

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 320; VOB/B (1952) § 13 Nr. 5 Abs. 1

Die Einrede des nichterfüllten Vertrags steht dem Auftraggeber auf Grund des Mängelbeseitigungsanspruchs gegen den Werklohnanspruch des Auftragnehmers auch dann zu, wenn er die Gewährleistungsansprüche an Dritte abgetreten hat (wie schon BGHZ 55, 354; 70, 193).

BGH, Urt. v. 18. Mai 1978 - VII ZR 138/77 - OLG Frankfurt/Main  
LG Darmstadt

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 138/77

### VERSÄUMNIS- URTEIL

Verkündet am  
18. Mai 1978  
Werner,  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Architekten Norbert P. A [REDACTED],  
H [REDACTED]straße [REDACTED], D [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten  
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Walter L [REDACTED] GmbH & Co KG,  
J [REDACTED]-L [REDACTED]-Straße [REDACTED], Groß-B [REDACTED], vertreten durch  
die Firma Walter L [REDACTED] GmbH, diese vertreten durch ihren  
Geschäftsführer Walter L [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsklägerin  
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter  
II. Instanz:

Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Mai 1978 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Dr. Recken, Doerry und Bliesener

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main - 13. Zivilsenat in Darmstadt - vom 27. April 1977 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung von mehr als 28.000 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist.

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

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

### Tatbestand:

Durch Bauvertrag vom 15. Oktober 1971 übertrug der Beklagte der Klägerin die Erd-, Kanal- und Rohrbauarbeiten zur Errichtung eines Hauses mit 28 Eigentumswohnungen und 12 Garagen zum Preise von 552.168 DM. Die Geltung der VOB/B war vereinbart.



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



Schon während der Bauzeit rügte der Beklagte die Ausführung der Estricharbeiten im Keller. Nach Fertigstellung des Rohbaus und der Garagen übersandte die Klägerin Schlussrechnung vom 30. Januar 1973 über am 19. September 1972 vereinbarte 557.687,34 DM. Der Beklagte zahlte aber auf den restlichen Werklohn von 40.687,34 DM wegen verbliebener Mängel am Kellerestrich nichts mehr. Die Klägerin erklärte sich Ende Februar 1973 damit einverstanden, daß die Restzahlung erst mit der Mängelbeseitigung fällig werde. Nach weiteren Arbeiten teilte sie dem Beklagten am 5. Februar 1974 mit, die Mängel seien behoben, wie auch die Bewohner des Hauses bestätigt hätten; nunmehr sei ihre Restforderung fällig. Dem widersprach der Beklagte mit Schreiben vom 5. April 1974 unter Aufzählung angeblich noch vorhandener Mängel.

Zwischenzeitlich hatte der Beklagte 26 Wohnungen und die 12 Garagen verkauft. In den Kaufverträgen hatte er alle ihm gegen Bauunternehmer, Handwerker und sonstige am Bau Beteiligte zustehenden Gewährleistungsansprüche an die Käufer abgetreten und sich verpflichtet, sie bei der Geltendmachung dieser Ansprüche zu unterstützen.

Die Klägerin hat 43.308,45 DM nebst Zinsen, abzüglich nach Klagezustellung gezahlter 3.034,62 DM, eingeklagt. Der Beklagte hat die Fälligkeit der Restforderung bestritten und ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Mängel am Kellerestrich geltend gemacht.

Das Landgericht hat die Klage mangels Fälligkeit abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht ihr 40.687,34 DM nebst Zinsen abzüglich am 19. Oktober 1974 gezahlter 3.034,62 DM zuerkannt. Im übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen.

- 4 -

Der Beklagte hat in vollem Umfang Revision eingelegt. Der Senat hat die Revision angenommen, soweit der Beklagte zur Zahlung von mehr als 28.000 DM verurteilt worden ist. Der Beklagte beantragt, insoweit die Berufung der Klägerin zurückzuweisen, hilfsweise: ihn zur Zahlung nur Zug um Zug gegen Beseitigung der Mängel am Kellerestrich zu verurteilen. Er bittet um Versäumnisurteil gegen die in der Revisionsinstanz anwaltlich nicht vertretene Klägerin.

