Gericht:	KG Berlin 14. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	18.07.2025
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	14 U 41/20
ECLI:	ECLI:DE:KG:2025:0718.14U41.20.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 195 BGB, § 199 Abs 1 BGB, § 204 Abs 1 Nr 1 BGB, § 214 Abs 1 BGB, § 242 BGB ... mehr

---

Werklohnanspruch des Subunternehmers; Mängeleinrede des Hauptunternehmers und Ausschluss des Leistungsverweigerungsrechts bei fehlender Mängelrüge des Bestellers

Orientierungssatz

1. Wird der Hauptunternehmer vom Besteller vergütet, tritt die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs des Subunternehmers ein; eine Abnahme ist hierfür nicht erforderlich (Durchgriffsfälligkeit).(Rn.17)

2. Beruft sich der Hauptunternehmer gegenüber dem Subunternehmer auf Mängel, trägt er die Darlegungs- und Beweislast für deren Vorliegen. Scheitert die Beweisaufnahme aus Gründen außerhalb der Parteisphäre, bleibt er beweisfällig. Ein Mangelvortrag ist zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte bestehen und er nicht willkürlich erfolgt.(Rn.23)

3. Das Leistungsverweigerungsrecht des Hauptunternehmers entfällt nach Treu und Glauben, wenn der Besteller selbst keine Mängel mehr geltend macht. In diesem Fall fehlt die Rechtfertigung für ein auf behauptete Mängel gestütztes Druckmittel gegenüber dem Subunternehmer.(Rn.41)

Verfahrensgang

vorgehend LG Berlin, 15. Januar 2020, 101 O 33/19

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das am 15.01.2020 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin - 101 O 33/19 - unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 177.396,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 13.09.2017 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 10% und die Beklagte 90%.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betra-

ges abwenden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

A.

1 Die Klägerin verlangt aus abgetretenem Recht der belgischen Gesellschaft S... S.A. (im Folgenden: Zedentin) Zahlung in Höhe von 177.396,00 Euro wegen der von dieser als Subunternehmerin der Beklagten aufgrund eines Vertrags aus dem Mai 2014 erbrachten Leistungen (Rechnung vom 29.08.2014, Anlage K 9) sowie in Höhe von 17.997,42 Euro wegen Auslagen (Rechnung vom 19.10.2014, Anlage K 11). Gegenstand des Vertragsverhältnisses zwischen der Zedentin und der Beklagten war die Lieferung von Geräten für die Digitalisierung und Archivierung von Rundfunkinhalten an die Auftraggeberin der Beklagten, die a... F....(im Folgenden: Hauptauftraggeberin), sowie die Installation und Inbetriebnahme der Geräte.

2 Wegen der tatsächlichen Feststellungen im ersten Rechtszug sowie der erstinstanzlich gestellten Anträge wird gemäß § 540 Absatz 1 ZPO auf das am 15.01.2020 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin Bezug genommen.

3 Das Landgericht hat die Beklagte unter Abweisung eines Antrags auf Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten verurteilt, an die Klägerin 195.393,42 Euro nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 09.06.2016 zu zahlen. Der Klägerin stehe der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung von 177.369,00 Euro gemäß § 631 i.V.m. § 398 BGB zu. Der Anspruch sei unter anderem gemäß § 641 Absatz 2 BGB fällig, weil die Hauptauftraggeberin ihrerseits die Vergütung für die Leistungen, wegen derer die Klägerin Zahlung verlange, an die Beklagte gezahlt habe. Der Vortrag der Beklagten, die Leistungen seien nicht vollständig erbracht bzw. mangelbehaftet, stehe dem Vergütungsanspruch nicht entgegen. Es fehle substanziierter Vortrag zu Art und Umfang der Abweichung zwischen geschuldeter und ausgeführter Leistung. Zudem ergebe sich aus den vorgelegten Anlagen, dass aufgetretene Fehler, die den Leistungsteil der Zedentin beträfen, inzwischen behoben worden seien und von der Hauptauftraggeberin nicht mehr moniert würden. Die Beklagte trage zudem nicht vor, welche Rechte sie aus den angeblichen Mängeln herleiten wolle. Die Verjährungseinrede greife unter anderem deshalb nicht, weil die Vorabnahme am 07.07.2015 erfolgt sei und die Verjährungsfrist durch die am 13.06.2018 eingetretene Rechtshängigkeit gehemmt worden sei. Dem Zahlungsanspruch wegen verauslagter Transport- und Hotelkosten von 17.997,42 Euro sei die Beklagte nicht entgegengetreten.

