

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

VOB/B § 12 Nr. 3

Für die Beurteilung der Frage, ob ein Mangel eines Bauwerkes wesentlich und der Besteller daher nach § 12

Nr. 3 VOB/B berechtigt ist, die Abnahme zu verweigern, ist der Zeitpunkt des Abnahmetermins maßgeblich.

BGH, Urteil vom 30. April 1992 - VII ZR 185/90 - OLG Celle
LG Hildesheim

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 185/90

Verkündet am:
30. April 1992
Werner
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Erich B[REDACTED], R[REDACTED]straße [REDACTED], G[REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

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

gegen

Firma T[REDACTED] & E[REDACTED] GmbH & Co. KG, H[REDACTED] Straße [REDACTED]
B[REDACTED], vertreten durch die Komplementärin T & E G[REDACTED]
[REDACTED]gesellschaft mbH, ebenda, diese vertreten durch
den Geschäftsführer Dipl.-Ing. Hermann E[REDACTED], ebenda,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
F. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. April 1992 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang und die Richter Bliesener, Dr. Thode, Hausmann und Dr. Wiebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Teilurteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 10. Mai 1990 aufgehoben, soweit zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist.

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

Von Rechts wegen



Tatbestand:

Die Klägerin errichtete für den Beklagten in G. einen Supermarkt zum Pauschal festpreis von 674.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer; die VOB/B war vereinbart. Der Beklagte, der das Gebäude zu vermieten beabsichtigte, verweigerte am 13. November 1986 wegen von ihm behaupteter, im einzelnen genannter 241 Mängel die Abnahme. Das Gebäude ist an eine Handelskette vermietet, die seit Übergabe am 15. November 1986 den vereinbarten Mietzins ohne Abzug zahlt.

Die Klägerin hat Klage auf Restwerklohn einschließlich des Mehrpreises für eine Grenzbefestigung und für einen Regenwasseranschluß in Höhe von insgesamt 620.564,13 DM erhoben. Der Beklagte hat vorgetragen, die Forderung sei nicht fällig, da einige Mängel wesentlich seien und er daher die Abnahme verweigern dürfe. Hilfsweise hat er wegen der Mängel ein Leistungsverweigerungsrecht geltend gemacht und mit einem Vertragsstrafenanspruch aufgerechnet. Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme mangels Fälligkeit abgewiesen. Auf die hiergegen gerichtete Berufung hat das Oberlandesgericht der Klage durch Teilurteil in Höhe von 526.365,47 DM uneingeschränkt und in Höhe von weiteren 29.364,12 DM Zug um Zug gegen Beseitigung näher bezeichneter Mängel stattgegeben; in Höhe von 56.170,54 DM hat es die Klage abgewiesen. Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage in vollem Umfang.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht meint, der Restwerklohn der Klägerin sei fällig, da der Beklagte die Abnahme unberechtigt verweigert habe. Der Mangel an der Attikaplatte Nr. 14 sei nicht wesentlich. Nach den Berechnungen des Sachverständigen sei die Standsicherheit dieses Bauteils gegeben, sofern ein vorhandener Riß verpreßt werde. Jedenfalls verursache ein Auswechseln der Platte unverhältnismäßig hohe Kosten, so daß der Beklagte insoweit nur mindern könne. Die uneben verlegten und fleckig verschmutzten Platten des Betonwerksteinbodens im Verkaufsraum seien dem Beklagten zumutbar; er sei durch die Mängel derzeit nicht betroffen, da der Mieter den Mietzins ungekürzt zahle. Jedenfalls sei eine Nachbesserung während des laufenden Geschäftsbetriebes mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden so daß der Beklagte auch hier nur Minderung verlangen könne. Schließlich berechtigten die Mängel des Vordaches und der Schaufensterprofile sowie die mangelnde Qualität der Fliesen nicht zu einer Abnahmeverweigerung.

II.

Dies hält den Revisionsangriffen nicht in allen Punkten stand.

Das Berufungsgericht hat bei zwei Mängeln das Recht des Beklagten, die Abnahme nach § 12 Nr. 3 VOB/B zu verweigern, rechts- und verfahrensfehlerhaft verneint. Infolgedessen steht die Fälligkeit des Restwerklohns der Klägerin nicht fest.

