BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 183/02

Verkündet am:
22. Januar 2004
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 648a, 643, 645 Abs. 1

a) § 648a Abs. 1 BGB gibt dem Unternehmer auch nach der Abnahme das Recht, eine Sicherheit zu verlangen, wenn der Besteller noch Erfüllung des Vertrages (Mängelbeseitigung) fordert.

b) Leistet der Besteller auf ein berechtigtes Sicherungsverlangen nach der Abnahme die Sicherheit nicht, ist der Unternehmer berechtigt, die Mängelbeseitigung zu verweigern.

c) Der Unternehmer kann dem Besteller in sinngemäßer Anwendung des § 648a Abs. 5 Satz 1 in Verbindung mit § 643 Satz 1 BGB eine Nachfrist zur Sicherheitsleistung mit der Erklärung setzen, daß er die Mängelbeseitigung ablehne, wenn die Sicherheit nicht fristgerecht geleistet werde. Nach fruchtlosem Ablauf der

Nachfrist wird er von der Pflicht zur Mängelbeseitigung frei. Ihm steht in weiterer sinngemäßer Anwendung des § 645 Abs. 1 Satz 1 und § 648a Abs. 5 Satz 2 BGB der Anspruch auf die um den mängelbedingten Minderwert gekürzte Vergütung und der Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens zu.

d) Macht der Unternehmer von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, kann der Besteller dem Verlangen auf Zahlung des vollen Werklohns das gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht auch dann entgegenhalten, wenn er die Sicherheit nicht gestellt hat.

BGH, Urteil vom 22. Januar 2004 - VII ZR 183/02 - OLG Rostock
LG Neubrandenburg

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Januar 2004 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Hausmann, Dr. Wiebel, Prof. Dr. Kniffka und Bauner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Rostock vom 11. April 2002 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als hinsichtlich eines 43.215,34 DM übersteigenden Betrages dadurch zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist, daß die sich aus etwaigen Mängeln ergebenden Rechte nicht berücksichtigt worden sind.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Restwerklohn. Die Beklagte macht Mängel geltend.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Die Parteien schlossen im März 1997 unter Einbeziehung der VOB/B einen Bauvertrag über die Erbringung unter anderem von Maurer-, Beton- und Stahlbetonarbeiten am Hotelanwesen der Beklagten. Die Leistungen der Klägerin wurden im Februar 1998 abgenommen. Die Parteien einigten sich später darauf, daß der durch Bürgschaft ablösbare Gewährleistungseinbehalt auf 43.215,34 DM erhöht wird.

Die Klägerin erhob im Juni 1999 mit der Behauptung, sie habe die Bürgschaften zur Ablösung des Gewährleistungseinbehalts angeboten, Klage auf Zahlung des Restwerklohns von 99.315,65 DM, davon einen Teilbetrag von 7.200 DM Zug um Zug gegen Beseitigung von Ausblühungen im Klinker der Hotelfassade. Die Klägerin hat insoweit ohne Anerkennung einer Rechtspflicht angeboten, die Klinker auf einer Fläche von 820 qm abzustrahlen. Die Kosten dafür hat sie mit 2.378 DM beziffert.

Die Beklagte rügte Ausblühungen des Mauerwerkes in weitaus größerem Umfang, Schwind- und Rißverformungen des Fachwerkes, horizontale Verschiebungen der Gefache und eine fehlerhafte Lage der Sickerwasserdichtung. Die Klägerin forderte mit Schreiben vom 6. April 2000 die Beklagte auf, eine Sicherheit gemäß § 648a BGB in Höhe von 99.315,65 DM bis zum 20. April 2000 zu leisten und drohte an, danach die Leistung zu verweigern. Die Beklagte leistete keine Sicherheit. Sie macht wegen der Mängel, deren Beseitigungsaufwand sie auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens zuletzt mit 262.000 DM beziffert hat, gegenüber der Werklohnforderung ein Leistungsverweigerungsrecht geltend. Die Klägerin ist der Auffassung, die Beklagte könne sich schon deshalb nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen, weil sie die Sicherheit gemäß § 648a BGB nicht gestellt habe.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 99.315,65 DM verurteilt, in Höhe eines Teilbetrages von 7.200 DM Zug um Zug gegen Beseitigung der Ausblühungen an der Außenschale und in Höhe eines Teilbetrages von 43.215,34 DM Zug um Zug gegen Übergabe einer Gewährleistungsbürgschaft. Es hat die Auffassung vertreten, der Beklagten stehe kein Leistungsverweigerungsrecht wegen etwaiger Mängel zu, weil sie die geforderte Sicherheit nicht gestellt habe. Die Verurteilung zur Zahlung von 7.200 DM Zug um Zug gegen die Beseitigung von Mängeln erfolge, weil die Klägerin dies so beantragt habe.

