

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

//

VOB/B (1973) § 12 Nr. 3

Zur Frage, wann ein Mangel "wesentlich" ist und deshalb nach § 12 Nr. 3 VOB/B (1973) zur Verweigerung der Abnahme berechtigt.

BGH, Urt. v. 26. Februar 1981 - VII ZR 287/79 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 287/79

URTEIL

Verkündet am

26. Februar 1981
Werner,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma R. [REDACTED] & M. [REDACTED] GmbH (vormals VKI-Rheinhold & M. [REDACTED] AG), A. [REDACTED], M. [REDACTED], vertreten durch ihre Geschäftsführer Wilhelm F. [REDACTED], Dr. Hans-Albrecht von G. [REDACTED], Dr.-Ing. Gerhard H. [REDACTED], daselbst,

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. die Firma L. [REDACTED]-Metall-Glasbau R. L. [REDACTED] GmbH & Co, M. [REDACTED]-P. [REDACTED]-Str. [REDACTED], F. [REDACTED], vertreten durch ihre persönlich haftende Gesellschafterin die R. L. [REDACTED] GmbH, daselbst, diese vertreten durch ihre Geschäftsführerin Frau Inge R. [REDACTED], daselbst,
2. die Firma R. L. [REDACTED] GmbH, M. [REDACTED]-P. [REDACTED]-Str. [REDACTED], F. [REDACTED], vertreten durch ihre Geschäftsführerin Frau Inge R. [REDACTED], daselbst,

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

11

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Februar 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Dr. Recken, Doerry und Bliesener

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin werden das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 2. Oktober 1979 ganz, das Urteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Stuttgart vom 30. März 1979 teilweise aufgehoben.

Die Beklagte zu 1 wird verurteilt, die von der Klägerin hergestellte Fassade am B[REDACTED]-Gymnasium in P[REDACTED] abzunehmen.

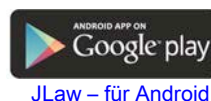
Beide Beklagten werden verurteilt, an die Klägerin 75.000 DM nebst 7 % Zinsen hieraus seit 12. Juli 1978 und 12 % Mehrwertsteuer auf die Zinsen zu zahlen.

Wegen der Mehrforderung auf Zahlung wird die Sache 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
[\(mobile App\)](#)



12

Tatbestand:

Die IBG-I [REDACTED] B [REDACTED] GmbH, M [REDACTED], hat im Jahre 1976/77 als Generalunternehmerin das B [REDACTED]-Gymnasium in P [REDACTED]-B [REDACTED] errichtet. Die Beklagte zu 1 (künftig die Beklagte), deren persönlich haftende Gesellschafterin die Beklagte zu 2 ist, hat als Subunternehmerin die Ausführung von Metallarbeiten übernommen, zu denen auch die Fassadenverkleidung gehörte. Einen Teil der Arbeiten dafür hat die Beklagte im Juli 1977 der Klägerin übertragen. Ein Anschlußauftrag wurde im Oktober 1977 erteilt.

Die Klägerin hat ihre Leistungen voll erbracht. Unter dem 18. November 1977 hat sie der Beklagten Schlußrechnung (einschließlich Mehrwertsteuer) über 221.390,42 DM (netto 199.450,83 DM) erteilt. Darauf hat sie Abschlagszahlungen von 80.000 DM erhalten. Ihre Leistungen sind bisher nicht abgenommen worden, weil die Bauherren gegenüber der Generalunternehmerin Mängel geltend gemacht und die Abnahme des gesamten Bauwerks verweigert haben. Die Parteien hatten deshalb am 3. November 1977 vereinbart, daß die Abnahme der Arbeiten der Klägerin einstweilen bis zur Abnahme der Werkleistungen der Beklagten durch die Generalunternehmerin aufgeschoben werde. Dazu ist es bisher nicht gekommen. Die Generalunternehmerin ist inzwischen in Konkurs gefallen.

