

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 151/98

Verkündet am:
17. Dezember 1998
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

KO § 6

Der Verwalter im Konkurs eines Werkunternehmers ist an
die Vereinbarung eines Sicherheitseinbehalts gebunden.

BGH, Urt. v. 17. Dezember 1998 - IX ZR 151/98 - OLG Celle

LG Lüneburg

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 1998 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Paulusch und die Richter Dr. Kreft, Stodolkowitz, Kirchhof und Dr. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 17. Februar 1998 im Kostenausspruch und insoweit aufgehoben, als der Rechtsstreit nicht übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt worden ist.

In Höhe von 907,85 DM (4 % Zinsen von 14.538,45 DM für die Zeit vom 25. März 1997 bis 16. Oktober 1998) bleibt die Klage abgewiesen.

Die Beklagte wird auf die Berufung in teilweiser Abänderung des Urteils der 2. Zivilkammer des Landgerichts Lüneburg vom 3. Juli 1997 verurteilt, an den Kläger 4 % Zinsen von 11.538,45 DM für die Zeit vom 17. Oktober bis 9. November 1998 zu zahlen.

- 3 -

Wegen der restlichen Klageforderung von 3.000 DM nebst 4 % Zinsen ab 17. Oktober 1998 wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die verklagte Gemeinde erteilte aus Anlaß der Erweiterung eines Kindergartens der Zimmerei und Tischlerei S. GmbH & Co. Betriebs-KG in L. (im folgenden: Gemeinschuldnerin) am 23. Januar 1996 einen schriftlichen Auftrag zur Durchführung von "Zimmer- und Holzbauarbeiten". In den "Erläuterungen" heißt es:

"...

2. Die Gewährleistung beträgt nach VOB 2 Jahre. Sie beginnt mit der Übergabe des Bauvorhabens an den Bauherrn.

...

3. Der Sicherheitsbetrag = 5 % der Abrechnungssumme für 2 Jahre, er kann durch eine Bankbürgschaft abgelöst werden.

..."



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Die Beklagte nahm die Werkleistung am 16. Oktober 1996 ab und behielt 5 % des geschuldeten Werklohns (das sind 14.538,45 DM) ein. Am 2. Dezember 1996 wurde das Konkursverfahren über das Vermögen der Gemeinschuldnerin eröffnet und der Kläger zum Konkursverwalter ernannt. Dieser hat von der Beklagten den restlichen Werklohn nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit (25. März 1997) verlangt. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens sei die Befugnis der Beklagten, den Werklohn teilweise einzubehalten, weggefallen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung gegen das klageabweisende Erkenntnis des Landgerichts mit Urteil vom 17. Februar 1998 (NZI 1998, 91 f) zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision hat der Kläger zunächst den Klageantrag in vollem Umfang weiterverfolgt. In der Revisionserwiderung hat die Beklagte mitgeteilt, zwei Tage vor Ablauf der Gewährleistungsfrist hätten sich bei einer Begehung Gewährleistungsmängel ergeben. Die Kosten für die Mängelbeseitigung würden vom Architekten auf 1.000 DM netto geschätzt. Deshalb werde der dreifache Betrag (3.000 DM) zurückgehalten. Nachdem die Beklagte am 10. November 1998 einen Teilbetrag von 11.538,45 DM an den Kläger gezahlt hatte, haben die Parteien den Rechtsstreit in dieser Höhe übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt und insoweit gegenläufige Kostenanträge gestellt. Der Kläger beantragt, nach seinen in der Berufungsinstanz zuletzt gestellten Anträgen mit der Maßgabe zu erkennen, daß die Beklagte verurteilt wird, an ihn 3.000 DM nebst 4 % Zinsen hieraus seit dem 25. März 1997

sowie weitere 4 % Zinsen aus 11.538,45 DM vom 25. März 1997 bis 9. November 1998 zu zahlen.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat, soweit der Rechtsstreit nicht übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt worden ist, überwiegend Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagte sei vor Ablauf der zweijährigen Gewährleistungsfrist nicht verpflichtet, den restlichen Werklohn zu zahlen. Darauf, daß die Beklagte nicht dargetan habe, ihr stehe wegen in Erscheinung getretener Mängel eine Gegenforderung gegen den Kläger zu, komme es nicht an. Entscheidend sei, daß die Parteien des Werkvertrages den Sicherheitseinbehalt vereinbart hätten. Daran sei der Kläger als Konkursverwalter gebunden.

II.

Das - insoweit freilich wirkungslos gewordene - Berufungsurteil hält in Höhe des Betrages, in dessen Umfang die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, der rechtlichen Überprüfung stand.