4 Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Das Landgericht sei zu Unrecht von der Fälligkeit des Zahlungsanspruchs ausgegangen. Ferner habe es in verfahrensfehlerhafter Weise das durch den Abweisungsantrag geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht sowie den für das Vorliegen der Mängel angebotenen Sachverständigenbeweis übergangen. Hinsichtlich der von der Hauptauftraggeberin abgegebenen Erklärungen bestehe der Eindruck, dass die Zedentin und die Hauptauftraggeberin, die in ständiger Geschäftsbeziehung stünden, kollusiv zu ihren Lasten zusammenwirken würden. Auffällig seien insoweit unter anderem die Unterzeichnung des Protokolls über die angebliche Mängelbeseitigung und Aufhebung von Vorbehalten am 22. und 23.09.2015 (Anlage

B 3) für die Hauptauftraggeberin nur durch Frau Mxxxxx und für sie durch eine ihr gänzlich unbekannte Person namens Z... O... sowie der Umstand, dass die Hauptauftraggeberin dieses Protokoll der Zedentin zur Durchsetzung derer Ansprüche unmittelbar zur Verfügung gestellt habe.

5 Die Beklagte beantragt,

6 die Klage unter Abänderung des Urteils des Landgerichts vom 15.01.2020 insgesamt abzuweisen.

7 Die Klägerin beantragt,

8 die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass hinsichtlich der verlangten Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Zusatz „der EZB“ entfällt.

9 Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil unter Bezugnahme auf die Urteilsgründe und ihren erstinstanzlichen Vortrag und bestreitet unter anderem mit Nichtwissen, dass die Zedentin mit der Hauptauftraggeberin in ständiger Geschäftsbeziehung stehe.

10 Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf den vorgetragenen Inhalt ihrer Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

11 Der Senat hat am 17.09.2021 beschlossen, Beweis zu erheben durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens zur Behauptung der Beklagten, die Leistungen der Zedentin seien mangelhaft gewesen. Wegen der Belegenheit der zu begutachtenden Anlage in Axxxxx hat der Senat entsprechend § 64f ZRHO ein Rechtshilfeersuchen an die Republik Axxxxx gerichtet. Mit Schreiben vom 23.03.2025 hat die Botschaft der Bundesrepublik Deutschland Axxxxx mitgeteilt, dass das Rechtshilfeersuchen nicht erledigt werden könne. Die Deutsche Botschaft habe bei der (erneuten) Übersendung des Rechtshilfeersuchens an das Axxxxxx Außenministerium explizit darauf hingewiesen, dass um die Genehmigung einer Beweisaufnahme bei der Hauptauftraggeberin xxxxxx durch einen Sachverständigen ersucht werde und die Adresse der Hauptauftraggeberin angegeben worden sei. In Anbetracht der Antwort des Axxxxx Außenministeriums, es sei nicht klar, um wen es gehe und wo die betroffene Person wohne, müsse davon ausgegangen werden, dass die Beweisaufnahme nicht durchgeführt werden solle.

B.

I.

12 Die Berufung ist zulässig, insbesondere statthaft sowie form- und fristgerecht gemäß §§ 517, 519 ff. ZPO erhoben worden.

II.

