

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

13

VOB/B (1973) § 16 Nr. 1; BGB § 322

Bei der Klage auf Abschlagszahlung führen Mängel der Teilleistung nicht zur Klagabweisung mangels Fälligkeit, sondern zur Verurteilung Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung.

BGH, Urt. v. 21. Dezember 1978 - VII ZR 269/77 - OLG Celle
LG Hannover

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 269/77

URTEIL

Verkündet am
21. Dezember 1978
Werner,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma S. sanitär + heizung Siegfried P.
in Liquidation, Inhaber Siegfried P.,
N. Straße, H.,

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

Christoph B., R.-W.-Straße,
H.,

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Dezember 1978 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Dr. Recken, Doerry und Bliesener

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 18. Oktober 1977 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im August 1972 beauftragte der Beklagte die Klägerin, für sein neues Wohnhaus und die angebaute Schwimmhalle die Heizungsanlage nebst Gasversorgung, die Be- und Entlüftungsanlage und sonstige Ausrüstung der Schwimmhalle sowie deren Be- und Entwässerung zu erstellen. Die Geltung der VOB in der jeweils neuesten Fassung und die Abrechnung nach gemeinsamem Aufmaß wurden vereinbart.



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



Nach Ausführung der meisten Arbeiten erteilte die Klägerin am 25. Oktober 1973 eine als "vorläufige Schlußrechnung" bezeichnete Abrechnung für Heizungs-, Be- und Entlüftungsanlagen über 78.178,68 DM und bat um eine Abschlagszahlung von 30.000 DM auf restliche 33.178,68 DM. Am 19. November 1973 erteilte sie eine weitere als "vorläufige Schlußrechnung" bezeichnete Abrechnung für Be- und Entwässerung, Gasversorgung und Schwimmbadausrüstung über 40.688,39 DM und bat um eine Abschlagszahlung von 8.000 DM auf restliche 10.688,39 DM. Der Beklagte leistete jedoch keine weiteren Zahlungen, sondern forderte die Beseitigung zahlreicher Mängel. Nach vergeblichen Mahnungen übersandte die Klägerin ihm schließlich am 5. Februar 1974 eine Rechnung für den Einbau von Schalldämpfern in der Schwimmhalle über 708,74 DM und teilte ihm mit, sie werde vor Leistung der geforderten Abschlagszahlungen von insgesamt 38.000 DM keine weiteren Arbeiten ausführen. In der Folgezeit kam es weder zu einem gemeinsamen Aufmaß für die Schlußrechnung noch zu einer förmlichen Abnahme der unfertigen Leistungen.

Die Klägerin hat 33.198,68 DM aus der Abrechnung vom 25. Oktober 1973, 8.000 DM aus der Abrechnung vom 19. November 1973 und 708,74 DM aus der Rechnung vom 5. Februar 1974, insgesamt 41.907,42 DM nebst Zinsen eingeklagt. Der Beklagte hat einzelne Rechnungsposten bestritten, einen vereinbarten Rabatt von 8 % in Abzug gebracht, ein Leistungsverweigerungsrecht wegen zahlreicher Mängel geltend gemacht und mit Gegenansprüchen wegen Mangelfolgeschäden in Höhe von 36.821,45 DM hilfsweise aufgerechnet.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage mangels Fälligkeit als derzeit unbegründet abgewiesen. Mit

- 4 -

der - angenommenen - Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, der Klägerin stehe zur Zeit ein fälliger Werklohnanspruch nicht zu, so daß über die zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche des Beklagten nicht entschieden zu werden brauche. Werte man die als "vorläufige Schlußrechnungen" bezeichneten Abrechnungen als echte Schlußrechnungen, so sei der Beklagte berechtigt, die Zahlung zu verweigern, weil ein gemeinsames Aufmaß nicht stattgefunden habe und der Vergütungsanspruch vor Abnahme nicht fällig sei. Werte man dagegen die "vorläufigen Schlußrechnungen" als Aufforderungen zur Leistung von Abschlagszahlungen, so sei der Beklagte ebenfalls berechtigt, diese Abschlagszahlungen zu verweigern, weil die Teilleistungen im Sinne von § 16 VOB/B auch in ihrer Qualität den vertraglichen Erfordernissen entsprechen müßten. Dies sei jedoch nicht der Fall. Für die Beseitigung der festgestellten Mängel seien nach dem vom Landgericht eingeholten Sachverständigengutachten 15.310 DM erforderlich. Bei dieser Sachlage dürfe der Beklagte die Zahlung der gesamten Klagesumme verweigern. Die Klage sei daher abzuweisen.

Gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts wendet sich die Revision mit Erfolg.

I.

Die Abrechnungen der Klägerin vom 25. Oktober und 19. November 1973 sind keine Schlußrechnungen im Sinne von § 16 Nr. 2 VOB/B (1952) oder § 16 Nr. 3 VOB/B (1973). Auch die Rechnung vom 5. Februar 1974 ist keine Schlußrechnung, denn sie stellt, wie aus dem Anschreiben ersichtlich, nur einen Nachtrag zu den beiden früheren Abrechnungen dar.

1. Nach dem Bauvertrag sollte der Schlußrechnung ein gemeinsames Aufmaß vorangehen. Deshalb hat die Klägerin ihre "Schlußrechnungen" als "vorläufige" bezeichnet. Sie sollten später durch gemeinsames Aufmaß überprüft werden. Zunächst waren sie nur prüfbare Aufstellungen der bislang erbrachten Leistungen zur Begründung der Forderung von Abschlagszahlungen. Nichts spricht dafür, daß die Parteien nachher stillschweigend auf das gemeinsame Aufmaß verzichtet hätten.

2. Unstreitig hat die Klägerin die ihr obliegenden Leistungen nicht vollständig erbracht und der Beklagte sie bisher nicht abgenommen. Für eine fiktive Abnahme gemäß § 12 Nr. 5 VOB/B ist kein Raum. Sie setzt die Fertigstellung der Leistung voraus, mag diese dann auch noch Mängel aufweisen. Umstände, aus denen auf eine Teilabnahme (§ 12 Nr. 2 a VOB/B), etwa der in Betrieb genommenen Heizungsanlage, geschlossen werden könnte, haben die Parteien nicht vorgetragen.

3. Für die Revisionsinstanz ist der im Zeitpunkt der letzten Berufungsverhandlung gegebene Sachverhalt maßgebend. Die Parteien waren damals einig, daß ihr Vertragsverhältnis trotz des Zeitablaufs nicht beendet war. Die Klägerin hat

sich immer, auch jetzt noch, bereit erklärt, ihre Arbeit fertigzustellen und die festgestellten Mängel zu beseitigen, sobald der Beklagte die von ihr geforderten Abschlagszahlungen geleistet habe. Der Beklagte hat damals weitere Leistungen der Klägerin nicht abgelehnt, sondern gefordert und davon weitere Zahlungen abhängig gemacht. Daß diese Leistungen der Klägerin damals nicht mehr möglich gewesen wären, hat der Beklagte im Berufungsverfahren nicht geltend gemacht. Daß die Klägerin inzwischen in Liquidation geraten und im Handelsregister gelöscht ist, kann in der Revisionsinstanz nicht als Beweis für ihr jetziges Leistungsunvermögen gewertet werden. Es schließt die Vollendung der Auftragsarbeiten und die Mängelbeseitigung durch einen Nachunternehmer nicht aus. Nach alledem ist für diese Instanz vom Fortbestehen des Vertragsverhältnisses auszugehen.

4. Die Klägerin fordert die Klagesumme als Abschlagszahlung, nicht als Schlußzahlung. Dies gilt nicht nur für den mit der Abrechnung vom 19. November 1973 geforderten Abschlag von 8.000 DM, sondern auch für die vollen Beträge der Abrechnungen vom 25. Oktober 1973 und 5. Februar 1974. Auch sie erfassen erklärtermaßen nicht sämtliche von der Klägerin geschuldeten Leistungen und stehen unter dem Vorbehalt der Überprüfung. Dies ergibt sich schon aus der zusammenfassenden Klagebegründung vom 23. April 1974 und ist in der Berufungsbegründung noch einmal klargestellt worden.

II.

Ob und in welcher Höhe die Klägerin die eingeklagten Abschlagszahlungen fordern kann, hängt davon ab,

- a) ob sie Leistungen in entsprechender Höhe erbracht hat,
- b) ob sie ihren Anspruch ganz oder teilweise durch Aufrechnung verloren hat sowie
- c) ob und inwieweit dem Beklagten wegen der Mängel ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht.