#### Entscheidungsgründe:

##### I.

Das Berufungsgericht hält den Restwerklohn für in vollem Umfang fällig. Zwar sehe die Vereinbarung der Parteien vor, daß die Schlußzahlung erst nach Mängelbeseitigung fällig werde. Der Beklagte könne sich jedoch auf Mängel an den verkauften Eigentumswohnungen nicht mehr berufen, da er die Mängelansprüche - unabhängig davon, ob es sich um echte Gewährleistungs- oder um Resterfüllungsansprüche handle - an die Erwerber der Eigentumswohnungen abgetreten habe. Er könne aus den abgetretenen Ansprüchen keinerlei Rechte mehr herleiten, auch nicht - entgegen BGHZ 55, 354 - die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Würde man dem Bauträger diese Möglichkeit unbegrenzt zubilligen, so könne das dazu führen, daß unter Hintanstellung der Interessen des Erwerbers Mängel gerügt würden, die der Erwerber gar nicht beachten oder zumindest anders beurteilen oder wegen deren er andere rechtliche Folgerungen ziehen würde. Dies könne z.B. dazu führen, daß dem Unternehmer einerseits der Werklohn nur Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung zugesprochen werde, er aber andererseits

diese nicht durchführen könne, weil der neue Eigentümer ihm dies verweigere. Die von dem Auftraggeber in den Kaufverträgen vorgenommene Aufspaltung zwischen Werklohnschuldner und Gewährleistungsgläubigern verschlechtere die Stellung des Auftragnehmers unangemessen, weil dieser sich statt eines Vertragspartners jetzt einer Vielzahl von Gewährleistungsgläubigern gegenüber sehe. Die Gefahr einer "vorzeitigen Entlohnung" des Auftragnehmers könne dadurch vermieden werden, daß der Auftraggeber sich von den neuen Gläubigern ermächtigen lasse, deren Rechte dem Werklohnanspruch entgegenzuhalten.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts geben dem Senat keinen Anlaß, von seiner gefestigten Rechtsprechung abzugehen, daß der Mängelbeseitigungsanspruch dem Auftraggeber gegenüber dem Werklohnanspruch des Auftragnehmers auch dann noch die Einrede des nichterfüllten Vertrages gewährt, wenn er die Gewährleistungsansprüche an Dritte abgetreten hat (BGHZ 55, 354; 70, 193).

1. Die Abtretung seiner Gewährleistungsansprüche an die Wohnungserwerber hinderte den Beklagten nicht, nach Erhalt der Schlußrechnung mit der Klägerin Vereinbarungen über die Fälligkeit des Restwerklohns derart zu treffen, daß zuvor der damals unstreitig mangelhafte Kellerestrich nachzubessern sei.

2. Nach der Vertragsauslegung des Berufungsgerichts sind hier auch die Ansprüche aus solchen Mängeln abgetreten worden, die bereits während der Bauausführung gerügt waren. Auch eine solche umfassende Abtretung würde den Beklagten aber nicht daran hindern, sich auf noch vorhandene Mängel (hier: am Kellerestrich) zu berufen.

a) Zwar ist der Beklagte infolge der Abtretung (in den Kaufverträgen über die Eigentumswohnungen) nicht mehr Inhaber der Gewährleistungsansprüche. Die Klägerin schuldet Nachbesserung nicht mehr ihm, sondern den Erwerbern der Eigentumswohnungen.

b) Diese sind jedoch durch die Abtretung weder Vertragspartner der Klägerin - mit Zahlungspflicht und Leistungsverweigerungsrecht - geworden noch erschöpft sich ihre Rechtsstellung in den ihnen übertragenen Ansprüchen. Der Beklagte als Bauträger haftet den Erwerbern vielmehr weiterhin für Fehler des Architektenwerks, ferner - allerdings nur subsidiär - auch für Mängel an den Werken der Bauhandwerker (BGHZ 62, 251, 255; 70, 193; BGH Urteil vom 13. Januar 1975 - VII ZR 194/73 = BauR 1975, 206). Können die Erwerber aus von ihnen nicht zu vertretenden Gründen von der Klägerin Mängelbeseitigung oder Schadensersatz nicht erlangen, so lebt die Haftung des Beklagten wieder auf. Dieser ist also nicht - wie das Berufungsgericht irrig meint - endgültig "aus dem Spiel", sondern bleibt an der Erfüllung der abgetretenen Ansprüche in hohem Maße interessiert.

