

Folgen der Verhinderung der Mängelbeseitigung durch Besteller (Bauherrn)

Das Oberlandesgericht (OLG) Celle¹ entschied, dass der Besteller zwar seinen - eventuellen - Mängelbeseitigungsanspruch materiell-rechtlich nicht verwirkt, wohl aber im Prozess des Unternehmers auf Werklohnzahlung unterliegt, sofern er (zu Unrecht) schon die Aufklärung der Frage, ob überhaupt ein Mangel vorliegt, verweigert.

Der Sachverhalt

Der Kläger (Unternehmer) hatte im Bauvorhaben des Beklagten (Besteller) eine Heizungsanlage eingebaut und machte Restwerklohn in Höhe von ca. 20.000,00 € geltend. Der Beklagte behauptete diverse Mängel und bekämpfte das erstinstanzliche Urteil insoweit, als keine Zug-um-Zug-Verurteilung (Zahlung Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung) erfolgte. Im vorliegenden Fall hatte es der Beklagte immer wieder verstanden, die Angelegenheit zu verzögern, anstatt die vorgeschlagenen Besichtigungstermine zu akzeptieren oder seinerseits konkrete Gegenvorschläge zur Mängelbesichtigung zu machen. Dem Kläger war es immer wieder verwehrt worden, die Baustelle mit der mangelbehafteten Heizungsanlage zu betreten.

Zu den rechtlichen Grundlagen des Falles ist Folgendes anzumerken. Es ist von herausragender Bedeutung, dass dem Unternehmer das Recht der Mängelbeseitigung

¹Urteil vom 13.07.04 (AZ 16 U 41/04), veröffentlicht in NJW-RR 2004, 1669.

zusteht, wozu natürlich auch gehört, sich vor Ort den gerügten Mangel anzusehen. Dieses Recht darf ihm grundsätzlich nicht genommen werden. Für nahezu sämtliche Ansprüche des Bestellers auf Nacherfüllung/Nachbesserung ist deshalb Voraussetzung, dass der Unternehmer zuvor zur Mängelbeseitigung vergeblich aufgefordert worden ist. Nimmt man dem Unternehmer die Möglichkeit, den gerügten Mangel selbst zu beseitigen und wenigstens vorher zu besichtigen, so führt dies in der Regel zum Verlust des Anspruchs des Bestellers auf Nacherfüllung/Nachbesserung (z. B. Anspruchsvoraussetzung für die Selbstvornahme mit Aufwendungsersatz in § 637 Abs. 1 BGB).

Die Entscheidung

Das Oberlandesgericht Celle entschied im vorliegenden Fall wie folgt. Verweigert der Besteller dem Unternehmen noch zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung das Betreten des Hauses und damit die Überprüfung der Frage, ob und bejahenden Falls welche Mängel überhaupt vorliegen, dann ist dem Gesetz, nämlich den § 293 f. BGB, grundsätzlich zu entnehmen, dass die aus dem Werkvertrag folgenden Rechte des Bauherrn materiell zwar nicht entfallen, jedoch suspendiert werden. Eine Verwirkung wird nur ausnahmsweise in Betracht kommen, weil abgesehen von dem Zeitmoment in der Regel das Umstandsmoment nicht vorliegen wird und sich nicht sagen lässt, dass der Unternehmer im Vertrauen darauf, keine Mängel beseitigen zu müssen, finanzielle Dispositionen getroffen hätte. Deshalb rechtfertigt sich eine

Lösung dahingehend, dass das Recht des Bestellers auf Nachbesserung wegen seines Annahmeverzuges zur Zeit nicht fällig und der Werklohnanspruch begründet ist. Der Besteller ist allerdings nicht gehindert, in einem weiteren Aktivprozess seine Gewährleistungsansprüche durchzusetzen, sofern er es sich anders überlegt und andere Gründe für deren Untergang nicht greifen.

Fazit

Der Besteller einer Bauleistung hat unbedingt darauf zu achten, dass er dem Unternehmer das Recht zur Selbstbeseitigung des Mangels nicht nimmt. Hierzu gehört es auch, dass der Besteller dem Unternehmer die Möglichkeit einräumt, die mangelhafte Bauleistung zu besichtigen. Wird dem Unternehmer dieses Recht genommen, so wird der Besteller mit seiner Mängelbehauptung im Werklohnprozess zunächst nicht gehört. Er muss in einem neuen Prozess seine etwaigen Mängelansprüche geltend machen und trägt damit das Insolvenzrisiko des Unternehmers.