

## § 648a BGB: Vergütungsanspruch nach Vertragsaufhebung

Nach Aufhebung des Vertrags infolge Nichtstellung einer Sicherheit gemäß § 643 Satz 2, § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB hat der Unternehmer Anspruch auf Vergütung nur für die von ihm tatsächlich erbrachten Leistungen, soweit diese mängelfrei sind. Soweit Mängel vorliegen, ist der Vergütungsanspruch um die infolge eines Mangels entstandenen Minderwerte zu kürzen, in der Regel um diejenigen Kosten, die notwendig sind, um den Mangel beseitigen zu lassen.

OLG Brandenburg, Urteil vom 28.05.2009 - 12 U 171/07, in IBR 2009, S. 583

BGB a.F. §§ 643, 645, 648a

### Problem/Sachverhalt

---

Bevor der Unternehmer (U) Fenster, Türen und Rollladenanlagen für das Wohn- und Geschäftshaus vollständig geleistet hat, fordert er Sicherheitsleistung nach § 648a BGB, die trotz Nachfristsetzung mit Kündigungsandrohung nicht erbracht wird. Gegen die Klage auf Restwerklohn in Höhe von 18.000 Euro wendet der Auftraggeber insbesondere Mängelbeseitigungskosten ein. Der Sachverständige stellt Mängelbeseitigungskosten fest, die den Werklohnanspruch übersteigen.

### Entscheidung

---

Die Vergütungsklage wird abgewiesen. Nach der hier aufgrund des länger zurückliegenden Vertragsschlusses anwendbaren alten Fassung des BGB gilt der Vertrag durch den fruchtlosen Ablauf der Nachfrist mit Kündigungsandrohung als aufgehoben (BGB § 643 Abs. 1, §§ 645, 648a). Der U wird von jeglicher Pflicht frei, den Vertrag zu erfüllen. Ihm steht aber nicht die volle Vergütung zu, sondern nur soweit die Leistung erfüllt, das heißt mängelfrei erbracht ist. Der Vergütungsanspruch ist um den infolge eines Mangels entstandenen Minderwert zu kürzen. Dieser ist regelmäßig identisch mit den Mängelbeseitigungskosten, wobei die Kosten einer Mängelbeseitigungsmaßnahme durch ein Drittunternehmen und nicht die Selbstkosten des U anzusetzen sind.

### Praxishinweis

---

Die Entscheidung zeigt, dass bei einer fiktiven Kündigung infolge des Fristablaufs der U kein Nacherfüllungsrecht mehr hat. Die Vertragsaufhebung kann also für ihn zum Bumerang werden, wie im vorliegenden Fall, in dem die gutachterlich ermittelten Mängelbeseitigungskosten sogar eine Überzahlung aufgedeckt haben. Für Verträge, die seit Anfang 2009 abgeschlossen worden sind, ist § 648a BGB in der durch das Forderungssicherungsgesetz geänderten Fassung jetzt anwendbar. Danach hat der U jetzt einen **Anspruch auf eine Sicherheit**. Nach Ablauf einer hierzu gesetzten angemessenen Frist von regelmäßig 10 Tagen kann er nicht nur wie bislang seine Leistungen verweigern, sondern auch die Sicherheit einklagen. Da die Nichtstellung der Sicherheit jetzt **eine Vertragsverletzung des Auftraggebers darstellt, kann der U den Vertrag - ohne Nachfristsetzung (also regelmäßig nach Ablauf der Frist von 10 Tagen) - außerordentlich kündigen!** Die Rechtsfolgen sind im Einzelnen noch nicht abschließend geklärt. Insbesondere wird diskutiert, ob der U wegen der trotz der Kündigung noch bestehenden Mängelbeseitigungspflicht noch einmal Sicherheit fordern und erneut eine Kündigung aussprechen muss, um sich von seiner Mängelbeseitigungspflicht zu lösen (vertiefend mit anschaulichem Fallbeispiel: Schmitz in BauR 2009, 714).

*RA und FA für Bau- und Architektenrecht Arndt Maas, Leipzig*