

13

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/B (1973) § 8; BGB § 649

Auch bei vorzeitiger Beendigung eines Bauvertrages ist der Unternehmer/Auftragnehmer grundsätzlich verpflichtet und berechtigt, Mängel an dem von ihm erstellten Teilwerk zu beseitigen (im Anschluß an Senatsurteil NJW 1974, 1707 Nr. 3; 1983, 2439; 1985, 1840).

BGH, Urt. v. 25. Juni 1987 - VII ZR 251/86 - OLG Düsseldorf
LG Krefeld

BUNDESGERICHTSHOF

13

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 251/86

Verkündet am
25. Juni 1987
Henco,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Elke Sch[REDACTED], Am K[REDACTED], W[REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Gebrüder Wi[REDACTED] GmbH & Co. KG, vertreten durch die
Firma Wi[REDACTED] Beteiligungsgesellschaft mbH, diese vertreten durch
die Geschäftsführer Lorenz Wi[REDACTED] und Manfred Wi[REDACTED],
R[REDACTED], M[REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

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

WI

13

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Juni 1987 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Doerry, Bliesener, Obenhaus und Prof. Dr. Walchshöfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 4. Juli 1986 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die Klägerin hat auftragsgemäß 1982/83 Dachdeckerarbeiten an einem von der Beklagten errichteten Wohnhaus ausgeführt. Die Gewährleistung ist dabei "nach BGB" vereinbart worden, im übrigen sollte die VOB, Teile B und C, gelten.

Schon während der Ausführung der Arbeiten hat die Beklagte mit Schreiben vom 21. Dezember 1982 von der Klägerin die Beseitigung von 11 im einzelnen bezeichneten Mängeln verlangt, ihr dazu eine Frist bis zum 3. Januar 1983 gesetzt und sich für den Fall, daß sich die Klägerin weigere, "ausdrücklich alle Rechte vorbehalten". Die Klägerin ist der Aufforderung zur Mängelbeseitigung nicht nachgekommen. Sie hat vielmehr mit Schreiben vom 17. Mai 1983 eine Abschlagszahlung von 22.600,- DM angefordert. Daraufhin hat die Beklagte mit Schreiben vom 24. Mai 1983 der Klägerin unter Bezugnahme auf § 4 Nr. 7 VOB/B den Auftrag entzogen.

Die Klägerin hat ihren Werklohnanspruch für die erbrachten Werkleistungen unter Abzug eines Betrages von 300,- DM für einen kleineren Werkmangel auf 31.152,23 DM errechnet und diesen Betrag nebst gestaffelten Zinsen mit ihrer Klage von der Beklagten verlangt.

Das Landgericht hat den Werklohnanspruch auf 30.178,91 DM zurückgeführt. Von den 11 von der Beklagten auch zur Verteidigung gegen die Werklohnklage eingewandten Mängeln der Werkleistungen der Klägerin hat es nur vier

festgestellt und den Mängelbeseitigungsaufwand dafür mit 4.443,73 DM bewertet. Wegen dieser vier Mängel hat es sodann einen Nachbesserungsanspruch der Beklagten bejaht und ihr deswegen ein Zurückbehaltungsrecht an einem Werklohnanteilbetrag von 10.178,91 DM zugebilligt. Demzufolge hat es die Beklagte zur Zahlung von 20.000,- DM (nebst Zinsen) und zur Zahlung weiterer 10.178,91 DM Zug um Zug gegen die Beseitigung der vier festgestellten Werkmängel verurteilt.

Mit ihrer Berufung hat die Beklagte die Berücksichtigung von Mängelbeseitigungsansprüchen auch aus den insgesamt sieben weiteren Mängeln verfolgt und erreichen wollen, daß sie nur Zug um Zug gegen Beseitigung der insgesamt 11 Mängel zur Zahlung des gesamten Werklohns von 30.178,91 DM ohne Zinsen verurteilt werde.

Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt die Beklagte ihren zweitinstanzlichen Antrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, daß die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 24. Mai 1983 den Auftrag vor seiner Beendigung wirksam entzogen hat. Die Klägerin verlangt von der Beklagten nur für tatsächlich erbrachte Leistungen Werklohn, wobei die Höhe dieses Anspruchs mit 30.178,91 DM inzwischen unstreitig ist. Das Landgericht

hat die vorprozessualen und die im Prozeß abgegebenen Erklärungen der Beklagten dahin ausgelegt, daß diese wegen behaupteter Mängel der Werkleistungen der Klägerin in erster Linie ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen und den gesamten Werklohn nur Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung bezahlen will. Das haben beide Parteien inzwischen hingenommen.

Da die Klägerin auch im übrigen das landgerichtliche Urteil nicht angegriffen hat, ist ferner davon auszugehen, daß jedenfalls vier, einen Beseitigungsaufwand von 4.443,73 DM auslösende Mängel der Werkleistungen der Klägerin bestehen, und daß die Beklagte deshalb bis zur Beseitigung dieser vier Mängel aus dem Werklohn der Klägerin 10.178,91 DM zurückbehalten darf. Es geht deshalb nur noch darum, ob der Beklagten bis zur Beseitigung weiterer sieben im einzelnen bezeichneter Werkmängel auch hinsichtlich der restlichen 20.000,- DM ein Zurückbehaltungsrecht zusteht.

Das Oberlandesgericht ist auf die vom Landgericht verneinten weiteren sieben Werkmängel nicht eingegangen. Es ist nämlich der Ansicht, nach der Entziehung des Auftrages könne die Beklagte Mängelbeseitigungsansprüche nicht mehr geltend machen und aus solchen deshalb ein Zurückbehaltungsrecht nicht mehr herleiten.

Das hält den Revisionsangriffen nicht stand:

1. Richtig ist allerdings, daß es sich hier um eine Auftragsentziehung nach § 8 Nr. 1 VOB/B und nicht um eine

solche nach §§ 8 Nr. 3 Abs. 1, 4 Nr. 7 VOB/B handelt. Die Beklagte hat der Klägerin zwar eine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt, dabei jedoch nicht angedroht, ihr den Auftrag nach fruchtlosem Ablauf der Frist zu entziehen. Sie hat ihr also nicht deutlich gemacht, daß sie nach Fristablauf einen anderen Unternehmer beauftragen werde, und die Klägerin nicht vor die Entscheidung gestellt, die Folgen einer nicht ordnungsgemäßen Erfüllung auf sich zu nehmen oder durch Tätigwerden innerhalb der Frist von sich abzuwenden (vgl. z.B. BGH NJW 1983, 1731, 1732 zu der ähnlichen, wenn auch nicht gleichlautenden Regelung des dem § 326 Abs. 1 BGB nachgebildeten § 634 Abs. 1 BGB; vgl. a. Ingenstau/Korbion, VOB, 10. Aufl., B § 4 Rdn. 155 a; Kiesel, VOB/B, § 4 Rdn. 25; Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab, VOB, 4. Aufl., B § 4 Rdn. 58 b). Die Auftragsentziehung kann danach nur als Kündigung nach §§ 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B, 649 BGB gewertet werden. Letztlich kommt es darauf jedoch nicht einmal an.

2. Das Oberlandesgericht meint nun, nach der Auftragsentziehung habe der Auftraggeber auf weitere Erfüllung der Leistung keinen Anspruch mehr, auch nicht auf Beseitigung von Mängeln der bis zur Kündigung erbrachten Werkleistungen, weil das nichts anderes als eine besondere Form der Erfüllung sei. Insbesondere könne bei einer Kündigung nach §§ 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B, 649 BGB Mängeln der erbrachten Bauleistungen dadurch hinreichend Rechnung getragen werden, daß die für die Mängelbeseitigung notwendigen Aufwendungen als Ersparnisse des Auftragnehmers/Unternehmers bei der Abrechnung berücksichtigt würden.

Dem kann nicht gefolgt werden.

