

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja (EGr. nur III)

BGB §§ 273, 274, 320, 322, 633; VOB/B § 13 A

Im Werklohnprozeß, in dem der Besteller einwendet, zur Zahlung nur gegen Beseitigung von Mängeln verpflichtet zu sein, sich jedoch an den Mängelbeseitigungskosten beteiligen muß, ist in entsprechender Anwendung des § 274 BGB eine "doppelte Zug-um-Zug-Verurteilung" auszusprechen (im Anschluß an das Senatsurteil vom 22. März 1984 - VII ZR 50/82 - zur Veröffentlichung bestimmt).

BGH, Urt. v. 22. März 1984 - VII ZR 286/82 - OLG Oldenburg
LG Osnabrück

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 286/82

URTEIL

Verkündet am

22. März 1984

Werner

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Heinrich G[REDACTED] GmbH, B[REDACTED] Straße [REDACTED],
E[REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer
Bau-Ing. Karl-Heinrich G[REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

den Kaufmann Heinrich S[REDACTED], G[REDACTED]straße [REDACTED],
O[REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Handwritten signature

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Bliesener, Obenhaus und Dr. Walchshöfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 16. September 1982 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise aufgehoben und insgesamt wie folgt neu gefaßt:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 60.695,95 DM zu zahlen Zug um Zug gegen diejenigen von der Klägerin zu erbringenden Leistungen, die erforderlich sind, um im und am Gebäude des Beklagten in E■■■■, Ecke B■■■■straße und B■■■■straße, das vertraglich geschuldete Außenmauerwerk ordnungsgemäß herzustellen, die Decken und Wände an die Stützen im Lagerraum anzuputzen und die im Bereich der Anschlüsse an die Stützen vorhandenen Risse und Abplatzungen nachzuputzen, wobei die Mängelbeseitigung am Außenmauerwerk nur Zug um Zug gegen Zahlung eines Zuschusses von 72.041,55 DM seitens des Be-

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

klagten von der Klägerin durchzuführen ist.

Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an den Beklagten 985,60 DM zu zahlen.

Im übrigen werden Klage und Widerklage abgewiesen und die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Osnabrück vom 17. September 1980 zurückgewiesen.

Von den Kosten des ersten Rechtszuges haben die Klägerin 1/4, der Beklagte 3/4, von denen des zweiten Rechtszuges die Klägerin 1/3, der Beklagte 2/3 zu tragen.

Die Kosten der Revision werden gegeneinander aufgehoben.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin errichtete für den Beklagten in den Jahren 1976/77 ein Wohn- und Geschäftshaus. Grundlage des Auftrags waren u.a. die VOB Teil B und C, das Leistungsverzeichnis sowie die vom Architekten des Beklagten erstellten Pläne und Detailzeichnungen. Nach Durch-

führung des Bauvorhabens erhob der Beklagte umfangreiche Mängelrügen. Er verweigerte deshalb die Bezahlung der restlichen Vergütung.

Die Klägerin hat 68.314,35 DM Restwerklohn nebst Zinsen eingeklagt. Demgegenüber hat der Beklagte wegen der Baufehler teils Minderung verlangt, teils ein Leistungsverweigerungsrecht geltend gemacht. Außerdem hat er im Wege der Widerklage Schadensersatz gefordert.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 64.695,95 DM nebst Zinsen, der Widerklage in Höhe von 985,60 DM stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht der Klägerin lediglich 60.695,95 DM zuerkannt und dies auch nur Zug um Zug gegen Beseitigung näher bezeichneter Baumängel.

Mit der - angenommenen - Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht kürzt den der Klägerin vom Landgericht zugesprochenen Betrag um weitere 4.000 DM wegen zu hohen Einbaus eines Fettabscheiders im Fleischerei-

