

§ 634 a BGB

Eine auf dem Dach einer Tennishalle errichtete Photovoltaikanlage kann ein „Bauwerk“ sein

BGH, Urt. v. 02.06.2016 – VII ZR 348/13

Fall

Die Klägerin (im Folgenden: K) betreibt auf einem in ihrem Eigentum stehenden Grundstück eine Tennishalle. Sie beauftragte 2004 die Beklagte (im Folgenden: B) mit der Errichtung einer Photovoltaikanlage auf dem Dach der Tennishalle. B führte die Arbeiten aus, stellte den vereinbarten Betrag von 286.461,12 € – nach erfolgter Abnahme durch K im Mai 2004 – unter dem 29.05.2004 in Rechnung und erhielt diesen von K bezahlt.

Die Photovoltaikanlage besteht unter anderem aus 335 gerahmten Modulen. Jedes Modul ist 1237 mm lang, 1082 mm breit, 38 mm hoch und hat ein Gewicht von 18 kg. Um die Module auf dem Dach anzubringen, errichtete B eine Unterkonstruktion, die mit dem Dach fest verbunden wurde. Unterkonstruktion und Module waren so anzubringen, dass die Statik des Dachs durch das Eigengewicht der Anlage nicht beeinträchtigt wird und die Anlage sturmsicher ist. Zudem mussten die Montageelemente dauerhaft regendicht in die bestehende Dachdeckung eingefügt sein. B verkabelte die Module mit insgesamt ca. 500 m Kabeln, unter anderem um die Module mit im Innern der Halle angebrachten Wechselrichtern zu verbinden. Hierfür legte B Kabelkanäle in das Innere der Halle. Die dafür notwendige Durchdringung des Dachs bzw. der Gebäudeaußenhaut musste dauerhaft witterungsbeständig und dicht sein. Von den Wechselrichtern legte B Stromleitungen zu einem außerhalb der Halle befindlichen Zählerverteilungskasten. Hierfür waren Grabungsarbeiten in erheblichem Umfang notwendig. Ebenfalls im Innern der Halle errichtete B eine Kontroll- und Steuerungsanlage, die sie mit den Wechselrichtern und den Modulen verkabelte und programmierte.

Durch die Vielzahl der verbauten Komponenten ist die Photovoltaikanlage, die nicht der Stromversorgung der Tennishalle diene, so mit der Tennishalle verbunden, dass eine Trennung von dem Gebäude nur mit einem erheblichen Aufwand möglich ist.

Mit Schreiben von April 2005 rügte K die zu geringe Leistung der Anlage. Dazu erklärte die B, man müsse die Anlage noch zwei Jahre beobachten und danach die Ursache einer eventuellen Minderleistung feststellen. Damit war K einverstanden und wandte sich mit Schreiben vom 09.10.2007 erneut an B. Im Mai 2010 beantragte K wegen einer Minderleistung der Anlage die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens. Der vom Gericht bestellte Sachverständige erstellte im April 2011 sein Gutachten, zu dem die Parteien keine Fragen mehr einreichten. Nach dem Gutachten des Sachverständigen ist davon auszugehen, dass sämtliche 335 Module ein markant reduziertes Leistungsbild aufwiesen, welches einen Minderungsbetrag von 25 % rechtfertigt.

Im Juli 2011 erhob K nach fruchtlos abgelaufener angemessener Nachfrist und Minderungserklärung gegenüber B Klage, mit der sie auf der Grundlage einer Minderung von 25 % der Nettovergütung die Rückzahlung von 71.615,28 € begehrt. B beruft sich auf die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs.

Hat die – unterstellt: zulässige – Klage Aussicht auf Erfolg?

Leitsätze

1. Die (lange) Verjährungsfrist des § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB von fünf Jahren für Arbeiten bei Bauwerken findet für die nachträgliche Errichtung einer Photovoltaikanlage auf dem Dach einer Tennishalle Anwendung, wenn die Photovoltaikanlage zur dauernden Nutzung fest eingebaut wird, der Einbau eine grundlegende Erneuerung der Tennishalle darstellt, die einer Neuerrichtung gleich zu achten ist, und die Photovoltaikanlage der Tennishalle dient, indem sie eine Funktion für diese erfüllt.

