

NZBau 2000, 129 = NJW 2000, 956 = BauR 2000, 573; NZBau 2010, 746 = NZM 2010, 910 = NJW 2010, 3365 = BauR 2010, 2107). Baugeldempfänger konnten nach dieser Rechtsprechung Bauträger, Generalunternehmer und Generalübernehmer sein, da diese hinsichtlich des Teils der ihnen als Vergütung gezahlten Beträge, die bei wirtschaftlicher Betrachtung den ihnen nachgeordneten Unternehmern gebühren, einem Treuhänder angenähert sind. Generalunternehmer oder Generalübernehmer sind in aller Regel darüber informiert, ob und inwieweit der Bauherr des Objekts seinerseits durch Hypothek oder Grundschuld gesicherte Gelder verwendet. Sie bestimmen darüber, wie diese Gelder weiterverwendet werden und haben insoweit die volle Verfügungsgewalt über das Baugeld zur Finanzierung der Handwerkerleistungen. Ob sie selbst Bauherr sind oder für Rechnung eines anderen arbeiten, ist eine organisatorische Frage, die von den wirtschaftlichen, insbesondere steuerlichen Rahmenbedingungen abhängt. Eine solche Treuhändereigenschaft fehlt demgegenüber regelmäßig bei demjenigen, der nur Teilbereiche des Bauvorhabens verrichtet (BGH, NZBau 2000, 129 = NJW 2000, 956 = BauR 2000, 573-575). Zwar war anerkannt, dass auch derjenige, der nicht das Gebäude errichtet in Ausnahmefällen Baugeldempfänger sein kann, dies jedoch nur, wenn weiterhin eine mit einem umfassend beauftragten Generalunternehmer vergleichbare Stellung besteht (BGH, NZBau 2010, 746 = NZM 2010, 910 = NJW 2010, 3365 = BauR 2010, 2107). Eine solche mit einem Generalunternehmer vergleichbare Stellung lag bei der X-GmbH nicht vor, da sie gerade nur eine Beratungsfunktion hinsichtlich eines Teilbereiches hatte.

Nach der nunmehrigen Änderung der Rechtslage ist umstritten, ob derjenige, der nur mit einem Teil des Baus beauftragter Auftragnehmer ist, hinsichtlich des dafür erhaltenen Werklohns Empfänger von Baugeld i. S. des § 1 BauFordSiG ist. Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht wurde durch das am 1. 1. 2009 in Kraft getretene BauFordSiG der bisherige Baugeldbegriff gem. § 1 III 1 Nr. 2 BauFordSiG erweitert. Danach sei in jeder Zahlung des jeweiligen in der Vertragskette vorgelagerten Auftraggebers an seinen jeweiligen Nachmann Baugeld zu sehen (Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, IBR-online, Stand: 31. 10. 2011, Rdnr. 524, 524 I mit ausführlicher Darstellung des Meinungsstands in Fußn. 659). Nach einer gegenteiligen Ansicht sei durch die Neufassung des BauFordSiG derjenige, der nur mit einem Gewerk beauftragt worden sei und einen Nachunternehmer einschaltete, nicht als Baugeldempfänger anzusehen und die bisherige Rechtsprechung des BGH weiterhin anzuwenden (Hochstadt, NJW 2013, 1712; Stammkötter, BauFordSiG, 3. Aufl., Rdnrn. 17, 28, 323, 331; ders., BauR 2009, 1521 [1523]). Eine höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu liegt nicht vor. Lediglich das OLG München, NZBau 2013, 171 = NJW-RR 212 = NJW 2013, 1749 L hat, ohne dies abschließend zu entscheiden, angedeutet, dass es die Literaturmeinung für überzeugend erachtet, die die bisherige Rechtsprechung des BGH weiterhin anwendet. Dieser Ansicht schließt sich die erkennende Kammer an. Dass durch die Neuregelung des Gesetzes eine ausufernde Neuregelung der Baugeldempfänger-Eigenschaft geschaffen werden sollte, ist nicht ersichtlich. Die Neuregelung in § 1 III 1 Nr. 2 BauFordSiG bewirkt unzweifelhaft eine Abkoppelung des Baugeldbegriffs von der dinglichen Sicherung (vgl. hierzu BGH, NZBau 2013, 293 [m. Anm. Hammacher] = NJW-RR 2013, 393). Eine darüber hinausgehende Erweiterung der Baugeldempfänger-Eigenschaft ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus den Gesetzesmaterialien. In den Gesetzesmaterialien heißt es insoweit: „In Nr. 2 wird der Baugeldbegriff erweitert und konkreter an der Neufassung des § 641 BGB ausgerichtet. Es sind alle Gelder erfasst, die ein Unternehmer in der Kette nach dem Bauherrn erhält, auch Eigenmittel.“

