BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 28/04

Verkündet am:
13. Januar 2005
Seelinger-Schardt
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 648 a a.F.

Der Besteller verliert sein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber einer Werklohnforderung des Unternehmers nicht, wenn er die nach § 648 a BGB geforderte Sicherheit nicht stellt (im Anschluß an BGH, Urteil vom 22. Januar 2004 - VII ZR 183/02, BGHZ 157, 335).

BGH, Urteil vom 13. Januar 2005 - VII ZR 28/04 – OLG Naumburg
LG Magdeburg

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Januar 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Prof. Dr. Thode, Hausmann, Dr. Kuffer und die Richterin Safari Chabestari

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 16. Dezember 2003 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zu ihrem Nachteil Mängelgewährleistungsrechte hinsichtlich der von der Klägerin durchgeführten Holzsanierungsarbeiten nicht berücksichtigt worden sind. Die weitergehende Revision der Beklagten wird verworfen.

Auf die Anschlußrevision der Klägerin wird das Urteil weiter insoweit aufgehoben, als ihr eine geltend gemachte Vergütung für 20 Balkenköpfe aberkannt worden ist. Die weitergehende Anschlußrevision wird zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

I.

Die Klägerin begehrt von den Beklagten Zahlung eines über einen Pauschalfestpreis hinausgehenden Werklohns.

II.

Die Parteien schlossen am 19./20. Januar 1998 einen Bauvertrag über den Umbau und die Modernisierung eines Geschäfts- und Wohnhauses zu einem Pauschalfestpreis von 2.045.167,50 €. Die VOB/B wurde vereinbart. Inhalt dieses Bauvertrages war unter anderem ein von dem Architekten der Beklagten erstelltes Leistungsverzeichnis.

Die Arbeiten der Klägerin wurden am 16. Dezember 1998 abgenommen. Unter dem 5. Mai 1999 erteilte die Klägerin Schlußrechnung über einen Gesamtbetrag in Höhe von 2.247.601,10 €, auf den die Beklagten zu diesem Zeitpunkt einen Betrag von 194.951,78 € noch nicht gezahlt hatten. Im Rechnungsbetrag enthalten war eine Zusatzvergütung von insgesamt 192.207,84 € brutto, die von der Klägerin für zusätzliche Leistungen verlangt wurde. Auf die Schlußrechnung zahlten die Beklagten an die Klägerin noch 2.743,93 €. Weitere Zahlungen verweigerten sie mit der Begründung, eine zusätzliche Vergütung stehe der Klägerin nicht zu, weil die entsprechenden Leistungen schon aufgrund des Vertrages geschuldet waren.

Die Beklagten berufen sich auf Mängel wegen angeblicher Schäden durch Schwammbefall am Dach, deren Beseitigung sie auf 41.795,96 € beziffern. In der Folgezeit wurde die Klägerin zur Beseitigung der Mängel aufgefor-

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

dert. Mit Schreiben vom 19. Oktober 2000 forderte ihrerseits die Klägerin die Beklagten auf, eine Sicherheitsleistung bis zum 3. November 2000 zu erbringen. Sie kündigte an, daß sie ihre Leistung verweigern werde, wenn die Beklagten die Sicherheit nicht fristgerecht erbringen würden.

Das Landgericht hat der Klage auf Zahlung von Restwerklohn von 192.207,85 € in Höhe von 190.571,72 € stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und die Beklagten als Gesamtschuldner unter Klageabweisung im übrigen zur Zahlung von 93.980,44 € für die Durchführung von Holzsanierungsarbeiten verurteilt.

Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten sowie die Anschlußrevision der Klägerin richten sich gegen das Berufungsurteil, soweit jeweils zu ihrem Nachteil entschieden worden ist.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist nur zum Teil zulässig. In diesem Umfang hat sie Erfolg. Die Anschlußrevision ist zulässig und teilweise begründet. Soweit die Rechtsmittel Erfolg haben, führen sie zur Aufhebung des Berufungsurteils sowie zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Auf das Schuldverhältnis finden die Gesetze in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB). Auf das Verfahren der Berufung und der Revision sind die Vorschriften nach Maßgabe

des Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses vom 27. Juli 2001 anzuwenden (§ 26 Nr. 5 und 7 EGZPO).

A. Revision der Beklagten

I.

