

BUNDESGERICHTSHOF

14

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 126/87

Verkündet am:
24. März 1988
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstell

(Schlußentscheidung)

in dem Rechtsstreit

der Angelo GA [REDACTED] GmbH, E [REDACTED] Straße 35, Ba [REDACTED] A [REDACTED],
vertreten durch den Geschäftsführer Angelo Ga [REDACTED],
F [REDACTED] straße [REDACTED], M [REDACTED] [REDACTED],

Klägerin, Berufungbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] -

g e g e n

1. die Bauunternehmen R. D [REDACTED] GmbH & Co. KG, Wo [REDACTED]-
W [REDACTED]-Straße [REDACTED], G [REDACTED], vertreten durch die R. D [REDACTED] B [REDACTED]
GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer Rainer
D [REDACTED], O [REDACTED] S [REDACTED]weg [REDACTED], St [REDACTED]-N [REDACTED],

2. die R. D [REDACTED] Bau GmbH, Wo [REDACTED]-W [REDACTED]-Straße [REDACTED], G [REDACTED],
vertreten durch den Geschäftsführer R. D [REDACTED], ebenda,

Beklagten, Berufungsklägerinnen
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]/Dr. [REDACTED] -

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. März 1988 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Doerry, Bliesener und Prof. Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 6. März 1987 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von 13.017,51 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des gesamten Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

14

- 3 -

Tatbestand:

Die Beklagte zu 1, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Beklagte zu 2 ist, übertrug als Generalunternehmerin mit Auftragsschreiben vom 2. Februar 1983 auf der Grundlage ihrer Ausschreibungsbedingungen und des Angebots der Klägerin dieser die Maurerarbeiten für ein aus fünf Häusern bestehendes Bauvorhaben. Im Auftragsschreiben wurde für die "Hauptumsatzzeit 14 tägige Rechnungslegung mit 95 %iger Auszahlung" ausbedungen.

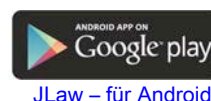
Drei Monate nach Arbeitsbeginn kündigte die Beklagte zu 1 den Vertrag für die Häuser 4 und 5 wegen unzureichenden Personaleinsatzes. Die Klägerin stellte ihre Arbeiten ein und erteilte insgesamt 12 Abschlagsrechnungen, welche die Beklagte zu 1 nur zum Teil beglich.

Die Klägerin hat 69.335,36 DM Restwerklohn (darin den als "Sicherheitseinbehalt" bezeichneten Betrag von 16.139,61 DM) nebst Zinsen eingeklagt. Die Beklagten haben die Fälligkeit bestritten und die Beklagte zu 1 widerklagend 34.008,86 DM Kosten- und Schadensersatz nebst Zinsen verlangt.

Das Landgericht hat der Klage ganz sowie der Widerklage in Höhe von 10.810,13 DM, jeweils nebst Zinsen stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Die Beklagten haben Berufung eingelegt und hilfsweise mit weiteren 26.589,86 DM Mängelbeseitigungskosten aufgerechnet. Die Klägerin hat gegen die titulierte Widerklageforderung aufgerechnet. Das Oberlandes-



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



gericht hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen in vollem Umfang gerichtete Revision der Klägerin hat der Senat durch Beschluß vom 21. Januar 1988 nur im Kostenpunkt und insoweit angenommen, als die Klage in Höhe von 13.017,51 DM abgewiesen worden ist. In diesem Umfang verfolgt die Klägerin ihren Werklohnanspruch weiter. Die Beklagten beantragen, die Revision insoweit zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Nachdem der Senat die Revision im übrigen nicht angenommen hat, ist nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts davon auszugehen, daß die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart haben und daß der unstreitig gewordenen Restwerklohnforderung der Klägerin von 69.335,36 DM berechnete Gegenforderungen der Beklagten (einschließlich der aufgerechneten Urteilssumme von 10.810,13 DM) von 56.317,85 DM gegenüberstehen, so daß noch streitig sind: 13.017,51 DM.

Das Berufungsgericht hält diese Restforderung für noch nicht fällig, weil im Bauvertrag für die fünfjährige Gewährleistungszeit ein Sicherheitseinbehalt von 5 % des Gesamtwerklohns vereinbart worden sei.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Weder das Auftragsschreiben der Beklagten noch ihre Vertragsbedingungen enthalten eine Bestimmung über Sicherheitsleistung für die Mängelgewähr gemäß § 17 VOB/B. Allein für die Abschlagszahlungen ist - wie es § 16 Nr. 1 Abs. 2 Satz 2 VOB/B zuläßt - der Einbehalt von 5 % der Rechnungssumme insofern vorgesehen, als eine Auszahlung nur in Höhe von 95 % ausbedungen ist. Dem zutreffenden Hinweis der Klägerin auf diesen Sachverhalt in ihrer Berufungserwiderung haben denn auch die Beklagten lediglich entgegengehalten, die Klägerin mache Abschlagsforderungen geltend und müsse sich daher auch den Abzug von 5 % gefallen lassen. Somit behaupten auch die Beklagten nicht, es sei eine Sicherheit für die Gewährleistungszeit vereinbart worden.

2. Wie das Berufungsgericht zutreffend feststellt, ist nach Kündigung des Vertrages zwischen den Parteien endgültig abzurechnen und genügen die 12 Abschlagsrechnungen insgesamt den Anforderungen an eine Schlußrechnung im Sinne des § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B. Danach geht es nicht mehr um Abschlagszahlungen, sondern um die Schlußzahlung auf die Restwerklohnforderung. Diese ist dann aber auch insgesamt fällig, ohne daß ein Sicherheitseinbehalt vorgenommen werden kann.

II.

Der Senat kann jedoch insoweit nicht selbst entscheiden, weil das Berufungsgericht wegen der vermeintlich

fehlenden Fälligkeit des festgestellten Restwerklohns offengelassen hat, ob die Hilfsaufrechnung der Beklagten mit einer weiteren Forderung auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten durchgreift.

Das angefochtene Urteil ist daher teilweise aufzuheben und die Sache in dem aus dem Urteilsspruch ersichtlichen Umfang zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des gesamten Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Girisch

Recken

Doerry

Bliesener

Quack