

A

Nachschlagewerk: ja zu III

BGHZ: nein

BGB § 320; VOB/B (1973) § 17 Nr. 6 Abs. 1

Ein vereinbarter Sicherheitseinbehalt hindert den Auftraggeber grundsätzlich nicht, fällige Abschlagszahlungen wegen mangelhafter Werkausführung zu verweigern. Der Auftragnehmer kann nicht einwenden, der Auftraggeber dürfe das Leistungsverweigerungsrecht nur wegen eines den Sicherheitseinbehalt wertmäßig übersteigenden Mängelbeseitigungsanspruchs geltend machen.

BGH, Urt. v. 9. Juli 1981 - VII ZR 40/80 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 40/80

URTEIL

Verkündet am

9. Juli 1981

Henco,

Justizangestellte

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma P[REDACTED]-Verwaltungs-GmbH & Co. Betreuungs-KG,
S[REDACTED]straße [REDACTED], R[REDACTED], vertreten durch die
persönlich haftende Gesellschafterin P[REDACTED]-Verwaltungs-
GmbH, diese vertreten durch ihren Geschäftsführer
Günter L[REDACTED], ebenda,

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma Franz S c h [REDACTED] GmbH, Bauunternehmung,
W[REDACTED]straße [REDACTED], K[REDACTED], vertreten durch ihre Geschäfts-
führer Hans Wi[REDACTED] und Herbert Ko[REDACTED] ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Juli 1981 durch die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken, Doerry und Bliesener

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Teilurteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 19. Dezember 1979 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin errichtete in den Jahren 1976-1978 als Generalunternehmerin, zuletzt im Auftrag der Beklagten, ein Einkaufszentrum in M. zum Nettopreis von 11.200.000 DM. Das Bauwerk wurde Ende September 1978 in Benutzung genommen, jedoch bisher von der Beklagten nicht abgenommen. Über ihre Verpflichtung zur Abnahme ist ein weiterer Rechtsstreit beim Berufungsgericht anhängig. Nach dem Bauvertrag gilt u.a. die VOB/B (1973), jedoch für die Gewährleistung das EGB. Von den in einem Zahlungsplan vorgesehenen Abschlagszahlungen werden 10 % als Sicherheit einbehalten; nach der Abnahme bleiben



noch 5 % der Gesamtauftragssumme für zwei Jahre einbehalten, sofern nicht eine Bankbürgschaft erbracht wird.

Die Klägerin hat unter Berücksichtigung eines 10 %igen Sicherheitseinbehalts von 1.250.636,80 DM eine restliche Abschlagsforderung von 1.859.120,80 DM nebst Zinsen eingeklagt. Danach hat die Beklagte noch 1.301.172,33 DM gezahlt. Im übrigen hat sie die Ausführung einiger Leistungspositionen bestritten und wegen Baumängeln teils gemindert, teils ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht.

Das Landgericht hat der Klägerin die restlichen 557.948,47 DM nebst Zinsen zuerkannt. Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil die Berufung der Beklagten in Höhe von 150.000 DM nebst Zinsen zurückgewiesen.

Mit der - angenommenen - Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage im Umfang des Teilurteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Klägerin - abgesehen von dem Sicherheitseinbehalt von 1.250.636,80 DM - eine restliche Abschlagszahlung von 557.948,47 DM rechnerisch zusteht.

Das ist richtig und wird auch von der Revision nicht angegriffen.

Die Beklagte stellt dem folgende Ansprüche entgegen:

- a) Fertigstellungs- und Nachbesserungskosten gemäß Gutachten des Sachverständigen M. (Institut für Bautechnik Eckard G.) vom 22. Juni 1979 1.140.532,47 DM
+ 12 % MWSt 136.863,90 DM 1.277.396,37 DM
- b) Minderung gemäß diesem Gutachten 562.166,40 DM
+ 12 % MWSt 67.459,97 DM 629.626,37 DM
- c) Nachbesserungskosten für Elektromängel gemäß Gutachten des Ingenieurbüros D. vom 6. August 1979 (unbeziffert)
- d) Kosten für die Änderung der Klimaanlage gemäß Schreiben des Sachverständigen M. vom 23. Oktober 1979 500.000,-- DM
+ 13 % MWSt 65.000,-- DM 565.000,-- DM
2.472.022,74 DM.
=====

Das Berufungsgericht hat von den Fertigstellungs- und Nachbesserungskosten (a) allenfalls 406.211,21 DM einschl. MWSt für berechtigt angesehen. Hierfür und für die nicht bezifferten Nachbesserungskosten der Elektroanlage (c) hat es einen von der Beklagten zurückzubehaltenden Betrag von 450.000,-- DM für ausreichend erachtet.

