

Olaf Muthorst*

Werklohn für Reparatur vor Abnahme

BGB § 631 Dem Werkunternehmer kann weitere Vergütung bei Reparatur vor Abnahme zustehen.

Erteilt der Besteller einen Reparaturauftrag, kann dem Werkunternehmer auch dann eine Vergütung zustehen, wenn der Besteller das Werk noch gar nicht abgenommen hatte und der Unternehmer ohnehin zur Reparatur verpflichtet war.

BGH, Urteil vom 08.03.2012 – VII ZR 177/11, NJW 2012, 2105–2107

Sachverhalt

Der U verlangt von B Werklohn für die Reparatur eines PVC-Bodens. U war von B am 16.05.2006 mit der Verlegung dieses Fußbodens beauftragt worden.¹ Nach Fertigstellung des Estrichs hatte U es zunächst aufgrund dessen Restfeuchte abgelehnt, den Boden schon zu verlegen. B hatte auf der sofortigen Verlegung bestanden und U insoweit aus der Gewährleistung für diejenige Blasen- und Beulenbildungen, die auf die zu hohe Estrichfeuchte zurückzuführen sind, entlassen. Nachdem U den Fußboden verlegt hatte, wurde das Gebäude durch N gereinigt. Dabei stand das gesamte Geschoss kurzzeitig unter Wasser. In der Folgezeit zeigten sich am Fußboden Blasen. Der Bauleiter K des B beauftragte U daher mündlich mit der Reparatur zum Stundenlohn. Mit Schreiben vom 19.09.2006 bestätigte B „die Beauftragung über die Reparaturarbeiten des Schadens am PVC-Belag am Bauvorhaben, welcher aufgrund der zu nassen Reinigung entstanden ist.“ U hat diese Reparatur durchgeführt und verlangt von B Werklohn.

Problemaufriss

Ein Werklohnanspruch des U setzt einen Werkvertrag mit B voraus, denn gemäß § 631 I BGB wird der Besteller durch den Werkvertrag zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Aus dem ursprünglichen Werkvertrag steht U für die Reparatur keine gesonderte Vergütung zu. Möglicherweise kann U aber aus einem zweiten, später geschlossenen Werkvertrag eine Vergütung für die Reparatur verlangen. Unmittelbar haben U und B keinen zweiten Vertrag geschlossen. Der Bauleiter K des B hat vielmehr den U beauftragt und B diesen Auftrag mit Schreiben vom 19.09.2006 bestätigt. Wenn K dabei als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt hat,

kommt es also darauf an, ob das Schreiben des B eine Genehmigung i. S. v. § 177 I BGB war.

Davon zu unterscheiden ist eine zweite Frage, denn nicht jeder Werkvertrag ergibt auch einen Vergütungsanspruch. Keine besondere Vergütung schuldet ein Besteller nämlich dann, wenn der Unternehmer zu der jeweiligen Leistung bereits aufgrund eines bestehenden Werkvertrages verpflichtet ist. Denn diese Leistung ist dann bereits durch die im ursprünglichen Vertrag vereinbarte Vergütung abgegolten. Dass diese Leistung zum Bestandteil einer nachträglichen Vereinbarung wird, kann daran nichts ändern. Auch aufgrund einer Nachtragsvereinbarung erhält der Unternehmer eine zusätzliche Vergütung also nur für eine bislang nicht abgegoltene Mehrleistung.² Anders ist das nur, wenn der Besteller eine gesonderte Vergütungspflicht selbständig anerkannt oder sich die Parteien gerade zu dieser Frage verglichen haben.³

Aus dem Werkvertrag ist der Unternehmer gemäß § 631 I BGB zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet. Der Besteller trägt erst ab Abnahme die Vergütungsgefahr (§ 644 I 1 BGB), also das Risiko, die Vergütung zahlen zu müssen, ohne das (mangelfreie) Werk zu erhalten. Umgekehrt trägt der Unternehmer bis zur Abnahme (§ 640 BGB) die Leistungsgefahr, also das Risiko, das beschädigte oder zerstörte Werk erneut herstellen zu müssen, und zwar bis zur Grenze der Unmöglichkeit i. S. v. § 275 BGB.⁴ Für die Leistungsgefahr gelten insoweit die allgemeinen Vorschriften.⁵ Wird das Werk vor Übergang der Leistungsgefahr durch den Besteller oder einen Dritten beschädigt oder zerstört, hat der Unternehmer eventuell Ersatzansprüche⁶, an seiner eigenen vertraglichen Leistungspflicht ändert das aber nichts.⁷