Mit der Berufung hat die Beklagte vollumfängliche Klageabweisung begehrt. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nur zum Teil begründet. In diesem Umfang führt sie zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Im übrigen ist die Revision zurückzuweisen.

Das für das Schuldverhältnis maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung (BauR 2002, 1277 ff.) im wesentlichen wie folgt begründet:

Das Landgericht habe zutreffend festgestellt, daß sich die Beklagte nicht auf das ihr grundsätzlich zustehende Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängeln berufen könne, weil sie die von der Klägerin mit Schreiben vom 6. April 2000 geforderte Sicherheit nach § 648a Abs. 1 BGB nicht gestellt habe. Der Bauunternehmer könne die Rechte aus § 648a Abs. 1 BGB auch nach erfolgter Abnahme noch geltend machen. Entscheidend sei, ob der Unternehmer noch bereit und in der Lage sei, die Mängel zu beseitigen und ob er das Nachbesserungsrecht nicht verloren habe. Der Besteller werde nicht benachteiligt, weil er durch die Leistung der Sicherheit die Nachbesserung erzwingen könne.

II.

Die Revision hat keinen Erfolg, soweit die Beklagte sich gegen die Verurteilung zur Zahlung von 43.215,34 DM Zug um Zug gegen Übergabe einer Gewährleistungsbürgschaft wendet.

1. Die Revision verfolgt allein ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten wegen der behaupteten Mängel. Sie beziffert die Mängelbeseitigungskosten mit 262.000 DM und meint, selbst bei einem Zurückbehaltungsrecht in einfacher Höhe der Mängelbeseitigungskosten könne eine Verurteilung zur Zahlung des Werklohns nur Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung erfolgen.

2. Gegenüber dem Zahlungsanspruch in Höhe von 43.215,34 DM steht der Beklagten kein Leistungsverweigerungsrecht wegen der behaupteten Mängel zu. Dieser Zahlungsanspruch hängt davon ab, daß die Klägerin den vertraglich vereinbarten Austausch der Sicherheiten vornimmt. Allein der Umstand, daß möglicherweise im Zeitpunkt des Austausches bereits Mängel vorhanden sind, berechtigt die Beklagte nicht dazu, die Auszahlung des Sicherheitseinbehalts unter Hinweis auf diese Mängel zu verweigern (BGH, Urteil vom 13. September 2001 - VII ZR 467/00, BGHZ 148, 151, 154).

III.

Soweit sich die Revision gegen die Verurteilung zur Zahlung des weitergehenden Betrages von 56.100,31 DM wendet, hat sie Erfolg.

1. Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Der Unternehmer eines Bauwerks kann grundsätzlich auch nach der Abnahme vom Besteller Sicherheit für die von ihm zu erbringende Vorleistung einschließlich der dazugehörigen Nebenforderungen in der Weise verlangen, daß er dem Besteller zur Leistung der Sicherheit eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt, daß er nach dem Ablauf der Frist seine Leistung verweigere. Er darf nach fruchtlosem Fristablauf die Leistung verweigern. Das folgt aus § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB.