13 Die Berufung ist nur zum geringen Teil begründet. Die Klägerin kann von der Beklagten aus abgetretenen Recht lediglich die Zahlung von 177.396,00 Euro nebst anteiliger Zinsen verlangen, im Übrigen ist die Klage unbegründet.

1.

14 Die Klage ist zulässig, insbesondere ist die in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfende internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte gemäß Artikel 4, 63 Absatz 1 der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 gegeben.

2.

15 Die Klägerin kann von der Beklagten Zahlung von 177.396,00 Euro gemäß §§ 631, 398 BGB verlangen.

a)

16 Aufgrund der nachträglichen Rechtswahl der Parteien ist das Vertragsverhältnis der Zedentin mit der Beklagten allein nach deutschem Recht zu beurteilen.

b)

17 Die geltend gemachte Werklohnforderung ist fällig. Wegen der teilweise auf die Leistungen der Zedentin entfallenden Zahlung der Hauptauftraggeberin an die Beklagte ist jedenfalls gemäß 641 Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 BGB Fälligkeit eingetreten, ohne dass es auf die in der Berufungsbegründung erörterte Frage der Abnahme ankommt (sogenannte Durchgriffsfälligkeit).

b)

18 Gewährleistungsansprüche nach § 634 BGB wegen Mängeln des von der Zedentin geschuldeten Werks behauptet die Beklagte nicht, insbesondere beruft sie sich - nachdem bereits Teilzahlungen in Höhe von 631.372,60 Euro an die Zedentin geleistet wurden - nicht auf ein Recht zur Minderung der geschuldeten Vergütung nach § 638 Absatz 1, 3 BGB. Sie hat auch nicht vorgetragen, ob der behaupteten Mängel sonst ihre Gewährleistungsansprüche auszuüben.

c)

19 Das Landgericht hat die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung (§ 214 Absatz 1 BGB) zu Recht für nicht durchgreifend erachtet, weil die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte für einen Verjährungsbeginn vor Ablauf des Jahres 2014 nichts vorgetragen hat und die der Beklagten im Jahr 2018 zugestellte Klage die Hemmung der dreijährigen Verjährungsfrist bewirkte, §§ 195, 199 Abs. 1, 204 Absatz 1 Nr. 1 BGB.

20 Soweit die Beklagte erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat eine Kenntnis der Zedentin von der am 02.11.2014 erfolgten Zahlung der Hauptauftraggeberin aufgrund von Gesprächen ihres Geschäftsführers mit dem der Zedentin Anfang Dezember 2014 behauptet, ist dieses Vorbringen von der Klägerin bestritten worden; Gründe, den neuen Vortrag nach § 531 Absatz 2 ZPO zuzulassen, hat die Beklagte nicht mitgeteilt.

d)

21 Die Beklagte kann sich auch nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 641 Absatz 3 BGB berufen. Danach kann der Besteller die Zahlung trotz Fälligkeit der Vergütung verweigern, wenn er die Beseitigung von Mängeln verlangen kann.

(1)

22 Es fehlt nicht an der hinreichenden Geltendmachung eines etwaigen Zurückbehaltungsrechts im Rechtsstreit. Die entsprechende Einrede muss nicht ausdrücklich erhoben werden, insbesondere bedarf es keines formellen Antrags des Beklagten, nur zur Leistung Zug um Zug verurteilt zu werden. Vielmehr reicht es aus, wenn dieser einen uneingeschränkten Abweisungsantrag stellt, sofern der Wille, die eigene Leistung im Hinblick auf das Ausbleiben der Gegenleistung zurückzubehalten, eindeutig erkennbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 07.10.1998, VIII ZR 100/97, juris Rn. 12). Diese Voraussetzungen sind im Hinblick auf den mit einer Mangelhaftigkeit der Leistungen der Zedentin begründeten Abweisungsantrag der Beklagten zu bejahen.