Deshalb hat sich im hier zu besprechenden Fall der B auf den Standpunkt gestellt, er habe den U nur mit Leistungen beauftragt, zu denen U ohnehin verpflichtet gewesen sei. Denn der Fußboden sei schadhaft gewesen und die Leistungsgefahr mangels Abnahme noch nicht auf den B übergegangen. Dass B den U aus der Gewährleistung für

* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

¹ Dass dafür die VOB/B einbezogen waren, wird im Folgenden außer Betracht gelassen.

² BGH NJW-RR 2005, 1179 (1180); NJW-RR 2011, 378 (379); *Sprau*, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 632 Rn. 4.

³ BGH NJW-RR 2005, 1179 (1180).

⁴ *Busche*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 644 Rn. 1.

⁵ *Sprau*, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, §§ 644, 645 Rn. 2.

⁶ *Sprau*, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, §§ 644, 645 Rn. 10.

⁷ *Leidig/Hürter*, Zusätzliche Vergütung für Reparaturarbeiten vor Abnahme, NZBau 2012, 688 (688: „rigorose Erfolgshaftung bis zur Abnahme“).

diejenigen Schäden entlassen hatte, die auf die zu hohe Estrichfeuchte zurückzuführen sind, spielte keine Rolle, denn der Auftrag vom 19.09.2006 habe solche Schäden ohnehin nicht umfasst, sondern nur diejenigen, die aufgrund der zu nassen Reinigung durch N entstanden waren und für die U demnach einzustehen hatte. Mit der Beseitigung anderer Schäden sei U nicht beauftragt gewesen.

Zur Entscheidung

Diese Argumentation ist auf den ersten Blick überzeugend. Der BGH ist ihr trotzdem nicht gefolgt. Er hat gefragt, ob der U das Schreiben des B vom 19.09.2006 als eine Genehmigung i. S. v. § 177 I BGB verstehen durfte.⁸ Daran kann man zweifeln, denn im Unterschied zu K hat B die Beauftragung nur auf denjenigen Schaden bezogen, „welcher auf Grund der zu nassen Reinigung entstanden ist“. Der BGH bejaht die Genehmigung gleichwohl in einem Satz: „Die Kl. konnte aus ihrer Sicht die Genehmigung nur so verstehen, dass der Werkvertrag zu den mündlich mit dem Bauleiter K zuvor vereinbarten Bedingungen zu Stande kommen sollte.“⁹ Es geht also um die Auslegung einer Willenserklärung nach dem objektivierten Empfängerhorizont (§ 133 BGB). Als empfangsbedürftige Willenserklärung¹⁰ ist die Erklärung des B so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste.¹¹

Gründe, weshalb U die Erklärung des B als Genehmigung verstehen konnte, finden sich in der Entscheidung erst in einem ganz anderen Zusammenhang. Nachdem der BGH die Genehmigung des Vertragsschlusses geprüft hat, geht er auf die Argumentation des B ein, der Vertrag beziehe sich auf eine von U ohnehin zu erbringende Leistung. Der BGH hält das für unerheblich. U könne die Vergütung ungeachtet des Umstandes verlangen, dass er auch Leistungen erbracht hat, zu denen er möglicherweise bereits verpflichtet war.¹² Auch dieses Ergebnis gewinnt der BGH im Wege der Auslegung. Zwar beziehe sich der Auftrag an sich auf eine Leistung, die der U ohnehin zu erbringen hatte. B habe sich aber „ohne Weiteres“ bereit erklärt, eine gesonderte Vergütung für die Reparatur des zerstörten Belags zu übernehmen. Das wird darauf gestützt, dass B einen Streit darüber, ob die Schäden auf der Restfeuchte des Estrichs oder der zu nassen Reinigung beruhten, gar nicht erst habe aufkommen lassen. B habe nicht darauf bestanden, dass U den Schaden auf eigene Kosten beseitigt, sondern die Erwartung be-