bereitungsraum des Gewerbebetriebs des Beklagten. Nachdem feststehe, daß sich der Fettabscheider nicht mehr auf das vorgesehene Niveau absenken lasse, könne der Beklagte gemäß § 13 Nr. 6 VOB/B Minderung der vereinbarten Vergütung verlangen. Die Höhe der Minderung bestimme sich hier danach, welcher Betrag zur Beseitigung des Mangels erforderlich sei. Nach den Ausführungen des Sachverständigen Garrels könne ein vertretbarer Zustand durch Neuverlegung des Fußbodens hergestellt werden. Die dabei entstehenden Aufwendungen seien auf 6.000 DM zu schätzen (§ 287 ZPO), lägen also um 4.000 DM über dem Ansatz des Landgerichts.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Ist - wie hier - davon auszugehen, daß mangelfreie Leistung und vereinbarte Vergütung im Zeitpunkt der Abnahme gleichwertig gewesen wären, so kann die Werklohnminderung durch Abzug der notwendigen Instandsetzungskosten vollzogen werden (BGHZ 58, 181, 183 m.N.). Darin liegt nur scheinbar ein Widerspruch zu der festgestellten Unmöglichkeit der Nachbesserung. Denn tatsächlich bemißt das Berufungsgericht die Minderung gar nicht nach den Kosten einer Mängelbeseitigung (Tieferlegung des Fettabscheiders), sondern nach den Aufwendungen für eine angemessene Ersatzlösung. Diese erblickt es in rechtsfehlerfreier tatrichterlicher Würdigung in einer Neuverlegung des Fußbodens. Damit könnte nicht etwa - wie die Klägerin meint - eine Fehlleistung des Fliesenlegers, sondern allenfalls das falsche

Niveau des Fettabscheiders ausgeglichen werden. Die bereits angebrachte Schwelle zwischen Bereitungs- und Verkaufsraum sieht das Berufungsgericht insoweit ersichtlich nicht als ausreichend an.

Das muß die Revision hinnehmen. Der Zahlungsanspruch der Klägerin verringert sich mithin auf 60.695,95 DM.

II.

Gegenüber dieser Restwerklohnforderung gesteht das Berufungsgericht dem Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht zu.

Die Klägerin habe nicht den ihr obliegenden Beweis dafür erbracht, daß die Außenvermauerung den Regeln der Technik entspreche (§ 13 Nr. 1 VOB/B), obwohl sie abweichend von der einschlägigen DIN 1053 hergestellt worden sei. Die nur 2,5 cm starke Schalungsfuge zwischen Außen- und Hintermauerwerk sei mit 2 cm dicken Platten aus Polyurethan-Hartschaum sowie mit einer Mörtelschicht ausgefüllt. Es fehle also die für eine zweischalige Außenmauer vorgeschriebene Lüftungsfuge. Zwar habe sich in neuerer Zeit auch eine von der DIN 1053 nicht erwähnte "Kerndämmung" durchgesetzt, bei der lediglich besonderes Dämmmaterial verwendet und auf eine Luftschicht verzichtet werde. Die hier eingefügten Polyurethanplatten gehörten jedoch nicht zu den vom Institut für Bautechnik zugelassenen Werkstoffen, weshalb deren Eignung für Zwecke der Kerndämmung - auch nach Anhörung

der Sachverständigen - nicht zuverlässig feststehe. Von weiterer Klärung dieses Streitpunktes könne indessen abgesehen werden. Die entscheidenden Bedenken ergäben sich aus bauphysikalischer Sicht nämlich nicht gegen das verwendete Material, sondern gegen die Verwendungsart. Mit 2 cm dicken Hartschaumplatten in einer nur 2,5 cm starken Zwischenschicht ließen sich brauchbare Dämmwerte nicht erzielen. Darüber hinaus sei die Außenschale nicht so gegliedert, wie es eine ordnungsgemäße Kerndämmung voraussetze. Der Beklagte dürfe daher den geschuldeten Restwerklohn bis zur Herstellung einwandfreien Mauerwerks zurückbehalten. Allerdings müsse er sich nach Treu und Glauben die überwiegende Mitverursachung des Mangels durch seinen Architekten zurechnen lassen, da bereits dessen Planungsvorgaben fehlerhaft gewesen seien. Das beschränke den Wert des Leistungsverweigerungsrechts auf 2/5 der mit 120.069,26 DM ermittelten Nachbesserungskosten, d.h. auf 48.027,71 DM. Daneben könne der Beklagte einredeweise verlangen, daß die Klägerin im Lagerraum des Hauses die Decken und Wände an die Stützen anputze und die im Bereich der Anschlüsse vorhandenen Risse und Abplatzung nachputze.

Auch dagegen wehrt sich die Revision vergeblich. Sie widerspricht nicht den Feststellungen des Berufungsgerichts zum Aufbau des zweischaligen Mauerwerks, meint aber, damit habe die Klägerin die ausdrücklich vereinbarte Leistung erbracht. Inzwischen sei Polyurethan-

Hartschaum auch offiziell für die Kerndämmung zugelassen. Für Gewährleistungsansprüche des Beklagten sei infolgedessen kein Raum.