Die Prüfung der Höhe des Klageanspruchs würde sich allerdings erübrigen, wenn er mangels Fälligkeit abzuweisen wäre. Hierin kann jedoch dem Berufungsgericht nicht gefolgt werden.

1. Nach dem Bauvertrag wurden "Abschlagszahlungen innerhalb 8 Tagen ohne Skontoabzug fällig"; im übrigen galt § 16 VOB/B (1973). Danach sind auf Antrag Abschlagszahlungen in Höhe des Wertes der jeweils durch prüfbare Aufstellung nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen in möglichst kurzen Zeitabständen (hier also: binnen 8 Tagen) zu gewähren, wobei Gegenforderungen einbehalten werden dürfen (§ 16 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOB/B). Antrag und prüfbare Aufstellungen lagen hier in den Abrechnungen vom 25. Oktober, 19. November 1973 und 5. Februar 1974.

2. Vertragsgemäße Leistungen sind solche, die der Auftragnehmer nach dem Bauvertrag schuldet und für die ihm gemäß § 2 Nr. 1 VOB/B eine vereinbarte Vergütung zusteht (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB (8.) B § 16 Rn. 13; Heiermann/Riedl/Schwaab, VOB/B § 16 Rn. 4). Aus der prüfbaren Aufstellung (§ 14 Nr. 1 VOB/B) muß sich ergeben, welche Einzel-

leistungen gemäß dem Leistungsverzeichnis erbracht sind und welchen Rechnungswert sie bei einwandfreier Ausführung haben. Die daraus ersichtliche Leistungssumme begrenzt den Abschlag, den der Auftragnehmer fordern darf, sofern er die angemeldeten vertragsgegenständlichen Leistungen tatsächlich erbracht hat.

3. § 16 VOB/B enthält keine Regelung für den Fall, daß die vollständig oder teilweise erbrachten Leistungen des Auftragnehmers mangelhaft sind und dadurch ihr wirklicher Wert den Rechnungswert nicht erreicht. Zur Begründung von Abschlagsforderungen läßt § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 VOB/B eine prüfbare Aufstellung genügen, die eine rasche und sichere Beurteilung der geltend gemachten Leistungen ermöglicht. Eine Qualitätsprüfung sieht diese Bestimmung nicht vor. Andererseits sind Abschlagszahlungen ohne Einfluß auf die Haftung und Gewährleistung des Auftragnehmers (§ 16 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B), welche die VOB/B in den §§ 4 Nr. 7, 13 Nr. 5 - 7 regelt. Zahlungspflicht des Auftraggebers und Haftung des Auftragnehmers werden in der VOB/B getrennt behandelt; ihren Widerstreit regeln die §§ 320 ff BGB.

So steht dem in § 16 Nr. 1 VOB/B anerkannten Interesse des Auftragnehmers an alsbaldigen Abschlagszahlungen zur stufenweisen Bezahlung seiner Bauleistungen das in § 4 Nr. 7 VOB/B anerkannte Interesse des Auftraggebers an alsbaldiger Beseitigung von Baumängeln gegenüber, welche schon während der Bauausführung erkannt worden sind. In Verfolgung dieses berechtigten Interesses kann der Auftraggeber nicht nur einen dem mangelbedingten Minderwert entsprechenden Einbehalt vornehmen (a.A. wohl Ingenstau/Korbion aaO; Korbion/Hochstein, VOB-Vertrag Rn. 349; vgl. auch Werner/Pastor,

Der Bauprozeß (3.) Rn. 553); sondern er ist berechtigt, durch einen den Minderwert erheblich übersteigenden Einbehalt gemäß § 320 BGB den Auftragnehmer zur umgehenden Beseitigung der Mängel anzuhalten.

Bei gerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen ist daher § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/B so zu verstehen, daß zwar die rechnungsmäßige Höhe des Abschlags sich nach dem Wert der Teilleistung - ohne Rücksicht auf deren Mängel - richtet, dem Auftraggeber aber wegen dieser Mängel die Rechte aus § 4 Nr. 7 VOB/B in Verbindung mit den §§ 320 ff BGB zustehen, mit der Folge, daß er einen erheblich höheren Betrag als den mangelbedingten Minderwert der erbrachten Teilleistung zurückhalten darf (so im Ergebnis auch Daub/Piel/Soergel/Steffani, VOB EZ. B 16.9, 16.12, 16.50).