gründet, für die Reparatur eine angemessene Vergütung zu zahlen und sich auf eigenes Risiko beim Reinigungsunternehmen schadlos zu halten.¹³ Hinzu komme, dass schon vor der Reparatur klar gewesen sei, dass sich die Ursache der Blasenbildung – Restfeuchte oder Reinigung – nicht würde aufklären lassen. Vor diesem Hintergrund habe der U annehmen dürfen, die entgeltliche Beauftragung könne nicht durch die Möglichkeit in Frage gestellt werden, ohnehin zur Reparatur verpflichtet zu sein.¹⁴ Im Fall der Doppelverpflichtung kann sich also nicht nur aus Anerkenntnis oder Vergleichsschluss, sondern auch im Wege der Auslegung der Nachtragsvereinbarung eine selbständige Vergütungspflicht ergeben.¹⁵

Die Umstände des Sachverhalts mögen Anlass geben, den Fall im Sinne des BGH zu entscheiden – auf der Hand liegt das aber keineswegs. Und zwar selbst dann nicht, wenn man eine entsprechend auslegbare Nachtragsvereinbarung mit dem BGH genügen lassen will.¹⁶

Naheliegender ist es freilich, mit dem BGH den im Schreiben vom 19.09.2006 formulierten Relativsatz „welcher aufgrund der zu nassen Reinigung entstanden ist“ nicht als Einschränkung hinsichtlich des beauftragten Leistungsumfanges (in dem Sinn, dass U nur denjenigen Schaden reparieren soll, zu deren Reparatur er ohnehin bereits verpflichtet ist) zu verstehen, sondern als Dokumentation einer gemeinsamen Ansicht über die Regresspflichtigkeit des Reinigungsunternehmens N (die Kosten der Reparatur habe letztlich N zu tragen). Für U ist – was B weiß – gar nicht erkennbar, ob eine Fußbodenstelle aufgrund von Restfeuchte oder aufgrund zu nasser Reinigung schadhaft ist.

Der BGH entnimmt diesem Relativsatz aber noch die zusätzliche Aussage, zwischen B und U bestehe nicht nur Einigkeit über die Regresspflicht des N, sondern auch darüber, dass B dem U das Regressrisiko abnehme, indem er zunächst eine selbständige Vergütung zahle. Das hingegen erscheint zweifelhaft. Dass beide Parteien letztlich den N in der Verantwortung gesehen haben, bedeutet keine Regressrisikoübernahme durch B. Wenn eine Nachtragsvereinbarung keinen neuen Werklohnanspruch auslöst, soweit der Unternehmer ohnehin zur Leistung verpflichtet ist, kann man B nicht vorwerfen, nicht darauf bestanden zu haben, dass U den Schaden auf eigene Kosten beseitigt. Die Bereitschaft, eine gesonderte Vergütung für eine ohnehin schon geschuldete Leistung zu versprechen, kann kaum davon abhängen, wie leicht oder schwer die Schadensursache aufzuklären ist.

⁸ BGH NJW 2012, 2105 (2106, Tz. 15).

⁹ BGH NJW 2012, 2105 (2106, Tz. 15).

¹⁰ Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. 2011, Rn. 1699.

¹¹ Nach st.Rspr., vgl. BGHZ 36, 30 (33); Ellenberger, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 133 Rn. 9 m. w. N.

¹² BGH NJW 2012, 2105 (2106, Tz. 16).

¹³ BGH NJW 2012, 2105 (2106 f., Tz. 19).

¹⁴ BGH NJW 2012, 2105 (2107, Tz. 20).

¹⁵ Leidig/Hürter, NZBau 2012, 688 (688).

¹⁶ Insoweit zustimmend Leidig/Hürter, NZBau 2012, 688 (689 ff.).