Das geht fehl.

1. Gemäß Nr. 5 Satz 1 der Vorbemerkungen zum Vertragsangebot der Klägerin sollten die technischen Vorschriften für Bauleistungen der VOB allerdings nur insoweit gelten, als der Ausschreibungstext des Leistungsverzeichnisses nicht etwas anderes besagte. In Position 134 des Leistungsverzeichnisses waren zur Dämmung des Verblendmauerwerks 2 cm dicke Polyurethan-Hartschaumplatten vorgesehen. Diese wurden entsprechend den Ausführungszeichnungen des Architekten eingebaut.

Durch die vorgeschriebene Fassung des Vertragstextes war es der Klägerin jedoch keineswegs gestattet, sich folgenlos über anerkannte Regeln der Technik hinwegzusetzen, solange sie nur das Leistungsverzeichnis beachtete. Sie war lediglich von den allgemeinen Bedingungen der VOB/C befreit, die durch den neuesten Stand der Bautechnik nicht selten überholt sind (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB, 9. Aufl., B § 4 Rdn. 69; Glanzmann in BGB-RGRK, 12. Aufl., Anhang zu §§ 633 bis 635 Rdn. 27). Brauchte sie aber die DIN 1053 für zweischaliges Mauerwerk nicht zu befolgen, so hatte sie ihre Leistung doch an den anerkannten Regeln der Kerndämmungstechnik auszurichten. Dabei mußte sie mit besonderer Sorgfalt vorgehen, weil es sich um eine noch verhältnismäßig neuartige

Bauweise handelte (vgl. Ingenstau/Korbion, aaO B § 4 Rdn. 69 d; vgl. auch Senatsurteil vom 2. Mai 1963 - VII ZR 221/61 = Schäfer/Finnern Z 2.414 - Bl. 113, 113 R/114 - in BGHZ 39, 189 insoweit nicht abgedruckt -). Daran hat sie es fehlen lassen.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ergibt sich die Gewährleistungspflicht der Klägerin zwar nicht schon daraus, daß sie die Tauglichkeit des Werkstoffs Polyurethan-Hartschaum für Zwecke der Kerndämmung nicht nachzuweisen vermocht hat. Nach Abnahme des Bauwerks ist es grundsätzlich Sache des Auftraggebers, einen Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik darzulegen und zu beweisen (vgl. BGHZ 42, 16, 18; 48, 310, 312). Der Auftragnehmer müßte allerdings einen gegen ihn sprechenden Beweis des ersten Anscheins entkräften (vgl. Ingenstau/Korbion, aaO B § 13 Rdn. 46). Dazu bestand hier jedoch keine Veranlassung, da die Sachverständigen Polyurethan-Hartschaum als prinzipiell geeignetes Material bezeichnen und inzwischen - nach Abschluß des Berufungsverfahrens - auch der Zulassungsbescheid des Instituts für Bautechnik vorliegt. Darauf kommt es letztlich aber nicht an, weil der entscheidende Regelverstoß in der unzulänglichen Ausführungsweise zu sehen ist. Gestützt auf die Erläuterungen der Sachverständigen weist das Berufungsgericht darauf hin, daß jedenfalls Hartschaumplatten von nur 2 cm Stärke den bauphysikalischen Anforderungen nicht standhalten und durch die Aufnahme von Feuchtigkeit beträchtlich an Wert verlieren.

Das läßt Rechtsfehler nicht erkennen, zumal auch das Institut für Bautechnik eine unabdingbare "Nenndicke" von mindestens 3 cm und außerdem verschiedene - hier nicht beachtete - Vorsichtsmaßnahmen verlangt. Ferner fehlen in der Außenschale unstreitig die bei der Kerndämmung erforderlichen Vertikalfugen.

2. Für diesen Verstoß gegen die Regeln der Kerndämmungstechnik hat die Klägerin gemäß § 13 Nr. 1 VOB/B einzustehen. Die unzureichenden Dämmwerte stellen einen Leistungsmangel dar, ohne daß das Bauwerk noch zusätzlich beeinträchtigt zu sein braucht (Senatsurteil vom 9. Juli 1981 - VII ZR 40/80 = BauR 1981, 577, 579 m.N.).