Die Klägerin hat 90 % des Nettobetrags der Schlußrechnung abzüglich der Abschlagszahlungen, also 99.505,75 DM nebst Zinsen und Mehrwertsteuer auf die

Zinsen eingeklagt und außerdem beantragt, die Beklagte zur Abnahme der von der Klägerin hergestellten Fassade zu verurteilen. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der - angenommenen - Revision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält den von der Klägerin geltend gemachten Zahlungsanspruch mangels Abnahme nicht für fällig. Die Abnahme der Werkleistung sei auch Voraussetzung für die Fälligkeit der Schlußzahlung nach § 16 Nr. 3 VOB/B (1973). Anspruch auf Abschlagszahlungen gemäß Nr. 1 aaO habe die Klägerin nicht mehr, nachdem die Schlußrechnung erteilt sei. Die Klägerin könne auch nicht die Abnahme ihrer Leistungen von der Beklagten verlangen. Zwar sei sie an den vereinbarten Aufschub der Abnahme nicht mehr gebunden, weil die Generalunternehmerin in Konkurs gefallen sei und damit die getroffene Abrede ihren Sinn verloren habe. Die Klägerin habe aber nicht nachgewiesen, daß das von ihr hergestellte Werk in wesentlichen Teilen mängelfrei sei. Allerdings gehe der von der Beklagten behauptete Mangel, wonach die angebrachten Blechschalen unterdimensioniert seien und damit die Standfestigkeit der Fassade in Frage gestellt werde, nicht zu ihren Lasten. Unstreitig seien aber die Stoßfugen der Fassadenplatten nicht überall hinterlegt, nämlich nicht der waagrecht eingekantete Teil im Bereich der Horizontalfugen, wie das im Leistungsverzeichnis ausdrücklich vorgesehen sei. Damit fehle dem

Werk eine zugesicherte Eigenschaft. Es leide deswegen unter einem wesentlichen Mangel, der die Beklagte zur Verweigerung der Abnahme nach § 12 Nr. 3 VOB/B (1973) berechtige.

Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis mit Erfolg.

1. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht allerdings an, daß die Fälligkeit der Schlußzahlung nach § 16 Nr. 3 VOB/B (1973) außer der Erteilung einer prüffähigen Schlußrechnung auch die Abnahme der Werkleistung voraussetzt. Das hat der Senat beiläufig in BGHZ 73, 140, 144 und neuerdings im Urteil vom 18. Dezember 1980 - VII ZR 43/80 - (zum Abdruck in BGHZ bestimmt) entschieden. Darauf wird verwiesen.

2. Die Revision irrt auch, wenn sie meint, hier gehe es - ähnlich wie in dem Senatsurteil NJW 1979, 549 - in Wahrheit nicht mehr um Mängelbeseitigung, sondern um die endgültige Abrechnung der gegenseitigen Ansprüche der Parteien, so daß es auf eine etwaige Abnahme der von der Klägerin erbrachten Werkleistungen nicht mehr ankomme.

a) Der Sachverständige, auf den sich insoweit beide Parteien berufen, hat festgestellt, daß lediglich der waagerecht eingekantete Teil der Stöße im Bereich der Horizontalfugen auf 30 mm nicht hinterlegt sei und deshalb dort jeweils eine offene Fuge von ca 5 mm Breite bestehe. Er hält für eine nachträgliche Hinterlegung den Aufwand im Verhältnis zum erzielbaren Erfolg

nicht für vertretbar, weil dazu die gesamte Fassadenverkleidung abgenommen werden müßte. Die Abdichtung sei aber auch durch ein nachträglich anzubringendes speziell anzufertigendes Kunststoffteil möglich, für das der Sachverständige einen eigenen Vorschlag gemacht hat.