(2)

23 Die Beklagte hat die Voraussetzungen für ein Leistungsverweigerungsrecht nicht bewiesen. Der Beweis, dass das von der Zedentin erbrachte Werk mangelhaft ist, ist nicht gelungen.

aa)

24 Entgegen der Ansicht des Landgerichts sind die Mangelbehauptungen der Beklagten erheblich; ihrem auf Einholung eines Sachverständigengutachtens gerichteten Beweisantritt war nachzugehen.

25 Die Beklagte hat eine Mangelhaftigkeit der Leistungen in prozessual erheblicher Weise vorgetragen. Sie hat die behaupteten Mängel zunächst unter Bezugnahme auf die ursprünglichen Mängelvorbehalte der Hauptauftraggeberin hinreichend konkret beschrieben.

26 Zwar genügt andererseits der Vortrag der Klägerin zur Beseitigung der bei der vorläufigen Abnahme vom 7. Juli 2015 („Vorläufiges Übernahmeprotokoll“, Anlage B1) vorbehaltenen Mängel für die Darlegung einer vollständigen Mangelbeseitigung. Allerdings ergibt sich aus der Anlage B 3 nur eine Beseitigung einzelner Mängel sowie die Aufhebung der entsprechenden Mängelvorbehalte durch die Hauptauftraggeberin. Aus der E-Mail der Projektleiterin der Hauptauftraggeberin Frau M… vom 09.11.2017 (Anlage K 15) geht jedoch hervor, dass hinsichtlich der Leistungen der Zedentin die „von … gemeldeten Probleme“ (zitiert nach der vorgelegten deutschen Übersetzung der Anlage) beseitigt worden seien. Dies legt nahe, dass eine Beseitigung sämtlicher Mängel bestätigt werden sollte.

27 Der Vortrag der Beklagten, die Mängel seien weiterhin vorhanden, bleibt auch unter Berücksichtigung dieses Vortrags gleichwohl prozessual beachtlich. Es handelt sich trotz fehlender eigener Kenntnis der Beklagten von den Mängeln nicht um unzulässigen Vortrag „ins Blaue hinein“.

28 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf einer Partei nicht verwehrt werden, eine tatsächliche Aufklärung auch hinsichtlich solcher Punkte zu verlangen, über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann. Sie kann deshalb genötigt sein, eine von ihr nur vermutete Tatsache zu behaupten und unter Beweis zu stellen. Unzulässig wird ein solches prozessuales Vorgehen erst dort, wo die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufstellt. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur beim Fehlen

jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte, gerechtfertigt werden können (vgl. etwa BGH, Urteil vom 27.05.2003, IX ZR 283/99, NJW-RR 2004, 337, 338).

29 An solchen Anhaltspunkten fehlte es hier in Anbetracht der durch die vorgelegten Unterlagen (insbesondere die Anlagen B 1 und B 4) belegten Mängelfeststellungen der Hauptauftraggeberin nicht. Die schlichte Erklärung von Frau M... in der E-Mail vom 09.11.2017, die von der Hauptauftraggeberin gemeldeten Probleme seien von Mitarbeitern der Zedentin beseitigt worden, lässt diese Anhaltspunkte jedenfalls nicht vollständig entfallen, zumal der E-Mail keine näheren Erläuterungen zu entnehmen sind, welche Mängel in welcher Weise beseitigt worden sein sollen.

30 Die Beklagte war auch nicht verpflichtet, weitere Erkundigungen bei der Hauptauftraggeberin einzuholen oder selbst eine Überprüfung der Anlage vor Ort vorzunehmen, um in prozessual erheblicher Weise vortragen zu können. Dies gilt selbst dann, wenn man insoweit die zur Zulässigkeit von Erklärungen mit Nichtwissen entwickelten Grundsätze heranziehen würde.