Durch die Formulierung des Bauvertrags und die Angaben des Leistungsverzeichnisses ist die Klägerin auch nicht nach § 13 Nr. 3 VOB/B von ihrer Gewährleistungspflicht befreit worden. Da der Beklagte erkennbar an einem zweckgerechten Außenmauerwerk interessiert war und nicht etwa bewußt das Risiko einer gefahrenbehafteten Bauweise eingehen wollte, hätte die Klägerin die vorgesehene Ausführungsart prüfen und Bedenken mitteilen müssen (§§ 4 Nr. 3, 13 Nr. 3 VOB/B). Dazu war sie umso mehr verpflichtet, als die Verwendung von Polyurethan-Hartschaum noch unerprobt war und andere Kerndämmstoffe nur in größeren Plattenstärken eingebaut werden dürfen. All dies hätte die Klägerin zumindest an geeigneter Stelle in Erfahrung bringen müssen. Keinesfalls durfte sie vorbehaltlos auf die fachwidrigen Angaben des Leistungsverzeichnisses

vertrauen (Senatsurteile vom 10. Juli 1975 - VII ZR 243/73 = BauR 1975, 420 und vom 9. Februar 1978 - VII ZR 122/77 = BauR 1978, 222, 224).

Dem Mitverschulden des Beklagten, der gemäß §§ 242, 254, 278 BGB für die Planungsfehler seines Architekten einstehen muß (BGH NJW 1972, 447 Nr. 12; 1973, 518; 1981, 1448, 1449; Senatsurteile vom 11. Oktober 1965 - VII ZR 124/63 = Schäfer/Finnern Z 2.414 - Bl. 146, 148 und vom 15. Dezember 1969 - VII ZR 8/68 = BauR 1970, 57, 59 = WM 1970, 354, 356), hat das Berufungsgericht durch die wertmäßige Beschränkung des Nachbesserungsanspruchs auf 2/5 der Mängelbeseitigungskosten angemessen Rechnung getragen.

3. Soweit das angefochtene Urteil schließlich die Klägerin für verpflichtet hält, im Lagerraum des Hauses verschiedene Putzarbeiten nachzuholen, sind ebenfalls keine Rechtsfehler zu erkennen. Auch die Revision kommt darauf nicht zurück.

III.

Wegen der Werkmängel spricht das Berufungsgericht der Klägerin den Restwerklohn in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats nur Zug um Zug gegen Durchführung der erforderlichen Nachbesserungsarbeiten zu (BGHZ 26, 337, 339, 340; 55, 354, 357, 358; 61, 42, 44 ff; NJW 1982, 2494, 2495). Andererseits muß ein Auftraggeber,

der - wie hier - für die Entstehung der Baumängel mitverantwortlich ist, in entsprechender Höhe zu den Instandsetzungskosten beitragen (vgl. BGH NJW 1981, 1448, 1449 m.N.; Senatsurteil vom 4. Februar 1965 - VII ZR 100/63 = Schäfer/Finnern Z 2.400 Bl. 41, 42 R). Da der Nachbesserungsanspruch im Gegensatz zu Ansprüchen auf Kostenvorschuß, Kostenerstattung oder Schadensersatz keine Verrechnung zuläßt, kann der Auftraggeber seiner Beteiligungspflicht nur durch Zahlung eines Zuschusses nachkommen.

Diesen Umstand berücksichtigt das Berufungsgericht zwar in den Entscheidungsgründen, indem es das Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten wertmäßig herabsetzt. Es verneint jedoch eine Auswirkung der Zuschußpflicht auf den Urteilsspruch. Insbesondere lehnt es eine der Klägerin günstige "doppelte Zug-um-Zug-Verurteilung" ab, nämlich eine Verurteilung zur Zahlung des Restwerklohns Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung und diese wiederum Zug um Zug gegen Zuschußzahlung.

Das Berufungsgericht meint, eine Feststellung der Beteiligungspflicht in dem bedingt auf Zahlung der Vergütung verurteilenden Erkenntnis sei verfahrensrechtlich bedeutungslos und verkehre die normale Interessenlage in ihr Gegenteil. Auch bei "doppelter Zug-um-Zug-Verurteilung" könne der Unternehmer seine Vergütung im Wege der Zwangsvollstreckung erst erlangen, nachdem er sämtliche Mängel ohne Rücksicht auf die im