b) Zu Unrecht leitet die Klägerin daraus her, daß sie die Mängelbeseitigung im Bereich der Horizontalfugen wegen unverhältnismäßigen Aufwands nach § 13 Nr. 6 VOB/B (1973) bzw. den §§ 251 Abs. 2, 633 Abs. 2 Satz 3 BGB schlechthin verweigern dürfe und die Mängelansprüche der Beklagten deshalb insoweit auf Minderung und Schadensersatz beschränkt seien. Bleibt die Grundsubstanz des erbrachten Werks erhalten, so sind als Mängelbeseitigung auch Maßnahmen zulässig, durch die der vertragsmäßige Zustand auf einem anderen als dem im Vertrag vorgesehenen Weg erreicht wird (Glanzmann in BGB-RGRK 12. Aufl. § 633 Rdn. 18). So kann beispielsweise eine fehlerhaft gebaute Decke durch Unterzüge tragfähig gemacht werden (BGHZ 58, 30, 33).

Ähnlich ist es hier. Läßt sich die mit der Hinterlegung der Stoßfugen bezweckte Abdichtung verhältnismäßig einfach und, ohne daß der ästhetische Gesamteindruck wesentlich beeinträchtigt wird, durch das von dem Sachverständigen vorgeschlagene Kunststoffteil bewirken, so ist die Anfertigung und Anbringung solcher Kunststoffteile noch Mängelbeseitigung, der sich der Unternehmer nicht entziehen darf.

3. Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist ferner die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Vereinbarung der Parteien, wonach die Abnahme zwischen

ihnen bis zur Abnahme der Werkleistung der Beklagten durch die Generalunternehmerin aufgeschoben werden sollte, durch den Konkurs der Generalunternehmerin die Grundlage entzogen worden ist. Dadurch ist nämlich auf unabsehbare Zeit ungewiß geworden, wann der gesamte Bau - etwa nach Beseitigung der zahlreichen von den Bauherren gerügten Mängel - abgenommen werden kann. Die Klägerin hat darauf keinerlei Einfluß. Die Beklagte kann ihr deshalb nach Treu und Glauben nun die Abnahme der von ihr erbrachten Teilleistung an dem Bau nicht mehr mit der Begründung verweigern, ihre eigenen Leistungen seien von der Generalunternehmerin noch nicht abgenommen worden.

4. Die Fälligkeit der eingeklagten Schlußzahlung hängt deshalb allein davon ab, ob die Beklagte nach § 12 Nr. 3 VOB/B (1973) die Abnahme der von der Klägerin erbrachten Leistungen verweigern darf, weil sie wesentliche Mängel aufweisen, wovon das Berufungsgericht ausgeht. Darin vermag ihm der Senat nicht zu folgen.

a) Rechtsirrtumsfrei hält es allerdings die Klägerin nicht dafür verantwortlich, daß - wie die Beklagte behauptet - die Blechschalen der Fassadenverkleidung unterdimensioniert seien und deshalb die Standfestigkeit der Fassade nicht gewährleistet sei. Die Klägerin hat Leichtmetallbleche einer bestimmten, genau bezeichneten Legierung ("Al Mg 1") angeboten und ausdrücklich darauf hingewiesen, sie setze voraus, "daß eine Statik bauseits" vorliege. Wenn die gerade im Metallbau tätige und deshalb besonders fachkundige Beklagte dieses Angebot widerspruchslos entgegennahm, durfte die Klägerin davon ausgehen, daß die von ihr gelieferten Blech-

schalen, die auf einer von der Beklagten selbst hergestellten Unterkonstruktion anzubringen waren, vertragsgerecht sind. Stellt sich nun heraus, daß sie unterdimensioniert sind, so beruht das auf einem Mangel der Planung oder Statik, für den die Klägerin nicht verantwortlich ist. Unter den gegebenen Umständen traf sie auch keine weitere Hinweispflicht gem. § 4 Nr. 3 VOB/B (1973).

b) Es bleibt deshalb als einziger der Klägerin zuzurechnende Mangel, daß der waagerecht eingekantete Teil der Stoßfugen zwischen den Fassadenplatten nicht hinterlegt ist.

aa) In dem für die Fassadenverkleidung maßgebenden Abschnitt des Leistungsverzeichnisses der Generalunternehmerin heißt es zu deren Ausführung:

".... senkr.Fugenteilung entspr. der Fenster-
teilung, ohne Abkantungen, mit hinterlegtem
Dichtungsband; waagr. Fugenteilung entspr.
den Zeichnungen eingekantet und hinterlegten
Fugenbändern.....".