c) Die Interessenlage des Bauträgers ist insofern durchaus mit der des Sicherungszedenten vergleichbar, welche dem Reichsgericht (RGZ 88, 254, 255) Anlaß gegeben hat, letzterem trotz Abtretung des Zahlungsanspruchs die Einrede des nicht-erfüllten Vertrages zuzugestehen. Wie in jenem Falle hat der Beklagte nach wie vor der Abtretung ein rechtlich zu schützendes Interesse daran, daß die Klägerin ihren Vertragspflichten nachkommt. Wenn er auch nicht mehr auf Erfüllung klagen kann, ohne von den Erwerbern dazu ermächtigt zu sein, so muß er doch befugt bleiben, seine Leistung der Klägerin vorzuenthalten, bis diese ihrer Mängelbeseitigungspflicht genügt und ihn damit von eigener Gewährleistung freistellt.

d) Ginge der dem Unternehmer allein zahlungspflichtige Bauträger durch die Abtretung seiner Gewährleistungsansprüche des Rechtes verlustig, sich auf noch vorhandene Werkmängel zu berufen, so könnte niemand mehr den Unternehmer durch Zahlungsverweigerung zur Beseitigung von Mängeln anhalten. Dies widerspräche den berechtigten Interessen sowohl der gewährleistungsberechtigten Erwerber als auch des ihnen haftenden Bauträgers und käme dem Unternehmer ungerechtfertigt zugute.

e) Das Berufungsgericht nimmt eine solche Folge bewußt in Kauf und sieht in ihr den Ausgleich für eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Bauunternehmers. Dem kann nicht gefolgt werden.

Der Umstand, daß dem Unternehmer infolge der Abtretungen anstelle des einen Auftraggebers nunmehr eine Vielzahl von Gewährleistungsgläubigern gegenübersteht, verschlechtert seine Rechtsstellung nicht. Er kann den Erwerbern alle Einwendungen und Einreden entgegenhalten, die er gegen den Bauträger geltend machen kann. Er braucht ihnen nicht mehr zu gewähren als vorher dem Bauträger. Sollte sich dieser auf Baumängel berufen, obwohl die Erwerber die Mangelfreiheit des ihnen übertragenen Werkes bestätigt haben, könnte er mit seiner - widerlegten - Behauptung keinen Erfolg haben. Sollte aber ein Erwerber die Mängelbeseitigung, von der der Bauträger die Schlußzahlung zu Recht abhängig macht, nicht dulden wollen, so könnte der Unternehmer den Erwerber in Annahmeverzug setzen. Dann entfielen sowohl die subsidiäre Haftung des Bauträgers gegenüber dem Erwerber als auch sein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Unternehmer. Dem Bauträger auch nach Abtretung seiner Gewährleistungsansprüche das Recht zuzubilligen, sich auf noch vorhandene Werkmängel zu berufen,

bedeutet demnach - trotz einigem geschäftsmäßigen Mehraufwands - auch tatsächlich keine wesentliche Benachteiligung des Bauunternehmers. Andererseits würde die vom Berufungsgericht für zweckmäßig gehaltene vertragliche Ermächtigung des Bauträgers durch die Erwerber, die abgetretenen Ansprüche im eigenen Namen geltend zu machen, an der Vielzahl von Gewährleistungsgläubigern nichts ändern und diese nicht hindern, unmittelbar an den Unternehmer heranzutreten.

f) Insgesamt verkennt das Berufungsgericht, daß die Abtretung der Gewährleistungsansprüche nicht die völlige Freizeichnung des Bauträgers von weiterer Haftung für das Bauwerk bedeutet (BGHZ 62, 251; BGH BauR 1975, 206), so daß auch sein vertraglich begründetes Interesse an der Gewährleistung dadurch nicht erlischt. Allenfalls erlaubt ihm die Abtretung - falls er nicht die Durchsetzung der abgetretenen Ansprüche übernommen hat -, die Erwerber mit ihren Mängeln zunächst einmal an den verantwortlichen Bauunternehmer zu verweisen. Dabei benachteiligt seine bloß subsidiäre Werkmängelhaftung die Erwerber im allgemeinen nicht, beläßt ihnen ihm gegenüber die Einrede des nichterfüllten Vertrages (BGHZ 70, 193) und gewährt ihnen durch die Erlangung unmittelbarer Ansprüche gegen die Bauunternehmer sogar zusätzlichen Schutz gegen einen Vermögensverfall des Bauträgers.

