in Höhe der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung. Die Klageforderung (Hauptforderung) und die Aufrechnungsforderung (Gegenforderung) erlöschen.

Die Entscheidung

Im vorliegenden Fall hat das OLG Koblenz zunächst einen fälligen Restwerklohnanspruch des Auftragnehmers bejaht und die Aufrechnung der Auftraggeberin nicht durchgreifen lassen. Die Kosten der Nachbesserung konnten dem Werklohnanspruch nicht entgegengehalten werden, weil die Auftraggeberin der Auftragnehmerin keine Kündigung gemäss § 8 Nr. 3 VOB/B unter den dort genannten Voraussetzungen ausgesprochen hatte.

Das OLG Koblenz legte jedoch zu Gunsten der Auftraggeberin fest, dass dies nicht dazu führen würde, dass die Auftraggeberin den Restwerklohnanspruch in vollem Umfang schulden würde. Vielmehr entschied das OLG Koblenz, dass für den Fall einer Werklohnklage nach Vollendung des Werkes durch einen Drittunternehmer ohne vorherige Kündigung gegenüber dem ursprünglichen Auftragnehmer weder das BGB noch die VOB/B-Regelung bereit halten und deshalb § 8 Nr. 1 VOB/B (und § 649 BGB beim BGB-Werkvertrag) entsprechend anwendbar sind. Die Sachlage entspricht in dieser Fallkonstellation der Situation nach einer jederzeit möglichen Kündigung des Werkvertrages. Es liege demnach in solchen Fällen keine Aufrechnungslage vor, sondern es ist von einem Werklohnanspruch des Unternehmers auszugehen, der analog den § 8 Nr. 1 VOB/B (§ 649 BGB für den BGB-Werkvertrag) um die von dem Unternehmer ersparten Aufwendungen für Nachbesserungskosten zu vermindern ist. Das OLG meinte weiter, dass diese Auffassung auch nicht in Widerspruch zu der Rechtsprechung des BGH stünde, wonach dem Auftraggeber eines VOB/B-Werkvertrages ein Anspruch auf Nachbesserungskosten nur zusteht, wenn der Auftrag vorher durch Kündigung entzogen wurde (§ 8 Nr. 3 VOB/B) oder wenn der Auftragnehmer die vertragsgemäße Fertigstellung vorher verweigert hat. Vorwiegend ginge es jedoch nicht um eingeklagte Ansprüche des Auftraggebers, sondern um den Restwerklohnanspruch des Auftragnehmers. Dieser

Restwerklohnanspruch in Höhe von 13.937,82 € ist, um die ersparten Aufwendungen in Höhe der Nachbesserungskosten für die Mängelbeseitigung zu kürzen.

Schlussfolgerungen

Will der Auftraggeber sich vor der Abnahme wegen Mängeln des Werkes vom Bauvertrag lösen, muss er die Regelung in § 8 Nr. 3 VOB/B i. V. m. § 4 Nr. 7 VOB/B beachten. Danach muss die gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung fruchtlos abgelaufen sein und eine Kündigung ausgesprochen werden. Erst dann kann die Beauftragung eines Drittunternehmers zur Mängelbeseitigung erfolgen. Beachtet der Auftraggeber diese Regelung nicht, so kann er mit den Nachbesserungskosten nicht aufrechnen. Der Auftragnehmer kann dann den vollen Werklohnanspruch geltend machen. Nach der Entscheidung des OLG Koblenz ist es jedoch noch möglich, die Nachbesserungskosten als ersparte Aufwendungen zu behandeln. Diese reduzieren dann die Werklohnforderung des Auftragnehmers.