a) Nach dieser gesetzlichen Regelung ist der Unternehmer berechtigt, die weitere Leistung zu verweigern, wenn er zu Recht eine Sicherheit binnen angemessener Frist unter Androhung der Leistungsverweigerung gefordert hat und die Frist fruchtlos abgelaufen ist. Die Regelung differenziert nicht zwischen

dem Verlangen nach Sicherheit vor oder nach der Abnahme. Sie gilt auch für die Zeit nach der Abnahme, wenn der Besteller noch Erfüllung des Vertrages verlangt. Denn auch insoweit hat der Unternehmer noch eine Vorleistung im Sinne des Gesetzes zu erbringen. Dem steht nicht entgegen, daß die Vorleistungspflicht des Unternehmers mit der Abnahme endet und er dann grundsätzlich Zahlung der Vergütung Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung verlangen kann (BGH, Urteil vom 4. Juni 1973 - VII ZR 112/71, BGHZ 61, 42, 44). Denn § 648a Abs. 1 BGB stellt nicht auf die Vorleistungspflicht in diesem Sinne ab, sondern auf vertraglich geschuldete Vorleistungen im wirtschaftlichen Sinne. Das hat der Senat bereits dadurch zum Ausdruck gebracht, daß er Vorleistungen im Sinne des Gesetzes auch dann als gegeben angenommen hat, wenn die Leistungen bereits erbracht, jedoch noch nicht bezahlt sind (Urteil vom 9. November 2000 - VII ZR 82/99, BGHZ 146, 24, 32).

b) Der Unternehmer ist nach der Abnahme genötigt, wirtschaftlich die Vorleistung in Form der Mängelbeseitigung zu erbringen, weil er ohne sie den Zahlungsanspruch nicht durchsetzen kann (BGH, Urteil vom 4. Juni 1973 - VII ZR 112/71, BGHZ 61, 42, 46; Urteil vom 22. März 1984 - VII ZR 50/82, BauR 1984, 395, 398 f.). Der Schutzzweck des § 648a Abs. 1 BGB gebietet es, dem Unternehmer das Leistungsverweigerungsrecht auch für den Fall einzuräumen, daß der Besteller nach der Abnahme noch Erfüllung des Vertrages verlangt. § 648a BGB bezweckt, dem Unternehmer eine möglichst einfache und flexible Möglichkeit zu verschaffen, sich vor dem Risiko einer ungesicherten Werkleistung zu schützen (vgl. BR-Drucks. 12/1836, S. 6). Dieses Risiko besteht darin, daß der Unternehmer eine Vergütung für die erbrachten Leistungen nicht erhält und seinen Anspruch möglicherweise infolge einer Insolvenz des Bestellers auch nicht mehr durchsetzen kann. Es besteht auch dann, wenn der Besteller nach der Abnahme den Werklohn noch nicht voll bezahlt hat und die

Bezahlung von der Nacherfüllung des Vertrages abhängig macht (Schulze-Hagen, BauR 1999, 210, 215 ff.; Thierau, NZBau 2000, 14 ff., jeweils m.w.N.).

c) Etwas anderes kann entgegen einer Meinung in der Rechtsprechung und Literatur (vgl. Rathjen, BauR 2002, 242 ff.; Frank, Jahrbuch Baurecht 2002, 143, 147 ff., jeweils m.w.N.; OLG Rostock, NZBau 2002, 97; OLG Hamm, NJW-RR 2001, 806) nicht daraus hergeleitet werden, daß der Unternehmer nach § 648a Abs. 5 BGB das Recht hat, den Vertrag aufzuheben. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber nicht zum Ausdruck gebracht, daß der Unternehmer nur vor der Abnahme eine Sicherheit verlangen kann. Richtig ist, daß eine Aufhebung des Vertrages nicht mehr in Betracht kommt, wenn die Abnahme erklärt worden ist (BGH, Urteil vom 6. Februar 1975 - VII ZR 244/73, BauR 1975, 280, 281). Gleichwohl kann dem Gesetzgeber mit der Formulierung des § 648a Abs. 5 BGB nicht unterstellt werden, daß er nur das Sicherungsverlangen vor der Abnahme regeln wollte. Das durch § 648a Abs. 1 BGB eingeräumte Leistungsverweigerungsrecht hat auch nach Abnahme Bedeutung. Im übrigen ist § 648a Abs. 5 BGB nach der Abnahme sinngemäß anzuwenden, vgl. dazu unten 2. b).

2. Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin könne den Werklohn uneingeschränkt verlangen, weil die Beklagte keine Sicherheit gestellt habe. Diese Auffassung läßt sich mit § 648a BGB nicht vereinbaren.

a) Der Gesetzgeber hat dem Unternehmer keinen Anspruch auf Sicherheit verschafft (BGH, Urteil vom 9. November 2000 - VII ZR 82/99, BGHZ 146, 24, 28). Vielmehr hat er ihm lediglich die Möglichkeit eingeräumt, die Leistung zu verweigern, wenn die zu Recht beanspruchte Sicherheit nicht gestellt wird. Außerdem hat der Unternehmer das Recht, dem Besteller zur Nachholung der

Sicherheitsleistung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, daß er den Vertrag kündige, wenn die Sicherheit nicht bis zum Ablauf der Frist gestellt werde, § 648a Abs. 5 Satz 1, § 643 Satz 1 BGB. Nach Ablauf der Frist gilt der Vertrag als aufgehoben, § 643 Satz 2 BGB. Damit hat der Gesetzgeber dem Unternehmer eine Möglichkeit verschafft, sich von dem Vertrag mit der Wirkung zu lösen, daß er die bis zur Aufhebung des Vertrages noch nicht erbrachten Leistungen nicht mehr erbringen muß. Auf diese Weise erhält der Unternehmer auch die Berechtigung, die Werkleistung abschließend abzurechnen. So wird der Schwebezustand (vgl. BT-Drucks. 12/1836, S. 11) aufgelöst, der dadurch entsteht, daß der Unternehmer einerseits die weitere Leistung mangels Sicherheit nicht erbringen muß, andererseits dann aber auch die Voraussetzungen für die Abnahme des Werkes und damit für die Fälligkeit der Schlußvergütung nicht schafft. Der Gesetzgeber hat für den Fall, daß der Besteller die Vertragsaufhebung wählt, die Rechtsfolgen dahin geregelt, daß dem Unternehmer nur der Vergütungsanspruch nach Maßgabe des § 645 Abs. 1 BGB zusteht und der Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens nach Maßgabe des § 648a Abs. 5 BGB. Ein auf Vertragserfüllung gerichteter Anspruch auf Zahlung der gesamten vertraglich vereinbarten Vergütung steht dem Unternehmer im Falle der Vertragsaufhebung demnach grundsätzlich nicht zu.

b) An dieser gesetzlichen Systematik ändert sich nichts, wenn der Besteller die Leistung des Unternehmers abgenommen hat. In diesem Fall wird der Vergütungsanspruch des Unternehmers allerdings fällig, § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Besteller hat jedoch auch nach der Abnahme noch den Anspruch auf mangelfreie Erfüllung des Vertrages. Wegen dieses Anspruchs steht ihm ein Leistungsverweigerungsrecht in Höhe des mindestens Dreifachen der für die Beseitigung eines Mangels erforderlichen Kosten zu, § 641 Abs. 3 BGB. Der fällige Anspruch des Unternehmers auf Zahlung der Vergütung ist grundsätzlich nur durchsetzbar, wenn die Nacherfüllung erfolgt ist. Verlangt der Un-

ternehmer vor der Mängelbeseitigung Sicherheit nach § 648a BGB, entsteht der gleiche Schwebezustand wie bei einem Sicherungsverlangen vor der Abnahme. Er ist in gleicher Weise aufzulösen.

Dem Unternehmer steht in sinngemäßer Anwendung des § 648a Abs. 5 BGB in Verbindung mit § 643 Satz 1 BGB das Recht zu, sich von seiner Mängelbeseitigungspflicht nach der Abnahme dadurch zu befreien, daß er eine Nachfrist zur Sicherheitsleistung setzt, verbunden mit der Ankündigung, die Vertragserfüllung (Mängelbeseitigung) danach zu verweigern. Mit fruchtlosem Fristablauf ist er von der Pflicht, den Vertrag zu erfüllen, befreit (vgl. Schulze-Hagen, BauR 1999, 210, 220). Er kann auf diese Weise die endgültige Abrechnung herbeiführen, auch soweit die Leistung mangelhaft ist. In weiterer sinngemäßer Anwendung des § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB und des § 648a Abs. 5 Satz 2 BGB steht ihm nach fruchtlosem Fristablauf nicht die volle vertraglich vereinbarte Vergütung zu. Vielmehr hat er lediglich Anspruch auf Vergütung, soweit die Leistung erfüllt, das heißt mangelfrei erbracht ist, und Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens nach Maßgabe des § 648a Abs. 5 Satz 2 BGB. Das bedeutet, daß der Vergütungsanspruch des Unternehmers um den infolge eines Mangels entstandenen Minderwert zu kürzen ist. Sofern die Mängelbeseitigung möglich ist und nicht wegen unverhältnismäßig hoher Kosten verweigert werden kann, ist die Vergütung regelmäßig um die Kosten zu kürzen, die notwendig sind, um den Mangel beseitigen zu lassen, sonst um den Minderwert des Bauwerks (vgl. BGH, Urteil vom 9. Januar 2003 - VII ZR 181/00, BauR 2003, 533 = IBR 2003, 186, 187 = NZBau 2003, 214 = ZfBR 2003, 356).