Eine Minderung (b) hält es allenfalls in
Höhe von 13.297,16 DM
einschl. MWSt für möglich.
Unter Hinzurechnung des genannten Betrags
von 565.000,-- DM
für die Änderung der Klimaanlage (d)
gelangt es zu einer Summe von etwaigen
Gegenansprüchen der Beklagten von 1.028.297,16 DM.
=====

Obwohl diese Summe die restliche Abschlagsforderung der Klägerin überschreitet, hält das Berufungsgericht die Zurückbehaltung von 150.000 DM für nicht gerechtfertigt. Die Beklagte müsse sich nämlich wegen vor der Abnahme aufgetretener Mängel zunächst an die Hälfte des Sicherheitseinhalts (= 625.318,40 DM) halten, welche bei Abnahme fällig werde. Zweck der Sicherheit sei es, Kosten und Schäden abzudecken, die durch bereits aufgetretene oder später noch auftretende Mängel entstehen. Der Auftraggeber müsse wegen der Mängel grundsätzlich auf die Sicherheit zurückgreifen, bevor er gegenüber Teilen des Werklohnanspruchs, die die Sicherheit übersteigen, ein Zurückbehaltungsrecht geltend mache. Da die Hälfte des Sicherheitseinhalts und die restliche Abschlagsforderung insgesamt 1.183.266,87 DM,
die etwaigen Gegenansprüche der Beklagten
aber nur 1.028.297,16 DM
ausmachten, verblieben zugunsten der
Klägerin 154.969,71 DM.
Die Klageforderung sei daher jedenfalls in Höhe
von 150.000 DM gerechtfertigt.

II.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

Sie greift einige der Feststellungen an, aufgrund derer das Berufungsgericht einzelne Anspruchspositionen aus dem Gutachten Mü[REDACTED] versagt hat, wendet sich aber auch dagegen, daß die Beklagte sich bei Ausübung ihres Leistungsverweigerungsrechts wegen Mängelbeseitigung zunächst an die Hälfte des Sicherheitseinbehalts halten solle.

1. Das Berufungsgericht hat den Berufungsvortrag der Beklagten zu acht Rechnungsposten wegen Verspätung nicht zugelassen. Ihr sei vom Landgericht gemäß § 275 Abs. 1 ZPO eine Klageerwiderungsfrist gesetzt worden. Sie habe jedoch zu diesen Punkten im ersten Rechtszug nichts vorgebracht und die Verspätung auch nicht entschuldigt. Es sei nicht anzunehmen, daß sie das Vorbringen dieser Beanstandungen im ersten Rechtszug nicht aus grober Nachlässigkeit unterlassen habe. Die Berücksichtigung des Berufungsvorbringens würde die Endentscheidung über den jetzt entscheidungsreifen Teil des Klageanspruchs verzögert haben.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

a) Die Zurückweisung des Vorbringens der Beklagten gemäß § 528 Abs. 1 ZPO scheitert schon daran, daß der Beklagten eine Ausschlußfrist für die Klageerwiderung nicht wirksam gesetzt worden ist. Mit der Klageschrift wurde ihr nur ein von einem Justizangestellten "auf Anordnung" unterzeichnetes Ladungsformular (Vordruck ZP 72a) zugestellt,

in dem sie u.a. aufgefordert wurde, innerhalb drei Wochen auf die Klage schriftlich zu erwidern. Dies genügte den gesetzlichen Anforderungen nicht. Vielmehr hätte es nach den §§ 329, 317, 170 Abs. 1 ZPO der Zustellung einer beglaubigten Abschrift der fristsetzenden Verfügung des Kammervorsitzenden bedurft (BGHZ 76, 236, 241; BGH NJW 1980, 1960 Nr. 12; 1981, 286; 1981, 1217).

b) Aber auch gemäß § 528 Abs. 2 ZPO durfte dem Berufungsvortrag die Zulassung nicht versagt werden. Verspätete Angriffs- oder Verteidigungsmittel dürfen nämlich nicht durch Teilurteil zurückgewiesen werden (BGHZ 77, 306; BGH NJW 1981, 1217). Ist der Rechtsstreit insgesamt noch nicht zur Endentscheidung reif, so kann nicht festgestellt werden, daß die Berücksichtigung verspäteten Vorbringens die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde. Daran ändert nichts, daß eine Vorabentscheidung über einzelne Klageansprüche gemäß § 301 Abs. 1 ZPO an sich möglich ist. Es ist nicht Sinn dieser Bestimmung, einer Partei prozessuale Möglichkeiten abzuschneiden, die sie andernfalls noch hätte. Dies gilt auch dann, wenn eine Vorabentscheidung nicht allein zu dem Zweck in Betracht gezogen wird, verspätetes Vorbringen zurückweisen zu können. Auch in einem solchen Fall ist es der gegnerischen Partei zuzumuten, sich auf die Berücksichtigung des verspäteten Vorbringens einzulassen, da der Rechtsstreit ohnehin noch nicht zuende ist (BGHZ 77, 306, 308/309).