Urteil festgestellte Zuschußpflicht des Bestellers beseitigt habe. Seine Motivation dazu werde aber durch die Doppeleinrede eher vermindert. Andererseits habe der Besteller kein Interesse an freiwilliger Zahlung, da er keinen Titel auf Nachbesserung besitze. Er könne nicht einmal darauf vertrauen, daß der Unternehmer nach Erhalt des Zuschusses tätig werde. So ergebe es keinen Sinn, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags einem Anspruch gegenüber zu gewähren, der selbst nur einredeweise in das Verfahren eingeführt worden sei; es könne schon begrifflich keine Einrede des nicht erfüllten Vertrags gegenüber einer ebensolchen Einrede geben. Dies bedeute hier, daß die überwiegende Mitverursachung durch den Beklagten (zu 3/5) sich auf den Urteilsausspruch nicht auswirke. Auch sei nicht zu entscheiden, ob und inwieweit die Klägerin daraus einen fälligen Anspruch (auf Zuschuß) herleiten könne; einen derartigen Anspruch habe sie nicht rechtshängig gemacht.

Das hält den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Die Meinung des Berufungsgerichts hat zur Folge, daß die Kostenbeteiligungspflicht des Beklagten sich prozessual nicht zu seinem Nachteil auswirkt. Trotz wertmäßiger Begrenzung seines Nachbesserungsanspruchs wird ihm gegenüber der Restwerklohnforderung ein Leistungsverweigerungsrecht eingeräumt, das verfahrensrechtlich einem uneingeschränkten Mängelbeseitigungs-

anspruch gleichsteht. Dagegen gelangt die Klägerin erst dann in den Genuß der Restvergütung, wenn sie die Instandsetzungsarbeiten ungeachtet der Zuschußpflicht des Beklagten ausgeführt hat. Für dessen Kostenbeteiligung verbleibt ihr somit das volle Vorleistungs- und Insolvenzrisiko.

Indessen endet, wie sich aus § 641 Abs. 1 BGB ergibt, die Vorleistungspflicht des Unternehmers mit der Abnahme des Werks. Von diesem Zeitpunkt an sind die gegenseitigen Vertragspflichten Zug um Zug abzuwickeln, und zwar auch in Fällen mangelhafter Werkleistung (BGHZ 61, 42, 44 f. m.N.).

2. Rechtsprechung und Schrifttum sind deshalb überwiegend der Ansicht, die Pflicht des Bestellers zur Beteiligung an den Mängelbeseitigungskosten müsse bereits im Urteilsspruch angemessen berücksichtigt werden.

Klage er auf Nachbesserung, so sei der Unternehmer nur Zug um Zug gegen Zuschußzahlung zur Mängelbeseitigung zu verurteilen (OLG Düsseldorf, BauR 1979, 246, 247; Laum, BauR 1972, 140; Brandt, BauR 1982, 524, 535; Kaiser, Das Mängelhaftungsrecht der VOB/B, 4. Aufl., Rdn. 203 a.E.; Glanzmann aaO, § 633 Rdn. 27; Nicklisch/Weick, VOB Teil B, § 13 Rdn. 182; Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 4. Aufl, Rdn. 1734). Handele es sich - wie hier - um eine Werklohnklage, gegen die einredeweise Werkmängel geltend gemacht würden, so führe die Kosten-

beteiligungspflicht des Bestellers zur "doppelten Zugum-Zug-Verurteilung" (Ingenstau/Korbion aaO, B § 13 Rdn. 187; Heiermann/Riedl/Schwaab, VOB, 3. Aufl., B § 13 Rdn. 52 e; a.A. OLG Hamm, BauR 1979, 247, 248).

Dem schließt sich der Senat an.

a) In der zugleich entschiedenen Sache VII ZR 50/82 hat er ausgeführt, daß der zuschußberechtigte Unternehmer dem Mängelbeseitigungsanspruch des Bestellers nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine Art Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) entgegensetzen kann. Aufgrund der außerprozessual häufig auftretenden Unsicherheiten über Grund und Höhe des Zuschußanspruchs sowie der ungleichmäßig verteilten Risiken darf er dieses "Zurückbehaltungsrecht" aber nur mit dem Ziel hinreichender Sicherheitsleistung ausüben. Dagegen darf er nicht vorweg die Zahlung oder verbindliche Zusage eines Zuschusses verlangen.

b) Für das gerichtliche Verfahren ist eine derartige Einschränkung nicht geboten. Der Umfang des geschuldeten Kostenzuschusses kann dort regelmäßig konkret ermittelt werden. Für den Besteller besteht nicht mehr die Gefahr, durch Fehleinschätzung der Rechtslage seine Gewährleistungsansprüche vorzeitig in vollem Umfang zu verlieren (vgl. im einzelnen Senatsurteil vom 22. März 1984 - VII ZR 50/82 - zur Veröffentlichung bestimmt -).