Das Berufungsgericht meint, der Klägerin stehe hinsichtlich der von ihr ausgeführten Holzsanierungsarbeiten über die vereinbarte Pauschalsumme hinaus ein zusätzlicher Vergütungsanspruch in Höhe von 93.980,44 € brutto zu. Nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme stehe fest, daß die Parteien den nach dem Pauschalvertrag geschuldeten Umfang der Holzsanierungsarbeiten auf 80 m² festgelegt hätten. Die von der Klägerin erbrachten Arbeiten, die über diesen Umfang hinausgingen, hätten die Beklagten im Sinne von § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B nachträglich anerkannt. Die zusätzliche Vergütung für diese Leistung hätten die Beklagten unabhängig von der Frage zu erbringen, ob die Klägerin diese Arbeiten mangelhaft ausgeführt habe. Die Beklagten hätten sich durch ihre Weigerung, für die verlangten Mängelbeseitigungsarbeiten in Höhe der ausstehenden Restlohnforderung nach § 648 a BGB eine Sicherheit zu stellen, vertrags- und treuwidrig verhalten. Der Klägerin stehe deshalb hinsichtlich des von den Beklagten behaupteten Mängelbeseitigungsanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht nach § 648 a Abs. 5 BGB zu. Die Klägerin habe die Beklagten mit Schreiben vom 19. Oktober 2000 unter Fristsetzung zum 3. November 2000 aufgefordert, eine entsprechende Sicherheitsleistung zu stellen. Die geforderte Sicherheitsleistung hätten die Beklagten nicht erbracht. Diese Weigerung habe zur Folge, daß den Beklagten hinsichtlich der von ihnen behaupteten Mängel der Werkleistung der Klägerin kein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 Abs. 1 BGB zustehe, so daß der fällige Werklohn zu zahlen sei.

II.

Die Revision ist nur zum Teil zulässig. In diesem Umfang halten die Ausführungen des Berufungsgerichts der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Die Revision ist nur insoweit zulässig, als sie sich gegen die vom Berufungsgericht aus dem Sicherheitsverlangen der Klägerin hergeleiteten Rechtsfolgen richtet.

a) Der Entscheidungssatz des angegriffenen Urteils enthält keine Einschränkung der Zulassung. Eine derartige Beschränkung kann sich aus den Entscheidungsgründen ergeben (BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 - VII ZR 226/03, BauR 2004, 1650, 1652 = ZfBR 2004, 775). Das Berufungsgericht führt in den Entscheidungsgründen aus, die Revision werde zugelassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung habe und der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung diene im Hinblick auf die Frage, ob der Klägerin nach § 648 a BGB auch nach der Abnahme des Werkes hinsichtlich des von den Beklagten behaupteten Mängelbeseitigungsanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht nach § 648 a Abs. 5 BGB zustehe.

Damit hat das Berufungsgericht die Zulassung auf die Frage beschränkt, welche Rechtsfolgen sich für die Gewährleistungsansprüche des Bestellers ergeben, wenn er dem berechtigten Verlangen des Unternehmers nach Bauhandwerkersicherheit nicht nachkommt. Den Streit der Parteien darüber, ob der Klägerin hinsichtlich der Holzsanierungsarbeiten, aus denen die Beklagten ihre Mängelgewährleistungsrechte herleiten, ein zusätzlicher Vergütungsanspruch zusteht, wollte es nicht in der Revision überprüfen lassen.

b) Eine Beschränkung mit diesem Inhalt ist zulässig.

Die Revisionszulassung darf nicht auf bestimmte Rechtsfragen beschränkt werden. Es ist möglich, die Revision hinsichtlich eines Teils des Streitgegenstands zuzulassen, der Gegenstand eines Teilurteils sein könnte oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte (BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 - VII ZR 226/03, BauR 2004, 1650, 1652 = ZfBR 2004, 775).

Die vom Berufungsgericht vorgenommene Beschränkung ist möglich. Die Rechte der Klägerin aus ihrem Sicherheitsverlangen nach § 648 a BGB und die Gewährleistungsansprüche, mit denen die Beklagten nach Abnahme wegen Mängeln hilfsweise ein Zurückbehaltungsrecht und äußerst hilfsweise die Aufrechnung mit einem Vorschußanspruch wegen durchzuführender Mängelbeseitigungsarbeiten geltend gemacht haben, können unabhängig von dem Werklohn verfolgt werden (vgl. dazu BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 - VII ZR 226/03, BauR 2004, 1650, 1652 = ZfBR 2004, 775).