Dann träge aber auch die Überlegung des BGH nicht zu, es sei unerheblich, ob U ohnehin zur Reparatur verpflichtet ist. Vielmehr müsste man den Fall nach Beweislast entscheiden, denn ob eine Fußbodenstelle aufgrund von Restfeuchte oder aufgrund zu nasser Reinigung schadhaft ist, dürfte sich im Nachhinein erst recht kaum aufklären lassen. Die Beweislast dafür, dass eine Leistung nicht zum ursprünglichen Leistungsumfang gehört, trägt nach allgemeinen Regeln aber der Unternehmer.¹⁷ Insoweit hatte das Berufungsgericht angenommen, diese Beweisnot des U müsse den B treffen, weil er sich

verpflichtet habe, den U von den Nachteilen aufgrund fehlender Verlegungsreife des Estrichs freizustellen.¹⁸ Das ist allerdings ebenfalls zweifelhaft, denn die Voraussetzungen dafür, dass ein Mangel unter eine Freizeichnungsvereinbarung fällt, muss ebenfalls der Unternehmer beweisen.¹⁹ Es wäre also richtigerweise der Schaden des U, dass ihn B nur hinsichtlich derjenigen Blasen und Beulen aus der Gewährleistung entlassen hat, die auf die zu hohe Estrichfeuchte zurückzuführen sind, und nicht wegen jeglicher Blasen- und Beulenbildung.

17 BGH NJW-RR 1996, 952 (953); NJW 1999, 2270 (2271); NJW-RR 2002, 740 (741).

18 Vgl. BGH NJW 2012, 2105 (2106, Tz. 10f.).

19 Vgl. Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 444 Rn. 4.

Stefanie Kemme*

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen – Obhutsverhältnis eines Vertretungslehrers gegenüber Schülern

StGB § 174 I Nr. 1

Ein die Anforderungen des § 174 I Nr. 1 StGB erfüllendes Anvertrautsein setzt ein den persönlichen, allgemein menschlichen Bereich erfassendes Abhängigkeitsverhältnis des Jugendlichen zu dem jeweiligen Betreuer i. S. einer Unter- und Überordnung voraus.

BGH, Beschluss vom 25.04.2012 – 4 StR 74/12, NStZ 2012, 690–691

Sachverhalt

Der Angeklagte A war von 2000 bis 2011 Sport- und Erdkundelehrer an einer Realschule. Zusätzlich bildete er für das Deutsche Rote Kreuz seit 2002 im Rahmen eines zusätzlichen, von ihm im Einvernehmen mit Schulaufsicht und Schulleitung eingerichteten freiwilligen Schulsanitätsdienstes Schüler und Schülerinnen ab der Klassenstufe 6 zu Schulsanitätern aus. Dabei handelte es sich um ein zusätzliches Angebot der Schule außerhalb des verpflichtend erteilten Unterrichts in Form einer Arbeitsgemeinschaft, weshalb eine Teilnahme daran lediglich ohne Benotung im Zeugnis vermerkt wurde. A war ferner von 2003/2004

bis 2010 Leiter des Deutschen Jugend-Rot-Kreuzes (DJRK) in W. Die im Tatzeitraum zuletzt 15 Jahre alte Geschädigte G besuchte die Realschule, an der A tätig war. Er war jedoch weder ihr Klassenlehrer noch unterrichtete er sie, von Vertretungsfällen abgesehen, in einem bestimmten Fach. Seit 2008 nahm G an dem von A veranstalteten Schulsanitätsdienst sowie – in ihrer Freizeit – an den von ihm geleiteten Gruppenstunden im DJRK teil.

Infolge der Trennung ihrer Mutter von ihrem Stiefvater entwickelte G 2009 eine massive Essstörung. Zwischen A, der ihre schlechte Verfassung bemerkte, und G, die sich daraufhin dem A zuwandte und ihm rückhaltlos von ihren privaten Problemen berichtete, entstand in der Folgezeit eine enge persönliche Beziehung, in der es zu einer Reihe sexueller Handlungen bis hin zum vaginalen und Analverkehr kam.

Das LG Bochum hat A wegen sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen in zwölf Fällen verurteilt. Die Revision des A hatte im Wesentlichen Erfolg. Der BGH führte aus, es sei nicht ausreichend dargetan, ob die Vertretungstätigkeit und der Schulsanitätsdienst unter der Leitung des A die Voraussetzungen einer Obhutsbeziehung erfüllen.

* Juniorprofessorin für Strafrecht an der Universität Hamburg.