Infolgedessen ist es gerechtfertigt, im Urteilspruch die Nachbesserungspflicht des Unternehmers nicht nur von einer Sicherheitsleistung, sondern von einem Zug um Zug zu erbringenden Zuschuß abhängig zu machen. Das entspricht auch dem in § 274 BGB niedergelegten Grundsatz, wonach die prozessuale Ausübung des Zurückbehaltungsrechts selbst dann zur Zug-um-Zug-Verurteilung führt, wenn sich der Schuldner bereits in Annahmeverzug befindet (vgl. § 274 Abs. 2 BGB; RGZ 51, 367, 369; 84, 228, 230; Keller in MünchKomm, BGB, § 274 Rdn. 5 a.E.; Alff in BGB-RGRK, 12. Aufl. § 274 Rdn. 6).

Im Werklohnprozeß, in dem der Besteller einwendet, zur Zahlung nur gegen Beseitigung von Mängeln verpflichtet zu sein, sich jedoch an den Mängelbeseitigungskosten beteiligen muß, ist daher in entsprechender Anwendung des § 274 BGB eine "doppelte Zug-um-Zug-Verurteilung" auszusprechen. Dadurch wird festgelegt, daß der Unternehmer seine (restliche) Vergütung zwar nur Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung erhält, daß er seinerseits aber die Nachbesserung nur Zug um Zug gegen Zuschußzahlung durchzuführen braucht.

3. Die dagegen vom Berufungsgericht vorgebrachten Bedenken vermögen nicht zu überzeugen. Sie vernachlässigen die Interessen des Auftragnehmers ohne zwingenden Grund.

a) Allerdings erwächst der nur einredeweise geltend gemachte Nachbesserungsanspruch im Falle einer

"doppelten Zug-um-Zug-Verurteilung" - wie auch sonst (vgl. Keller aaO) - nicht in Rechtskraft. Seine Erfüllung schafft lediglich die Voraussetzung zur Vollstreckung des Werklohn titels. Müßte der Auftraggeber den Kostenzuschuß vorweg entrichten, so verlöre der Auftragnehmer mit wachsender Höhe des Zuschusses leicht das Interesse an der Durchführung der Nachbesserung. Aus seiner Sicht bliebe es sich wirtschaftlich gleich, ob der Auftraggeber auf die geschuldete Kostenbeteiligung oder den Werklohn zahlt. Erreicht oder übersteigt der Zuschuß gar die zuerkannte Restvergütung, so bestünde für ihn überhaupt keine Veranlassung mehr, seiner nicht vollstreckbaren Mängelbeseitigungspflicht nachzukommen. Der von dem Einbehalt des Restwerklohns ausgehende Druck zur alsbaldigen Nachbesserung wäre beseitigt (vgl. BGH NJW 1981, 2801; 1982, 2494, jeweils m.N.; Senatsurteil vom 10. November 1983 - VII ZR 373/82 = ZfBR 1984, 35, 36).

Indessen ist der Auftraggeber auch aufgrund der Doppeleinrede nicht gehalten, seinen Beitrag zu den Nachbesserungskosten schon vor Ausführung der Mängelbeseitigung dem Auftragnehmer auszuhändigen (a.A. Ingenstau/Korbion aaO, B § 13 Rdn. 187; Heiermann/Riedl/Schwaab aaO, B § 13 Rdn. 52 e). Nach den für die Vollstreckung von Zug-um-Zug-Urteilen einschlägigen Bestimmungen (§§ 756, 765 ZPO) reicht es vielmehr aus, wenn dem Schuldner die ihm gebührende Leistung in einer den Verzug der Annahme begründenden Weise angeboten wird. Die Zug um Zug geschuldete Lei-

stung muß lediglich so bereitgestellt werden, daß der Schuldner nur noch zuzugreifen braucht (§ 294 BGB; RGZ 85, 415; 109, 324, 328). Die wirkliche Leistung des Gläubigers findet dagegen erst statt, wenn der Schuldner seine Pflichten vollständig erfüllt hat. Ist er dazu nicht bereit, so gerät er als Gläubiger der Gegenleistung gemäß § 298 BGB auch dann in Annahmeverzug, wenn er die Gegenleistung als solche annehmen will. Während des Annahmeverzugs muß er nach § 274 Abs. 2 BGB die Vollstreckung dulden, ohne die Gegenleistung zu erhalten (Stein-Jonas/Münzberg, ZPO, 20. Aufl., § 756 Rdn. 4; vgl. auch BGHZ 73, 317, 320; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 42. Aufl., § 756 Anm. 2 B).