2. Die in diesem Sinne beschränkte Revision hat Erfolg.

Zu Recht wendet sich die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin könne ihre Werklohnforderung ohne Rücksicht auf Mängel geltend machen, weil die Beklagten keine Sicherheit gestellt hätten. Diese Ansicht lässt sich mit § 648 a BGB nicht vereinbaren.

a) Nach den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 22. Januar 2004 (VII ZR 183/02, BGHZ 157, 335, VII ZR 267/02, BauR 2004, 834 = NZBau 2004, 264 und VII ZR 68/03, BauR 2004, 830 = NZBau 2004, 261), die erst nach Erlaß des Berufungsurteils ergangen sind, hat der Unternehmer auch nach Abnahme die Möglichkeit, die Leistung zu verweigern, wenn die zu Recht beanspruchte Sicherheit nicht gestellt wird. Außerdem steht dem Unternehmer in sinngemäßer Anwendung des § 648 a Abs. 5 BGB i.V.m. § 643 Satz 1 BGB das Recht zu, sich von seiner Mängelbeseitigungspflicht nach der Abnahme

dadurch zu befreien, daß er eine Nachfrist zur Sicherheitsleistung setzt, verbunden mit der Ankündigung, die Vertragserfüllung (Mängelbeseitigung) danach zu verweigern. Nach fruchtlosem Fristablauf ist er von der Pflicht, den Vertrag zu erfüllen, befreit. Er kann auf diese Weise die endgültige Abrechnung herbeiführen, auch soweit die Leistung mangelhaft ist. In weiterer sinngemäßer Anwendung des § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB und des § 648 a Abs. 5 Satz 2 BGB steht ihm nach fruchtlosem Ablauf der Nachfrist nicht die volle vereinbarte Vergütung zu. Vielmehr hat er lediglich Anspruch auf Vergütung, soweit die Leistung mangelfrei erbracht ist, und Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens nach Maßgabe des § 648 a Abs. 5 Satz 2 BGB. Der Vergütungsanspruch des Unternehmers ist um den Wert zu kürzen, der infolge eines Mangels entstanden ist. Sofern die Mängelbeseitigung möglich ist und nicht wegen unverhältnismäßig hoher Kosten verweigert werden kann, ist die Vergütung regelmäßig um die Kosten zu kürzen, die notwendig sind, um den Mangel beseitigen zu lassen, sonst um den Minderwert des Bauwerks.

b) Auf dieser Grundlage hat das Berufungsurteil keinen Bestand, soweit das Berufungsgericht der Klägerin den ausgeurteilten Betrag zugesprochen hat, ohne einen etwaigen Minderwert zu berücksichtigen.

Das Berufungsgericht muß den Parteien Gelegenheit geben, sich auf die dargestellte, im Rechtsstreit bisher nicht erwogene Rechtslage einzustellen. Es wird unabhängig von dem weiteren Verhalten der Parteien zu klären haben, ob die behaupteten Mängel vorliegen.

B. Anschlußrevision der Klägerin

I.

Das Berufungsgericht führt aus, der Klägerin stehe ein zusätzlicher Vergütungsanspruch für die Erneuerung der Grundleitungen, die Beseitigung der mangelhaften Vorarbeiten der U.-Bau GmbH und die Lieferung der 20 Balkenköpfe nicht zu. Die Klägerin habe nicht bewiesen, daß diese Arbeiten nicht nach dem Pauschalpreisvertrag geschuldet waren. Unstreitig habe dieser nach den schriftlichen Vertragsunterlagen die geltend gemachten Positionen umfaßt. Der von den Zeugen R., J. und S. bestätigte Vortrag der Klägerin, daß ihr ursprüngliches Angebot im Hinblick auf die durch die U.-Bau GmbH erbrachten Vorleistungen reduziert worden sei, möge zutreffen. Allerdings ergebe sich daraus nicht mit der erforderlichen Sicherheit, daß ein solches eingeschränktes Angebot auch Grundlage des später geschlossenen Bauvertrages geworden sei. Trotz dieser von der erstinstanzlichen Würdigung der Zeugenaussagen abweichenden Beweiswürdigung habe das Gericht davon abgesehen, diese Zeugen erneut zu vernehmen, da Zweifel über die Vollständigkeit und Richtigkeit der protokollierten Aussagen nicht bestünden.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung teilweise nicht stand.

1. Die Anschlußrevision ist zulässig.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Anschlußrevision gemäß § 554 Abs. 2 Satz 1 ZPO auch dann statthaft, wenn die Zulassung der Revision selbst auf Teile des Streitgegenstandes beschränkt ist und die An-

schließung nicht denselben Streitstoff betrifft, auf den sich die Zulassung der Revision des Rechtsmittelgegners bezieht (BGH, Urteil vom 24. Juni 2003 - KZR 32/02, BGHZ 155, 189, 191 f.; Urteil vom 30. September 2003 - XI ZR 232/02, NJW-RR 2004, 45, 46). Bedenken gegen diese Grundsätze können dahinstehen, da sich im vorliegenden Fall die Anschlußrevision im Rahmen desselben Streitstoffs hält. Denn die Zulassung betrifft Gegenrechte, die gegen den gesamten im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht streitigen Vergütungsanspruch der Klägerin gerichtet waren. Bei dieser Sachlage bestimmt der gesamte Vergütungsanspruch den maßgeblichen Streitstoff.