2. ...

Bearbeitervermerk: Es ist davon auszugehen, dass die Parteien von April 2005 bis Dezember 2007 verjährungshemmend i.S.v. § 203 BGB verhandelt haben.

Lösung

I. Der streitgegenständliche Anspruch der K gegen B auf teilweise Rückzahlung der Vergütung könnte sich aus **§ 638 Abs. 4 S. 1 BGB** ergeben. Danach hat der Unternehmer, wenn der Besteller mehr als die geminderte Vergütung gezahlt hat, den Mehrbetrag zu erstatten.

1. K und B sind durch einen wirksamen **Werkvertrag** verbunden.

„[11] Das Vertragsverhältnis der Parteien ist als Werkvertrag (§ 631 BGB) und nicht als Kaufvertrag mit Montageverpflichtung (§§ 651, 434 Abs. 2 BGB) zu qualifizieren. Die [B] schuldete die Herstellung einer funktionstauglichen Photovoltaikanlage auf dem Dach der Tennishalle unter Beachtung ihrer Tragfähigkeit. Die Verpflichtungen der [B] zur Durchführung aufwendiger, handwerklicher Installations- und Anpassungsarbeiten an der Tennishalle geben dem Vertrag die maßgebliche Prägung (...)“

2. Das **Werk** ist gemäß § 633 Abs. 2 S. 2 Var. 2 BGB **mangelhaft**, weil sämtliche Module der Photovoltaikanlage ein reduziertes Leistungsbild aufweisen.

3. K hat die **Minderung** gegenüber B **erklärt**.

4. Die **Voraussetzungen des Rücktritts** sind erfüllt (§§ 638 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1 BGB). B hat bei einem gegenseitigen Vertrag – dem Werkvertrag (s.o. unter 1.) – eine fällige Leistungspflicht nicht vertragsgemäß erfüllt (s.o. unter 2.) und die ihr durch K gesetzte angemessene Frist zur Nacherfüllung fruchtlos verstreichen lassen.

5. Bei der Minderung ist die Vergütung gemäß **§ 638 Abs. 3 S. 1 BGB** in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert des Werkes in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde.

Nach dem Gutachten des im selbstständigen Beweisverfahren durch das Gericht bestellten Sachverständigen ist davon auszugehen, dass sämtliche 335 Module der Photovoltaikanlage ein markant reduziertes Leistungsbild aufweisen, welches einen Minderungsbetrag von 25 % rechtfertigt. Dementsprechend ist das Rückforderungsbegehren der K in Höhe von 71.615,28 € (= 25 % von 286.461,12 €) begründet.

6. Fraglich ist jedoch, ob die Minderung nach **§§ 634 a Abs. 5, § 218 Abs. 1 S. 1 BGB** unwirksam ist. Nach diesen Vorschriften ist die Minderung unwirksam, wenn der Anspruch auf die Leistung oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt sind und der Schuldner sich hierauf beruft.

B hat sich auf die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs der K berufen. Dies hätte jedoch dann keinen Erfolg, wenn der Nacherfüllungsanspruch der K nach **§ 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB** in fünf Jahren ab der Abnahme des Werks (§ 634 a Abs. 2 BGB) verjährt.

Die Abnahme durch K erfolgte im Mai 2004. In der Zeit von April 2005 bis Dezember 2007 war die Verjährung aufgrund von Verhandlungen der Parteien über den streitgegenständlichen Anspruch gemäß § 203 S. 1 BGB gehemmt. Der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet (§ 209 BGB). Im Mai 2010 beantragte K wegen einer Minderleistung der Photovoltaikanlage die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens. Durch die Zustellung dieses Antrags wurde die Verjährung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB erneut gehemmt, und zwar jedenfalls bis zur Erstellung des Gutachtens durch den Sachverständigen im April 2011 (vgl. § 204 Abs. 2 S. 1 u. 2 BGB). Durch die im Juni 2011 erhobene Klage wurde die Verjährung erneut durch Rechtsverfolgung gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Die Verjährungsfrist lief somit insgesamt rund 40 Monate und damit vor Klageerhebung noch nicht ab.