Es war also ausdrücklich die Hinterlegung sowohl der senkrechten wie der waagerecht eingekanteten Fugen vorgesehen. Das Berufungsgericht sieht darin die Zusicherung einer Eigenschaft.

bb) Es kann offenbleiben, ob das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft zwangsläufig einen wesentlichen Mangel darstellt, der gemäß § 12 Nr. 3 VOB/B (1973) den Auftraggeber berechtigt, die Abnahme bis zu seiner

Beseitigung zu verweigern (so ersichtlich Ingenstau/Korbion, 9. Aufl., Rdn. 23; Heiermann/Riedl/Schwaab, 2. Aufl., Rdn. 17 je zu § 12 VOB/B). Für den Schadensersatzanspruch nach § 13 Nr. 7 VOB/B (1973), der ebenfalls nur bei wesentlichen Mängeln gegeben ist, hat der Senat das bereits verneint (BGH NJW 1962, 1569; 1967, 388, 390, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 46, 242; vgl. auch Glanzmann, aaO Anhang zu §§ 633-635 Rdn. 50).

Hier ist damit, daß im einzelnen aufgeführt worden ist, wo überall die Fugen zwischen den Fassadenblechen zu hinterlegen sind, keine bestimmte Eigenschaft der Fassadenverkleidung zugesichert, also etwa ihre Güte, Widerstandsfähigkeit, Brauchbarkeit zu besonderen Zwecken oder dgl. mehr. Es handelt sich vielmehr lediglich um eine nähere Beschreibung, wie die verlangte Bauleistung ausgeführt werden soll. Solche Beschreibungen kommen in Leistungsverzeichnissen häufig vor, ohne daß damit allein schon jeweils bestimmte Eigenschaften des herzustellenden Werks zugesichert werden sollen. Solche bloßen Umschreibungen und Kennzeichnungen des Vertragsgegenstands und -umfangs genügen auch sonst nicht ohne weiteres für die Zusicherung einer Eigenschaft (vgl. etwa BGH NJW 1975, 1693; 1980, 1619 m.w.N.; 1980, 1950, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 77, 215; vgl. auch BGH NJW 1981, 222 Nr. 5).

cc) Ob ein Mangel "wesentlich" ist und deshalb zur Verweigerung der Abnahme nach § 12 Nr. 3 VOB/B (1973) berechtigt, hängt von seiner Art, seinem Umfang und vor allem seinen Auswirkungen ab und läßt sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzel-

falles beurteilen. Dabei mögen auch subjektive Vorstellungen der Vertragspartner über die Bedeutung bestimmter Einzelheiten bei der Ausführung der Arbeiten eine Rolle spielen, wenn diese Vorstellungen hinreichend zum Ausdruck gekommen sind. Daraus allein, wie ausführlich die zu erbringende Leistung beschrieben und was dabei alles verlangt worden ist, kann aber noch nicht geschlossen werden, daß beim Fehlen einzelner Merkmale der darin bestehende Mangel dann auch "wesentlich" sein müßte. Selbst die Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten ist zwar ein wichtiger Ansatzpunkt, aber ebenfalls nur einer der zu berücksichtigenden Umstände.