c) Die unstatthafte Zurückweisung erheblichen Vorbringens betrifft Minderungen um 15.143 DM netto (Pos. D 3, 17, 24, 37 des Gutachtens Mü[REDACTED]) und Nachbesserungskosten

von 35.300 DM netto (Pos. A 1 - 6, D 6, D 21, E 2),
insgesamt also 50.443 DM nebst 13 % MWSt = 57.000,59 DM.

2. Bei Pos. G 2 (30.060 DM Nachbesserungskosten für Abdeckprofile bei den Schaufenstern) hat das Berufungsgericht einen Mangel verneint, weil die Klägerin unbestritten nicht beauftragt worden sei, Abdeckprofile anzubringen.

Diese Begründung läßt außer acht, daß der Sachverständige solche Profile deshalb für erforderlich gehalten hat, weil die Schaufensteranlagen "sehr unsauber und unakkurat" hergestellt worden seien. Wenn das zutrifft, könnte ein Werkmangel vorliegen, der durch die Abdeckprofile zu beheben wäre. Auch Schönheitsfehler können als Mangel gewertet werden (Senatsurteil vom 19. März 1964 - VII ZR 137/62).

Soweit das Berufungsgericht diesen Rechnungsposten hilfsweise wegen verspäteten Vorbringens unberücksichtigt läßt, gilt das zu 1. Ausgeführte. Einschließlich 13 % MWSt durften 33.967,80 DM der Beklagten derart nicht abgesprochen werden.

3. Zur Gutachtenposition B 42 (120.000 DM Nachbesserungskosten für gründliche Abdichtung des oberen Parkdecks) führt das Berufungsgericht aus, die Klägerin habe unbestritten die aufgetretenen Risse in der Fahrbahndecke des oberen Parkdecks inzwischen beseitigen lassen. Daß trotzdem noch ein Mangel vorliege, sei nicht dargetan. Dazu genüge nicht die von der Beklagten vorgetragene Aussage des Sachverständigen Mü. im Parallelprozeß (Abnahmeklage), das Parkdeck müsse völlig neu belegt werden, da sonst die Gefahr bestehe, daß die Risse wieder aufplatzen.

Diese Aussage lasse offen, ob die Risse ausreichend durch Tiefensanierung geschlossen seien. Falls sich später noch ein Mangel zeigen sollte, sei die Beklagte durch die letzten 5 % Sicherheit für zwei Jahre nach Abnahme gesichert.

Diese Ausführungen verkennen die Darlegungs- und Beweislast.

Die Beklagte hat dadurch, daß sie sich auf die Aussage des Sachverständigen Mü[REDACTED] im Parallelprozeß stützte, behauptet, die Risse in der Fahrbahndecke seien durch die Nachbesserung nicht ordnungsgemäß und dauerhaft beseitigt worden. Mehr brauchte sie nicht zu tun. Ebenso wie der Unternehmer vor Abnahme die Mangelfreiheit seines Werks darzulegen und zu beweisen hat (BGHZ 61, 42, 47; Glanzmann in BGB, RGRK, 12. Aufl., § 633 Rn. 51), hat er vor der Abnahme auch darzutun und zu beweisen, daß ein früher unstreitig vorhandener Mangel nachhaltig beseitigt worden ist. Mit einer nur provisorischen, nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechenden Nachbesserung braucht sich der Besteller nicht zufriedenzugeben. Die Beklagte hat ihrer Darlegungspflicht genügt. Es ist Sache der Klägerin, die Dauerhaftigkeit der Parkdecksanierung darzutun und notfalls zu beweisen.

Darum durften ohne weitere Feststellungen der Beklagten - einschl. 13 % MWSt - 135.600 DM nicht versagt werden.