Beachte: Der Besteller kann die Vergütung gemäß § 638 Abs. 1 S. 1 BGB durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer mindern, „statt zurückzutreten“. Der Besteller darf mithin nur mindern, wenn die Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen.

Beachte: Aus **§ 638 Abs. 3 S. 1 BGB** lässt sich – entsprechend § 441 Abs. 3 S. 1 BGB im Kaufrecht – folgende **Formel** zur Ermittlung der geminderten Vergütung (x) ableiten:

$$X = \text{vereinbarte Vergütung} \cdot \frac{\text{Wert mangelhaft}}{\text{Wert mangelfrei}}$$

Fraglich ist deshalb, ob die Vorschrift des § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB im vorliegenden Fall Anwendung findet.

a) Nach der **st.Rspr. des BGH zu § 638 Abs. 1 BGB a.F.** galt die fünfjährige Verjährung „bei Bauwerken“,

„[19] ... wenn das Werk in der Errichtung oder der grundlegenden Erneuerung eines Gebäudes oder eines anderen Bauwerks besteht, wobei unter grundlegender Erneuerung Arbeiten zu verstehen sind, die insgesamt einer ganzen oder teilweisen Neuerrichtung gleich zu achten sind. Erfasst sind auch Umbauarbeiten an einem bereits errichteten Bauwerk, wenn sie für Konstruktion, Bestand, Erhaltung oder Benutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind und wenn die eingebauten Teile mit dem Gebäude fest verbunden werden. Für die Zuordnung einer Werkleistung zu den Arbeiten bei Bauwerken ist neben der Bestimmung zur dauernden Nutzung die für Bauwerke typische Risikolage entscheidend, welche der Grund für die längere Verjährungsfrist ist. In den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch ist als Begründung für die fünfjährige Verjährung angegeben, dass Mängel bei Bauwerken häufig erst spät erkennbar werden, jedoch regelmäßig innerhalb von fünf Jahren auftauchen (Motive II 489). Es geht dabei typischerweise um die späte Erkennbarkeit von Mängeln aus Gründen der Verdeckung durch aufeinanderfolgende Arbeiten einerseits sowie der Witterung und Nutzung andererseits (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 2012 – VII ZR 182/10, BauR 2013, 596 Rn. 17 f. m.w.N. = ... ; BT-Drucks. 14/6040, S. 227).

[20] Die Installation einer technischen Anlage zählt zu diesen Arbeiten, wenn die Anlage nicht bloß in dem Gebäude untergebracht wird, sondern der Errichtung oder der grundlegenden Erneuerung des Gebäudes dient, in das sie eingefügt wird (vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 1997 – VII ZR 287/95, BauR 1997, 1018, 1019, juris Rn. 8 = ...).

[21] Diese Rechtsprechung **gilt unter Anwendung des** durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I 3138) mit Wirkung zum 1. Januar 2002 eingeführten **§ 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB fort** (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 227, 263).“

b) Nach den vorstehenden Grundsätzen sind die Werkleistungen der B an der Tennishalle der K für ein Bauwerk erbracht worden.

aa) Die Photovoltaikanlage ist eine technische Anlage, die in der Tennishalle nicht nur untergebracht, sondern in diese **eingefügt** wurde. Die Anlage

„[22] ... wurde nicht nur aufgestellt, sondern auf und in der Tennishalle zur dauernden Nutzung fest eingebaut (...). Durch die Vielzahl der verbauten Komponenten ist die Photovoltaikanlage so mit der Tennishalle verbunden, dass eine Trennung von dem Gebäude nur mit einem erheblichen Aufwand möglich ist. Ob die Photovoltaikanlage damit ein wesentlicher Bestandteil des Gebäudes wurde (§ 94 Abs. 2 BGB), ist ohne Bedeutung (...).“

bb) Die Installation der Photovoltaikanlage hat zu einer **grundlegenden Erneuerung des Bauwerks**, in welches sie eingefügt worden ist, geführt.

