

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/B (1952) §§ 4 Nr. 7, 16 Nr. 2; BGB § 641

Auf die Frage, ob auch bei einem nach der VOB/B (1952) zu beurteilenden Werkvertrag die Abnahme der Werkleistung Fälligkeitsvoraussetzung für den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers ist, kommt es nicht an, wenn der Auftraggeber gegenüber dem Vergütungsanspruch statt der Mängelbeseitigung Schadensersatz geltend macht.

BGH, Urt. v. 23. November 1978 - VII ZR 29/78 - OLG Hamm

LG Paderborn

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 29/78

URTEIL

Verkündet am
23. November 1978
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Bernhard H [REDACTED], Hauptstraße,
W[REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

1. den Regelungstechniker Hans H ö [REDACTED], Hauptstraße [REDACTED],
R[REDACTED],
2. den Kaufmann Hans N [REDACTED], Wi[REDACTED] Straße [REDACTED],
Li[REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 1978 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Doerry

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 14. Dezember 1977 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger führte Ende 1971/Anfang 1972 für die Beklagten beim Neubau ihres Bürohauses in L[REDACTED] Estrich- und Teppichbelagarbeiten aus. Die Geltung der VOB/B (1952) war vereinbart.

Die Beklagten rügten mit Schreiben vom 17. März 1972 gegenüber dem Kläger, daß der Teppichboden ganz erhebliche Wellen habe und nicht "rollstuhlfest" verlegt sei, und erklärten, die Arbeit des Klägers so nicht abzunehmen.



Zugleich drängten sie auf Fertigstellung der Arbeiten wegen der bevorstehenden Einzugstermine der Mieter und drohten an, den Kläger für etwaigen Mietausfall von 7.000 DM in Anspruch zu nehmen. Sie nahmen das Haus dann etwa im April 1972 in Benutzung. Auch in der Folgezeit beanstandeten sie mehrfach den Teppichbelag, die Spachtelung und den Estrich. Mit Schreiben vom 29. November 1973 forderten sie schließlich den Kläger auf, den gesamten Teppichboden durch Erneuerung des Estrichs und Verlegung eines neuen Teppichbelags in einen "rollstuhlfesten" Zustand zu versetzen. Das lehnte der Kläger ab. Er hatte inzwischen den Beklagten Schlußrechnung vom 6. September 1973 über 51.066,37 DM erteilt. Auf diesen Betrag hatten die Beklagten Abschläge von 27.480 DM gezahlt. Weitere Zahlungen lehnten sie ab.

Der Kläger hat den restlichen Werklohn - zuletzt in Höhe von 23.586,37 DM nebst Zinsen - eingeklagt. Die Beklagten haben sich darauf berufen, daß sie wegen der erheblichen Mängel die Abnahme zu Recht verweigert hätten, und zunächst gemeint, der Werklohnanspruch des Klägers sei deshalb "noch nicht fällig". Später haben sie "ihr Zurückbehaltungsrecht fallen gelassen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert", weil der Kläger die von ihnen geforderte weitgehende Erneuerung abgelehnt hatte.

Landgericht und Oberlandesgericht - sein Urteil ist in NJW 1978, 649 veröffentlicht - haben die Klage abgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält die Klage für unbegründet, weil die Klageforderung "noch nicht fällig" sei. Das ist nicht frei von Rechtsirrtum.

1. Recht hat das Berufungsgericht allerdings damit, daß die Beklagten bis zuletzt die Abnahme verweigert haben.

Die Revision meint dagegen, hier sei eine Abnahme gemäß § 12 Nr. 5 VOB/B (1952) erfolgt.

Das geht fehl. Wegen der ausdrücklichen Abnahmeweigerung, welche die Beklagten seit ihrem Schreiben vom 17. März 1972 ständig aufrechterhalten haben, scheidet eine Abnahme nach § 12 Nr. 5 VOB/B aus. Der Einzug kommt auch deswegen nicht als Abnahme in Betracht, weil er ersichtlich zur Abwendung drohender Mietausfälle in Höhe von monatlich rd. 7.000 DM geschehen ist. Im übrigen haben die Beklagten auch nach dem Einzug und nach Eingang der Schlußrechnung des Klägers vom 6. September 1973 weiterhin erhebliche Mängel gerügt und die vollständige Erneuerung von Teppichboden und Estrich als erforderlich bezeichnet. Darin, daß sie Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 27.400 DM geleistet haben, kann eine Abnahme ebenfalls nicht gesehen werden. Ebensowenig liegt sie in der Erklärung der Beklagten, ihr Zurückbehaltungsrecht fallen zu lassen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern.

2. Rechtsfehlerfrei stellt das Berufungsgericht weiter fest, das Werk des Klägers habe wesentliche Mängel gehabt, die Beklagten hätten deswegen die Abnahme mit Recht verweigert.

3. Das Berufungsgericht hat es jedoch rechtsfehlerhaft unterlassen, die Erklärung der Beklagten, sie ließen ihr Zurückbehaltungsrecht fallen und verlangten Schadensersatz wegen Nichterfüllung, vollständig zu würdigen. Seit dieser Erklärung geht es nämlich im Prozeß nicht mehr um den "dilatorischen" Einwand, daß der Werklohn "noch nicht fällig" sei, sondern darum, ob der Schadensersatzanspruch der Beklagten (§ 4 Nr. 7 Abs. 1 Satz 2 VOB/B (1952)) ganz oder teilweise zum Erlöschen des Werklohnanspruchs des Klägers geführt hat (vgl. BGHZ 50, 160, 164 f). Das Berufungsgericht hat übersehen, daß der Kläger die von den Beklagten ursprünglich geforderte umfangreiche Mängelbeseitigung abgelehnt hat, und die Beklagten deswegen von dem Kläger nicht mehr Mängelbeseitigung, sondern Schadensersatz fordern. Eine weitere Erfüllung des Vertrags durch den Kläger kommt daher nicht mehr in Betracht. Damit entfällt die Vorleistungspflicht des Klägers. Es hat jetzt eine endgültige Abrechnung über die Bauleistung des Klägers und den Schadensersatzanspruch der Beklagten stattzufinden. Auf die Frage, ob die Abnahme der Werkleistung Fälligkeitsvoraussetzung für den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers ist, kommt es, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, nicht an, wenn - wie hier - der Auftraggeber nicht mehr Mängelbeseitigung, sondern Schadensersatz fordert.

4. Die Klageabweisung kann also mit der bisherigen Begründung keinen Bestand haben. Der Senat ist auch nicht in der Lage, das Berufungsurteil im Ergebnis mit anderer Begründung zu halten (§ 563 ZPO); denn die bisherigen Feststellungen ermöglichen keine zuverlässige Beurteilung, ob der Werklohnanspruch des Klägers durch den Anspruch der Beklagten auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ganz oder

teilweise aufgezehrt worden ist (vgl. BGHZ 50, 160, 165). Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückzuweisen. Dieses wird sich gegebenenfalls auch mit den Kosten für das Gutachten (1.044,90 DM) und für Instandsetzungsarbeiten (412,64 DM) zu befassen haben.

Vogt

Girisch

Meise

Recken

Doerry