Aus der Formulierung „alle Gelder ... die ein Unternehmer in der Kette nach dem Bauherrn erhält“ wird teilweise abgeleitet, damit sei auch die Vergütung für eine anteilige Leistung zur Herstellung des Bauwerks erfasst. Damit wird jedoch die Gesetzesbegründung überinterpretiert. Die zitierte Formulierung findet sich in einer Erläuterung, warum die bis dahin geltende Regelung, nach der beim Bauherrn nur grundpfand-

rechtlich gesicherte Baugelder als Baugeld gelten, erweitert werden muss. Die Formulierung „alle Gelder“ sollte also nur den Umfang der maßgeblichen Gelder über die grundpfandrechtl. gesicherten hinaus beschreiben. (Hochstadt, NJW 2013, 1712 [1713]).

Da die X-GmbH nicht Baugeldempfängerin war, hat der Bkl. auch kein Baugeld zweckwidrig verwendet.

Andere Anspruchsgrundlagen liegen nicht vor.

(Mitgeteilt von Rechtsanwalt T. Weimer, Limburg/Lahn)

**Anm. d. Schriftlgt.:** Zur zit. Entscheidung BGH, NZBau 2013, 293 = NJW-RR 2013, 393, vgl. Anm. Hammacher, NZBau 2013, 294. Zu den Anforderungen an die Haftung auf Schadensersatz wegen zweckwidriger Verwendung von Baugeld vgl. Hochstadt, NJW 2013, 1712. Zum Entfall des ersatzfähigen Schadens aus zweckwidriger Baugeldverwendung bei Anfechtbarkeit von Zahlungen s. BGH, NZBau 2013, 577 = NJW 2013, 2514.

## 6 Schlüssigkeit des Klagevortrags zur Fälligkeit einer Werklohnforderung

BGB §§ 242, 640 I 1, 2, 641 I 1; UStG § 14

1. Eine Werklohnforderung ist hinsichtlich der Fälligkeit schlüssig dargelegt, wenn der Bauunternehmer behauptet, er habe vertragsgemäß geleistet, und wenn der Besteller keine wesentlichen Mängel geltend macht. Es bedarf dann keines näheren Vortrags zur Abnahme oder zur Abnahmefähigkeit des Werks.

2. Ein Zurückbehaltungsrecht des Bestellers wegen einer umsatzsteuerlich nicht ordnungsgemäßen Rechnung scheidet aus, wenn der Besteller bei Vertragsschluss und Erbringung der Bauleistung kein zum Vorsteuerabzug berechtigter Unternehmer war. (Leitsätze der Redaktion)

LG Frankfurt a. M., Urt. v. 25. 9. 2013 – 2-16 S 54/13

**Zum Sachverhalt:** Der Kl. nimmt die Bkl. auf Zahlung von Werklohn in Anspruch. Die Forderung ist insbesondere hinsichtlich der Fälligkeit und insofern streitig, als die Bkl. eine dem UStG nicht entsprechende Rechnung rügen.

Das AG Königstein hat der Klage mit Urteil vom 6. 3. 2013 (21 C 1326/11, BeckRS 2013, 05557) stattgegeben. Die Berufung hatte nur hinsichtlich der Zinsen und der Kosten teilweise Erfolg.

**Aus den Gründen:** II. (...) Der Anspruch des Kl. auf Zahlung des restlichen Werklohns in Höhe von 703, 22 Euro gem. § 631 I BGB ist begründet.

Zwischen den Parteien ist unstrittig ein Werkvertrag zu Stande gekommen.

Der Werklohnanspruch des Kl. ist fällig. Nach § 641 I 1 BGB ist der Vergütungsanspruch des Werkunternehmers grundsätzlich erst mit Abnahme des fertiggestellten Werks fällig. Eine Abnahme erfolgt durch die Billigung des Werks als im Wesentlichen vertragsgemäß.

Eine ausdrückliche Billigung im vorgenannten Sinne ist unstrittig nicht erfolgt. Ob eine stillschweigende Billigung vorliegt, etwa dadurch, dass das Werk inzwischen nach Ablauf von circa drei Jahren in Gebrauch genommen worden ist, kann dahinstehen.