Ansprüche des Auftraggebers/Bestellers aus Mängeln der erbrachten Werkleistungen bestehen auch nach der Auftragsentziehung/Kündigung weiter, wobei es keinen Unterschied macht, ob diese auf §§ 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B, 649 BGB oder auf §§ 8 Nr. 3 Abs. 1, 4 Nr. 7, 5 Nr. 4 VOB/B gestützt ist:

a) Auch das Berufungsgericht verkennt nicht, daß eine Kündigung/Auftragsentziehung die Rechtsbeziehungen zwischen den Bauvertragspartnern nur für die Zukunft, nicht auch für die Vergangenheit beendet (vgl. a. BGH NJW 1982, 2553, 2554). Richtig ist ferner, daß der Auftraggeber/Besteller damit die Vollendung des noch nicht fertiggestellten Teiles des Werkes gerade durch den Auftragnehmer/Unternehmer nicht mehr will. Er bleibt jedoch nach der Kündigung/Auftragsentziehung - gleich ob sie hergeleitet ist aus §§ 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B, 649 BGB oder aus §§ 8 Nr. 3 Abs. 1, 4 Nr. 7, 5 Nr. 4 VOB/B - zur Bezahlung jedenfalls derjenigen erbrachten Werkleistungsteile verpflichtet, die er behalten und benutzen will. Dann aber kann man nicht davon ausgehen, daß er mit der Kündigung/Auftragsentziehung auch seine Mängelbeseitigungsansprüche aus §§ 4 Nr. 7 Satz 1 VOB/B, 633 Abs. 2 Satz 1 BGB wegen der bis zur Kündigung vorhandenen Werkmängel aufgeben will. Das würde gänzlich an der Bauwirklichkeit vorbeigehen und den Interessen beider Bauvertragspartner widersprechen.

Denn regelmäßig kann der Unternehmer/Auftragnehmer für erbrachte Werkleistungen vollen Werklohn nur verlangen, wenn

seine Leistungen mangelfrei sind (Senatsurteil NJW 1975, 825, 826). Vorhandene Mängel lösen im allgemeinen Nachbesserungsansprüche oder Gewährleistungsansprüche des Bestellers/Auftraggebers aus. Grundsätzlich ist der Unternehmer/Auftragnehmer jedoch berechtigt, Mängel an dem von ihm erstellten Werk selbst zu beseitigen oder beseitigen zu lassen (Senatsurteile BGHZ 90, 344, 350 m.N.; NJW 1986, 713, 715, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 96, 14; vgl. auch Glanzmann in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 633 Rdn. 1, § 649 Rdn. 23; Soergel in MünchKomm § 633 BGB Rdn. 108; Ingenstau/Korbion, VOB, 10. Aufl., B § 13 Rdn. 146, 150). Dafür, daß das alles bei Mängeln an bis zur Kündigung/Auftragsentziehung erbrachten Werkleistungen anders sein soll, spricht nichts. Sowohl für den Besteller/Auftraggeber als auch für den Unternehmer/Auftragnehmer ist es zumindest überwiegend allein sachgerecht, daß der mit seinem Werk am besten vertraute Unternehmer/Auftragnehmer dessen Mängel abstellt, zumal das meistens auch kostengünstiger ist als die Einschaltung eines neuen Unternehmers.

Wenn das Berufungsgericht bei Kündigung gemäß §§ 8 Nr. 1 VOB/B, 649 BGB die für die Mängelbeseitigung notwendigen Aufwendungen lediglich als "Ersparnis des Unternehmers bei der Abrechnung berücksichtigt" wissen will, so verkennt es, daß gerade das der hier gegebenen Interessenlage nicht entspräche. Zum einen würde damit das dem Unternehmer/Auftragnehmer grundsätzlich zustehende Nachbesserungsrecht verkürzt, das ihm ermöglicht, die Mängelbeseitigungskosten niedrig zu halten. Zum anderen würden mit der bloßen Ersparnisrechnung gemäß §§ 8 Nr. 1 Abs. 2