A) Zur Attikaplatte Nr. 14

1. a) Ob ein Mangel "wesentlich" ist und deshalb zur Verweigerung der Abnahme nach § 12 Nr. 3 VOB/B berechtigt, bestimmt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anhand der Art des Mangels, seines Umfangs und vor allem seiner Auswirkungen, wobei dies unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalles zu entscheiden ist (Senatsurteil vom 26. Februar 1981 - VII ZR 287/79 = NJW 1981, 1448 = BauR 1981, 284 = ZfBR 1981, 139). Der Bundesgerichtshof hat den Beurteilungsmaßstab dem Sinn und Zweck der in § 12 Nr. 3 VOB/B getroffenen Regelung entnommen. Die Bestimmung soll einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen der Vertragsparteien bewirken, wobei die für die Abwägung maßgeblichen Kriterien in der Senatentscheidung aufgezeigt sind.

b) Das Berufungsgericht hat danach die Interessen des Beklagten an einer vertragsgemäßen Erfüllung vor Zahlung des Werklohns verfahrensfehlerhaft verkannt.

aa) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts besteht der Mangel der Attikaplatte Nr. 14 darin, daß diese Platte bei der Montage gekürzt worden ist und daß die Bewehrungsstähe zum Teil nicht richtig, nämlich nicht tief

genug im unteren Teil des Auflagers angebracht worden sind. Dies hat zu einem Riß in der einspringenden Ecke des Auflagers geführt. Der Beklagte habe nicht beweisen können, daß die Platte dadurch statisch mangelhaft geworden sei. Der Sachverständige sei vielmehr aufgrund seiner Berechnungen zu dem überzeugenden Ergebnis gelangt, die Standsicherheit des Bauteils sei gewährleistet, sofern der Riß, um ein vorzeitiges Korrodieren der Bewehrung zu vermeiden, verpreßt werde.

bb) Zu Recht vermißt die Revision Feststellungen des Berufungsgerichtes darüber, ob der Riß verpreßt worden ist. Schon ein Fehlen dieser Maßnahme kann Einfluß auf die Standsicherheit des Gebäudes haben. Die Revision rügt des weiteren mit Erfolg, der Sachverständige habe die Standsicherheit lediglich anhand "überschlägiger" Berechnungen ermittelt. Das Berufungsgericht ist der Frage nicht nachgegangen, aus welchen Gründen hier eine nur überschlägige Berechnung zum Nachweis der Statik genügt. Die Ausführungen des Sachverständigen könnten zwar dahin verstanden werden, nach seiner Meinung reiche schon eine überschlägige Berechnung als Nachweis aus. Dem steht indes seine Feststellung entgegen, er halte es für unerläßlich, die Rißbildung weiter daraufhin zu beobachten, ob sie tatsächlich in ihrem jetzigen Ausmaß zum Stillstand gekommen ist. Diese Ausführungen, mit denen sich das Berufungsgericht in den Entscheidungsgründen nicht befaßt hat, lassen demnach die Möglichkeit offen, das Schadensbild könne sich zum Nachteil des Beklagten derart verschlechtern, daß die Standsicherheit nicht mehr gewährleistet ist. Dann wäre der Beweis, daß das Werk ohne wesentlichen Mangel ist, der hierfür be-

weispflichtigen Klägerin (vgl. hierzu Senat BGHZ 61, 42, 47; Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl., § 12 VOB/B Rdn. 2) nicht gelungen. Davon ist jedenfalls im Revisionsverfahren auszugehen.

