

Dies ist ein Werkstatt-Beitrag. Änderungen und Korrekturen bleiben vorbehalten. Der Beitrag ist deshalb zunächst nur eingeschränkt zitierfähig.

Werkstatt-Beitrag (Einstelldatum: 15.02.2017)

Nacherfüllungsanspruch und Zurückbehaltung nur, wenn Leistung auch möglich!

1. Können Teile der Leistung (hier: drei Stellplätze) objektiv nicht hergestellt werden (hier: weil kein Platz vorhanden ist), hat diese Teil-Unmöglichkeit zur Folge, dass Mängelbeseitigungsansprüche ebenso ausscheiden wie ein auf § 320 BGB gestütztes Zurückbehaltungsrecht.
2. Im Fall der Teil-Unmöglichkeit kommt nur ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung in Betracht, wobei ein etwaiges Mitverschulden des Auftraggebers zu berücksichtigen ist.

OLG Hamburg, Urteil vom 19.08.2016 - **9 U 47/10** (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

BGB §§ **311a**, **320**, **644**, **645**; VOB/B § 4 Abs. 3

Problem/Sachverhalt

Für ein Hotel soll ein Parkplatz mit 66 Stellplätzen gebaut werden. Im Vertrag ist eine Fläche von ca. 2.000 qm angegeben. Eine Flurkartenkopie ist Vertragsbestandteil, auf der zeichnerisch die vorgesehene Fläche durch eine Grenzlinie und durch die Farbgebung festgelegt wird. Aufgrund der örtlichen Gegebenheiten können jedoch nur 63 Stellplätze geschaffen werden. Der Auftraggeber verlangt Nacherfüllung und hält einen Teil des Werklohns zurück.

Entscheidung

Steht fest, dass die vertraglich vereinbarte Anzahl von Stellplätzen nicht gebaut werden kann, kann der Auftraggeber eine Nacherfüllung nicht verlangen, denn dies ist auf eine unmögliche Leistung gerichtet. Diese Teil-Unmöglichkeit (§ **311a** BGB) hat zur Folge, dass Nachbesserungsansprüche ebenso ausscheiden wie ein auf § **320** BGB gestütztes Zurückbehaltungsrecht. In Betracht kommt nur ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung, wobei § **254** BGB Anwendung finden würde.

Praxishinweis

Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit dies für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist (§ **275** BGB). Obwohl die Leistung nicht vertragsgemäß ist, kann der Auftraggeber in diesem Fall auch keine Nacherfüllung verlangen. Auch die Zurückbehaltung von Werklohn ist nicht möglich, denn die Gegenleistung kann ja definitiv nicht erbracht werden. Ein Druckzuschlag (§ **641** Abs. 3 BGB) entfällt damit ebenfalls. Der Auftraggeber kann aber gem. § **326** Abs. 5 BGB vom Vertrag zurücktreten. Das wird im Leitsatz nicht deutlich, weil es im konkreten Fall keine Rolle spielte. Ein Rücktritt vom ganzen Vertrag käme dabei nur dann in Betracht, wenn der Auftraggeber an der Teilleistung kein Interesse hätte (§ **323** Abs. 5 Satz 1 BGB). Weiter kann der Auftraggeber gem. § **311a** Abs. 2 BGB Schadensersatz oder Aufwendungsersatz verlangen. Der Auftraggeber muss in diesem Fall allerdings den Gegenbeweis führen, wenn der Auftragnehmer behauptet, keine Pflicht verletzt zu haben (§ **280** Abs. 1 Satz 2 BGB). Er muss Kausalität und Schadenshöhe nachweisen und sich gegebenenfalls nach § **254** BGB Mitverschulden zurechnen lassen.

RA Dr. Peter Hammacher, Heidelberg 