Satz 2 VOB/B, 649 Satz 2 BGB die dem Besteller/Auftraggeber durch Mängel am Teilwerk zugefügten Nachteile in vielen Fällen nicht ausgeglichen. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats werden denn auch die Ansprüche des Bestellers/Auftraggebers aus Mängeln an den bis zur Kündigung/Auftragsentziehung erbrachten Werkleistungsteilen durch die Kündigung/Auftragsentziehung grundsätzlich nicht beeinflusst (Urteile vom 17. Januar 1974 - VII ZR 146/72 = BauR 1974, 208, 209, insoweit in BGHZ 62, 90 und NJW 1974, 646 Nr. 9 nicht abgedruckt; NJW 1974, 1707 Nr. 3; 1983, 2439, 2440; 1985, 1840; ebenso OLG Düsseldorf BauR 1979, 325, 326; vgl. auch Senatsurteil vom 9. Dezember 1971 - VII ZR 211/69 = BauR 1972, 185, 187).

Dogmatische Überlegungen zwingen zu keiner anderen Beurteilung. Kündigung und Auftragsentziehung beenden die Rechtsbeziehungen der Bauvertragspartner nur für die Zukunft. Für die in der Vergangenheit erbrachten Leistungen wirkt der Vertrag nach. Der Ausschluß weiterer Erfüllung bezieht sich daher lediglich auf den noch nicht hergestellten Teil des Werks. Daß Nachbesserung der erbrachten Leistungen verlangt werden kann, ist deshalb mit der Vertragsbeendigung durchaus vereinbar, auch wenn der Mängelbeseitigungsanspruch als Erfüllungsanspruch anzusehen ist (vgl. dazu z.B. BGHZ 55, 354, 357; 61, 42, 45; 96, 111, 120). Dann aber kann es für die Abwicklung von Werkmängeln an bis zur Kündigung/Auftragsentziehung erbrachten Werkleistungen bei den gesetzlichen oder den Bestimmungen der etwa vereinbarten VOB/B verbleiben; das umso mehr, als gerade auf diese Weise ein vernünftiger und billiger Interessenausgleich zu bewirken ist.

Das Berufungsgericht kann sich denn auch auf seiner abweichenden Ansicht zustimmende Äußerungen im Schrifttum nicht berufen. Nicklisch (in Nicklisch/Weick, VOB/B, Vorbem. vor §§ 8, 9 Rdn. 40, § 8 Rdn. 62) läßt die Frage lediglich offen und das nur teilweise. Die übrigen Autoren gehen jedoch einhellig davon aus, daß Mängelbeseitigungsansprüche auch nach der Kündigung/Auftragsentziehung bestehen bleiben (vgl. z.B. Glanzmann aaO, § 649 Rdn. 23 und Anh. zu §§ 633 bis 635 Rdn. 8/11; Ingenstau/Korbion aaO, B § 4 Rdn. 156, § 8 Rdn. 9 a und 28 d; Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab, VOB, 4. Aufl., B § 8 Rdn. 9 d und 23 a; Kiesel, VOB Teil B, § 8 Rdn. 19 unter 7. e; Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 5. Aufl., Rdn. 905; Kaiser, Das Mängelhaftungsrecht der VOB Teil B, 5. Aufl., Rdn. 31 k, 33; Soergel, Festschrift für Korbion (1986), S. 427, 430, 433).

b) Gerade im vorliegenden Fall stehen dieser Beurteilung keine unüberwindbaren Abwicklungsschwierigkeiten entgegen. Der Auftrag ist erst nach Durchführung nahezu aller der Klägerin übertragenen, aber noch nicht abgenommenen Werkleistungen entzogen worden, lediglich Nachbesserungsarbeiten stehen inzwischen noch aus. Schon deshalb kann es hier keine Unzuträglichkeiten aus einem Nebeneinander von Nachbesserungsarbeiten des alten und der Fortführung der Arbeiten durch einen neuen Bauunternehmer geben. Es kann auch keine Rede davon sein, daß die Beklagte, die gerade von der Klägerin Mängelbeseitigung verlangt, "diese nicht mehr auf dem Bau haben will", wie überhaupt ein Besteller/Auftraggeber sich auf Derartiges nicht berufen wird und kann, wenn er Mängelbeseitigung vom Unter-

nehmer/Auftragnehmer auch noch nach der Kündigung/Auftragsentziehung fordert und deswegen ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht.