2. Das Recht des Beklagten, die Abnahme zu verweigern, ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Beseitigung des Mangels mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden ist.

a) Der Senat hat die Frage, ob ein Auftragnehmer vor Abnahme die Mängelbeseitigung wegen unverhältnismäßig hohen Aufwands entsprechend § 13 Nr. 6 VOB/B ablehnen kann, noch nicht entschieden. Das Senatsurteil vom 11. Juli 1974 (VII ZR 76/72 = WM 1974, 931, 932 = S/F Z. 2.415.0 Bl. 8, 9, dort als Urteil vom 11. Juni 1974 bezeichnet) spricht dem Auftraggeber das Recht zu, vor Abnahme des Werks, aber nach Kündigung des Vertrages entsprechend § 13 Nr. 6 VOB/B Minderung verlangen zu können, ohne daß der Auftragnehmer zuvor eine Beseitigung der Mängel erkennbar abgelehnt hätte; so liegt der Fall hier aber nicht.

Die überwiegende Meinung wendet § 13 Nr. 6 VOB/B entsprechend an (so OLG Hamm NJW-RR 1989, 1180; Ingenstau/Korbion, VOB, 11. Aufl. B § 4 Rdn. 348 f und Nicklisch/Weick, VOB, 2. Aufl. § 4 Rdn. 99, jeweils m.w.Nachw.; a.A. LG Amberg BauR 1982, 498 und Kaiser, Das Mängelhaftungsrecht, 7. Aufl. Rdn. 26).

b) Der Senat braucht diese Frage auch jetzt nicht zu entscheiden. Dann jedenfalls ist die Abwägung des Berufungsgerichts zur Frage der Verhältnismäßigkeit des Aufwan-

des rechtsfehlerhaft. Maßgebend ist das Verhältnis der Mangelbeseitigungskosten zu dem Vorteil, den der Auftraggeber durch die Mangelbeseitigung erlangt (Senat BGHZ 96, 111, 123). Wenn, wovon im Revisionsverfahren auszugehen ist, die Standsicherheit des Gebäudes ein Auswechseln der Attikaplatte Nr. 14 erfordert, so sind die nach dem Vortrag des Beklagten hierfür erforderlichen Kosten von rund 36.000 DM nicht unverhältnismäßig. Im übrigen weist der Beklagte darauf hin, daß das Berufungsgericht auf seinen Vortrag nicht eingegangen ist, der Mangel sei sofort nach Bekanntwerden durch den Architekten B. gerügt und es sei ein Austausch der Platte gefordert worden. Sollte sich die Beseitigung des Mangels dadurch verteuern, daß die Klägerin diesem Verlangen ungerechtfertigterweise nicht sogleich nachkam, könnte sie sich heute darauf nicht zu ihrem Vorteil berufen.

B) Zum Betonwerksteinboden

1. Das Berufungsgericht hat auch hier die berechtigten Interessen des Beklagten an einer vertragsgemäßen Erfüllung vor Zahlung des restlichen Werklohns verkannt.

a) Nach den Feststellungen des Sachverständigen sind die Platten uneben verlegt worden. Ihre Oberfläche ist zudem aufgrund einer mangelhaften Nachbearbeitung der Klägerin offenporig, schwer zu reinigen und fleckig verschmutzt.

b) Das Berufungsgericht würdigt zunächst zutreffend das Interesse des Beklagten, seinem Mieter ein Ladenlokal mit einem sauberen, glänzenden Boden zur Verfügung zu stellen,

der gerade für ein Lebensmittelgeschäft ein "Aushängeschild" darstellt. Es beurteilt den Mangel damit - in Übereinstimmung mit dem Landgericht - offensichtlich als wesentlich im Sinne von § 12 Nr. 3 VOB/B. Seine Erwägungen, der Boden sei gleichwohl für den Beklagten zumutbar, sind allerdings rechts- und verfahrensfehlerhaft.

