

BUNDESGERICHTSHOF 2070 055

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 54/65

URTEIL

Verkündet am

29. Juni 1967
Jodas, Justiz-
angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Maurermeisters Simon R [REDACTED], R [REDACTED]/Land-
kreis H [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Kfz. Mechaniker Hans H [REDACTED], K [REDACTED]
[REDACTED]/Landkreis H [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Juni 1967 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Nürnberg vom 10. Dezember 1964 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat für den Beklagten die bereits von einem anderen Unternehmer begonnenen Wände einer Kraftfahrzeug-Werkstatt fertig gestellt und darauf eine "Omnia"-Decke verlegt. Er hat als Werklohn einen Betrag von 8.856,68 DM nebst Zinsen eingeklagt; dieser umfaßt nicht die Herstellung der "Omnia"-Decke.

Der Beklagte hat behauptet, er habe das Bauwerk noch nicht abgenommen; es weise erhebliche Mängel auf,

die zu beheben der Kläger sich weigere; dessen Werklohnforderung sei somit noch nicht fällig.

Das Landgericht hat die Klage mangels Fälligkeit des Klageanspruchs abgewiesen, das Berufungsgericht aus demselben Grund die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger den Klaganspruch weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungseründe:

Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Kläger, um die Fertigdecke über der Werkhalle zu stützen, einen Querträger eingebaut hat, der zu schwach ist und nur in halber Mauerstärke, dazu noch auf einem Fenstersturz aufliegt. Die Decke, der Querträger und das darunter befindliche ebenfalls zu schwache Stützrohr haben sich durchgebogen. Der Träger in der Waschküche war unnötig, weil die Decke quer statt längs vorlegt werden konnte.

Das Berufungsgericht hält nicht für erwiesen, daß der Beklagte die Arbeiten des Klägers ausdrücklich oder stillschweigend abgenommen habe. Der Kläger habe auch nicht etwa den Werkvertrag teilweise erfüllt und diesen alsdann rechtswirksam gekündigt mit der Folge, daß er die auf die erbrachten Leistungen entfallende Vergütung zu beanspruchen habe. Sein Werklohn sei somit nicht fällig.



Die Revision hat keinen Erfolg.

1.) Der Beklagte hat sich nicht nur, wie die Revision meint, ein Zurückbehaltungsrecht und Gegenansprüche auf Schadensersatz, sondern im Schriftsatz vom 6. März 1963 (S.10) auch mangelnde Fälligkeit der Klageforderung geltend gemacht, weil das Bauwerk noch nicht abgenommen worden sei. Zudem wäre auch in der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts der Einwand der fehlenden Fälligkeit zu erblicken.

2.) Der Kläger hat behauptet (Berufungsbegründung Bl. 3), die Arbeiten seien in "Regiestunden" durchgeführt worden, der Beklagte schulde deshalb den Werklohn entsprechend der erbrachten Leistung. Hieraus will die Revision folgern, daß die Parteien damit die Geltung des § 641 BGB abbedungen hätten und die Fälligkeit der Werklohnforderung nicht von der Abnahme abhängen.

Das Berufungsgericht ist zwar auf diese Behauptung des Klägers, die der Beklagte, soweit ersichtlich, nicht bestritten hat, im angefochtenen Urteil nicht eingegangen. Sie ist jedoch nicht schlüssig in dem Sinne, wie der Kläger sie verstanden wissen will. Die Vereinbarung, es solle nach Regiestunden abgerechnet werden, betrifft nur die Berechnung der Vergütung, nämlich nach Arbeitsstunden (so auch das Urteil des BGH in der aus dem Bezirk des Oberlandesgerichts Bamberg stammenden Sache VII ZR 265/64 vom 9. Februar 1967); sie besagt nicht, daß

der Werklohn schon vor der Abnahme des Bauwerks fällig sein soll.

3.) Gestützt auf das Gutachten des Sachverständigen Dipl. Ing. Lösch hat das Berufungsgericht die Mängel der Decke festgestellt. Ein Obergutachten brauchte es hierüber nicht einzuholen.

