

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja (EGr. I + II nur Obersätze, III ganz)

BGB § 633, 242 Ba,Be, 273; VOB/B (1973) § 13 C

Verlangt der Besteller nach Abnahme des Werkes a u ß e r -
p r o z e s s u a l die Beseitigung eines Mangels und muß
er sich dabei an deren Kosten (in Höhe von "Sowieso-Kosten"
oder einer Mitverursachungsquote) beteiligen, so kann der
nachbesserungsbereite Unternehmer nach Treu und Glauben
v o r w e g weder Zahlung noch Zusage eines Kostenzu-
schusses verlangen, sondern lediglich Sicherheitsleistung
in angemessener Höhe.

BGH, Urt. v. 22. März 1984 - VII ZR 50/82 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 50/82

URTEIL

Verkündet am
22. März 1984
Henco,
Justizangestellte

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.
- 6.
- 7.
- 8.
- 9.
- 10.

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

g e g e n

die V [REDACTED] & Co. GmbH, Gesellschaft für schlüssel-
fertiges Bauen, G [REDACTED] weg [REDACTED], B [REDACTED],
vertreten durch ihren Geschäftsführer Wolfgang B [REDACTED],
ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Bliesener, Obenhaus und Dr. Walchshöfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 8. Dezember 1981 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Durch Generalunternehmervertrag vom 20. Juli 1978 erteilte die beklagte Bauherrengemeinschaft der Klägerin den Auftrag, eine Eigentumswohnungsanlage in Berlin zum Festpreis von 2.346.500 DM schlüsselfertig zu errichten. Unter anderem vereinbarten die Parteien die Geltung der VOB Teil B, jedoch mit mehreren Abweichungen.

Weiterer Vertragsbestandteil war die Bau- und Leistungsbeschreibung des Architekten der Beklagten (§ 2 Nr. 2 des Vertrags). Darin war eine Kellerabdichtung gegen nicht drückendes Wasser vorgesehen; eine alternativ

aufgeführte Isolierung, die sich auch zur Abhaltung von Druckwasser geeignet hätte, wurde von den Vertretern der Beklagten vor Vertragsschluß gestrichen.

Nach Beendigung der Bauarbeiten wurden die Wohnungen im Juni 1979 bezogen. In der Folgezeit kam es wiederholt zu Wassereinbrüchen im Keller, da die gewählte Abdichtungsart keinen ausreichenden Schutz gegen das vorhandene drückende Schichtenwasser bot. Die Beklagten verweigerten deshalb die Zahlung des unstreitigen Restwerklohns (103.884,11 DM) und setzten der Klägerin eine Frist zur Mängelbeseitigung. Die Klägerin lehnte dies mit dem Hinweis ab, die Beklagten hätten nicht von ihnen zu tragende Mehrkosten einer Druckwasser-Isolierung und auch keine Kostenbeteiligung (zu 2/3) wegen der Fehlplanung ihres Architekten angeboten, so daß sie nicht mit der Nachbesserung in Verzug geraten sei. Sie erklärte sich zur Ausführung aller für die Kellerabdichtung erforderlichen Arbeiten bereit, falls die Beklagten von den voraussichtlichen Gesamtkosten (154.449,30 DM) 108.192,98 DM (ca. 70 %) übernähmen. Diesen Vorschlag wiesen die Beklagten zurück und beauftragten andere Unternehmer mit der Kellerabdichtung.

Die Klägerin hat 103.884,11 DM Restwerklohnanspruch nebst Zinsen und Mehrwertsteuer auf die Zinsen eingeklagt.

Sie hebt hervor, bereits bei den Vertragsverhandlungen dem Vertreter der Beklagten und dem verantwortlichen Architekten erfolglos die alternativ vorgesehene

Abdichtung gegen drückendes Wasser empfohlen zu haben, weil nur so eine sichere Isolierung des Bauwerks erreicht werden könne.

Demgegenüber meinen die Beklagten, die Klägerin habe die Nachbesserung nicht von einer anteiligen Kostenübernahme abhängig machen dürfen. Sie rechnen deshalb mit ihrem Mängelbeseitigungsaufwand von 253.459,48 DM - gestaffelt und zum Teil hilfsweise - gegen die Klageforderung auf.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der - angenommenen - Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgen die Beklagten die Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht verneint Ansprüche der Beklagten auf Ersatz ihrer Aufwendungen. Dabei läßt es offen, ob der angebliche Hinweis der Klägerin, wonach eine Druckwasserisolierung notwendig sei, zu einer Begrenzung ihrer Gewährleistungspflichten haben können. Jedenfalls sei sie mit der Nachbesserung nicht in Verzug gekommen, weil sich die Beklagten in Höhe der sogenannten "Sowieso-Kosten" und mit Rücksicht auf das mitwirkende Verschulden ihres Architekten an den Mängelbeseitigungskosten nicht hätten beteiligen wollen, so daß sie in Gläubigerverzug geraten seien. Es fehle mithin an den

Voraussetzungen für ihren Kostenerstattungsanspruch gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B.

Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis mit Erfolg.

I.

Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, daß die Beklagten im Rahmen der Nachbesserung diejenigen Mehrkosten hätten übernehmen müssen, die auch bei sofortigem Einbau einer Abdichtung gegen drückendes Wasser auf Verlangen der Beklagten angefallen wären. Zwar haben die Parteien einen Pauschalpreis vereinbart, der gemäß § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 1 VOB/B (1973) grundsätzlich unverändert bleibt. Gleichwohl hätte der Klägerin bei entsprechender Anforderung durch die Beklagten ein zusätzlicher Vergütungsanspruch zugestanden, weil die Druckwasser-Isolierung im Leistungsverzeichnis gestrichen, also vertraglich bewußt nicht vorgesehen war (§ 2 Nr. 6 Abs. 1, Nr. 7 Abs. 1 Satz 4 VOB/B (1973); vgl. Ingenstau/Korbion, VOB, 9. Aufl., B § 2 Rdn. 104, Korbion/Hochstein, Der VOB-Vertrag, 3. Aufl., Rdn. 302, 306; Vygen BauR 1979, 375, 380 ff.).

1. Entgegen den Ausführungen der Revision hat das Berufungsgericht nicht offengelassen, ob die Klägerin einen Anspruch aus § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B schlüssig dargelegt hat. Vielmehr hat es die Voraussetzungen dieser Vorschrift abschließend geprüft und unter Berücksichtigung der Vertragsbestimmungen bejaht. Darlegungs- und Beweislastfragen stellen sich somit nicht.

2. Nach dem Generalunternehmervertrag vom 20. Juli 1978 hatte die Klägerin die Wohnanlage schlüsselfertig zu erstellen (§ 1 Satz 1) und den Beklagten bezugsfertig zu übergeben (§ 3 Abs. 1). Zu diesem Zweck war sie verpflichtet, sich mit dem Baugrundstück sowie den örtlichen Verhältnissen vertraut zu machen (§ 1 Satz 2), die Vollständigkeit des Leistungsverzeichnisses zu überprüfen (§ 3 Abs. 3 Satz 2) und auch nicht vorgesehene, aber erforderliche Leistungen zu erbringen (§ 3 Abs. 3 Satz 1). Daraus folgt, daß sie insgesamt ein mängelfreies Gebäude zu errichten hatte und ihre Gewährleistungspflicht nicht vom Inhalt des Leistungsverzeichnisses abhängen sollte. Sie schuldete all das, was nach den örtlichen und sachlichen Gegebenheiten jeder Fachmann als notwendig erachtet hätte (vgl. Senatsurteil vom 7. Februar 1966 - VII ZR 12/64 = Schäfer/Finnern Z 2.410 - Bl. 37, 37 R; Ingenstau/Korbion, aaO, B § 13 Rdn. 187).

3. Gleichwohl war sie nicht verpflichtet, die unstreitig erforderliche Abdichtung gegen drückendes Wasser ohne Zusatzbezahlung auszuführen. Der Umfang der vom Pauschalpreis abgegoltenen Leistungen (§ 2 Abs. 1 VOB/B) wurde hier nämlich nicht allein durch das Ziel, ein schlüsselfertiges Bauwerk zu errichten, sondern noch durch weitere Vorgaben der Beklagten bestimmt.

So gehörte nach § 2 Nr. 2 des Vertrags insbesondere die Bau- und Leistungsbeschreibung des Architekten zu den ausdrücklich vereinbarten Vertragsbestandteilen. Eine Druckwasser-Isolierung war darin nicht vorgeschrieben, obwohl die Firma B■■■■, deren sich die Beklagten

als Treuhänderin bedienten, bereits 1976 ein Bodengutachten eingeholt hatte und über die problematischen Grundwasserverhältnisse hinreichend unterrichtet war. Des weiteren richtete sich der Leistungsumfang nach den Kostengruppen der DIN 276 "mit Ausnahme von Leistungen gemäß Anlage II" (§ 3 Nr. 2 a des Vertrags). In Anlage II war die Kostengruppe "Besondere Baukonstruktion" gemäß DIN 276 Ziffer 3.5.1.0 vom Vertragsinhalt ausgeschlossen. Damit gehörten u.a. Dränage und wasserdruckhaltende Isolierung (Ziffer 3.5.1.5 - DIN 18336) nicht zum Leistungsinhalt.

Mit dem Berufungsgericht ist deshalb davon auszugehen, daß die Klägerin zwar ein mängelfreies Bauwerk schuldete, für das Anbringen der Druckwasser-Abdichtung jedoch eine Mehrvergütung hätte beanspruchen dürfen. Insoweit handelte es sich nicht um eine Massenerhöhung, sondern um eine nicht vorgesehene, von der Beklagten bewußt gestrichene Zusatzleistung (vgl. Senatsurteil vom 13. Juli 1961 - VII ZR 65/60 = Schäfer/Finnern Z 2.300 - Bl. 11, 12 R).

4. Etwas anderes folgt auch nicht aus § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 1 VOB/B (1973), wonach die Vergütung unverändert bleibt, wenn eine Pauschalsumme vereinbart ist. Danach werden nur solche Erschwernisse und Mehraufwendungen nicht berücksichtigt, die sich im Rahmen des vertraglichen Leistungsumfangs halten. Haben die Parteien die geschuldete Leistung - wie hier - durch Angaben im Leistungsverzeichnis näher bestimmt, so werden später geforderte Zusatzarbeiten von dem Pauschalpreis nicht

erfaßt (vgl. Senatsurteile vom 14. Januar 1971
- VII ZR 3/69 = BauR 1971, 124 = WM 1971, 449, 450;
vom 23. März 1972 - VII ZR 184/70 = Schäfer/Finnern
Z 2.301 Bl. 46, 47). Diese sind vielmehr gemäß § 2
Nr. 7 Abs. 1 Satz 4 VOB/B (1973) in Verbindung mit
§ 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B gesondert zu vergüten.

5. Hätte das Anbringen einer Abdichtung gegen
drückendes Wasser somit zusätzlich vergütet werden müs-
sen, dann waren die Beklagten auch verpflichtet, sich
mit einem entsprechenden Betrag an den Nachbesserungs-
kosten zu beteiligen. Zumindest insoweit hat der Senat
die Grundsätze der Vorteilsausgleichung bereits wieder-
holt auf die werkvertragliche Gewährleistung angewendet.
Der Auftragnehmer darf nicht mit den Kosten solcher Maß-
nahmen belastet werden, die er nach dem Vertrag gar
nicht zu erbringen hatte und um die das Werk bei ord-
nungsgemäßer Ausführung von vornherein teurer gewesen
wäre (sog. "Sowieso-Kosten"; vgl. Senatsurteile vom
29. Oktober 1970 - VII ZR 14/69 = BauR 1971, 60, 62;
vom 24. Mai 1973 - VII ZR 92/71 = Schäfer/Finnern Z 3.01
Bl. 512, 514, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 62, 28;
vom 23. September 1976 - VII ZR 14/75 = BauR 1976, 430,
432).

II.

Ebenfalls nicht zu beanstanden ist die Ansicht des
Berufungsgerichts, die Beklagten hätten einen weiteren,
erheblichen Zuschuß zu den Nachbesserungskosten leisten

müssen, weil ihnen die Fehlplanung ihres Architekten zuzurechnen sei.

1. Gemäß § 3 Nr. 1 VOB/B gehört es zu den Pflichten des Bauherrn, dem Bauunternehmer einwandfreie Pläne und Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Bedient er sich dazu eines Architekten, dessen Bau- und Leistungsbeschreibung eine unzureichende Grundwasserisolierung aufweist, so hat er für dieses Planungsverschulden und die darauf beruhenden Mängel des Bauwerks nach §§ 254, 278 BGB (mit-)einzustehen (BGH NJW 1972, 447 Nr. 12; 1973, 518; Senatsurteil vom 15. Dezember 1969 - VII ZR 8/68 = BauR 1970, 57, 59 = WM 1970, 354, 356). Zwar gilt § 254 BGB unmittelbar nur für die Leistung von Schadensersatz. Als Ausprägung eines allgemeinen Rechtsgedankens ist er aber nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) auch auf die werkvertragliche Nachbesserung anzuwenden. Insofern muß sich der Auftraggeber - hier also die Beklagten - den Umständen nach angemessen an den Mängelbeseitigungskosten beteiligen (BGH NJW 1981, 1448, 1449 m.N.; Senatsurteil vom 4. Februar 1965 - VII ZR 100/63 = Schäfer/Finnern Z 2.400 Bl. 41, 42 R).

§ 3 Nr. 3 Satz 2 des vorliegenden Vertrags, wonach die Klägerin die Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung überprüfen mußte, zwingt zu keiner anderen Beurteilung. Dadurch wurde lediglich die in § 4 Nr. 3 VOB/B enthaltene Pflicht des Auftragnehmers hervorgehoben, den Auftraggebern Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung mitzuteilen. Damit übernahm aber die Klägerin nicht etwa die alleinige Verantwortung für die Bau-

und Leistungsbeschreibung; diese blieb vielmehr von den Beklagten und deren Architekten vorgegeben.

2. Allerdings hat der Senat verschiedentlich eine Mitverantwortlichkeit des Auftraggebers dann für unbeachtlich gehalten, wenn der Auftragnehmer die späteren Mängel sicher vorausgesehen und sich dennoch an die fehlerhafte Planung gehalten hatte (NJW 1973, 518, 519; vgl. auch Urteil vom 10. November 1977 - VII ZR 252/75 = BauR 1978, 139, 142). Unstreitig war der Klägerin die Unzulänglichkeit der Leistungsbeschreibung und die Notwendigkeit einer Zusatzabdichtung gegen drückendes Wasser von Anfang an bekannt. Gleichwohl gebieten es die Besonderheiten des vorliegenden Sachverhalts, die Beklagten nicht von ihrer Mitverantwortung für den eingetretenen Baumangel freizustellen.

Wie sich aus §§ 4 Nr. 3, 13 Nr. 3 VOB/B ergibt, hat der Auftragnehmer den Auftraggeber möglichst vor Schaden zu bewahren und über nachteilige Folgen seiner Anordnungen zu unterrichten (BGH NJW 1960, 1813). Dies entbindet den Bauherrn jedoch nicht von der Pflicht, die ihm zumutbare Sorgfalt zum Schutz eigener Interessen anzuwenden (§§ 4 Nr. 3 Halbsatz 2 VOB/B), insbesondere vorhandene Informationen sinnvoll auszuwerten. Wie bereits ausgeführt (I, 3) lag der Firma B [REDACTED] und damit auch den Beklagten seit 1976 ein Bodengutachten vor, in dem der Baugrund beschrieben und der Einbau einer Isolierung gegen drückendes Wasser empfohlen waren. Daß die Beklagten sich darüber - wohl um Kosten zu sparen - hinwegsetzten, stellt ein so schwerwiegendes Planungs-

verschulden dar, daß die Klägerin selbst bei unterbliebener (vgl. BGH NJW 1981, 1448, 1449) oder unzureichender (vgl. BGH NJW 1975, 1217) Belehrung der Beklagten billigerweise nicht allein für die spätere Kellerfeuchtigkeit verantwortlich gemacht werden kann. Da ihr außerdem das Vorhandensein des Bodengutachtens bekannt war und die alternativ geplante Druckwasser-Isolierung erst nachträglich gestrichen wurde, durfte sie davon ausgehen, daß den Beklagten bei ihrer Entscheidung ein verbleibendes Risiko bewußt war.

Dem vermag die Revision nicht entgegenzuhalten, der Architekt der Beklagten habe die Notwendigkeit einer Abdichtung gegen drückendes Wasser nicht gekannt und die Alternative im Leistungsverzeichnis nur zur Abdichtung gegen nicht drückendes Wasser vorgesehen. Die Beklagten haben selbst vorgetragen, daß diese Alternative gerade für drückendes Wasser vorgesehen gewesen sei. Daran müssen sie sich festhalten lassen. Im übrigen würde es ein erhebliches Eigenverschulden darstellen, wenn sie ihrem Architekten das Bodengutachten tatsächlich nicht zugänglich gemacht haben sollten.

3. Schließlich ist die Mithaftung der Beklagten auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Parteien § 13 Nr. 3 VOB/B "abbedungen" haben (§ 13 Nr. 1 des Vertrags).

Nach der vom Berufungsgericht übernommenen Auslegung durch das Landgericht war damit lediglich vereinbart,

daß die Klägerin für die Folgen einer fehlerhaften Leistungsbeschreibung des gegnerischen Architekten einzustehen hatte. Dagegen sei der Regelung nicht zu entnehmen, daß die Klägerin in einem solchen Fall allein die Verantwortung tragen sollte. Eine derart weitgehende Umkehr der Haftung hätte ausdrücklicher Festlegung bedurft, die in § 13 Nr. 1 des Vertrags nicht enthalten sei.

Diese tatrichterliche Auslegung ist nicht nur möglich und daher für den Senat bindend, sondern auch interessengerecht.

Nach § 13 Nr. 3 VOB/B ist der Auftragnehmer von der Gewährleistung für solche Mängel befreit, die aus dem dem Auftraggeber zuzurechnenden Bereich herrühren, es sei denn, er hat gegen seine Hinweispflicht gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B verstoßen. Wird diese Bestimmung - wie hier - ohne jede Erläuterung abbedungen, so folgt daraus eine grundsätzlich umfassende Gewährleistungspflicht des Auftragnehmers.

Damit ist aber zugleich die Grenze der vertraglichen Risikoverlagerung abgesteckt. Sie enthebt den Auftraggeber nicht der Mithaftung für verschuldete Folgen der ihm zuzurechnenden Vorgaben. Vielmehr greifen die §§ 242, 254, 278 BGB gerade dann ein, wenn der Bauunternehmer trotz § 13 Nr. 3 VOB/B für die Mängel des Bauwerks einstehen muß. Will der Besteller auch der Mithaftung für eigenes Verschulden oder für das Verschulden

seiner Erfüllungsgehilfen entgehen, so ist dazu eine weiterreichende Vereinbarung erforderlich. Es genügt nicht, lediglich § 13 Nr. 3 VOB/B abzubedingen, zumal vertragliche Haftungsmilderungen selbst in Individualverträgen eng auszulegen sind (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 43. Aufl., § 276 Anm. 5 B a aa).

Die von der Revision ergänzend herangezogenen Vertragsbestimmungen, mit denen der Klägerin die Überprüfung des Baugrundstücks und der Leistungsbeschreibung aufgegeben wurde, rechtfertigen ebenfalls keine den Beklagten günstigere Auslegung. Sie bezeichnen den Umfang der von der Klägerin geschuldeten Leistung, schließen aber nicht die Einstandspflicht der Beklagten für Planungsverschulden ihres Architekten aus.

III.

Nicht zu folgen vermag der Senat dagegen der Ansicht des Berufungsgerichts, den Beklagten stünden gegen die Klägerin überhaupt keine aufrechenbaren Ersatzansprüche zu, weil sie durch ihre Weigerung, sich an den Kosten zu beteiligen, in Annahmeverzug geraten seien und die Mängelbeseitigung nicht anderweitig hätten in Auftrag geben dürfen.

Gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B kann der Auftraggeber die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers beheben lassen, wenn dieser die Nachbesserung nicht innerhalb einer ihm gesetzten angemessenen Nachfrist vornimmt. Wie

bei § 633 Abs. 3 BGB muß der Mängelbeseitigungsanspruch zuvor fällig und durchsetzbar, insbesondere also einrededfrei sein (Ingenstau/Korbion aaO, B § 13 Rdn. 164; Heiermann/Riedl/Schwaab, VOB, 3. Aufl., B § 13 Rdn. 64). Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen und greift der Auftraggeber gleichwohl zur Fremdnachbesserung, so ist der Auftragnehmer nicht zur Erstattung des entstandenen Aufwands verpflichtet. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats kommen dann auch keine Ansprüche des Auftraggebers aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht (BGHZ 70, 389, 398 m.N.).

Darum geht es hier jedoch nicht. Denn die Klägerin war nicht berechtigt, die Nachbesserung von einer vorherigen Zuschußzahlung oder Beteiligungsusage der Beklagten abhängig zu machen. Ihr Ansinnen überstieg das, was sie zum damaligen Zeitpunkt redlicherweise von den Beklagten verlangen konnte.

1. Entgegen den Ausführungen der Revision läßt sich dieses Ergebnis allerdings nicht mit der Erwägung begründen, der Unternehmer sei im Bereich der Mängelbeseitigung stets vorleistungspflichtig und könne etwaige Beteiligungsansprüche deshalb erst nachträglich geltend machen. Wie § 641 Abs. 1 BGB zeigt und der Senat in BGHZ 61, 42, 44/45 bekräftigt hat, endet die Vorleistungspflicht des Unternehmers mit der Abnahme des Werks. Dabei ist ohne Belang, ob die erbrachte Leistung einwandfrei oder fehlerhaft ist. Aus den unterschiedlichen

Regelungen für die Zeit vor und nach der Abnahme folgt, daß der Unternehmer nach der Abnahme besser gestellt sein soll. Das gilt auch bei einem Bauvertrag, für den die VOB/B gilt. § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 3 VOB/B (1973) sieht zwar eine Abnahme der "Mängelbeseitigungsleistung" vor, um den Erfolg der Nachbesserungsbemühungen festzustellen und die Gewährleistungsfrist erneut in Gang zu setzen, geht damit aber nicht von einer erneuten Vorleistungspflicht des Auftragnehmers aus.

Selbstverständlich bleibt es dem Unternehmer unbenommen, die Mängel ohne Rücksicht auf die Kostenbeteiligungspflicht des Bestellers vorweg zu beseitigen und den geschuldeten Zuschuß erst dann einzufordern. Sein Zahlungsanspruch folgt aus der vertraglichen Verpflichtung des Bestellers zur Übernahme der "Sowieso-Kosten" als zusätzlicher Vergütung oder des mitverursachten Nachbesserungsaufwands und beruht als vertraglicher Nebenanspruch letztlich auf dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Rechtlich geboten ist eine derart uneingeschränkte Vorleistung nach Abnahme des Werks jedoch nicht.

2. Damit stellt sich die Frage, welche Auswirkungen die tatsächliche oder behauptete Kostenbeteiligungspflicht des Bestellers auf die Mängelbeseitigungspflicht des Unternehmers hat.

a) Mit Urteil vom 23. September 1976 - VII ZR 14/75 = BauR 1976, 430, 432 hat der Senat zu einem Fall der

"Sowieso-Kosten" entschieden, daß der Unternehmer nichts zu veranlassen brauche, wenn der Besteller die Übernahme der auf ihn entfallenden Mehrkosten ablehne und dadurch die ordnungsgemäße Nachbesserung verhindere (§ 162 Abs. 1 BGB). Damit hat der Senat die Kostenbeteiligung gewissermaßen als eine Bedingung der Mängelbeseitigung behandelt, ohne allerdings klären zu müssen, wie diese Bedingung konkret zu erfüllen ist.

b) Rechtsprechung und Schrifttum sind überwiegend der Auffassung, die Rechtsstellung des Unternehmers gleiche derjenigen eines Zurückhaltungsberechtigten, so daß er im Prozeß gemäß § 274 Abs. 1 BGB nur Zug um Zug gegen Zuschußzahlung zur Nachbesserung zu verurteilen sei (OLG Düsseldorf, BauR 1979, 246, 247; Laum, BauR 1972, 140; Glanzmann in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 633 Rdn. 27; Ingenstau/Korbion aaO, B § 13 Rdn. 187; Nicklisch/Weick, VOB Teil B, § 13 Rdn. 182; Kaiser, Das Mängelhaftungsrecht der VOB/B, 4. Aufl., Rdn. 203 a.E.; vgl. auch Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 4. Aufl., Rdn. 1734; a.A. offenbar OLG Hamm, BauR 1979, 247, 248). Der Senat schließt sich dem an (vgl. das Urteil in der zugleich entschiedenen Sache VII ZR 286/82 - zur Veröffentlichung bestimmt -).

c) Außerprozessual würde die uneingeschränkte Anwendung des in § 274 BGB enthaltenen Rechtsgedankens jedoch zu erheblichen Unsicherheiten und zu unbilligen Ergebnissen führen, wie gerade der vorliegende Fall zeigt. Die Kostenbeteiligungspflicht des Bestellers ist nämlich häufig nach Grund und Höhe umstritten. Die ihn treffende

Beteiligungsquote kann der Besteller im voraus nur schwer zuverlässig bemessen. Es ist nicht sachgerecht, eine falsche Einschätzung seiner Beteiligungspflicht stets oder zumeist voll und endgültig zu seinen Lasten gehen zu lassen, worauf die Ansicht des Berufungsgerichts hinausläuft.

3. Gleichwohl erscheint es interessengerecht, dem Unternehmer in entsprechender Anwendung des § 273 Abs. 1 BGB eine Art Zurückbehaltungsrecht zuzubilligen. Mit Rücksicht auf die gegensätzlichen Interessen und die unterschiedlichen Risiken, die sich aus der Kostenbeteiligungspflicht des Bestellers ergeben, darf dieses "Zurückbehaltungsrecht" nach Treu und Glauben aber nur so weit gehen, daß der Unternehmer die Mängelbeseitigung von ausreichender Sicherheitsleistung des Bestellers abhängig machen darf.

a) Ausgangspunkt bleibt die Erwägung, daß der Unternehmer, wenn der Besteller die vorgeschriebenen Voraussetzungen (§ 633 Abs. 2 BGB, § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B) erfüllt hat, verpflichtet, aber auch berechtigt ist, die Nachbesserung selbst aufgrund eigener Sachkunde vorzunehmen (BGH NJW 1966, 39, 40; Ingenstau/Korbion aaO, B § 13 Rdn. 150). Dem Besteller steht es daher nicht frei, im Falle eines Streits über seine Kostenbeteiligungspflicht unverzüglich zur Fremdnachbesserung zu schreiten und die Abrechnung einer späteren gerichtlichen Auseinandersetzung zu überlassen.

b) Andererseits ist ihm nicht zuzumuten, den geforderten Zuschuß bereits vor Durchführung der Mängelbeseitigung zu zahlen. Er braucht im Rahmen der Nachbesserung ebensowenig vorzuleisten wie der Unternehmer, zumal wenn noch nicht feststeht, inwieweit das Zuschußbegehren berechtigt ist. Überdies läuft er Gefahr, daß der Unternehmer nach Empfang des Geldes weiterhin untätig bleibt und auch einbehaltener Restwerklohn seine Bedeutung als wirtschaftliches Druckmittel verliert (vgl. dazu BGH NJW 1981, 2801; 1982, 2494; Senatsurteil vom 10. November 1983 - VII ZR 373/82 = ZfBR 1984, 35, 36).

c) So ist es aus Billigkeitsgründen dem Unternehmer auch verwehrt, von dem Besteller ein betrags- oder quotenmäßiges Anerkenntnis seiner Beteiligungspflicht und damit eine endgültige Festlegung zu verlangen. Ein derartiges Begehren mag gerechtfertigt sein, wenn sich die Parteien über Grund und Höhe des geschuldeten Zuschusses einig sind und der Unternehmer auf eine Absicherung zu verzichten bereit ist. Anders verhält es sich dagegen, wenn eine solche Einigung - wie hier - nicht zu erzielen ist und der Besteller einen anderen Unternehmer mit der Mängelbeseitigung beauftragen will. Das Berufungsgericht meint, alsdann habe jeder Vertragspartner für die Folgen einer Fehlbeurteilung der Rechtslage selbst einzustehen; gegebenenfalls müsse der Besteller, der die begehrte Kostenbeteiligung zu Unrecht ablehne, auch den Verlust seiner Aufwendungsersatzansprüche hinnehmen.

Dabei übersieht das Berufungsgericht jedoch, daß die Risiken zwischen den Beteiligten sehr unterschiedlich verteilt sind. Verlangt der Unternehmer einen Zuschuß unberechtigt, so hat er allenfalls die Kosten der Fremdnachbesserung zu tragen; er behält einen etwaigen Restwerklohnanspruch und erspart den Aufwand eigener Mängelbeseitigung. Sein Risiko ist also auf die Kostendifferenz zwischen Eigen- und Fremdnachbesserung beschränkt. Dagegen läuft der Besteller Gefahr, bei unberechtigter Verweigerung der Kostenbeteiligung nicht nur eine restliche Vergütung zahlen zu müssen, sondern darüber hinaus jeden Ersatzanspruch zu verlieren. Dem kann er zwar durch eine Nachbesserungsklage oder eine Feststellungsklage über den Umfang seiner Beteiligungspflicht begegnen. Beide Möglichkeiten erweisen sich indessen als ungeeignet, wenn die Mängel schneller Abhilfe bedürfen, was bei Baufehlern häufig der Fall ist.

d) Ein angemessener Interessenausgleich kann deshalb nur darin bestehen, daß der Unternehmer befugt ist, von dem Besteller lediglich Absicherung des geltend gemachten Beteiligungsanspruchs zu verlangen. Bereits § 273 Abs. 3 BGB sieht die Möglichkeit des Gläubigers vor, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abzuwenden. Da die Interessenlage des Unternehmers aber derjenigen eines Verweigerungsberechtigten lediglich angenähert ist und nach Treu und Glauben den genannten Beschränkungen unterliegt, erschöpft sich sein Recht, die Mängelbeseitigung zu verweigern von vornherein darin, eine angemessene Sicherheitsleistung verlangen zu können

(§ 242 BGB). Damit die finanzielle Bewegungsfreiheit des Auftraggebers nicht unangemessen eingeschränkt wird, begegnet es ungeachtet des § 273 Abs. 3 Satz 2 BGB keinen Bedenken, daß die Sicherheit auch in Form einer vertrauenswürdigen Bürgschaft erbracht wird.

e) Bei dieser Lösung bleibt der Unternehmer zwar mit der Vorfinanzierung der vom Besteller zu tragenden anteiligen Mängelbeseitigungskosten belastet. Seiner verbesserten Stellung nach Abnahme des Werks wird jedoch immer noch hinreichend dadurch Rechnung getragen, daß er eine Absicherung erhält, auf die er vorher keinen Anspruch hatte. Damit ist für ihn die Gefahr späterer Zahlungsverweigerung oder gar Zahlungsunfähigkeit des Bestellers gebannt, welche gerade bei vollfinanzierten Objekten nicht von der Hand zu weisen ist. Mehr, d.h. eine Zuschußzahlung oder ein bindendes Zuschußangebot, kann er dagegen vor Ausführung der Nachbesserung nicht verlangen.

Für den Besteller ergibt sich andererseits die Möglichkeit, die Berechtigung der geforderten Kostenbeteiligung ohne zeitlichen Druck zu prüfen und notfalls gerichtlich klären zu lassen. Darüber hinaus behält eine Zurückbehaltung von Restwerklohn ihren Zweck, den Unternehmer zur alsbaldigen umfassenden Mängelbeseitigung (gegen Sicherheitsleistung) anzuhalten.

4. Macht der Unternehmer auf diese Weise die Nachbesserung von einer Sicherheitsleistung abhängig, so hat er dem Besteller den voraussichtlichen Instand-

setzungsaufwand, die darin enthaltenen Sowieso-Kosten und die geltend gemachte Mitverursachungsquote substantiiert darzulegen. Genügt dies dem Besteller nicht, so wird dem Unternehmer in der Regel zuzumuten sein, sein Begehren auf Verlangen mit einem Sachverständigengutachten zu untermauern. Findet er sich dazu nicht bereit, so verweigert er die Nachbesserung unberechtigt. Der Besteller kann dann ohne weitere Fristsetzung auf Kosten des Unternehmers zur Fremdnachbesserung übergehen (vgl. BGHZ 50, 160, 166; BGH NJW 1983, 1731, 1732). Das gilt umso mehr, wenn der Unternehmer von vornherein nicht nur Sicherheitsleistung, sondern Zuschußzahlung oder ein entsprechendes Anerkenntnis verlangt.

Lehnt dagegen der Besteller die Sicherheitsleistung ab, weil er seine Beteiligungspflicht aus unzutreffenden Gründen verneint, so trägt er das damit verbundene Risiko (Wegfall des Aufwendungsersatzanspruchs, Fälligkeit des Restwerklohns). Das erscheint nicht unbillig, da er durch die notwendigen Angaben des Auftragnehmers bereits weitgehend von der Sachlage unterrichtet ist und bei verbleibenden Zweifeln durch bloße Sicherheitsleistung nicht unzumutbar belastet wird.

Erbringt der Besteller eine geringere als die vom Unternehmer zu Recht geforderte Sicherheit, so berechtigt eine verhältnismäßig unbedeutende Differenz (§ 242 BGB) den Unternehmer freilich nicht, die Nachbesserung weiterhin zu verweigern. Ebenso wie bei Überschreitung der zunächst veranschlagten Mängelbesei-

tigungskosten muß er sich in einem solchen Fall auf den Weg der Nachforderung verweisen lassen. Der Besteller gerät in Annahmeverzug allein durch eine erheblich zu niedrige Sicherungsbereitschaft.

Welche Rechtsfolgen schließlich eintreten, wenn sich im Nachhinein weder die verlangte noch die angebotene Sicherheit als annähernd zutreffend erweisen, hängt von den Besonderheiten des Einzelfalls ab. Dabei können Art und Umfang der Mängel sowie das Verhalten der Parteien von Bedeutung sein. Im Zweifel trifft das Risiko einer überhöhten Forderung auch hier den Unternehmer, da er in erster Linie zur Nachbesserung verpflichtet ist und deshalb die Ermittlung des richtigen Beteiligungsverhältnisses, das seine Mängelbeseitigungspflicht letztlich nur einschränkt, auch seine Sache ist. Der Besteller ist nach Treu und Glauben lediglich gehalten, dem Unternehmer seinen Standpunkt darzulegen und ihm Gelegenheit zur Überprüfung des erhobenen Anspruchs auf Kostenbeteiligung zu geben. Dagegen braucht er die Sicherheit nicht ohne weiteres in der vom Unternehmer für richtig gehaltenen Höhe zu leisten.

5. Hier hatte die Klägerin die geschuldete Mängelbeseitigung von der Zusage der Beklagten abhängig gemacht von 154.449,30 DM Gesamtkosten für die Kellerabdichtung 108.192,98 DM zu übernehmen. Sie war erkennbar nicht bereit, sich mit einer vorläufigen Sicherheitsleistung zu begnügen. Nach den dargelegten Grundsätzen befanden sich die Beklagten daher nicht in Annahmeverzug, so daß sie die Mängelbeseitigung anderweitig in

Auftrag geben durften und deshalb Restwerklohn, Fremdnachbesserungsaufwand und Eigenbeteiligungsquote miteinander zu verrechnen sind.

IV.

Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben, sondern muß aufgehoben werden. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses muß nunmehr Feststellungen zur Höhe des notwendigen Nachbesserungsaufwands, der "Sowieso-Kosten" sowie des Mitverursachungsanteils der Beklagten nachholen.

Vorsorglich weist der Senat darauf hin, daß der Klägerin nach neuerer Rechtsprechung keine Mehrwertsteuer auf Verzugszinsen zusteht (EuGH NJW 1983, 505, 506; BGH Urteil vom 20. Juni 1983 - II ZR 224/82 = WM 1983, 1006).

Girisch

Obenhaus

Recken

Walchshöfer

Bliesener