aa) Zu Unrecht stellt das Berufungsgericht darauf ab, der Beklagte sei durch den Mangel derzeit nicht betroffen, weil der Mieter den vereinbarten Mietzins ohne Abzug zahle. Damit verkennt es den maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob ein Mangel unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit als wesentlich zu bezeichnen ist. Grundsätzlich ist auf den Zeitpunkt der Fertigstellung und der Übergabe des Werkes an den Auftraggeber abzustellen. Dies folgt unmittelbar aus dem Wortlaut des § 12 Nr. 3 VOB/B, da das Recht, die Abnahme zu verweigern, das Vorliegen eines wesentlichen Mangels voraussetzt. Zwar sind beim Verlangen der Mangelbeseitigung auch die Auswirkungen eines Mangels zu berücksichtigen, wobei rückschauend eine jahrelange bestimmungsmäßige Nutzung des Bauwerks Bedeutung haben kann (vgl. Senatsurteil vom 24. September 1987 - VII ZR 330/86 = BauR 1988, 123, 124 = ZfBR 1988, 37, 38). Für die Beurteilung dieser Frage stellt jedoch die Tatsache, daß der Mieter jahrelang den Mietzins ohne Abzug zahlt, kein geeignetes Indiz dar. Die Gründe für die ungekürzte Zahlung können derart zahlreich sein, daß sie ohne nähere Kenntnis der Umstände einen Schluß über die Auswirkungen des Mangels nicht zulassen.

bb) Zu Unrecht stellt das Berufungsgericht ferner darauf ab, der Mangel könne bei einem späteren Mieterwechsel beseitigt werden; bis dahin treffe den Beklagten aus der Mangelhaftigkeit des Bodens kein Nachteil. Auch dieses Argument läßt keine Schlußfolgerung auf die Wesentlichkeit des Mangels zum Zeitpunkt der Abnahmeverweigerung zu. Zudem rügt die Revision zu Recht die Feststellung als verfahrensfehlerhaft. Das Berufungsgericht läßt nämlich die Ausführungen des Sachverständigen unberücksichtigt, die Abriebfestigkeit des Bodens, die letztlich seine Lebensdauer bestimme, sei durch die mangelhafte Nachbearbeitung der Klägerin deutlich beeinträchtigt. Der Beklagte hat daher, wovon im Revisionsverfahren auszugehen ist, an einer alsbaldigen Mängelbeseitigung ein anzuerkennendes Interesse.

2. Die hilfsweise Begründung des Berufungsgerichts, eine Mängelbeseitigung würde während des laufenden Geschäftsbetriebes außerordentlich hohe Kosten verursachen und sei daher ausgeschlossen, ist rechtsfehlerhaft. Selbst wenn § 13 Nr. 6 VOB/B vor der Abnahme des Werkes entsprechend anwendbar wäre, so berücksichtigt das Berufungsgericht im Rahmen seiner Abwägung erkennbar auch die Kosten einer Betriebsunterbrechung. Jedenfalls der vom Sachverständigen genannte Nutzungsausfall ist grundsätzlich nicht zu den Mangelbeseitigungskosten zu rechnen, da es insoweit an dem notwendigen engen Bezug zu den Nachbesserungsarbeiten fehlt (so Girisch, Anmerkung in LM BGB § 635 Nr. 47 zum Senatsurteil vom 8. Juni 1978 = VII ZR 161/77 = BGHZ 72, 31; Ingenstau/Korbion aaO § 13 Rdn. 624; Kaiser aaO Rdn. 88).

III.

1. Das angefochtene Urteil stellt sich zur Frage der Fälligkeit auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar, § 563 ZPO. Soweit das Berufungsgericht die von der Klägerin vertretene Auffassung wiedergibt, die Klägerin könne gegebenenfalls auf ihre Abschlagsforderungen zurückgreifen, hat es hierzu keine Feststellungen getroffen. Der Senat kann daher die Frage nicht beurteilen, ob die Klägerin diese Forderungen jetzt noch geltend machen kann.

2. Nach alledem ist die Sache gemäß § 565 Abs. 1 ZPO aufzuheben und zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird - ggfls. nach Erläuterung des Gutachtens durch den Sachverständigen - prüfen müssen, ob die Attikaplatte Nr. 14 standsicher ist. Des weiteren wird es erneut zu würdigen haben, ob die Beschaffenheit des Bodens anhand der vom Senat entwickelten Kriterien einen wesentlichen Mangel darstellt. Sofern es im weiteren Verfahren darauf ankommen

sollte, gibt die Aufhebung und Zurückverweisung dem Berufungsgericht Gelegenheit, auf den vom Beklagten als übergangen gerügten Vortrag zu den weiteren Mängeln einzugehen.

Lang

Bliesener

Thode

Hausmann

Wiebel