„[23] **Der Einbau der Photovoltaikanlage stellt eine grundlegende Erneuerung der Tennishalle dar, die insgesamt einer ganzen oder teilweisen Neuerrichtung gleich zu achten ist.** Das folgt aus den erheblichen Eingriffen in das Dach und in die Gebäudeaußenhaut, die notwendig waren, um die Photovoltaikanlage windsicher einzubauen sowie die Witterungsbeständigkeit und Statik des Gebäudes zu sichern. Durch die Vielzahl der Eingriffe in die Gebäudesubstanz, die schwere Erkennbarkeit von Mängeln durch aufeinander abgestimmte Arbeiten und die der Witterung ausgesetzte Nutzung liegt die typische Risikolage vor, die den Gesetzgeber veranlasst hat, für Arbeiten bei einem Bauwerk eine Verjährungsfrist von fünf Jahren vorzusehen.

cc) Der Einbau der Photovoltaikanlage **diente** auch der Tennishalle.

Der **§ 638 Abs. 1 BGB a.F.** hatte folgenden Wortlaut:

„Der Anspruch des Bestellers auf Beseitigung eines Mangels des Werkes sowie die wegen des Mangels dem Besteller zustehenden Ansprüche auf Wandlung, Minderung oder Schadensersatz verjähren, sofern nicht der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat, in sechs Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstück in einem Jahre, bei Bauwerken in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt mit der Abnahme des Werkes.“

Beachte: Der VII. ZS des BGH geht vom Sinn und Zweck des Bauwerk-Begriffes in § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB aus (teleologische Gesetzesauslegung).

Die zitierte Entscheidung haben wir ebenfalls in der RÜ 2/2014, S. 69 ff., für Sie aufbereitet. Diese Entscheidung befasst sich mit § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB, einer Parallelvorschrift zu § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB.

Die Rechtsauffassungen des VII. und VIII. ZS unterscheiden sich im Wesentlichen dadurch, dass der VIII. ZS eine (eigene) Verbindung der technischen Anlage mit dem Erdboden für erforderlich hält, um von einem Bauwerk sprechen zu können – hierfür spricht der Wortlaut des Gesetzes –, während der VII. ZS hierin – ausgehend vom Sinn und Zweck der fünfjährigen Verjährungsfrist – keine zwingende Voraussetzung für die Anwendbarkeit der fünfjährigen Verjährungsfrist erblickt.

Eine Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen nach § 132 Abs. 2 GVG hielt der VII. ZS gleichwohl für entbehrlich:

„[32] Einer Vorlage bedarf es nur, wenn die Beantwortung der Rechtsfrage sowohl für die abweichende Vorentscheidung als auch für die beabsichtigte Entscheidung ergebnisrelevant und deshalb erheblich ist (ständige Rechtsprechung, ...).

[33] Diese Voraussetzung liegt nicht vor. Der VIII. Zivilsenat hat in seiner Entscheidung vom 9. Oktober 2013 – VIII ZR 318/12 (aaO Rn. 1) zum Sachverhalt Folgendes ausgeführt:

[34] ‚Der Landwirt S. kaufte am 22. April 2004 von der Klägerin sämtliche Komponenten (Einzelteile) einer Photovoltaikanlage. Vertragsgegenstand war nur die Lieferung der Teile, die die Klägerin ihrerseits im April 2004 bei der Beklagten erwarb und noch im April 2004 direkt von der Beklagten an den Landwirt S. liefern ließ, der sie in der Folgezeit auf dem vorhandenen Dach einer auf seinem Grundstück stehenden Scheune montierte.‘

[35] Nach diesem Sachverhalt ist die Bauwerkseigenschaft bereits zu verneinen, weil es an einer hinreichend festen Verbindung der dort zur Beurteilung stehenden Photovoltaikanlage mit dem Gebäude fehlte und der Einbau der Photovoltaikanlage keine grundlegende Erneuerung der Scheune darstellte.“

„[25] Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn die technische Anlage nicht nur in dem Gebäude untergebracht ist, sondern für dieses eine Funktion erfüllt. Das hat der Senat für den Fall einer Abwasser-Kreislaufanlage verneint, die zwar im Rahmen der Errichtung eines Gebäudes fest installiert worden war, jedoch nur den Zweck hatte, Abwässer eines anderen Gebäudes aufzubereiten (...).