b) Daraus folgt für die Kostenbeteiligungspflicht des Auftraggebers:

aa) Hat er einen Titel auf Mängelbeseitigung zugunsten des Auftragnehmers erstritten, so braucht er nicht vorzuleisten, sondern muß den Zuschußbetrag nur tatsächlich anbieten. Alsdann hat der Auftragnehmer die Nachbesserungsarbeiten zu erbringen und erhält daraufhin den Zuschuß ausbezahlt. Im Falle seiner Weigerung hat er unbeschränkt die Zwangsvollstreckung gemäß § 887 ZPO zu dulden. Im Rahmen der Entscheidung über den von ihm zu leistenden Kostenvorschuß (§ 887 Abs. 2 ZPO), also den voraussichtlichen Mängelbeseitigungsaufwand, ist die Zuschußpflicht des Auftraggebers zu berücksichtigen.

bb) Handelt es sich dagegen um einen Restwerklohnstitel mit doppeltem Zug-um-Zug-Vorbehalt, so muß umgekehrt der Auftragnehmer ordnungsgemäß die Nachbesserung anbieten. Da er nur Zug um Zug gegen Kostenbeteiligung zu leisten braucht, hat er zunächst den Auftraggeber zur Zuschußzahlung aufzufordern (entsprechend § 295 Satz 2 BGB). Lehnt dieser ab, kann der Vergütungstitel vollstreckt werden.

Bietet der Auftraggeber aber den Kostenbeitrag tatsächlich an - mehr hat er gemäß §§ 294, 298 BGB nicht zu tun, insbesondere also den Zuschuß noch nicht ausbezahlen -, so muß der Auftragnehmer sein Nachbesserungsangebot in die Tat umsetzen. Das kann er nur, indem er die Mängel abnehmbar beseitigt. Darin liegt zwar eine gewisse Benachteiligung gegenüber dem Auftraggeber, doch ist diese im unterschiedlichen Inhalt der beiderseitigen Leistungspflichten begründet. § 294 BGB verlangt, daß die Leistung tatsächlich, nicht nur wörtlich so angeboten wird, wie sie zu bewirken ist. Dazu ist der Werkunternehmer erst in der Lage, nachdem er die ihm obliegenden Nachbesserungsmaßnahmen vollständig ausgeführt hat, so daß sie abgenommen werden können.

Im Ergebnis ist der Auftragnehmer also auch bei der "doppelten Zug-um-Zug-Verurteilung" praktisch vorleistungspflichtig. Er muß den Nachweis der erfolgten Mängelbeseitigung führen (BGHZ 61, 42, 45/46), bevor ihm der Zuschuß ausgehändigt wird und er seinen Restwerklohnanspruch vollstrecken kann. Mangels Vorwegzahlung bleibt für ihn auch der wirtschaftliche Anreiz zur alsbaldigen Nachbesserung bestehen.

c) Dennoch erfährt der Auftragnehmer durch die Zulassung der Doppeleinrede eine erhebliche Aufwertung seiner Rechtsstellung, wie sie ihm nach der Werkabnahme zukommt.

Zum einen erhält er mit der "doppelten Zug-um-Zug-Verurteilung" die Möglichkeit, seinen Restwerklohn ohne Mängelbeseitigung beizutreiben, wenn der Auftraggeber den Kostenbeitrag nicht in gehöriger Form anbietet.

Zum anderen braucht er für den Zuschuß nicht das Risiko späterer Zahlungsunfähigkeit des Auftraggebers in Kauf zu nehmen. Vielmehr kann er nach Behebung der Mängel auf den angebotenen Zuschuß zugreifen und sich daraus befriedigen. Dazu ist es allerdings erforderlich, daß dieser während der Nachbesserung bereitgestellt bleibt und anderweitiger Verwendung entzogen ist. Der Auftraggeber ist deshalb nach Treu und Glauben verpflichtet, den Kostenbeitrag nach Abgabe seines tatsächlichen Angebots zugunsten des nachbesserungsbereiten Auftragnehmers zu hinterlegen. Dadurch wird er nicht unangemessen belastet, da es nicht gerechtfertigt ist, ihn über diese Mittel bis zur endgültigen Mängelbeseitigung frei verfügen zu lassen. Vielmehr ist sein Kostenbeitrag bereits zu Beginn der Mängelbeseitigung bereitzustellen, wenn auch noch nicht ausbezahlen.

Der Senat verkennt nicht, daß Angebot und Bereitstellung des Zuschusses bei der "doppelten Zug-um-Zug-Verurteilung" ihren Zweck verfehlen können,

wenn der Auftragnehmer gleichwohl die Nachbesserung verweigert. Der Auftraggeber braucht dann zwar den Restwerklohn nicht zu entrichten, kann aber auch seinen Mängelbeseitigungsanspruch nicht vollstrecken, weil er insoweit keinen Titel in Händen hat.

In solchen Fällen ist er nach Ablauf einer angemessenen Frist (§ 242 BGB) jedoch berechtigt, die Freigabe des bereitgestellten Zuschusses zu verlangen. Außerdem hat er die Möglichkeit, den Auftragnehmer auf Nachbesserung zu verklagen oder einen Drittunternehmer einzuschalten (§§ 633 Abs. 3 BGB, 13 Nr. 5 VOB/B) und die dabei anfallenden Kosten mit dem Restwerklohn und der Eigenbeteiligungsquote zu verrechnen.

d) Schließlich scheitert die "doppelte Zug-um-Zug-Verurteilung" auch nicht daran, daß sie weder in § 274 Abs. 1 BGB noch in § 322 Abs. 1 BGB erwähnt ist.

Für den Auftragnehmer bedeutet es in der Wahrnehmung seiner Interessen keinen Unterschied, ob der zuschußpflichtige Auftraggeber den Mängelbeseitigungsanspruch klageweise im Nachbesserungsprozeß oder einredeweise im Werklohnprozeß geltend macht. Auch im letzteren Fall muß die Kostenbeteiligungspflicht des Auftraggebers als wertmäßige Beschränkung seines Nachbesserungsanspruchs prozessual zu berücksichtigen sein. Das kann verfahrensrechtlich aber nur durch eine Verdoppelung des Zug-um-Zug-Vorbehalts geschehen.

Zwar bleibt es dem Auftragnehmer unbenommen, stattdessen seinen Anspruch auf Kostenbeteiligung des Auftraggebers durch selbständigen Feststellungsantrag in den Rechtsstreit einzuführen. Ebenso steht es ihm frei, auf Zuschußzahlung nach Mängelbeseitigung zu klagen. Darin erschöpfen sich seine Rechte aber nicht (a.A. OLG Hamm, BauR 1979, 247, 248). Vielmehr ist die gebotene Ausgewogenheit in der Rechtsstellung der Parteien nur dann gewahrt, wenn er der Mängelbeseitigungseinrede des Auftraggebers seinerseits die Kostenbeteiligungseinrede entgegensetzen kann. Sie allein vermag sicherzustellen, daß er nach Durchführung der Nachbesserung tatsächlich in den Genuß des Zuschusses gelangt. Anderenfalls trüge er insoweit das Risiko späterer Zahlungsunfähigkeit des Auftraggebers. Da ihm dies nicht zuzumuten ist, muß er seinen Zuschußanspruch auch im Wege der "Doppelseinrede" verfolgen können. Dazu genügt es, daß die Ausübung des "Zurückbehaltungsrechts" - wie hier - der Gesamtheit seines Vorbringens zu entnehmen ist (vgl. BGHZ 26, 337, 339; 47, 157, 166/167; BGH Urteil vom 4. März 1977 - I ZR 83/75 = VersR 1977, 515, 517).

IV.

Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Da es weiterer Feststellungen nicht bedarf (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO), ist es in dem aus der Urteilsformel ersichtlichen Umfang abzuändern. Dabei ist nicht auf die fehlerhafte Leistungsbeschreibung,

sondern auf eine ordnungsmäßige Werkausführung abzustellen. Die Höhe des zuerkannten Kostenbeitrags von 72.041,55 DM errechnet sich aus der Differenz zwischen dem vom Berufungsgericht festgestellten Gesamtnachbesserungsaufwand (120.069,26 DM) und dem Haftungsanteil der Klägerin (48.027,71 DM).

Im übrigen ist die Revision zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91, 92, 97 ZPO.

Girisch

Recken

Bliesener

Obenhaus

Walchshöfer