Denn der Kl. kann unter den hier gegebenen Umständen seinen Vergütungsanspruch unter Berücksichtigung von Treu und Glauben gem. § 242 BGB auch ohne eine vorausgegangene Abnahme geltend machen. Lehnt nämlich der Besteller

grundlos die Abnahme ab, so kann der Unternehmer den Besteller auf Abnahme und Zahlung des Werklohns verklagen, da der Besteller gem. § 640 I 1 BGB zur Abnahme des vertragsgemäßen Werks verpflichtet ist. Dabei reicht ein Zahlungsantrag aus, da mit ihm konkludent die Abnahme der Werkleistung begehrt wird. Klagt der Unternehmer mit der Behauptung, er habe die geschuldete Werkleistung vertragsgemäß erbracht, bedarf es auch keines ergänzenden Vortrags zur Abnahmefähigkeit, solange der Besteller keine Tatsachen vorträgt, die dem entgegenstehen (BGH, NJW 1996, 1280 [1281]; OLG Hamm, NJW-RR 1994, 474 [475]). Das gilt insbesondere, wenn der Besteller die Zahlung des Werklohns verweigert, ohne überhaupt Mängel des Werks bzw. nur ihrer Art und Umfang nach unbedeutende Mängel geltend zu machen, so dass sich die Verweigerung einer Abnahme als Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt (BGH, NJW 1996, 1280; Palandt/Sprau, BGB, § 641 Rdnr. 5; Bamberger/Roth/Voit, BGB, § 641 Rdnr. 5).

Nach Maßgabe dessen kann der Kl. die Vergütung von den Bekl. verlangen. Er hat unstreitig sein Werk fertiggestellt und mit seiner erstinstanzlich noch unstreitigen Darlegung, dass „Abnahme“ erfolgt sei, inzident auch dessen Abnahmefähigkeit behauptet. Die Bekl. haben demgegenüber weder erstinstanzlich noch in der Berufungsinanz vorgetragen, welche konkreten Mängel am Werk des Kl. vorgelegen haben sollten. Ihr Vortrag, dass im Zeitpunkt der Mahnung durch das Inkassounternehmen Nachbesserungsarbeiten noch „in vollem Gange“ gewesen seien, reicht – selbst wenn dieser Vortrag erstinstanzlich unstreitig gewesen sein sollte – für ein substantiiertes Bestreiten der Abnahmefähigkeit nicht aus. Denn es fehlt ein Vortrag zu Art und Umfang der Nachbesserungsarbeiten. Dies wäre erforderlich gewesen, da gem. § 640 I 2 BGB die Abnahme wegen unwesentlicher Mängel nicht verweigert werden kann. Soweit die Bekl. in der Berufungsbegründung behaupten, dass das Werk nicht mangelfrei gewesen sei, konkretisieren sie weiterhin nicht, welche Mängel im Dezember 2010 vorlagen. Schließlich fehlt jeglicher Vortrag dazu, ob das Werk jetzt noch Mängel aufweist.

Dem Eintritt der Fälligkeit steht auch nicht die von den Bekl. erhobene Einrede, mit welcher sie die Ausfertigung einer neuen, den Anforderungen des UStG entsprechenden Rechnung fordern, entgegen. Denn die Einrede würde im Falle der Begründetheit nur zu einer Zug-um-Zug-Verurteilung führen, da es sich dabei um ein Zurückbehaltungsrecht i. S. des § 273 BGB handelt.

Eine Zug-um-Zug-Verurteilung auf Grund der vorgenannten Einrede war nicht auszusprechen. Denn den Bekl. steht das geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht nicht zu.

Sie haben bereits keinen Anspruch auf Ausstellung einer Rechnung gemäß den Anforderungen des Umsatzsteuerrechts gem. § 14 UStG.

Ein solcher Anspruch kann grundsätzlich bestehen und wird zivilrechtlich hergeleitet aus § 242 BGB (BGH, NJW 1980, 2710; u. a.). Voraussetzung ist, dass der Rechnungsempfänger Unternehmer bezüglich der vertraglichen Leistung (Umsatz) und vorsteuerabzugsberechtigt ist.

Diese Voraussetzungen lagen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und des „Umsatzes“, nämlich der Werkleistung, unstreitig nicht vor. Erst mit der Klageerwiderung haben die Bekl. die Absicht einer künftigen gewerblichen Teilnutzung vorgetragen. Eine solche Absicht begründet keine Unternehmereigenschaft und Vorsteuerabzugsberechtigung.