31 Hiernach treffen eine Partei, der das Wissen über die behaupteten Umstände fehlt, im eigenen Verantwortungsbereich Erkundigungs- und Informationsobliegenheiten, die auch Nachfragen bei Vertragspartnern umfassen können (Münchener Kommentar/Fritsche, ZPO, 7. Aufl. 2025, § 138 ZPO Rn. 35). Inwieweit über die - hier im Verhältnis zur Zedentin nicht in Betracht kommende - eigene Verantwortung für den Zustand von Sachen hinaus eine Erkundigungspflicht im eigenen Lebensbereich besteht, ist im Zusammenhang mit der Zulässigkeit des Bestreitens mit Nichtwissen wertend nach Kriterien wie Ortsnähe oder sonstige räumliche Beziehungen, Art des streitigen Rechtsverhältnisses und Zumutbarkeit für die nicht beweisbelastete Partei zu beurteilen (OLG Bamberg, Urteil vom 03.03.2015, 8 U 31/14, juris Rn. 47; Lange NJW 90, 3233, 3236).

32 Für die Zumutbarkeit weiterer Erkundigungen spricht zwar, dass die Beklagte ihrerseits gegenüber der Zedentin eine Hauptpflicht zur Abnahme des vertragsgemäßen Werkes der Zedentin (§ 640 Absatz 1 BGB) trifft. Zu berücksichtigen ist aber, dass die Klägerin eine solche selbst nicht mehr für erforderlich hält, da sie der Ansicht ist, die in dem Protokoll vom 07.07.2015 (Anlage B 1) zu sehende vorläufige Abnahme markiere bereits den Übergang vom Erfüllungsanspruch in die Gewährleistung gemäß dem Subunternehmervertrag zwischen der Zedentin und der Beklagten. Dem entspricht es, dass die Zedentin trotz mehrerer Bitten der Beklagten um die Durchführung einer gemeinsamen Abnahme nicht angeboten hat, an einer solchen mitzuwirken. Unter diesen Umständen, insbesondere auch unter Berücksichtigung der fehlenden Informationen über die Art und Weise der Mängelbeseitigung durch die Zedentin, ist eine eigene Prüfung der Funktionsfähigkeit der Anlage vor Ort durch die Beklagte wegen des mit einer Anreise nach A... verbundenen erheblichen zeitlichen und kostenmäßigen Aufwands - lediglich zur Ermöglichung eines Sachvortrags aufgrund eigener Wahrnehmungen - nicht zuzumuten.

bb)

33 Die Beweiserhebung ist jedoch gescheitert.

34 Die Durchführung der vom Senat beschlossenen Beweisaufnahme bedarf wegen der Belegenheit des Werks im Ausland der Genehmigung des ausländischen Staates. Nach § 64 f ZRHO sind Gutachten eines Sachverständigen im Wege der Rechtshilfe einzuholen. Die danach notwendige Zustimmung des ausländischen Staates ist von diesem nicht

erteilt worden. Eine Begutachtung des Werks durch den beauftragten Sachverständigen ist damit nicht möglich.

35 Einer Fristsetzung nach § 356 ZPO bedurfte es nicht, da das der Beweiserhebung entgegenstehende Hindernis nicht in der Risiko- und Einflusssphäre der Beklagten liegt. Das vom Sachverständigen zu untersuchende, von der Zedentin erstellte Werk befindet sich in A.... Der a... Staat hat auf zweifache Versuche im Wege der Rechtshilfe, die Tätigkeit des Sachverständigen dort genehmigen zu lassen, diese verweigert. Anhaltspunkte dafür, dass sich dies ändern wird, sind nicht ersichtlich. Auch die deutsche Konsularvertretung in A... hat mitgeteilt, es müsse davon ausgegangen werden, dass die Durchführung der Beweiserhebung nicht gewollt sei. Dies ist die souveräne Entscheidung des a... Staats, auf die kein Einfluss der Parteien besteht.

bb)

36 Die Beklagte hat damit den ihr obliegenden Beweis, dass die Zedentin das gegenüber der Beklagten geschuldete Werk mangelhaft hergestellt habe, nicht erbracht. Sie ist damit beweisfällig geblieben. Dies geht zu ihren Lasten.

37 Entgegen der Ansicht der Beklagten liegt die Beweislast für Mängel, die ihr Leistungsverweigerungsrecht begründen sollen, bei ihr (Grüneberg/Retzlaff, BGB, 84. Aufl. 2025 § 641 Rn. 10; Dauner-Lieb/Langen/Herdy/Raab, BGB, 4. Aufl. 2021 § 641 Rn. 46; Biederer BauR 2009, 1050, 1053; LG Arnsberg, Urteil vom 18.05.2016, 1 O 267/14, juris, implizit wohl auch OLG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 08.01.2013, 1 U 57/12 juris Rn. 62; a.A. BeckOK/Hau/Poseck/Voit, BGB, & 641 Rn. 12, Leinemann/Kues/von Kiedrowski, BGB-Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2023 § 641 Rn. 50).

38 Das Leistungsverweigerungsrecht nach § 641 Absatz 3 BGB ist eine vom Besteller geltend zu machende Einrede; die Beweislast für das Vorliegen ihrer Voraussetzungen liegt beim Besteller. Die Fälligkeitsregelung des § 641 Absatz Nr. 1 bis 3 BGB hat im Ergebnis die Wirkung, dass das Werk als abgenommen gilt; andernfalls würde die Regelung, mit der der Gesetzgeber in einer Leistungskette den Subunternehmer schützen wollte, leerlaufen. Sie bewirkt damit, dass entsprechend der Lage nach Abnahme im Sinne von § 640 BGB der Besteller im Ergebnis die Beweislast für das Vorhandensein von Mängeln trägt, die seine weiteren, einer Zahlung an den Unternehmer entgegenstehenden Rechte wie hier das Leistungsverweigerungsrecht in Form der Mängeleinrede nach § 641 Absatz 3 BGB begründen sollen (Grüneberg/Retzlaff, a.a.O.).

39 Diesen Beweis hat die Beklagte nicht erbringen können, nachdem die Beweiserhebung mangels verweigerter Zustimmung des ausländischen Staates, in dem die zu untersuchende Anlage belegen ist, unmöglich ist.

40 Soweit die Beklagte auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 06.12.2007 (VII ZR 125/06, juris Rn. 18) verweist, betrifft diese nur die Frage, wen die Beweislast für die Höhe der Mangelbeseitigungskosten trifft (nämlich den Unternehmer), nicht aber die vorgelagerte Frage, ob überhaupt die Voraussetzungen für ein Leistungsverweigerungsrecht dem Grunde nach vorliegen (ebenso Grüneberg, a.a.O. Rn. 10, 16).

(3)

41 Unabhängig von der Beweislast kann sich die Beklagte nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 641 Absatz 3 BGB berufen.

42 Jedenfalls dann, wenn sich wie hier der eigene Hauptauftraggeber nicht gleichfalls wegen dieser Mängel auf ein Leistungsverweigerungsrecht beruft und einen Teil der Vergütung einbehält oder seine Mängelrechte sonst noch durchzusetzen versucht, kann sich der Hauptunternehmer nicht auf ein auf diese Mängel gründendes Leistungsverweigerungsrecht berufen (siehe auch BGH, Urteil vom 28.06.2007, VII ZR 81/06, NJW 2007, 2695 Leupertz/Preussner/Sienz/Mayr, Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2021 § 641 Rn. 27a; a.A. Motzke/Seewald/Tschäpe, Prozesse in Bausachen, 4. Aufl. 2024 § 5 Rn. 456).