Der richtige Beurteilungsmaßstab ist dem Sinn und Zweck der in § 12 Nr. 3 VOB/B (1973) - abweichend von § 640 BGB - getroffenen Regelung zu entnehmen. Die Bestimmung soll einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen der Vertragsparteien bewirken. Der Auftraggeber ist an möglichst vollständiger vertragsgerechter Erfüllung der geschuldeten Leistung vor Zahlung des Werklohns interessiert. Dem Auftragnehmer ist daran gelegen, möglichst bald die mit der Abnahme verbundenen Rechtsfolgen herbeizuführen, insbesondere die Fälligkeit der restlichen Vergütung, den Übergang der Gefahr, die Umkehrung der Beweislast für Mängel und den Beginn der Verjährung für Gewährleistungsansprüche. Wenn nun § 12 Nr. 3 VOB/B (1973) die Abnahmeverweigerung daran knüpft, daß der vorher noch zu beseitigende Mangel wesentlich sein muß, so wird damit letztlich auf den Gesichtspunkt der Zumutbarkeit abgehoben. Tritt der Mangel an Bedeutung so weit zurück, daß es unter Abwägung der beiderseitigen Interessen für den Auftragegeber zumutbar ist, eine zügige Abwick-

lung des gesamten Vertragsverhältnisses nicht länger aufzuhalten und deshalb nicht mehr auf den Vorteilen zu bestehen, die sich ihm vor vollzogener Abnahme bieten, dann darf er die Abnahme nicht verweigern. Er gibt damit seine Sachmängelansprüche keineswegs preis. Sein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 320 BGB führt nach der Abnahme vielmehr nur dazu, daß er den restlichen Werklohn erst Zug um Zug gegen Beseitigung der Mängel zahlen muß (BGHZ 61, 42, 44 m.w.N.; 73, 140, 145; BGH Urteil vom 28. April 1980 - VII ZR 109/79 = BauR 1980, 357). Je nach Art, Umfang und Auswirkung der jeweiligen Mängel ist ihm das zuzumuten und daran läßt sich dann auch messen, wie "wesentlich" die Mängel sind.

dd) Für den vorliegenden Fall bedeutet das:

Nach den Feststellungen des von der Beklagten unter Beteiligung der Klägerin selbst zugezogenen Sachverständigen sind die nicht hinterlegten, also offenen waagerechten Fugenteile lediglich 3 cm lang und 5 mm breit. Gleichwohl sei eine ausreichende Hinterlüftung der Fassade gewährleistet; die verwendeten Baustoffe seien nicht feuchtigkeitsempfindlich. Auch bei starkem Sturm könne das an den offenen Fugen eindringende Wasser an den Blechrückseiten ablaufen und durch die unten angeordneten Lüftungslöcher abtropfen. Die Beklagte hat im vorliegenden Verfahren den Mangel selbst als "relativ geringfügig" bezeichnet. Auf die Behauptung der Klägerin, der Aufwand für die Beseitigung des Mangels betrage höchstens 2.000 DM, hat sie lediglich erwidert, die Kosten für die vom Sachverständigen vorgeschlagene Ersatzlösung seien nicht bekannt, sicher sei jedoch, daß 2.000 DM nicht ausreichen würden.

Unter diesen Umständen sind die offenen Fugenstellen an der Fassade keine wesentlichen Mängel. Sie sind weder nach ihrer Art, ihrem Umfang, noch ihren Auswirkungen so bedeutsam, daß der Beklagten nicht zugemutet werden könnte, sich ihretwegen mit der Beseitigung Zug um Zug gegen Zahlung des restlichen Werklohns zu begnügen, die von der Klägerin erbrachte Werkleistung im ganzen aber als vertragsgerecht abzunehmen. Diese Würdigung ergibt sich unter Anwendung des richtigen Beurteilungsmaßstabs aus dem beiderseitigen Vortrag der Parteien und den von ihnen in das Verfahren eingeführten Sachverständigenfeststellungen. Sie kann deshalb auch vom Revisionsgericht vorgenommen werden.