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, daß die Beklagte berechtigt war, den Werklohn in Höhe des Sicherheitseinbehalts jedenfalls bis zum Ablauf der Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche (d.h. gemäß § 13 Nr. 4 VOB, § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 Fall 1 BGB bis zum 16. - nicht, wie das Berufungsgericht gemeint hat, bis zum 15. - Oktober 1998) zurückzuhalten. Dies entsprach der Vereinbarung zwischen Gemeinschuldnerin und Beklagter. Da der Konkursverwalter für die Masse grundsätzlich nicht mehr und keine anderen Rechte beanspruchen kann, als dem Gemeinschuldner zustehen (BGHZ 106, 169, 175; 113, 98, 100; Kuhn/Uhlenbruck KO 11. Aufl. § 6 Rdn. 23), ist der Kläger an die Vereinbarung gebunden (vgl. auch OLG Hamm NJW-RR 1997, 1242, 1243). Die in WM 1988, 1895 f und MDR 1988, 861 f abgedruckte Entscheidung des OLG Hamburg vom 8. Juli 1988 steht dem nicht entgegen. Hier war die Frist für den vereinbarten Sicherheitseinbehalt bereits abgelaufen (vgl. LG Lüneburg BauR 1998, 1018). Aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24. März 1994 - IX ZR 149/93, WM 1994, 1045, wonach ein Werkbesteller im Konkurs des Unternehmers nicht Sicherstellung verlangen kann wegen bisher nicht bekannter, allenfalls möglicher Mängel des abgenommenen Werkes, ergibt sich nichts anderes. Im

Tatbestand ist ausdrücklich vermerkt, daß ein Sicherheitseinbehalt für den Gewährleistungsfall vertraglich nicht vereinbart war. § 65 Abs. 1 KO, der bestimmt, daß betagte Forderungen als fällig gelten, hilft dem Kläger nicht weiter. Die Vorschrift meint nur Forderungen gegen den Gemeinschuldner (OLG Frankfurt am Main ZIP 1983, 1229, 1230; Kilger/Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 65 KO Anm. 1; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 65 Rdn. 1).

2. Entgegen der von der Revision vertretenen Meinung ist die Vereinbarung des Sicherheitseinhalts nicht nach § 9 AGBG unwirksam. Das Berufungsgericht hat die Vereinbarung mit Recht nicht am Maßstab dieser Norm überprüft. Grundsätzlich muß das Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Vertragspartner des Verwenders darlegen und beweisen, der sich im Individualprozeß auf den Schutz des AGB-Gesetzes beruft (BGHZ 118, 229, 238). Das hat der Kläger in den Tatsacheninstanzen nicht getan. Seiner Darlegungslast war der Kläger nicht deshalb enthoben, weil die Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht eine Ablichtung des zweiseitigen Bauvertrages zu den Akten gereicht hat. Dieser Vertrag ist seinem äußeren Zuschnitt nach nicht geeignet, die im Tatbestand wiedergegebene Vereinbarung als Allgemeine Geschäftsbedingung erscheinen zu lassen. Auf der ersten Seite findet sich in entsprechend vorgedruckten Zeilen jeweils in Maschinenschrift die Beschreibung der Baumaßnahme und der Hinweis auf die zu verrichtenden Arbeiten, die Bezeichnung des Auftraggebers, die Auftragssumme, die jeweilige Kalenderwoche für Beginn und Ende der Arbeiten sowie der Hinweis: "Zwischentermine nach Baufort-

schritt". Die in Rede stehende Vereinbarung ist auf der zweiten Seite niedergelegt unter der Rubrik "Erläuterungen" mit dem "Hinweis: Erläuterungen sind zu numerieren; werden keine Erläuterungen gegeben, ist zu schreiben: keine. Der Rest der Seite ist so zu sperren, daß keine Eintragungen mehr vorgenommen werden können." Dann folgen unter Nr. 1. bis 5. in Maschinschrift einzelne Erläuterungen. Aus dieser äußeren Form läßt sich nicht ohne weiteres darauf schließen, daß die Erläuterungen nicht nur im konkreten Fall oder sonstigen vereinzelt Fällen Verwendung finden sollten, sondern mehrfach "für eine Vielzahl von Verträgen" im Sinn von § 1 Abs. 1 AGBG (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG 8. Aufl. § 1 Rdn. 23 ff, 61). Von einem für Allgemeine Geschäftsbedingungen sprechenden ersten Anschein kann hier - anders als etwa bei Verträgen gewerblich tätiger Bauträger (vgl. BGHZ aaO) - nicht die Rede sein, so daß der Kläger seiner Darlegungslast dafür, bei der Vereinbarung habe es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung gehandelt, nicht enthoben war.

3. War die Vereinbarung des Sicherheitseinbehalts danach auch bei einem Konkurs des Auftragnehmers wirksam, brauchte die Beklagte den restlichen Werklohn erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist am 16. Oktober 1998 zu zahlen. Ohne die Teilleistung in Höhe von 11.538,45 DM hätte das Revisionsgericht die Beklagte entsprechend verurteilen müssen. Die erst in der Revisionsinstanz eingetretene Fälligkeit einer Forderung ist vom Revisionsgericht ungeachtet § 561 Abs. 1 ZPO jedenfalls dann zu berücksichtigen, wenn das Berufungsgericht den Fälligkeitster-

min festgestellt hat (vgl. BGHZ 53, 128, 131 m.w.N.). Das trifft hier mit der unerheblichen Abweichung von einem Tag zu.

Da die Beklagte ab 17. Oktober 1998 zumindest zur Zahlung von 11.538,45 DM gehalten war, stehen dem Kläger für die Zeit vom 17. Oktober bis 9. November 1998 die begehrten 4 % Zinsen auf diesen Betrag zu (§§ 291, 288 Abs. 1 Satz 1 BGB). Demgegenüber kann er Zinsen bis zum 16. Oktober 1998 nicht verlangen. Insoweit ist die Klage mit Recht abgewiesen worden.

4. Eine Verurteilung wegen des noch offenen Betrages von 3.000 DM nebst 4 % Zinsen ab 17. Oktober 1998 durch das Revisionsgericht kommt freilich nicht in Betracht, weil der Rechtsstreit insoweit noch nicht entscheidungsreif ist.

Macht der Auftraggeber vor Ablauf der Gewährleistungsfrist mit Recht Mängel des Werkes gegenüber dem Auftragnehmer geltend, kann er die Zahlung des einbehaltenen Restwerklohns auch nach der Vollendung der Verjährung verweigern (§ 639 Abs. 1, § 478 Abs. 1 Satz 1 BGB; vgl. BGHZ 121, 168, 170). Daß der Auftragnehmer vor Ablauf der Gewährleistungsfrist in Konkurs gefallen ist, ändert daran nichts. Bei einem Werkvertrag ist auch nach Abnahme des Werkes Erfüllung so lange nicht eingetreten, als beseitigungsfähige Mängel bestehen (vgl. BGHZ 26, 337, 340; 96, 111, 119 f; BGB-RGRK/Glanzmann, 12. Aufl. § 633 Rdn. 1). Weigert der Kläger sich, etwaige Mängel zu beseitigen, hat er keinen Anspruch auf denjenigen Teil des Werklohns, der dem Wert der Mängel entspricht. Die Beklagte kann dann entsprechend § 634 Abs. 4, § 472 Abs. 1 BGB mindern. Wandelung des Werkver-

trages scheidet im Streitfall ersichtlich aus (vgl. § 633 Abs. 3 BGB).

Das Revisionsgericht ist nicht in der Lage, die von der Beklagten vorgetragene neue Tatsache eines vor Ablauf der Gewährleistungsfrist entstandenen und dem Kläger angezeigten Werkmangels sowie dessen Umfang zu überprüfen. Da dieser Vortrag sachlich eng mit dem in der Revisionsinstanz zu berücksichtigenden Fälligkeitstermin für den restlichen Werklohn verbunden ist und die Bedeutung dieses Termins für denjenigen Teil des noch ausstehenden Werklohnes in Frage stellt, der auf den behaupteten Mangel entfällt, ist die Sache wegen des von der Beklagten noch zurückgehaltenen Teils des Sicherheitseinbehalts unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts an die Tatsacheninstanz zurückzuverweisen (vgl. BGH, Urt. v. 27. Oktober 1976 - IV ZR 147/75, NJW 1977, 498, 499). Dieser ist auch die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits zu überlassen.

III.

Für das weitere Verfahren gibt der Senat folgende Hinweise: Das Berufungsgericht wird in erster Linie zu prüfen haben, ob das Werk den behaupteten Mangel aufweist. Trifft dies zu, wird ferner zu klären sein, ob der Kläger zur Mängelbeseitigung bereit ist. Beseitigt er die Mängel nicht, wird eine von der Beklagten in Anspruch genommene Zurückhaltung des Werklohns in

Höhe des dreifachen Mangelwertes nicht in Betracht kommen. Ein derart großzügig bemessenes Zurückbehaltungsrecht setzt eine Verpflichtung des Auftragnehmers zur Nachbesserung voraus. Es soll Druck auf ihn ausüben, seiner Verpflichtung umgehend nachzukommen (BGH, Urt. v. 26. Februar 1981 - VII ZR 287/79, NJW 1981, 1448, 1449; v. 9. Juli 1981 - VII ZR 40/80, NJW 1981, 2801). Entfällt eine Nachbesserung, steht dem Auftraggeber ein Zurückbehaltungsrecht, das über den Teil des Werklohns hinausgeht, der wegen des Mangels nicht geschuldet wird, nicht zu.

Paulusch

Kreft

Stodolkowitz

Kirchhof

Fischer