4. Zu Pos. B 66 (Rechnungskürzung um 7.500 DM wegen Fehlens von Schleusen vor den Technikräumen der Tiefgarage) hat das Berufungsgericht einen Mangel verneint, weil die

Anlage vom Bauaufsichtsamt abgenommen worden und noch nicht geklärt sei, ob ein nachträglicher Einbau von Schleusen erforderlich sei. Gegebenenfalls sei die Beklagte durch die zweite Hälfte der Sicherheit abgesichert.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Zwar gehört es nach dem Bauvertrag vom 22. Juni 1976 (§ 2 Abs. 1) zu den Pflichten der Klägerin, Auflagen der Baubehörden nachzukommen. Der Einbau von Schleusen war im Bauschein vorgeschrieben worden. Die Bauaufsichtsbehörden haben aber auf der Erfüllung dieser Auflage bisher nicht bestanden, sondern haben das Bauwerk abgenommen. Dann kann auch die Beklagte vorerst nicht verlangen, daß die Klägerin solche Schleusen einbaut oder den Werklohn um den vom Sachverständigen geschätzten Betrag verringert.

5. Schließlich hat das Berufungsgericht zur Pos. B 91 in der Höhe der Grundprofile aller Außenschaufenster in den Loggien keinen Werkmangel gesehen, obwohl nach dem Gutachten MÜ [REDACTED] die untere Rahmenkante unter dem Niveau des Gußasphalts liegt. Es sei nicht festzustellen, daß die Abdichtung der Profile unzureichend sei; bisher sei auch kein Feuchtigkeitsschaden aufgetreten. Der vom Sachverständigen veranschlagte Betrag von 118.500 DM netto für Ausbau und Kürzen der Fenster sowie Einbau eines Sockels könne vorerst nicht verlangt werden. Notfalls könne die Beklagte auf die zweite Hälfte der Sicherheit zurückgreifen.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Unzureichende Dichtigkeit eines Schaufensters gegen Regenwasser ist ein Werkmangel (vgl. Senatsurteil vom 16. Januar 1958 - VII ZR 100/57 = Schäfer/Finnern Z 2.414 Bl. 129). Es kommt nicht darauf an, ob bereits Feuchtigkeitsschäden aufgetreten sind. Entspricht die Werkleistung - wie hier behauptet wird - nicht den anerkannten Regeln der Technik, so liegt regelmäßig ein Werkmangel vor, der den Unternehmer zur Gewährleistung verpflichtet (vgl. Senatsurteil vom 20. März 1975 - VII ZR 221/73 = BauR 1975, 341, 342; Ingenstau/Korbion, VOB 9. Aufl., B § 13 Rn. 38; Heiermann/Riedl/Schwaab, VOB 3. Aufl., B § 13 Rn. 5). Das gilt vor allem dann, wenn die vom Unternehmer gewählte Ausführung des Werkes das Risiko eines Schadens in sich birgt (Senatsurteil vom 15. Mai 1975 - VII ZR 179/74 = BauR 1975, 346, 347). Keinesfalls muß der Besteller warten, bis sich ein Schaden zeigt.

Die Beklagte kann daher, falls dem Sachverständigen-gutachten zu folgen ist, Nachbesserung der Schaufenster verlangen. Diese soll nach dem Gutachten einschl. 13 % MWSt 133.905 DM kosten.

6. Nach alledem ist für die Revisionsinstanz davon auszugehen, daß sich die vom Berufungsgericht als berechtigt unterstellten Gegenansprüche der Beklagten

für Fertigstellung und Nachbesserung (a)	von	406.211,21 DM,
für Minderung (b)	von	13.297,16 DM
sowie für Änderung der Klimaanlage (d)	von	565.000,-- DM
erhöhen um (1)	57.000,59 DM,	
(2)	33.967,80 DM,	
(3)	135.600,-- DM	
und (5)	<u>133.905,-- DM</u>	<u>360.473,39 DM</u>
auf	insgesamt	1.344.981,76 DM.

Dieser Betrag übersteigt die restliche Abschlagsforderung zuzüglich der Hälfte des Sicherheitseinbehalts von insgesamt 1.183.266,87 DM, so daß die Beklagte derzeit zur Zahlung auch nur eines Teilbetrags ohne Feststellungen zu den von ihr behaupteten Mängeln nicht verurteilt werden darf.

III.

Schon aus diesem Grund kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das nunmehr die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben wird. Bei seiner neuen Entscheidung wird es, falls nicht inzwischen das Werk der Klägerin als abgenommen zu gelten hat und endgültig abzurechnen ist, folgendes zu beachten haben:

Seine Auffassung, die Beklagte müsse sich wegen der vor Abnahme aufgetretenen Mängel in erster Linie an die 5 %ige Sicherheit halten, die bei Abnahme fällig werde, und dürfe nur wegen eines darüber hinausgehenden Betrags Abschlagszahlungen verweigern, ist rechtsirrig. Zu Unrecht beruft sich das Oberlandesgericht für seinen Standpunkt auf das

Senatsurteil NJW 1967, 34 Nr. 6. In jenem Fall ging es um die endgültige Abrechnung der gegenseitigen Ansprüche der Vertragsparteien nach Ablauf der Gewährleistungsfrist. Der Auftraggeber hatte gegen restlichen Werklohn des Auftragnehmers mit Schadensersatzforderungen wegen Werkmängeln aufgerechnet. Im Rahmen der endgültigen Abrechnung mußte deshalb zu seiner Schadloshaltung auch ein etwaiger Sicherheitseinbehalt herangezogen werden.

Hier geht es dagegen um die Tragweite des dem Auftraggeber zustehenden Rechts, wegen vor der Abnahme aufgetretener Sachmängel die Leistung einer an sich fälligen Abschlagszahlung zu verweigern. In diesem Fall ist die Sach- und Interessenlage anders.

1. Die Vereinbarung einer von Abschlagszahlungen einzubehaltenden Sicherheit (§ 17 Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 VOB/B) hindert den Auftraggeber grundsätzlich nicht, wegen Werkmängeln eine an sich fällige Leistung zu verweigern. Während die Sicherheit dazu dient, die vertragsgemäße Ausführung der Leistung und die Gewährleistung sicherzustellen (§ 17 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B), bezweckt die Leistungsverweigerung gemäß § 320 BGB über die Sicherung des Anspruchs hinaus, auf den Auftragnehmer Druck auszuüben, damit er die ihm obliegende Leistung umgehend erbringt (Senatsurteile NJW 1958, 706 Nr. 4, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 26, 337; vom 18. Mai 1978 - VII ZR 138/77 = BauR 1978, 398, 400 = ZfBR 1978, 25, 26). Daher kann die Einrede des § 320 BGB nicht durch Sicherheitsleistung abgewendet werden (§ 320 Abs. 1 Satz 3 BGB). So verfolgt auch die Einbehaltung fälliger Abschlagszahlungen vor allem den Zweck, in Ausübung des dem Auftraggeber nach § 4 Nr. 7 Satz 1 VOB/B

zustehenden Rechts den Auftragnehmer zur umgehenden Mängelbeseitigung anzuhalten (BGHZ 73, 140, 144).

Mag eine beträchtliche Sicherheit auch nicht ohne Belang für die Höhe einer berechtigten Leistungsverweigerung sein, so braucht sich der Auftraggeber jedenfalls nicht wegen Werkmängeln, deren Beseitigungskosten vom Sicherheitseinbehalt gedeckt sind, nur auf diesen verweisen zu lassen. Er darf vielmehr einen weiteren erheblichen Betrag zurückbehalten, der erforderlich erscheint, den Auftragnehmer zur schleunigen Nachbesserung anzuhalten. Die bloße Nachbesserungsbereitschaft des Auftragnehmers, wie sie das Berufungsgericht hier für Mängel im Kostenwert von 27.000 DM feststellt, vermag das Leistungsverweigerungsrecht des Auftraggebers nicht zu schmälern.

Die Höhe des Betrages, den der Auftraggeber gemäß § 320 BGB zurückbehalten darf, hängt von den jeweiligen Umständen mit Rücksicht auf Treu und Glauben ab. Der Senat hat schon das Zwei- bis Dreifache der voraussichtlichen Nachbesserungskosten für angemessen gehalten (vgl. Senatsurteile NJW 1981, 1448, 1449; BauR 1978, 398, 400 = ZfBR 1978, 25, 26).

2. Das Recht des Auftraggebers, fällige Abschlagszahlungen bis zur Beseitigung zu Recht gerügter Werkmängel zu verweigern, führt im Rechtsstreit allerdings nicht - wie die Revision meint - zur Abweisung der Werklohnklage, sondern gemäß § 322 Abs. 1 BGB zur Verurteilung Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung (BGHZ 73, 140, 144). Soweit dagegen schon während der Ausführung erkannte und gerügte Mängel nicht mehr oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand

beseitigt werden können und der Auftragnehmer deswegen die Mängelbeseitigung verweigert (§ 13 Nr. 6 Satz 1 VOB/B), ist die Abschlagssumme entsprechend zu mindern. Desgleichen sind Leistungspositionen abzuziehen, die zwar der Abschlagsforderung zugrunde liegen, tatsächlich aber noch nicht erbracht worden sind. Insoweit ist die Werklohnklage wegen Minderung oder mangels erbrachter Werkleistung abzuweisen.

Girisch

Meise

Recken

Doerry

Bliesener