c) Besondere Abwicklungsschwierigkeiten, die ein Weiterbestehen der Mängelbeseitigungsansprüche des Bestellers/Auftraggebers als unpraktisch erscheinen lassen könnten, gibt es im übrigen jedenfalls im Regelfall auch dann nicht, wenn die Kündigung/Auftragsentziehung in einem Zeitpunkt ausgesprochen wird, in dem das Werk noch weitgehend unvollendet ist, also von einem anderen Unternehmer fertiggestellt werden muß. Es bedarf dann nämlich allein der Feststellung und Festlegung, welche Teile der Werkleistungen bis zur Kündigung/Auftragsentziehung erstellt sind. Nach § 8 Nr. 6 VOB/B kann der Auftragnehmer alsbald nach der Kündigung sogar Aufmaß und Abnahme der von ihm ausgeführten Leistungen verlangen (BGHZ 80, 252, 254). Damit läßt sich der Bereich, für den er Gewähr zu leisten hat, von dem, für den der Nachfolgeunternehmer verantwortlich ist, klar abgrenzen. Wenn der bisherige Unternehmer daraufhin seine bis zur Kündigung/Auftragsentziehung erbrachten Leistungen nachbessert, gibt das regelmäßig zumindest nicht zu mehr Streit Anlaß, als wenn auch die Mängelbeseitigung durch denjenigen Unternehmer vorgenommen wird, der anschließend das Werk fertigstellt.

Nur und gerade für den umgekehrten Fall hat der Senat auf Schwierigkeiten hingewiesen, die sich aus der Beteiligung von zwei Unternehmern im Hinblick auf die Beseitigung von Mängeln ergeben können. Ohne Auftragsentziehung darf

nämlich gegen den Willen des Auftragnehmers und auf dessen Kosten ein anderer Unternehmer nicht mit der Beseitigung von Werkmängeln beauftragt werden (Senatsurteil vom 15. Mai 1986 - VII ZR 176/85 = BauR 1986, 573 = ZfBR 1986, 226 = WM 1986, 1159 = LM VOB/B (1973) § 4 (A) Nr. 15). In einem solchen Fall können, wenn zwei Unternehmer unabgegrenzt nebeneinander tätig werden, sehr leicht besonders unklare Verhältnisse eintreten. Das wird dagegen weitgehend vermieden, wenn nach Kündigung/Auftragsentziehung der bisherige Unternehmer/Auftragnehmer für die Beseitigung "seiner" Werkmängel verantwortlich bleibt. Werden dabei alsbald nach der Kündigung durch Abnahme oder anderweitige Maßnahmen die vom bisherigen Unternehmer/Auftragnehmer erbrachten Werkleistungen "festgehalten", so tritt ein ähnlicher Zustand ein wie bei der beschränkten Entziehung des Auftrags auf einen in sich abgeschlossenen Teil der ursprünglich geschuldeten Leistung (§§ 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2, 12 Nr. 2 a VOB/B). Dann lassen sich Mängelbeseitigung und Fertigstellung besser voneinander trennen, als wenn bei fortdauerndem Vertragsverhältnis zwei Unternehmer/Auftragnehmer nebeneinander im selben Leistungsbereich tätig werden (Senat aaO).

3. Das Berufungsgericht hätte nach alledem - wie zu den nicht mehr streitigen vier Werkmängeln das Landgericht - den von der Beklagten dargelegten und unter Beweis gestellten weiteren sieben Werkmängeln nachgehen und prüfen müssen, inwieweit die Beklagte mit Rücksicht darauf an weiteren Teilen des Werklohnanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht ausüben darf. Deshalb muß das Berufungsurteil aufgehoben werden. Zu einer abschließenden Entscheidung ist der Senat nicht in der

Lage (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Girisch

Doerry

RiBGH Bliesener
ist im Urlaub und
kann deshalb nicht
unterschreiben.

Girisch

Obenhaus

Walchshöfer