ee) Dabei kommt es auf die von der Revision aufgeworfene Frage nicht an, wer die Beweislast dafür trägt, ob ein Mangel wesentlich ist und deshalb nach § 12 Nr. 3 VOB/B (1973) zur Verweigerung der Abnahme berechtigt. Denn hier steht fest, daß der Mangel an den Stoßfugen nicht wesentlich ist. Das gilt auch, soweit der Mängelbeseitigungsaufwand noch offen ist. Die Beklagte hätte sich als Fachfirma nach Lage des Falles nicht mit dem unsubstantiierten Bestreiten des von der Klägerin behaupteten Vortrags begnügen dürfen. Selbst wenn aber ihre Angaben im Beweissicherungsverfahren des Amtsgerichts Pforzheim 2 H 5/78 mitverwertet würden, wonach die Nachbesserungskosten höchstens 8.000 DM (einschließlich Mehrwertsteuer) betragen, würde das an der Beurteilung nichts ändern. Die Mängel an den Stoßfugen verteilen sich nämlich auf die Fassade eines ganzen Schulgebäudes. Allein daraus würde sich der höhere Aufwand erklären. Dieser Umstand könnte deshalb

der Würdigung nicht entgegenstehen, daß die Mängel insgesamt nicht wesentlich sind.

Andererseits steht fest, daß die fehlende Hinterlegung der waagerecht eingekanteten Stoßfugen einen Mangel darstellt. Deshalb geht die dagegen gerichtete Verfahrensrüge der Revision fehl. Der Mangel liegt in der Abweichung vom Leistungsverzeichnis. Die Klägerin schuldet die darin verlangte Abdichtung der Stoßfugen und nicht die Abdichtung nach anderen - möglicherweise geringeren - Anforderungen.

5. Die Beklagte ist nach alledem zur Abnahme verpflichtet. Deswegen kann offenbleiben, ob die Klägerin unter den gegebenen Umständen trotz Erteilung der Schlußrechnung noch eine Abschlagszahlung verlangen könnte. Ihr Anspruch ginge auch unter diesem Gesichtspunkt keinesfalls weiter als der auf Schlußzahlung (vgl. BGHZ 73, 140).

6. a) Soweit die Klage auf Verurteilung der Beklagten zur Abnahme gerichtet ist, hat sie daher in vollem Umfang Erfolg. Die Abnahme ist als vertragliche Hauptpflicht des Bestellers auch selbständig einklagbar (Glanzmann aaO § 640 Rdn. 18; Ingenstau/Korbion, aaO, § 12 VOB/B Rdn. 17).

b) Zahlung des restlichen Werklohns kann die Klägerin hier nur Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung beanspruchen (BGHZ 61, 42, 44 m.w.N.). Insofern ist der Klaganspruch noch nicht vollständig zur Endentscheidung reif.

aa) Es steht nicht fest, inwieweit die Beklagte für die Entstehung der Mängel an den Stoßfugen mitverantwortlich ist und sich deshalb an der Beseitigung der Mängel bzw. dem Aufwand hierfür beteiligen muß. Die Klägerin macht u.a. geltend, in den ihr von der Beklagten überlassenen Plänen, nach denen sie die Arbeiten habe ausführen müssen, sei zwar die Hinterlegung der senkrechten Stoßfugen eingezeichnet, nicht aber die Hinterlegung im waagerecht eingekanteten Teil. Wenn das auch, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, die Klägerin von ihrer Gewährleistungspflicht keinesfalls gänzlich befreit, so kann dieser Umstand doch dazu führen, daß sich die Beklagte gemäß § 242 BGB ihre Mitverantwortlichkeit im Rahmen der Mängelbeseitigung anrechnen lassen muß, und zwar auch dann, wenn die Klägerin es unterlassen hat, auf das Abweichen der Pläne von der Beschreibung im Leistungsverzeichnis hinzuweisen (vgl. zur Mitverantwortlichkeit des Auftraggebers z.B. BGH NJW 1972, 447 Nr. 12; 1973, 518; Urteile vom 4. März 1971 - VII ZR 204/69 = BauR 1971, 265 und vom 11. Oktober 1965 - VII ZR 124/63 = Schäfer/Finnern Z 2.414 Bl. 146 m.w.N.; vgl. ferner die Nachweise bei Ingenstau/Korbion aaO § 13 VOB/B Rdn. 9, 187, 214).