43 Die Gesetzesbegründung zum Forderungssicherungsgesetz, die dem Hauptunternehmer trotz der Zahlung der Vergütung durch den Hauptauftraggeber ausdrücklich das Leistungsverweigerungsrecht nach § 641 Absatz 3 BGB nicht nehmen möchte, steht dem nicht entgegen. Denn die Situation, in der der eigentliche Besteller nicht nur gezahlt hat, sondern keine Mängel mehr geltend macht, ist eine andere als die, in der lediglich gezahlt wird, das Vorhandensein von Mängeln oder die Geltendmachung von Rechten daraus im Verhältnis zum Hauptunternehmer aber noch offen ist. In der Konstellation, in der der (eigentliche) Besteller von einer Mängelfreiheit ausgeht, besteht die Rechtfertigung für das mit dem Leistungsverweigerungsrecht dem Hauptunternehmer gegebenen Druckmittel gegenüber seinem Auftragnehmer nicht mehr. Die Notwendigkeit dieses Druckmittels wird damit begründet, dass die durch das Druckmittel erwirkte Mängelbeseitigung im Ergebnis dem Besteller des Hauptunternehmers, d.h. dem Hauptauftraggeber zugutekomme, der letztlich die wirtschaftlichen Folgen von Mängeln zu tragen habe. Stellt dieser indes das Vorliegen von Mängeln (insoweit) in Abrede, entfällt die Rechtfertigung für das Leistungsverweigerungsrecht des § 641 Absatz 3 BGB. Diese Konstellation ist nicht vergleichbar mit der, in der die Ansprüche des sich auf Mängel berufenden Hauptauftraggebers verjährt sind. Der Bundesgerichtshof hat in dem Urteil vom 01.08.2013 den Aspekt der Vorteilsausgleichung als ausdrücklich schadensersatzrechtliche Kategorie für die Frage des Leistungsverweigerungsrechts nicht einschlägig erklärt. Denn anders als im Schadensrecht würden dem Hauptunternehmer bei Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts keine ungerechtfertigten Vorteile zufließen (BGH, a.a.O. Rn. 25).

44 Genau mit dieser Erwägung ist aber in der vorliegenden Konstellation ein Leistungsverweigerungsrecht zu versagen. Denn wenn der Hauptunternehmerin diese Einrede gewährt würde, indes aus Sicht des Bestellers und Hauptauftraggebers keine zu beseitigenden Mängel (mehr) vorhanden sind, würde der in der Zahlung an sie liegende Vorteil dauerhaft bei ihr verbleiben und nicht nur die Differenz, die sich aus ihrem anteiligen Gewinn in Bezug auf die Leistungen des Subunternehmers, hier der Zedentin ergibt. Dafür gibt es auch außerhalb des Schadensrechts keine Rechtfertigung. Auch der BGH hat in der zitierten Entscheidung festgehalten, dass ein Leistungsverweigerungsrecht dann entfällt, wenn der Besteller die Mängelbeseitigung nicht mehr zulässt (BGH a.a.O. Rn. 26). Die Situation ist vergleichbar mit der, dass der Besteller gar keine Mängel (mehr) behauptet.

45 Vorliegend ergibt sich aus dem eigenen Vorbringen der Beklagten, dass sich die Hauptauftraggeberin nicht mehr auf Mängel beruft, die die Arbeiten der Zedentin und damit die der Beweiserhebung zugrunde liegenden Mängel betreffen (Anlage K 15, E-Mail

vom 09.11.2017). Danach sind die technisch in die Zuständigkeit der Zedentin fallenden Probleme von dieser gelöst worden. Soweit die Beklagte schriftsätzlich unter dem 11.05.2021 behauptet, die Hauptauftraggeberin habe ihr gegenüber unverändert Mängelrügen in Bezug auf die von der Zedentin erbrachten Leistungen erhoben, ist dies widersprüchlich und aus den von ihr vorgelegten Unterlagen nicht erkennbar. Ein Beweisantritt der Beklagten für das Gegenteil fehlt. Auf die E-Mail der Hauptauftraggeberin vom 18.07.2017 (Anlage B 4) kommt es schon deshalb nicht an, weil nach der späteren E-Mail vom 09.11.2017 von der identischen Absenderin eine Beseitigung der zuvor gerügten Mängel durch die Zedentin behauptet wird. Dass die Hauptauftraggeberin in Bezug auf die eigenen Leistungsanteile der Beklagten weiterhin Mängel rügt, steht dem nicht entgegen, denn mit diesem Leistungsteil hat die Zedentin nach dem zugrunde zu legenden Sachverhalt nichts zu tun.