4.) Das Berufungsgericht wertet die Benutzung der Werkstatt durch den Beklagten nicht als stillschweigende Abnahme. Sie würde, so führt es aus, voraussetzen, daß das Bauwerk wenigstens im großen und ganzen von den Beteiligten als fertig gestellt angesehen werde. In der Behauptung des Klägers, er habe den Vertrag gekündigt, liege das Zugeständnis, daß auch er den Auftrag noch nicht für erledigt hielt. Das gelte selbst dann, wenn er nur die Werkhalle ohne die Wohnung darüber habe ausführen sollen. Auch dann könne von einer Abnahme keine Rede sein, weil - ganz abgesehen von den genannten Mängeln - die Werkhalle noch nicht verputzt und die Decke noch nicht ausgebessert und mit einem Schutzanstrich versehen sei. Auch daß die Bauarbeiten durch Verfügung des Landratsamts Hersbruck vom 25. Oktober 1962 eingestellt worden seien, beweise, daß der Bau noch nicht fertig gestellt gewesen sei.

Ob das Berufungsgericht, was die Revision rügt, ohne den Kläger zu befragen (§ 139 ZPO), annehmen durfte, er habe die Halle auch verputzen und das Dach mit einem Isolieranstrich versehen sollen, kann dahin-

stehen. Allein die unsachgemäße Ausführung der Decke, die wegen Einsturzgefahr zu der Einstellungsverfügung des Landratsamts geführt hat, rechtfertigt die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe das Bauwerk noch nicht abgenommen. Es ist nicht so, wie die Revision es darstellt, daß das Landratsamt die Einstellung der Arbeiten verlangt habe, weil kein Tekturplan vorlag. In der Einstellungsverfügung ist vielmehr gesagt, der Träger habe sich durchgebogen und es bestehe Einsturzgefahr.

5.) Die nicht vertragsgemäß hergestellte Decke brauchte der Beklagte nach § 640 BGB auch nicht abzunehmen. Er kann sich vielmehr dem Kläger gegenüber auf die nicht erfolgte Abnahme berufen (BGH VII ZR 63/59 vom 14. April 1960; VII ZR 204/60 vom 10. Mai 1962; VII ZR 162/62 vom 14. Oktober 1963).

6.) Das Berufungsgericht hält eine Kündigung des teilweise ausgeführten Werkvertrags durch den Kläger nicht für erwiesen und deshalb einen Anspruch auf Vergütung des ausgeführten Teils der Leistungen nicht für gegeben. Das Schreiben des Klägers an das Landratsamt vom 17. Dezember 1962 beweise nicht, daß er dem Beklagten gegenüber die Kündigung erklärt habe.

Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Auch wenn der Beklagte durch das Landratsamt von dem Inhalt der Eingabe des Klägers Kenntnis erhalten hat, brauchte er darin nicht eine Kündigungserklärung des Klägers

ihm gegenüber zu sehen.

Der Kläger hat aber auch nicht die Voraussetzungen einer wirksamen Kündigung nach §§ 642, 643 BGB oder wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes dargetan (vgl. BGH VII ZR 113/61 vom 15. November 1962 = BB 63, 160). Falls der Beklagte den Tekturplan nicht an das Bauamt weiter leitete, mußte der Kläger ihm zuvor gemäß § 643 BGB eine Frist setzen, mit der Erklärung, er werde den Vertrag kündigen, wenn der Beklagte den Plan nicht weiter gebe. Das Berufungsgericht hebt zutreffend hervor, daß es an einer solchen Fristsetzung fehlt. Und wenn der Beklagte nicht genehmigte Änderungen bei der Ausführung verlangte, stand es dem Kläger frei, dieses Ansinnen abzulehnen.

7.) Der Kläger ist nicht berechtigt, unter Verzicht auf eine Vergütung für die mangelhafte Decke den auf die ausgeführten Arbeiten entfallenden Werklohn zu verlangen. Er hatte nicht nur die Erstellung des Mauerwerks, sondern auch das Verlegen der Decke übernommen. Der Beklagte hat deshalb Anspruch auf eine technisch einwandfreie Ausführung der Decke. Solange der Kläger diese Arbeit verweigert, braucht der Beklagte die Halle nicht abzunehmen und darf er dem Kläger gegenüber die Zahlung des Werklohns mangels Fälligkeit verweigern. Daß der Beklagte seinerseits den Vertrag als nicht mehr bestehend behandle und die Erfüllung ablehne - in welchem Falle er sich auf die fehlende Abnahme nicht berufen könnte (BGH VII ZR 63/59 vom 14. April 1960) - hat der Kläger nicht behauptet.

8.) Der eingeklagte Werklohn ist auch nicht etwa nach § 242 BGB teilweise fällig, denn nach den Gutachten der Sachverständigen Lösch und Siegel sind die für die Erneuerung der Decke erforderlichen Kosten höher.

Nach § 97 ZPO hat der Kläger die Kosten seiner unbegründeten Revision zu tragen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke