

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 109/79

URTEIL

Verkündet am

28. April 1980

Werner,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bauunternehmers Peter M[REDACTED], G[REDACTED]weg [REDACTED],
B[REDACTED]-W[REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers,
Berufungsbeklagten und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Chefarzt Dr. Werner B[REDACTED], T[REDACTED] Weg [REDACTED],
W[REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten,
Berufungskläger und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. April 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Doerry und Bliesener

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 20. Februar 1970 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat 1974/75 für den Beklagten an dessen Wohnhaus in W■■■■■■ eine Schwimmhalle erstellt. Nach Abschluß der Arbeiten hat er im Februar 1976 eine Rechnung über 123.745,66 DM erteilt und dem Beklagten übersandt. Dieser zahlte darauf 80.000 DM. Den restlichen Werklohn von 43.745,66 DM nebst Zinsen hat der Kläger eingeklagt.

Der Beklagte verweigert die Zahlung wegen verschiedener Mängel, die der Kläger noch nicht beseitigt habe. Er hat das Schwimmbad bisher nicht in Benutzung genommen. Der Kläger hält sich zumindest nicht in dem Umfang

- 3 -

zur Mängelgewähr für verpflichtet, in dem sie der Beklagte beansprucht. Das gilt insbesondere für die mangelhafte Isolierung der Außenwände gegen aufsteigende Feuchtigkeit und die angebliche Undichtigkeit des Schwimmbads, deren Beseitigung nach der Behauptung des Beklagten einen Kostenaufwand von insgesamt mindestens 35.000 DM erfordere.

Das Landgericht hat nach Beweiserhebung über die vom Beklagten gerügten Mängel der Klage in Höhe von 32.062,64 DM nebst Zinsen stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Dagegen haben beide Parteien Berufung eingelegt, der Kläger unter Ermäßigung der Klagsumme auf 43.045,66 DM. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und auf die Berufung des Beklagten die Klage ganz abgewiesen. Mit der - angenommen - Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, verfolgt der Kläger den Anspruch in dem im zweiten Rechtszug eingeschränkten Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält die Klage für unbegründet, weil der vom Kläger geltend gemachte restliche Werklohnanspruch noch nicht fällig sei. Denn der Beklagte habe die Arbeiten des Klägers bisher nicht abgenommen und sei auch wegen vorhandener Mängel nicht zur Abnahme verpflichtet. Dabei stützt sich das Berufungsgericht auf vier Mängel, deren Beseitigung nach dem vom Landgericht eingeholten Sachverständigengutachten einen Kostenaufwand von insgesamt 1.950 DM zuzüglich Mehrwertsteuer erfordert. Dafür, daß die Wände und die Sohle des Schwimm-



beckens ohne Wärmeisolierung ausgeführt worden sind, macht das Berufungsgericht den Kläger nicht verantwortlich. Mit den übrigen Mängeln, die das Landgericht dem Kläger entweder nicht angelastet hat (fehlerhafte Isolierung der Außenwände gegen Bodenfeuchtigkeit; Undichtigkeit des Schwimmbeckens) oder deretwegen es dem Beklagten Wertminderung in Höhe von 9.499,02 DM zugesprochen hat, weil Nachbesserung unmöglich sei (fehlerhafte Verarbeitung des Mauerwerks; minderwertiges Sichtmauerwerk), hat sich das Berufungsgericht nicht befaßt. Es ist der Auffassung, der Beklagte könne die Abnahme nicht nur wegen eines wesentlichen, sondern wegen jeden Mangels verweigern. Den Vortrag des Klägers in einem nach Schluß der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsatz, zwischen den Parteien sei die VOB/B vereinbart worden, hat das Berufungsgericht nicht berücksichtigt, weil dem Kläger nicht eingeräumt worden sei, einen Schriftsatz nachzureichen.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Das Berufungsgericht bezeichnet den Schriftsatz des Klägers vom 8. Januar 1979 als "nicht nachgelassen". Das ist falsch. Das Berufungsgericht hatte dem Kläger in der Verhandlung vom 12. Dezember 1978 nachgelassen, bis zum 10. Januar 1979 auf den Schriftsatz des Beklagten vom 6. Dezember 1978 zu antworten. Das hat der Kläger in seinem Schriftsatz getan.

Die Frage, ob der Beklagte die Arbeiten des Klägers abgenommen hat, ist im Schriftsatz des Beklagten vom 6. Dezember 1978 erörtert, auf den der Kläger antworten

durfte. In diesem Schriftsatz nimmt der Beklagte u.a. Stellung zu den Bestrebungen des Klägers, den Rechtsstreit vernünftigerweise von der Frage, ob eine förmliche Abnahme stattgefunden hat, freizuhalten, und ihn - wie es schon das Landgericht getan hatte - auf die umfassende Prüfung zu konzentrieren, welche Mängel vorliegen und wer für sie verantwortlich ist. Wie aus dem Berufungsurteil hervorgeht, war die VOB/B und ihre Bedeutung für die Abnahmeverpflichtung des Beklagten auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht. Unter diesen Umständen hält sich der Vortrag des Klägers, wonach es auf das Fehlen der Abnahme gar nicht ankomme, weil die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart hätten, im Rahmen der ihm nachgelassenen Antwort auf den Schriftsatz des Beklagten (vgl. Senatsurteil NJW 1966, 1657, 1658 m.w.N. zum früheren § 272 a ZPO).

Das Berufungsgericht hätte deshalb gemäß § 283 Satz 2 ZPO den Vortrag des Klägers über die Geltung der VOB/B berücksichtigen müssen. Dabei spielt keine Rolle, daß bereits das Landgericht nach der ersten mündlichen Verhandlung beiden Parteien anheimgegeben hatte, sich darüber zu erklären, ob die Geltung der VOB/B zwischen ihnen vereinbart worden sei, eine Auflage, die später offensichtlich allseits in Vergessenheit geraten war. Das kann umso weniger maßgeblich sein, als die Berücksichtigung des Vortrags des Klägers in dem nachgelassenen Schriftsatz die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögert, sondern im Gegenteil seine umfassende Erledigung in einer den Interessen beider Parteien dienenden Weise erst ermöglicht hätte. Durch die vom Kläger

gleichzeitig vorgelegte Seite 1 seines Angebots über die in Frage stehenden Bauarbeiten steht nämlich fest, daß die Parteien die Geltung der VOB/B (1973) vereinbart haben.

2. Dann aber kommt es nicht darauf an, ob eine förmliche Abnahme der vom Kläger erbrachten Werkleistungen stattgefunden hat. Denn gemäß § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B gilt eine Leistung, wenn - wie hier - keine Abnahme verlangt wird, als abgenommen mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung. Als eine solche schriftliche Mitteilung genügt die Übersendung der Rechnung über die ausgeführten Arbeiten, insbesondere einer Schlußrechnung (BGHZ 55, 354, 356; Senatsurteil vom 8. Juli 1963 - VII ZR 132/62 -).

Hier hat der Kläger im Februar 1976 dem Beklagten eine Rechnung über alle von ihm ausgeführten im einzelnen bezeichneten Arbeiten erteilt und übersandt. Der Beklagte hat erst im Mai 1976 erstmals Mängel gerügt also lange nach Ablauf der 12-Tagesfrist des § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B. Damit gelten die vom Kläger erbrachten Bauleistungen als abgenommen.

3. Das bedeutet jedoch nicht, daß es dem Beklagten nun verwehrt wäre, sich auf Mängel der vom Kläger ausgeführten Arbeiten zu berufen und deren Beseitigung zu verlangen, soweit das noch möglich ist. Er kann nur nicht mehr die Abnahme verweigern, auch nicht wegen wesentlicher Mängel (§ 12 Nr. 3 VOB/B). Sein Nachbesserungsverlangen kann vielmehr gemäß §§ 320, 322 Abs. 1 BGB allein noch dazu führen, daß er zur Zahlung der Vergütung Zug

um Zug gegen Beseitigung der Mängel verurteilt wird (BGHZ 61, 42, 44 m.w.N.; 73, 140, 145).

Das ist auch sachgerecht und entspricht dem Interesse beider Parteien an einer umfassenden Erledigung des Rechtsstreits. Denn zu einer Verurteilung des Beklagten kann es nur kommen, nachdem sämtliche von ihm erhobenen Mängelrügen überprüft worden sind, und zu zahlen braucht er erst, wenn der Kläger die Mängel beseitigt hat, für die er im Rahmen der Zug-um-Zug-Verurteilung verantwortlich ist. Der Kläger andererseits weiß dann endgültig, was er noch alles tun muß, um zu seinem restlichen Werklohn zu kommen. Den Umfang der Nachbesserungspflicht durfte das Berufungsgericht nicht offenlassen. Bisher ist ungewiß, ob der Beklagte nach Beseitigung der verhältnismäßig geringfügigen Mängel (S. 3 BU Nr. 1, 3, 4 und 5), mit denen sich das Berufungsgericht in dem angefochtenen Urteil lediglich befaßt hat, den eingeklagten Betrag zahlen muß oder ob der Kläger auch für die sehr viel schwerer wiegenden Mängel (S. 3 f BU Nr. 6 und 9) verantwortlich ist, aus denen der Beklagte Ansprüche in Höhe von 25.000 DM und 10.000 DM hergeleitet hat. Die Überprüfung dieser Mängel hat das Berufungsgericht unterlassen, obwohl sie bereits Gegenstand des Verfahrens im ersten Rechtszug waren und überwiegend sogar schon ein Sachverständigengutachten über sie vorliegt. So durfte das Berufungsgericht nicht verfahren. Es liegt im Interesse beider Parteien, daß im gegenwärtigen Prozeß sämtliche Mängelansprüche abschließend geklärt werden.

4. Nach alledem ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Vogt

Girisch

Meise

Doerry

Bliesener