3.

46 Die Klägerin kann Zinsen aus dem Betrag von 177.396,00 Euro gemäß § 286 Absatz 1, 288 Absatz 2 (a.F.), 247 BGB verlangen. Mangels Darlegung eines früheren Verzugsbeginns besteht der Anspruch entgegen dem angefochtenen Urteil indes erst ab dem 13.09.2017. Der Anspruch ist gemäß § 641 Absatz 2 Nr. 1 BGB seit 2014 fällig, nachdem die Hauptauftraggeberin ihre Vergütung an die Beklagte gezahlt hatte. Mit Schreiben vom 07.09.2017 hat die Zedentin die Beklagte durch ihre Rechtsanwältin zur Zahlung des offenen Betrages bis zum 12.09.2017 aufgefordert; dies stellt eine Mahnung im Sinne von § 286 Absatz 1 BGB dar. Die Beklagte ist deshalb mit Ablauf der Zahlungsfrist in Verzug geraten, so dass die Forderung ab dem 13.09.2017 zu verzinsen sind.

47 Die Klägerin ist in Bezug auf die Zinsen auch aktivlegitimiert, denn die Abtretung vom 05.02.2018 betrifft ausweislich der Anlage K 1 sämtliche Rechte in Zusammenhang mit der von der Klägerin versicherten Forderung. Hierunter fallen auch Zinsansprüche. Die Beklagte ist dem Vortrag, sämtliche Ansprüche aus dem streitigen Rechtsverhältnis seien an die Klägerin abgetreten worden, auch nicht entgegengetreten, so dass dieser unstreitig ist.

4.

48 Hingegen kann die Klägerin von der Beklagten nicht die Zahlung weiterer 17.997,42 Euro nebst anteiliger Zinsen aus der Rechnung vom 19.10.2014 verlangen, denn der zugrunde liegende Anspruch ist nach §§ 195, 199 Absatz 1 Nr. 2, 3 BGB verjährt, worauf sich die Beklagte mit Schriftsatz vom 03.01.2020 berufen hat, § 214 BGB.

49 Der Anspruch auf Aufwendungsersatz war mit Rechnungslegung am 19.10.2014 nach § 271 BGB sofort fällig, die Klägerin hatte die notwendige Kenntnis von den den Anspruch begründenden Tatsachen und der Person des Schuldners.

50 Die Verjährung begann deshalb nach § 199 Absatz 1 Satz 1 BGB mit Ablauf des Jahres 2014 zu laufen und endete nach Ablauf von drei Jahren (§ 195 BGB) mit Ablauf des Jahres 2017. Die erst am 07.03.2018 eingereichte Klage vermochte die Verjährung daher nicht mehr nach § 204 Absatz 1 Nr. 1 BGB zu hemmen. Andere, die Verjährung hemmende Umstände sind von der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Klägerin nicht vorgetragen; auch aus dem Vorbringen der Beklagten selbst zu einem von ihr unternommenen Versuch der gütlichen Einigung folgt nichts anderes, denn dieser fand bereits im Dezember 2014 und damit vor Beginn der Verjährung statt.

III.

51 Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Absatz 1 Satz 1, 2. Alternative ZPO, die Entscheidung über die Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 709 Satz 2, 711 ZPO.

IV.

52 Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Absatz 2 ZPO nicht vorliegen. Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Auch kommt der Rechtssache keine grundsätzliche, über den zu entscheidenden Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu.