

26
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja Nur zu II 1 der Gründe

VOB/B (1973) § 16 Nr. 3 Abs. 1

Beim VOB-Bauvertrag setzt die Fälligkeit des R e s t -
werklohnanspruchs (Schlußzahlung) nicht nur die Ertei-
lung einer prüfungsfähigen Schlußrechnung, sondern auch
die A b n a h m e der Werkleistungen voraus.

BGH, Urt. v. 18. Dezember 1980 - VII ZR 43/80 - Kammergericht
LG Berlin

bb

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 43/80

URTEIL

Verkündet am
18. Dezember 1980
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Facharztes Dr. med. Wolfgang G [REDACTED],
E[REDACTED]-F[REDACTED]-Straße [REDACTED], B[REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Bauunternehmer Helmut M. G [REDACTED],
G[REDACTED] Straße [REDACTED], B[REDACTED],

Kläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

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

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Dezember 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Doerry und Obenhaus

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 20. Dezember 1979 einschließlich des ihm zugrunde liegenden Verfahrens 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 im Jahre 1976 aufgrund mehrerer, jedoch zusammenhängender Aufträge des Beklagten an dessen Gebäude in B■■■■■, E■■■■-F■■■■-Straße ■■■, Um- und Anbauarbeiten aus, die teils nach Einheitspreisen, teils im Stundenlohn abgerechnet werden sollten. Die Geltung der VOB/B wurde vereinbart. Der Kläger stellt dem Beklagten insgesamt 123.897,86 DM an Werklohn in Rechnung. Mit seiner Klage verlangt er vom Beklagten Restwerklohn in Höhe von 31.124,72 DM nebst Zinsen und die Bewilligung einer entsprechenden Sicherungshypothek. Das Landgericht hat den Restwerklohnanspruch als noch nicht fällig beurteilt und deswegen die Klage insgesamt abgewiesen.



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



Das Oberlandesgericht hat ihr - unter Abweisung im übrigen - in Höhe von 28.124,72 DM nebst Zinsen unbeschränkt und in Höhe weiterer 3.000 DM nur Zug um Zug gegen die Beseitigung im einzelnen aufgeführter Mängel stattgegeben. Es hat den Beklagten auch zur Bewilligung einer Sicherungshypothek von 29.624,72 DM nebst Zinsen verurteilt.

Mit seiner - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht errechnet den Restwerklohnanspruch des Klägers auf 31.124,72 DM. Anders als das Landgericht beurteilt es die vom Kläger erteilten Rechnungen als prüfungsfähige Schlußrechnungen, weshalb es die Klageforderung nicht schon deswegen für noch nicht fällig hält, weil der Kläger eine ordnungsgemäße Schlußrechnung nicht erteilt habe. Das nimmt die Revision hin.

Soweit der Beklagte sich auf Mängel der Bauleistungen beruft sowie darauf, daß er wegen dieser Mängel die Werkleistungen des Klägers noch nicht abgenommen habe und der Kläger aus diesem Grunde den Restwerklohn noch nicht verlangen könne, bejaht das Berufungsgericht lediglich kleinere und unwesentliche Mängel an Geländern, bei der Montage einer feuerhemmenden Tür im Keller und wegen Verschiebungen der Terrassenplatten. Die Nachbesserungs-

kosten für diese Mängel schätzt es auf weniger als 1.737,88 DM. Es meint deshalb, wegen dieser geringen Mängel dürfe der Beklagte die Abnahme der Werkleistungen des Klägers nicht verweigern. Bis zur Beseitigung dieser Mängel räumt es dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht nur in Höhe von 3.000 DM an der Klageforderung ein und kürzt den Anspruch des Klägers auf Einräumung einer Sicherungshypothek deshalb nur um 1.500 DM. Auch das greift die Revision nicht an.

Die Parteien sind inzwischen auch darüber einig, daß der Beklagte die Werkleistungen des Klägers bisher nicht abgenommen hat.

Ihr Streit geht nur noch darum, ob der Beklagte wegen vom Berufungsgericht nicht berücksichtigter weiterer Mängel an den Terrassen die Abnahme der Werkleistungen verweigern darf und deshalb den Restwerklohn noch nicht bezahlen muß.

Dabei geht es um folgendes:

Der Beklagte beauftragte den Kläger unter dem 22. März 1976, die größere Terrassenfläche über dem Schwimmbad im Untergeschoß und die kleinere Terrassenfläche im Obergeschoß, insgesamt etwa 130 m², zu einem Einheitspreis von 60,85 DM zuzüglich Mehrwertsteuer je m² mit einem Oberboden aus auf Stelzen zu verlegenden Strukturit-(Beton-)Platten 0,50 x 0,50 m zu versehen (Anl. 10 b zum Schriftsatz vom 4. Januar 1980). Entsprechend den Planungen des Architekten des Beklagten hatte die Isolierfirma B. zuvor bereits die vorhandenen

Betonrohdecken mit Trocal-Abdichtfolien abgedichtet und darauf zwei Lagen Styrodur-Isolierplatten zur Wärmedämmung verlegt. Auf die dafür geeigneten Isolierplatten sollte der Kläger die Strukturitplatten aufbringen.

Der Kläger stellte bei Arbeitsbeginn fest, daß die Terrassen kein Gefälle aufwiesen. Deshalb meldete sein Bauführer G. jun. mündlich gegenüber dem Architekten Bedenken an. Dieser beauftragte daraufhin den Kläger, die von der Firma B. verlegten Styrodur-Isolierplatten wieder aufzunehmen, auf den Trocal-Abdichtungsfolien Leichtbeton-Gefälleestriche aufzubringen, diese mit nur als Trennschicht dienenden Baufolien abzudecken, auf den Baufolien erneut die Styrodur-Isolierplatten und sodann darauf die stielengelagerten Strukturit-Platten als Oberboden zu verlegen. So ist es geschehen, ohne daß der Kläger weitere Bedenken angemeldet hätte. Die ursprünglich nicht vorgesehenen zusätzlichen Arbeiten hat er im Tagelohn berechnet.

Seither dringt Niederschlagswasser durch die dafür vorgesehenen Fugen zwischen den Strukturit-Platten auf und durch die Styrodur-Isolierplatten bis in den Gefälle-Leichtbeton. Dort schwemmt es Kalkbestandteile aus, die mit dem Wasser auf der waagerecht verlegten Trocal-Folie nach außen abfließen und bei der unteren Terrasse an den Außenrändern häßliche Verfärbungen erzeugen.

Der Beklagte hält deshalb die vom Kläger an den Terrassen ausgeführten Arbeiten für so grob mangelhaft, daß er die Abnahme der Werkleistungen des Klägers verweigern dürfe.

Das Berufungsgericht meint demgegenüber, die Arbeiten des Klägers an den Terrassen wiesen keine wesentlichen, zur Verweigerung der Abnahme berechtigenden Mängel auf, die der Kläger zu vertreten habe.

II.

Das hält der Revision nicht stand:

1. Mit dem Berufungsgericht ist davon auszugehen, daß beim VOB-Bauvertrag die Fälligkeit des Restwerklohnanspruches (Schlußzahlung) nicht nur die Erteilung einer prüfungsfähigen Schlußrechnung sondern auch die Abnahme der Werkleistung voraussetzt. Das hat der Senat erstmals (beiläufig) im Urteil BGHZ 73, 140, 144 ausgesprochen. An dieser Auffassung hält er fest.

a) Im Schrifttum wird allerdings teilweise, z.B. von Schmidt MDR 1965, 621, 623; Duffek BauR 1976, 164 ff; Fischer BauR 1973, 210, 211; Heiermann/Riedl/Schwab VOB/B 2. Aufl., § 12 Rdn. 10 a (anders aber zu § 16 Rdn. 5), Schmalzl MDR 1978, 619, 620, Schultz JZ 1973, 718, 719 die Auffassung vertreten, die Fälligkeit der Schlußzahlung trete unabhängig von der Abnahme ein. Diese Autoren sehen - soweit sie eine Begründung geben - in § 16 VOB/B eine umfassende und abschließende Regelung zur Fälligkeit der Zahlungen des Auftraggebers. Nach § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B seien danach die Voraussetzungen für die Fälligkeit der Schlußzahlung lediglich die Fertigstellung des Werkes, die Erteilung einer prüfungsfähigen Schlußrechnung und der Ablauf der Prüfungsfrist, aber nicht auch noch die Abnahme des Werkes.

b) Dem kann nicht gefolgt werden.

aa) Nach § 16 Nr. 1 VOB/B (1973) sind zwar schon während der Bauzeit Abschlagszahlungen zu leisten, ohne

daß die ihnen zugrunde liegenden Bauleistungen abgenommen werden müßten. Für die Schlußzahlung, d.h. für den Restwerklohn, tritt die Regelung des § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B (1973) jedoch neben die des § 641 Abs. 1 BGB. Nach letzterer ist die Abnahme Fälligkeitsvoraussetzung, nach ersterer tritt als weiteres Erfordernis die Erteilung der Schlußrechnung (und der Ablauf der Frist zu ihrer Prüfung) hinzu. Dadurch wird eine zweckentsprechende Abhängigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung im Bauvertragsrecht von BGB und VOB/B gewahrt. Davon geht die VOB/B denn auch aus, wie dem Gesamtzusammenhang ihrer Regelungen zu entnehmen ist.

Nach § 16 Nr. 4 VOB/B (1973) können in sich abgeschlossene Teile der Leistung nach Teilabnahme ohne Rücksicht auf die Vollendung der übrigen Leistungen endgültig festgestellt und bezahlt werden. Ist danach bei Leistungsteilen die Teilabnahme Fälligkeitsvoraussetzung für die Teilvergütung, dann ist es sinnvoll, auch die Fälligkeit der Schlußzahlung als von der Abnahme der Gesamtleistung abhängig anzusehen.

bb) § 12 Nr. 3 VOB/B (1973) bestimmt, daß der Auftraggeber wegen wesentlicher Mängel die Abnahme verweigern kann. Für die Verjährung der Gewährleistungsansprüche ist das von untergeordneter Bedeutung, da sie schon mit der endgültigen Verweigerung der Abnahme beginnt (BGH NJW 1970, 421, 422; Ingenstau/Korbion VOB (9.) B § 13 Rdn. 95). Sinn und Zweck des § 12 Nr. 3 VOB/B liegen daher vor allem darin, daß die berechtigte Verweigerung der Abnahme die Fälligkeit der Schlußzahlung ausschließt. Bei gegenteiliger Auffassung würde diese Bestimmung praktisch leerlaufen.

cc) Die berechtigten Interessen des Auftragnehmers an beschleunigter Bezahlung der Vergütung schon vor der Abnahme werden durch die Regelung über Abschlagszahlungen ausreichend gewahrt. Es gibt danach keinen überzeugenden Grund dafür, den Auftraggeber, abweichend von §§ 640, 641 BGB, schon nach Vorlage der Schlußrechnung aber noch vor Billigung der Werkleistung als in der Hauptsache vertragsgerecht (d.h. vor der Abnahme) zur Bezahlung auch des Werklohnrestes als verpflichtet anzusehen.

Die Abnahme ist daher Fälligkeitsvoraussetzung für die Schlußzahlung (ebenso: Ingenstau/Korbion VOB/B 9. Aufl., § 12 Rdn. 12; § 16 Rdn 7; Daub/Piel/Soergel/Steffani VOB/B ErLZ B 16.34; Locher Das private Bau-recht, 2. Aufl., Rdn. 204; Werner/Pastor Bauprozeß 3. Aufl., Rdn. 599; Hochstein BauR 1976, 168 ff; Korbion/Hochstein VOB-Vertrag, 2. Aufl. Rdn. 359; Heiermann/Riedl/Schwab VOB/B 2. Aufl. § 16 Rdn. 5, anders zu § 12 Rdn. 10 a; Schmitz Betrieb 1980, 1009, 1012 f; Brandt BauR 1972, 69, 70; vgl. ferner Weidemann BauR 1980, 124 ff).

2. Der Kläger könnte allerdings den Restwerklohn dann verlangen, wenn der Beklagte zur Abnahme verpflichtet wäre. Das wäre der Fall, wenn die Werkleistungen des Klägers keine zur Abnahmeverweigerung berechtigenden Mängel aufweisen würden oder der Beklagte sich auf etwaige Mängel nicht berufen dürfte (Glanzmann in BGB RGRK, 12. Aufl. BGB § 641 Rdn. 2 und § 640 Rdn. 20).

3. Das Berufungsgericht verneint dem Kläger zuzurechnende Mängel der Terrassen und bejaht deshalb die Abnahmeverpflichtung des Beklagten. Das greift die Revision an.

a) Das Berufungsgericht unterstellt zugunsten des Beklagten, daß die Trocal-Folien möglicherweise undicht waren oder durch die Arbeiten des Klägers undicht geworden sind. Es meint aber, darin liege jedenfalls kein Mangel der Werkleistungen des Klägers, weil er diese Folien nicht verlegt habe. Eine Undichtigkeit dieser Folien könne sich zwar dahin auswirken, daß bei ihrer Beseitigung das auf den Folien aufgebaute Werk des Klägers unbrauchbar werde. Es könne aber nicht davon ausgegangen werden, daß der Kläger insoweit eine Prüfungspflicht nach § 4 Nr. 3 VOB/B verletzt habe. Denn es bestehe die ernstliche Möglichkeit, daß der Kläger, wenn er eine solche Prüfung angestellt haben würde, auch bei sorgfältigstem Vorgehen eine Undichtigkeit nicht entdeckt haben würde. Für eine Undichtigkeit der Trocal-Folien und ihre Folgen brauche der Kläger deshalb nicht einzustehen.

Diese Ausführungen begegnen schon deshalb Bedenken, weil die vom Beklagten beanstandeten Mängel, nämlich die häßlichen Außenrandverfärbungen, nicht auf einer Undichtigkeit der Trocal-Folien, sondern darauf beruhen, daß im Niederschlagswasser gelöste Bestandteile der Leichtbetonschicht auf den Trocal-Folien zum Terrassenrand hin abfließen. Der Beklagte hat sich in den Vorinstanzen nicht darauf berufen, daß Niederschlagswasser wegen undichter Stellen der Trocal-Folien durch die Rohdecken in

die darunter befindlichen Räume gedrungen sei. Seine Beanstandungen haben sich stets nur auf die auf den Trocal-Folien abgeflossenen Kalkausschwemmungen und auf den Zustand der wasserdurchtränkten Leichtbetonestriche bezogen (vgl. z.B. den Beweisbeschluß des Berufungsgerichts vom 5. Januar 1978, GA I, 144, 144 a).

b) Letztlich kann das jedoch auf sich beruhen. Deshalb muß auch der von der Revision zur Prüfung gestellten Frage nicht nachgegangen werden, ob es (entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts) nicht Sache des Klägers gewesen wäre, darzutun, daß das Unterlassen der Dichtigkeitsprüfung folgenlos geblieben sei. Denn das Berufungsgericht mußte - auch unabhängig vom Zustand der Trocal-Folien - die Mangelhaftigkeit der Werkleistungen des Klägers an den Terrassen und infolgedessen ein Recht des Beklagten zur Verweigerung der Abnahme bejahen, und zwar aus folgendem Grunde:

aa) Das Berufungsgericht stellt, sachverständig beraten, rechtsfehlerfrei fest, daß der Aufbau der Terrassen insoweit falsch ist, als die Leichtbeton-Gefälleestriche über (statt unter) den als Abdichtung dienenden Trocal-Folien liegen und auf diese Weise ungehindert das durch die plangemäßen Fugen der Strukturplatten dringende Niederschlagswasser aufnehmen können. Dagegen bringt der Kläger nichts vor.

Damit ist das Werk des Klägers mangelhaft. Er hat nämlich den gesamten Terrassenaufbau oberhalb der Trocal-Folien erstellt (von unten nach oben: Gefälleestriche, Trennfolie, Isolierplatten, auf Stelzen gelagerte

Strukturit-Platten). Er durfte die Leichtbeton-Gefälle-
estriche nicht ungeschützt einbauen (§ 13 Nr. 1 VOB/B
(1973)).

bb) An dieser Beurteilung ändert es nichts, daß
dieser Terrassen-Aufbau, wie das Berufungsgericht rechts-
fehlerfrei feststellt, genau den dem Beklagten zuzurech-
nenden Anordnungen des planenden und bauleitenden Archi-
tekten entsprach und der Mangel deshalb auf dessen An-
ordnungen beruht.

Allerdings würde der Kläger, obwohl er keine Beden-
ken gegen diese Anordnungen angemeldet hat, von der
Gewährleistung für diese Mängel frei sein, wenn er
die Fehlerhaftigkeit der Anordnungen des Architekten
nicht hätte erkennen müssen, §§ 13 Nr. 3, 4 Nr. 3 VOB/B
(1973). Der Beklagte wäre dann auch zur Abnahme der den
Anordnungen seines Architekten entsprechenden und allein
deshalb mangelhaften Bauleistungen verpflichtet. Davon
geht das Berufungsgericht denn auch aus. Ihm kann aber
darin nicht gefolgt werden. Es ist nicht richtig, daß
der Kläger die falsche Reihenfolge des Schichtenaufbaus
nicht hätte erkennen können und auf die Fehlerhaftigkeit
der Anordnungen des Architekten deshalb nicht hätte hin-
weisen müssen. Das Berufungsgericht stützt sich in die-
sem Punkte zwar auf die Ausführungen des Sachverständigen
Dr. Korth bei dessen mündlicher Anhörung am 22. Septem-
ber 1979. Dieser Sachverständige hat ausgeführt, eine
normale Handwerkerfirma für Hochbau brauche nicht die
Spezialkenntnisse zu haben, daß ein Leichtbeton-Gefälle-
estrich unter die Abdichtung gegen Niederschlagswasser
gehöre, und möglicherweise brauche sie auch nicht über

Abdichtungsfragen Bescheid zu wissen, womit der Sachverständige möglicherweise auch bezweifelt, ob eine Baufirma wissen muß, daß ein Leichtbeton-Gefälleestrich wasserundurchlässig und erst ein 2 1/2 mal so schwerer Sperr-Estrich wasserundurchlässig ist.

Die Revision rügt jedoch zu diesem Punkt mit Recht, daß sich das Berufungsgericht damit für seine Entscheidung nicht hätte zufrieden geben dürfen. Der Kläger ist graduierter Ingenieur, Architekt, Maurer- und Zimmermeister, Bauunternehmer und öffentlich bestellter und vereidigter Bausachverständiger für den allgemeinen Hochbau in B [REDACTED] (GA I 14 und das für den Beklagten erstattete Gutachten des Klägers vom 27. Januar 1976, Anl. Hefter I). Er mußte deshalb wie jeder in Bausachen Erfahrene wissen, daß ein ungeschützter Leichtbeton-Gefälleestrich, der sich unter mit offenen Fugen verlegten Betonplatten befindet, sich mit Niederschlagswasser vollsaugt. Er mußte weiter wissen, daß wasserdurchtränkte Gefälleestriche, die sich unterhalb von mit offenen Fugen verlegten Terrassenplatten befinden, Unzuträglichkeiten vieler Art mit sich bringen, daß somit der nach den Anordnungen des Architekten erstellte Terrassenaufbau zwangsläufig zu einer mangelhaften Werkleistung führen würde. Das zu erkennen bedurfte es nicht der Spezialkenntnisse von Isolierungsfirmen. Das Berufungsgericht durfte daher die offensichtlich unzutreffende Auffassung des Sachverständigen Dr. Korth seiner Beurteilung nicht zugrunde legen.

Der Kläger war demnach - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - verpflichtet, Bedenken gegen

diese vom Architekten angeordnete Ausführung der Terrassenanlagen anzumelden. Sein anfänglicher mündlicher Hinweis auf das fehlende Gefälle reichte nicht aus. Der Kläger mußte, als auf diese mündlichen Bedenken hin die Planung geändert und nunmehr der Einbau des ungeschützten Leichtbeton-Gefälleestrichs vorgesehen wurde, diese neue Planung erneut prüfen (BGH NJW 1974, 188 m.w.N.). Es spricht vieles dafür, daß alle Schäden vermieden worden wären, wenn der Kläger darauf gedrungen hätte, über den Leichtbeton-Gefälleestrichen Abdichtungsfolien zu verlegen.

c) Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Die Sache bedarf weiterer Aufklärung und ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird zu prüfen haben, welche Folgerungen sich daraus ergeben, daß der Kläger seine Prüfungspflicht verletzt hat. Dabei wird jedoch zu berücksichtigen sein, daß die Schäden auch auf der fehlerhaften Planung des Architekten beruhen.

Vogt

Girisch

Meise

Doerry

Oberhaus