Es ist grundsätzlich Sache des Tatrichters zu bestimmen, ob und gegebenenfalls inwieweit nach § 242 BGB dem Auftraggeber eine solche Mitverantwortlichkeit zur Last fällt. Dazu fehlt bisher eine tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts. Es muß sie nachholen.

bb) Die Abhängigkeit der Zahlung Zug um Zug von der Mängelbeseitigung erfaßt hier nicht den gesamten einge-

klagten Betrag. Nach § 320 Abs. 2 BGB kann der Besteller, wenn der Unternehmer teilweise geleistet hat, die Gegenleistung insoweit nicht verweigern, als die Verweigerung gegen Treu und Glauben verstoßen würde (vgl. die Senatsurteile BGHZ 54, 244, 249; 56, 312, 316; BGH NJW 1958, 706 Nr. 4, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 26, 337).

So ist es hier. Dem Interesse der Beklagten an möglichst schneller Behebung der Mängel durch die Klägerin ist genügt, wenn sie rund den dreifachen Betrag der bis jetzt bekannten Nachbesserungskosten (von 8.000 DM) an der eingeklagten Werklohnforderung zurückhalten darf. Das bedeutet, daß der Zahlungsklage vorerst nur in Höhe von 75.000 DM nebst Zinsen und Mehrwertsteuer darauf ohne Zug-um-Zugverpflichtung der Klägerin stattzugeben ist.

c) Mit der Zahlung der 75.000 DM befindet sich die Beklagte im Verzug. Die Klägerin kann daher gemäß § 288 BGB auf diese Verzugszinsen verlangen. Dabei gebieten es Treu und Glauben, den Zinsenlauf - dem Klagantrag entsprechend - mit dem 12. Juli 1978 beginnen zu lassen. Die ausschließlich im Interesse der Beklagten von den Parteien am 3. November 1977 getroffene Vereinbarung, die Abnahme der Arbeiten der Klägerin bis zur Abnahme der Werkleistungen der Beklagten durch die Generalunternehmerin aufzuschieben, wirkte sich zwar auch auf die Fälligkeit der Schlußzahlung aus. Als sich aber - mindestens Mitte 1978 - abzeichnete, daß mit einer Abnahme durch die Generalunternehmerin auf absehbare Zeit nicht zu rechnen war, und zwar ganz Überwiegend wegen Mängeln von Bauleistungen, mit denen die Klägerin nichts zu tun hatte, war die Beklagte

gehalten, der Klägerin eine weitere Abschlagszahlung zukommen zu lassen, soweit das von ihr erstellte Werk mangelfrei war. Denn durch den vereinbarten Aufschub der Abnahme ist die Klägerin daran gehindert worden, nach § 16 Abs. 1 VOB/B (1973) noch vor Erteilung ihrer Schlußrechnung eine entsprechende Abschlagszahlung zu verlangen, die ihr damals nicht hätte verweigert werden dürfen. Dann aber gebieten es Treu und Glauben, daß die Beklagte die Klägerin zumindest bei den Verzugsfolgen so stellt, wie sie bei Abwicklung ihres Vertragsverhältnisses ohne Einschaltung der Generalunternehmerin gestanden hätte. Die Höhe der geltend gemachten Verzugszinsen hat die Beklagte im zweiten Rechtszug nicht mehr bestritten.

d) Soweit der Senat nicht abschließend über die Klage entscheiden kann, nämlich über die Mehrforderung der Klägerin in Höhe von 24.505,75 DM nebst Zinsen und Mehrwertsteuer auf Zinsen, ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Verfahrens, einschließlich der Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Vogt

Girisch

Recken

Doerry

Bliesener