2. Die Anschlußrevision ist teilweise begründet.

a) Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Beklagten seien der Klägerin nicht zur Vergütung der 20 Balkenköpfe verpflichtet, beruht auf Rechts- und Verfahrensfehlern.

aa) Soweit das Berufungsgericht die Auffassung vertritt, die Klägerin habe nicht nachvollziehbar vorgetragen, daß die Parteien zu diesem Punkt nachträglich eine zusätzliche Vergütungspflicht vereinbart hätten, entspricht dies nicht den Grundsätzen der Rechtsprechung zum substantiierten Parteivortrag. Bereits in der Klageschrift ist vorgetragen, die Parteien hätten vereinbart, daß die Klägerin die Lieferung von Balkenköpfen durch die Auftraggeberin zusätzlich mit pauschal 20.000 DM zuzüglich 16 % Mehrwertsteuer vergütet erhalten solle. Diese Angaben genügten den Anforderungen an die Substantiierung des Sachvortrags (vgl. dazu BGH, Urteil vom 21. Januar 1999 - VII ZR 398/97, BauR 1999, 648, 649 = ZfBR 1999, 194).

bb) Wie die Anschlußrevision zu Recht rügt, hat das Berufungsgericht des weiteren entscheidungserheblichen Vortrag der Klägerin außer Acht gelas-

sen. Die Klägerin hat vorgetragen, daß die Beklagten vor Vertragsschluß behauptet hätten, in einem Nachbarhaus seien Balkenköpfe zwischengelagert, die die Klägerin später zum Einbau wieder verwenden könne. Nach Vertragsschluß habe sich dann herausgestellt, daß die Balkenköpfe nicht mehr vorhanden gewesen seien, weshalb die Klägerin diese von einer Zimmerei neu habe erstellen lassen müssen.

Es ist nicht erkennbar, daß das Berufungsgericht diese Behauptung, über die das Landgericht Beweis erhoben und die es seiner Entscheidung zugrundegelegt hat, in gebotener Weise in seine Würdigung mit einbezogen hat. Diese Behauptung kann geeignet sein, einen Schluß auf die Richtigkeit des Vortrags der Klägerin zur Vergütungspflicht zuzulassen.

cc) Bei der hiernach hinsichtlich dieses Streitpunktes erforderlichen erneuten Beurteilung wird sich das Berufungsgericht auch mit den Angriffen auseinanderzusetzen haben, die die Anschlußrevision gegen die bisherige Auslegung des Schreibens des Beklagten zu 2) vom 18. April 1999 führt.

b) Dagegen hält die Entscheidung des Berufungsgerichts, hinsichtlich der auf die Erneuerung der Grundleitungen sowie zur Beseitigung der mangelhaften Vorarbeiten der U.-Bau GmbH erbrachten Leistungen stehe der Klägerin kein zusätzlicher Vergütungsanspruch zu, einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

Ein Verstoß gegen § 398 Abs.1 ZPO im Hinblick auf die Würdigung der Aussage der Zeugen, insbesondere des Zeugen R., durch das Berufungsgericht liegt nicht vor.

Das Berufungsgericht durfte die Zeugenaussagen ohne erneute Vernehmung als für die Beweisführung im Sinne des Vortrags der Klägerin nicht

ausreichend bewerten. Dem steht nicht entgegen, daß das Landgericht auch aus diesen Aussagen die Überzeugung gewonnen hat, die Parteien hätten sich geeinigt, daß diese Leistungen nach dem ursprünglichen Vertrag nicht geschuldet waren.

Ein Fall, in dem nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Urteil vom 22. Mai 2002 - VIII ZR 337/00, NJW-RR 2002, 1500) eine erneute Vernehmung eines Zeugen geboten ist, lag nicht vor. Insbesondere ergab sich eine solche Pflicht nicht aus Zweifeln über die Vollständigkeit und Richtigkeit der protokollierten Aussagen. Das vom Landgericht errichtete Protokoll enthält für solche Zweifel keine Anhaltspunkte. Das Berufungsgericht hat sich auf dieser Grundlage, ohne die Glaubwürdigkeit der Zeugen und die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen anders zu beurteilen als das Landgericht, in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise mit den Bekundungen der Zeugen auseinandergesetzt. Es hat auch die zugunsten der Behauptungen der Klägerin sprechenden Gesichtspunkte gewürdigt. Wenn es dennoch die für eine Überzeugungsbildung im Sinne des Klägervortrags erforderliche Sicherheit nicht zu gewinnen vermochte, so ist hiergegen aus revisionsrechtlicher Sicht nichts zu erinnern.

Dressler Thode Hausmann

Kuffer Safari Chabestari