Im Ergebnis erhält der Unternehmer damit die Möglichkeit, selbst eine Minderung herbeizuführen. Will er hingegen diese Minderung nicht, sondern die volle Vergütung, muß er es hinnehmen, daß der Besteller das gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht geltend macht.

c) Der Senat kann nicht anderen Lösungsvorschlägen folgen, die ein Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers verneinen oder ihm ein Leistungsverweigerungsrecht teils in mindestens dreifacher Höhe, teils in einfacher Höhe der Mängelbeseitigungskosten einräumen. Sie entfernen sich von der dargestellten Systematik des Gesetzes und benachteiligen entweder den Unternehmer oder den Besteller unangemessen.

aa) Würde dem Unternehmer der uneingeschränkte Anspruch auf Vergütung eingeräumt (so Schulze-Hagen, BauR 1999, 210, 215 ff.; Thierau, NZBau 2000, 14, 17 f.; OLG Naumburg, OLGR 2002, 218), führte das dazu, daß er die volle Vergütung erhielte, obwohl seine Leistung mangelhaft ist. Dieses Ergebnis ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts unangemessen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, der Besteller habe es in der Hand, die Sicherheit zu stellen, um dieses Ergebnis zu vermeiden. Denn das ist nicht zwingend. Der Besteller kann aus unterschiedlichsten Gründen gehindert sein, eine Sicherheit zu stellen, z.B. wenn seine Kreditlinie überzogen ist (vgl. Frank, Jahrbuch BauR 2002, 143, 155; Ullrich, MDR 1999, 1233, 1235) oder wenn er insolvent geworden ist. In diesen Fällen könnte er eine Nacherfüllung nicht mehr herbeiführen, so daß letztlich die volle Vergütung für ein dauerhaft mangelhaftes Werk bezahlt werden müßte. Dem Interesse des Unternehmers wird vielmehr in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Systematik ausreichend Rechnung getragen, wenn er sich von seiner Verpflichtung lösen und die geminderte Vergütung verlangen kann.

bb) Würde es dem Unternehmer lediglich gestattet sein, die Vergütung Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung zu verlangen (so Ullrich, MDR 1999, 1233, 1234 ff. m.w.N.; OLG Brandenburg, BauR 2002, 1859), so wäre er gezwungen, eine ungesicherte Vorleistung zu erbringen, um seine Vergütung durchsetzen zu können. Das soll nach der Wertung des Gesetzes aus guten

Gründen nicht möglich sein. Vielmehr muß der Unternehmer die Möglichkeit erhalten, den reduzierten Werklohn ohne Mängelbeseitigung durchzusetzen, wie sich ebenfalls an dem Beispiel belegen läßt, daß der Besteller insolvent geworden ist. Denn dann stünde jedenfalls im Regelfall fest, daß der Unternehmer auch nach vollständiger Erfüllung des Vertrages nicht die volle Vergütung erhält. Dieses Ergebnis wäre gleichfalls untragbar. Das bedeutet, daß die Lösungen, wonach dem Besteller ein Leistungsverweigerungsrecht in Höhe des mindestens Dreifachen oder des Einfachen der Mängelbeseitigungskosten zusteht (vgl. Ullrich, MDR 1999, 1233, 1235; OLGR Oldenburg 2003, 19; KG KG-Report 2002, 128; OLG Dresden BauR 2002, 1274; OLG Stuttgart, BauR 2001, 421), nicht in Betracht kommen, wenn der Unternehmer das nicht akzeptiert. Ihm muß die Wahl bleiben, ob er den vollen Werklohn durchzusetzen will oder ob er die geminderte Vergütung in Anspruch nimmt. Hat er eine angemessene Nachfrist gesetzt und ist diese fruchtlos abgelaufen, kann er allerdings nur noch die geminderte Vergütung geltend machen.