Eine Pflicht zur Rechnungsstellung gem. § 14 UStG ergibt sich auch nicht gem. § 242 BGB aus dem Gesichtspunkt einer nachvertraglichen Treuepflicht. Zwar können einzelne Nebenpflichten auch nach Erfüllung der Hauptpflicht fortwirken (Palandt/Grüneberg, § 242 Rdnr. 20). Ein Fortwirken setzt aber ein Entstehen dieser Pflicht bei Vertragsschluss oder zumindest vor Rechnungsstellung voraus. Dies ist hier – wie sich aus vorstehenden Ausführungen ergibt – unstreitig nicht der Fall.

Selbst wenn man das Entstehen einer Pflicht gem. § 242 BGB auch dann annehmen wollte, wenn sich die Vorsteuerabzugsberechtigung erst nachvertraglich verwirklicht, fehlt es an einem entsprechenden Vortrag dahin, ob gegenwärtig eine Vorsteuerabzugsberechtigung für die in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer vorliegt.

Ein Anspruch des Kl. auf Zinsen besteht nur ab Rechtshängigkeit gem. §§ 291, 288 I BGB. Rechtshängigkeit trat mit Eingang der Akten bei dem ProzessGer. am 21. 10. 2011 ein (BGHZ 179, 329 = NJW 2009, 1213). § 696 III ZPO findet keine Anwendung, da die Streitsache nicht alsbald nach Erhebung des Widerspruchs abgegeben wurde. Ein weitergehender Zinsanspruch aus dem Gesichtspunkt des Verzugs scheidet aus, da der Kl. den Eintritt des Verzugs nicht schlüssig dargelegt hat. Verzug setzt gem. § 286 I BGB die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs voraus. Erstinstanzlich hat er nicht dargetan, zu welchem Zeitpunkt die Abnahme und damit die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs eingetreten sein soll. Er behauptet zwar eine „zumindest stillschweigend“ erfolgte Abnahme ab Erbringung der Arbeiten in der 36. Kalenderwoche des Jahres 2010, ohne jedoch substantiell darzutun, auf welchen Tatsachen sich diese stillschweigende Abnahme gründet.

Das erstinstanzliche Urteil war auch im Kostenpunkt zu ändern. Die Kostenentscheidung war rechtsfehlerhaft, da eine Trennung der Kosten des Mahnverfahrens und des streitigen Verfahrens nicht zulässig ist. Ein Fall der gesetzlich zulässigen Kostentrennung liegt nicht vor. Eine Zulässigkeit der Kostentrennung für die hier gegebene Fallkonstellation lässt sich auch nicht der vom AG in Bezug genommenen Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. entnehmen. Denn diese bezieht sich auf Streitwertminderungen nach Zeitabschnitten, nicht auf Differenzierungen nach Verfahrensabschnitten, wie es hier der Fall ist. Die nur im Mahnverfahren durch den höheren Streitwert ausgelösten Kosten sind aber jedenfalls bei der Kostenentscheidung des Streitverfahrens zu berücksichtigen (Zöller/Herget, ZPO, § 91 Rdnr. 13). Dies führt im Rahmen einer gebührenbezogenen Gesamtabwägung zu der Kostenquote wie tenoriert.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsrechtsstreits beruht auf §§ 97, 100 IV ZPO, da lediglich eine Abänderung in Nebenpunkten (§ 4 I Halbs. 2 ZPO) erfolgte und die Berufung damit kostenrechtlich erfolgslos war (Zöller/Herget, § 97 Rdnr. 1).

(Mitgeteilt von Rechtsanwalt M. Siebert,  
Bad Homburg v. d. H.)

**Anm. d. Schriftlfg.:** Dazu, dass Vorbehalte bezüglich Vertragsstrafe und Mängelrechten auch bei konkludenter Abnahme erforderlich sind, vgl. OLG Naumburg, NZBau 2013, 380 = NJW 2013, 2367, u. hierzu Weise/Hänsel, NJW-Spezial 2013, 238. Zur Geltendmachung von Mängelansprüchen bei Werkleistung in Schwarzarbeit vgl. BGH, NZBau 2013, 627 = NZM 2013, 689 = NJW 2013, 3167. Zur Hemmung der Verjährung des Werklohnanspruchs durch selbstständiges Beweisverfahren nach Abnahmeverweigerung s. BGH, NZBau 2012, 228, u. hierzu Weise/Hänsel, NJW-Spezial 2012, 173. 