4. Macht der Auftraggeber gegenüber einer Abschlagsforderung berechtigtermaßen ein Leistungsverweigerungsrecht wegen Baumängel geltend, so führt diese Einrede - entgegen der Meinung des Berufungsgerichts - nicht zur Abweisung der Klageforderung als derzeit noch nicht fällig, sondern zur Verurteilung Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung (§ 322 Abs. 1 BGB).

a) Die Fälligkeit der Abschlagszahlung hängt nicht - wie die der Schlußzahlung - von der Abnahme ab. Eine solche kommt für die abschnittsweise erbrachten, in sich nicht abgeschlossenen und daher auch nicht abnehmbaren Teilleistungen nicht in Betracht. Vielmehr kommt es für die Fälligkeit des Abschlags allein auf die Fertigstellung der Arbeiten an, welche nach dem Vertrag die Voraussetzung für die Forderung der Abschlagszahlung sind, ferner darauf, ob über sie eine prüfbare Aufstel-

lung und der Antrag auf Abschlagszahlung vorliegt. Mit der Vollendung dieser Arbeiten ist der Auftragnehmer seiner vertraglichen Teil-Vorleistungspflicht nachgekommen. Insofern enthält § 16 Nr. 1 VOB/B eine dem Auftragnehmer günstigere Regelung als § 641 BGB, wonach der Auftragnehmer in vollem Umfang vorleistungspflichtig ist. Die Vollendung der Teilleistungen wirkt daher für die Fälligkeit der Teilvergütung ebenso wie die Abnahme des vollendeten Werkes für die Gesamtvergütung (vgl. auch § 646 BGB).

b) Mängel an den erbrachten Teilleistungen stehen daher der Fälligkeit des betreffenden Abschlags ebensowenig entgegen wie Mängel am abgenommenen Gesamtwerk der Fälligkeit der Schlußzahlung. Ist der Auftragnehmer in den einzelnen Bauabschnitten seiner Vorleistungspflicht im wesentlichen vertragsgemäß nachgekommen, so fällt die Beseitigung der dieser Vorleistung anhaftenden Mängel nicht mehr unter die für den Abschlag erforderlichen Vorleistungen, sondern ist - wie nach der Abnahme des Gesamtwerks - Zug um Zug zu erbringen (§ 320 Abs. 1 Satz 1 BGB). Andernfalls könnte der Auftragnehmer eine Abschlagszahlung immer nur nach gänzlich mangelfreier Teilleistung fordern, was dem Sinn der Regelung des § 16 Nr. 1 VOB/B widersprechen würde, den Auftragnehmer möglichst bald in den Genuß der Abschlagszahlung zu bringen. Die Interessen des Auftraggebers sind hinreichend dadurch gewahrt, daß er aufgrund seines Leistungsverweigerungsrechts einen erheblich höheren Betrag zurückhalten darf als den mangelbedingten Minderwert der Teilleistungen. Seine Einrede kann daher im Umfang seines Leistungsverweigerungsrechts nicht zur Klageabweisung als derzeit noch nicht fällig, sondern nur zu seiner Verurteilung Zug um Zug führen (so auch Fischer BauR 1973, 210, 211; Ingenstau/Korbion B § 16 Rn. 27; Daub/Piel/Soergel/Steffani EZ. B 16.50).

III.

Das angefochtene Urteil kann nach alledem keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hätte die Klage nur in dem Umfang abweisen dürfen, in dem die Abschlagsforderung entweder nach den erbrachten Leistungen und unter Berücksichtigung eines angeblich zugesagten Rabatts nicht gerechtfertigt oder durch Aufrechnung getilgt war. Das muß noch geklärt werden. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

In der neuen Verhandlung wird das Berufungsgericht die zwischenzeitlichen Veränderungen auf Seiten der Klägerin zu berücksichtigen und zu prüfen haben, ob die Vollendung des Werkes und die Beseitigung der Mängel ihr noch möglich oder dem Beklagten noch zuzumuten ist. Möglicherweise ist die Durchführung des Vertrages inzwischen endgültig gescheitert, so daß nun endgültig abzurechnen ist.

Vogt

Girisch

Recken

Doerry

Bliesener