Der Bauunternehmer wird damit, daß sein Werklohnschuldner nicht mehr sein Gewährleistungsgläubiger ist, allenfalls mit umständlicherer Geschäftsabwicklung belastet. Ein "ausgleichender" Vorteil in Gestalt eines einwendungs- oder einredefreien Restwerklohnanspruchs kommt ihm deswegen nicht zu. Vielmehr trägt allein die Zubilligung eines trotz Abtretung

fortbestehenden Leistungsverweigerungsrechts des Bau-trägers der allseitigen Interessenlage im Verhältnis Bauträger-Bauunternehmer-Erwerber angemessen Rechnung.

## II.

Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben, soweit der Beklagte die Zahlung des Restwerklohns möglicher-weise von der Behebung etwa noch vorhandener Mängel am Keller-estrich abhängig machen darf. Auf die Unterscheidung zwischen den im Einzeleigentum der Erwerber stehenden Kellerräumen und den im Gemeinschaftseigentum stehenden Kellerfluren kommt es dabei nicht an.

1. Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Beklagte bei Klageerhebung noch 40.687,34 DM restlichen Werklohn schuldete. Das läßt Rechtsfehler nicht erkennen und wird auch von der Revision nicht angegriffen.

2. Die nachträglich "zur Abwendung der Eintragung von Vormerkungen auf 2 Eigentumswohnungen" gezahlten 3.034,62 DM sind nicht - wie das Berufungsgericht irrig meint - zunächst auf Zinsen, sondern voll auf die Hauptsumme zu verrechnen. Der Beklagte hat nämlich durch die vorgenannte Zweckbestim-mung zugleich bestimmt, daß diese Zahlung den Anteil der Klageforderung tilgen sollte, der auf die beiden in seinem Eigentum verbliebenen Wohnungen nebst Kellerräumen entfiel (§ 366 Abs. 1 BGB). Nach dieser Zahlung verblieb somit eine Restschuld von nur noch 37.652,72 DM nebst Zinsen. Soweit die fehlerhafte Verrechnung auf Zinsen den Beklagten benachteiligt, hat seine Revision Erfolg und ist das Berufungsurteil aufzu-heben.

3. Der Beklagte darf nach Treu und Glauben hier keinesfalls die gesamten 37.652,72 DM wegen etwa noch vorhandener Mängel am Kellerestrich zurückhalten. Nicht anders als das gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 Abs. 2 BGB (vgl. dazu BGHZ 54, 244, 249; 56, 312, 316) unterliegt auch die Fälligkeitsvereinbarung der Parteien dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Billigkeit. Das Leistungsverweigerungsrecht beschränkt sich allerdings nicht auf den zur Mängelbeseitigung erforderlichen Betrag (BGHZ 54, 244, 249). Es dient auch dazu, auf den Auftragnehmer Druck auszuüben und ihn zur Nachbesserung anzuhalten. Für diesen Zweck erscheint aber ein Betrag von 9.652,72 DM - das ist mehr als das Doppelte der Herstellungskosten des Kellerestrichs von rd. 4.000 DM - ausreichend. Dieser Betrag ergibt sich, wenn man von den 40.687,34 DM, welche das Berufungsgericht zugesprochen hat, die 3.034,62 DM absetzt, die nach Klageerhebung auf die Hauptforderung gezahlt worden sind (s. oben II 2), und ferner die 28.000 DM, deretwegen der Senat die Revision nicht angenommen hat. Auch die Zinsen auf diese 28.000 DM hat das Berufungsgericht mit Recht zuerkannt, wie sich aus dem Vorstehenden ergibt. Daher ist die - auch wegen dieser Zinsen angenommene - Revision insoweit zurückzuweisen.

4. Wegen der restlichen 9.652,72 DM nebst Zinsen bedarf die Sache noch weiterer Aufklärung und ist deswegen an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses muß nun prüfen, ob und wenn ja, in welchem Umfang noch Mängel am Kellerestrich bestehen und das Zurückhalten der Zahlung eines Werklohnrests rechtfertigen. In der neuen Verhandlung besteht für den Beklagten dann auch Gelegenheit zum Beweisantritt wegen der angeblichen Mängel des Kellerestrichs in den beiden in seinem Eigentum verbliebenen Wohnungen.

5. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 2 ZPO.

Vogt

Girisch

Recken

Doerry

Bliesener