[26] Auf dieser Grundlage hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschieden, dass eine auf einer Scheune angebrachte Photovoltaikanlage nicht dem Zweck der Scheune diene. Die Solaranlage diene vielmehr dem eigenen Zweck der Stromerzeugung. Sie sei deshalb für Bestand, Erhaltung oder Benutzbarkeit der Scheune nicht von (wesentlicher) Bedeutung (Urteil vom 9. Oktober 2013 – VIII ZR 318/12, ... Rn. 21 = ...).“

Diese Auffassung teilt der VII. Zivilsenat nicht. Er gehe davon aus,

„[27] ... dass bei der Errichtung eines Gebäudes eine eingebaute technische Anlage der Funktion des Gebäudes dienen muss, damit die lange Verjährungsfrist für Arbeiten bei Bauwerken Anwendung findet. Der Senat hat indes bereits entschieden, dass es zur Beantwortung der Frage, ob Arbeiten der grundlegenden Erneuerung dienen, nicht darauf ankommt, ob das Bauwerk auch ohne die Arbeiten funktionstüchtig geblieben wäre (...). **Entscheidend ist vielmehr der Vergleich mit der Neuerrichtung.** Es kommt daher darauf an, ob der Einbau einer Photovoltaikanlage, wie sie die [B] schuldete, bei der Neuerrichtung eines Gebäudes als Arbeiten bei einem Bauwerk zu qualifizieren ist. Das ist zu bejahen, da das Gebäude, unabhängig von seinen sonstigen Zwecken, jedenfalls auch dazu gedient hätte, Trägerobjekt für eine Photovoltaikanlage zu sein. Nichts anderes gilt für die grundlegende Erneuerung eines Gebäudes, die auf einer (teilweisen) Veränderung oder Erweiterung der Funktion beruht. Wenn nunmehr die Tennishalle der [K] auch dazu dienen sollte, Trägerobjekt einer Photovoltaikanlage zu sein, lag darin eine Funktionserweiterung, die, unter Beachtung der übrigen Voraussetzungen, dazu führt, die lange Verjährungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB anzuwenden (...). Unerheblich ist, dass die Photovoltaikanlage der Stromversorgung der Tennishalle nicht dient.“

Nach Auffassung des VII. Zivilsenats kann eine Photovoltaikanlage selbst als Bauwerk zu qualifizieren sein.

„[29] Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats können **technische Anlagen selbst als Bauwerk** angesehen werden. Das setzt voraus, dass die technische Anlage mit dem Erdboden unmittelbar oder mittelbar über ein Gebäude fest verbunden ist, ohne dass es sich um wesentliche Bestandteile (§§ 93, 94 BGB) handeln muss. Es genügt eine Verbindung der Anlage mit dem Erdboden oder dem Gebäude allein durch ihr Gewicht, so dass eine Trennung nur mit einem größeren Aufwand möglich ist. Schließlich muss eine dauernde Nutzung der technischen Anlage beabsichtigt sein. Für die Beurteilung dieser Voraussetzungen ist entscheidend darauf abzustellen, ob Vertragszweck die Erstellung einer größeren ortsfesten Anlage mit den spezifischen Bauwerksrisiken ist, die der gesetzlichen Regelung zur langen Verjährungsfrist zugrunde liegen (...).

[30] Soweit der VIII. Zivilsenat ausgeführt hat, die auf dem Dach einer Scheune angebrachte Photovoltaikanlage sei mangels Verbindung mit dem Erdboden selbst kein Bauwerk (Urteil vom 9. Oktober 2013 – VIII ZR 318/12, ... Rn. 21 ...), entspricht dies nicht der Rechtsprechung des erkennenden Senats. Dieser hat entschieden, dass mit einem Gebäude fest verbundene technische Anlagen ein Bauwerk darstellen können (...).“

c) Nach alledem ist die Minderung nicht nach §§ 634 a Abs. 5, § 218 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam.

II. Ergebnis: K kann von B nach § 638 Abs. 4 S. 1 BGB die anteilige Rückzahlung der Vergütung in Höhe von 71.615,28 € verlangen.

RA/FA für Handels-/GesR Dr. Timm Nissen