cc) Die Lösung, wonach dem Unternehmer die volle Vergütung zusteht, er diese jedoch nur Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung, diese wiederum Zug um Zug gegen Sicherheitsleistung durch den Besteller durchsetzen kann (vgl. Sohn/Kandel, BauR 2003, 1633, 1634 ff.; OLG Brandenburg, BauR 2002, 1859), wird aus den dargestellten Gründen ebenfalls der Regelung des § 648a BGB nicht gerecht. Mit einem entsprechenden Urteil wäre der Weg dahin eröffnet, daß der Unternehmer den vollen Werklohn ungeachtet der Mängel erhält. Denn er könnte unter den Voraussetzungen der §§ 294 ff. BGB den Annahmeverzug des Bestellers feststellen lassen und dann den vollen Werklohn vollstrecken, § 274 Abs. 2 BGB. In gleicher Weise könnte er vollstrecken, wenn er nach einem Urteil fruchtlos zur Sicherheitsleistung aufgefordert hat (OLG Brandenburg, BauR 2002, 1859).

3. Auf dieser Grundlage hat das Berufungsurteil insoweit keinen Bestand, als das Berufungsgericht der Klägerin den vollen Werklohn ungeachtet der Mängelrügen der Beklagten zugesprochen hat.

a) Das Berufungsgericht muß den Parteien Gelegenheit geben, sich auf die dargestellte, im Rechtsstreit bisher nicht erwogene Rechtslage einzustellen. Im übrigen ist auf folgendes hinzuweisen: Die Klägerin hat ausweislich der Feststellungen des Landgerichts lediglich Ausblühungen an den Klinkern eingeräumt und zwar in einem Umfang, der einen Mängelbeseitigungsaufwand von 2.378 DM bedeutet. Insoweit hat sie selbst eine eingeschränkte Verurteilung Zug um Zug gegen Beseitigung dieser Ausblühungen beantragt. Die entsprechende Verurteilung bezieht sich nur auf diese Mängel. Das Berufungsgericht wird klar zu stellen haben, welche Ausblühungen insoweit zu beseitigen sind, damit deutlich wird, unter welchen Voraussetzungen die Klägerin berechtigt ist, den Betrag von 7.200 DM zu vollstrecken.

b) Das Berufungsgericht wird unabhängig von dem weiteren Verhalten der Parteien aufzuklären haben, ob die behaupteten weiteren Mängel vorliegen.

Stellt sich in der erneuten Verhandlung heraus, daß die Leistung frei von weiteren Mängeln ist, so kann die Klägerin den vollen Werklohn verlangen. Ihr Sicherungsbegehren ist dann ohnehin irrelevant, weil keine weiteren Leistungen zu erbringen sind.

Stellen sich Mängel heraus und beharrt die Klägerin auf einer vorherigen Absicherung, so kann sie nur den sich aus § 645 Abs. 1 BGB ergebenden, geminderten Vergütungsanspruch geltend machen. Eine Nachfrist ist entbehrlich, wenn die Beklagte wie bisher eine Sicherheitsleistung verweigert. Die Klägerin kann dann mit rechtsgestaltender Wirkung erklären, daß sie die Mängelbeseitigung ablehne, weil sie keine Sicherheit erhalten hat. Mit dieser Erklärung geht

der Mängelbeseitigungsanspruch der Beklagten unter. Die Beklagte kann dies vermeiden, wenn sie zuvor ihre Bereitschaft zur Sicherheitsleistung erklärt. Setzt ihr die Klägerin dann eine angemessene Nachfrist, muß sie die Sicherheit stellen, um die Durchsetzung der geminderten Vergütung zu vermeiden. In diesem Fall steht der Klägerin der volle Werklohn zu, jedoch hat die Beklagte das gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht.

Da die Klägerin noch keine Nachfrist gesetzt hat, kann sie weiterhin den vollen Werklohn geltend machen. In diesem Fall ist ebenfalls das gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten zu berücksichtigen.

Dressler Hausmann Wiebel

Kniffka Bauner