

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 65/87

Verkündet am
21. April 1988
Werner
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Eheleute Peter und Waltraud Zi[REDACTED], Za[REDACTED],
E[REDACTED]-B[REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Zi[REDACTED] & M[REDACTED] GmbH & Co., vertreten durch
die Zi[REDACTED] Verwaltungs GmbH, diese vertreten durch ihre
beiden Geschäftsführer Toni und Martin Zi[REDACTED], En[REDACTED]-
straße [REDACTED]-[REDACTED], E[REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 1988 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Bliesener, Obenhaus, Prof. Dr. Walchshöfer und Dr. Thode

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 16. Januar 1987 insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Aachen vom 6. März 1986 teilweise abgeändert und die Klage wegen eines weiteren Betrages von 1.278 DM nebst 4 v.H. Zinsen seit dem 22. Oktober 1985 und damit insgesamt wegen eines Betrages von 28.720 DM (nebst Zinsen) abgewiesen.

Im übrigen wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die gesamten Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

2

- 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin hat aufgrund eines im Jahre 1983 erteilten Auftrages für einen Neubau mit 28 Wohnungen und sechs Gewerbeeinheiten der Beklagten in E. die Sanitär-, Heizungs- und Lüftungsarbeiten ausgeführt. Die Geltung der VOB/B ist vereinbart.

Vor dem Landgericht hat die Klägerin eine Abschlags-zahlung von 107.000 DM (nebst Zinsen) eingeklagt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und dabei ein auf Werkmängel gegründetes Zurückbehaltungsrecht der Beklagten verneint. Mit ihrer Berufung haben die Beklagten ihre Verurteilung zur Zahlung von lediglich 78.280 DM (ohne Zinsen) und nur Zug um Zug gegen die Beseitigung verschiedener Werkmängel erreichen wollen. Das Oberlandesgericht hat die Beklagten jedoch unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung und Abweisung der Klage im übrigen zur Zahlung von 79.558 DM (nebst Zinsen) verurteilt und ebenfalls den Beklagten ein auf Werkmängel gegründetes Zurückbehaltungsrecht versagt.

Mit ihrer - angenommenen - Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgen die Beklagten ihren zweitinstanzlichen Antrag weiter.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

I.

Beide Parteien gehen inzwischen bei der Errechnung einer der Klägerin zustehenden Abschlagszahlung übereinstimmend von 107.122 DM aus, aus denen das Landgericht wegen des geringfügig geringeren erstinstanzlichen Klageantrages der Klägerin jedoch nur 107.000 DM (nebst Zinsen) zugesprochen hat.

Das Oberlandesgericht will vom erstinstanzlichen Urteilsbetrag absetzen die Beträge für eine Hebeanlage und für den Nachtrag Dr. F. als von den Beklagten nicht geschuldet. Das nimmt die Klägerin hin und ist im übrigen der Revision nur günstig.

Diese Hebeanlage ist jedoch nicht nur mit den vom Oberlandesgericht berücksichtigten 10.000 DM in den Ausgangsbetrag von 107.122 DM eingegangen, sondern mit 10.000 DM zuzüglich 1.400 DM Mehrwertsteuer. Das Oberlandesgericht hätte deshalb, wie von den Beklagten schon im Berufungsrechtszuge dargelegt und von der Revision aufgegriffen, die Abschlagszahlung auf 107.122 DM - 10.000 DM - 1.400 DM - 17.442 DM (Nachtrag Dr. F.) = 78.280 DM errechnen müssen.

Die Ausführungen des Berufungsgerichtes und der Revision zum Skonto (BU 12/13, RB 11) liegen neben der Sache: Der Ausgangsbetrag von 107.122 DM enthält einen Posten betreffend die Rückvergütung des angeblich zu Unrecht gewährten Skontos gerade nicht (Urteil des Landgerichts, Seite 6).

Soweit die Beklagten zur Zahlung von (79.558 DM - 78.280 DM =) 1.278 DM nebst 4 v.H. Zinsen seit dem 22. Oktober 1985 verurteilt worden sind, müssen die Urteile des Oberlandesgerichts und des Landgerichts deshalb aufgehoben werden.

II.

Wegen des danach verbleibenden Betrages von 78.280 DM nebst Zinsen muß das Berufungsurteil ebenfalls aufgehoben werden.

Dem Berufungsgericht sind bei der Beurteilung der von den Beklagten behaupteten Werkmängel und damit auch hinsichtlich des daraus hergeleiteten Zurückbehaltungsrechts an der Klageforderung Fehler unterlaufen. Es geht zwar zutreffend - der Revision günstig - davon aus, daß Werkmängel auch gegenüber einer Abschlagsforderung ein Zurückbehaltungsrecht begründen können. Nicht zu beanstanden ist ferner seine Auffassung, daß bei den besonderen Umständen des vorliegenden Falles allein aus den zwei von ihm nur festgestellten kleineren Werkmängeln zum Beseitigungsaufwand von

nur 500 DM und 600 DM kein Zurückbehaltungsrecht an der gesamten begründeten Abschlagsforderung hergeleitet werden müßte.

Die Entscheidung des Berufungsgerichtes kann jedoch nicht bestehen bleiben, soweit es weitere von den Beklagten dargelegten Werkmängel erheblichen Umfanges und ein daraus hergeleitetes Zurückbehaltungsrecht verneint.

1. Mangelhafte Anbringung von Meßuhren in den Bädern

Die Beklagten haben in beiden Vorinstanzen behauptet und in das Wissen von zwei Zeugen und unter Sachverständigenbeweis gestellt, die Meßuhren in den Bädern seien unsichert angebracht und beschädigungsgefährdet. Der im Beweissicherungsverfahren des AG Eschweiler 4 H 39/85 zugezogene Sachverständige hat das bestätigt, die handwerkliche Ausführung als "liederlich/laienhaft" bezeichnet und einen Umbau für erforderlich gehalten (aaO, Seiten 183/184). Er hat den Mangel allerdings an späterer Stelle als auf Planungs- und Bauleitungsfehlern beruhend beurteilt (aaO, Seite 241).

Das Oberlandesgericht meint deshalb, diesen Mangel müsse nicht die Klägerin vertreten, der auch eine Verletzung ihrer Hinweispflicht gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B nicht zur Last falle.

Dem kann nicht gefolgt werden.

Angesichts der Ausführungen des Sachverständigen kann zumindest ohne weitere Sachaufklärung nicht ausgeschlossen werden, daß auch und jedenfalls zu einer Quote die Klägerin für diesen Mangel einzustehen hat mit der Folge, daß bis zur Beseitigung dieses Mangels ein entsprechendes Zurückbehaltungsrecht an der Abschlagsforderung nicht verneint werden kann.

2. Fehlende "Nasen" an den Kupferfallrohren

Derartige "Nasen" verhindern, daß Fallrohre in den Befestigungsschellen nach unten rutschen; sie fehlen hier (so der Sachverständige aaO, Seite 123, Bildband Nr. 20, 45).

Das Berufungsgericht meint, die Anbringung derartiger "Nasen" sei Sache des Dachdeckers und nicht der Klägerin gewesen.

Damit hat es den Sachvortrag der Beklagten nicht ausgeschöpft. Wenn, wovon die Parteien ausgehen, die Klägerin im Zuge der Entwässerungsarbeiten die unteren Kupferfallrohre angebracht hat, dann spricht alles dafür, daß sie diese Rohre gegen Abrutschen sichern mußte. Das Oberlandesgericht hätte also den entsprechenden Beweisanträgen der Beklagten nachgehen müssen. Es kann mithin bislang ein auf diesen Werkmangel gestütztes Zurückbehaltungsrecht nicht verneint werden.

3. Fehlen von Boden- und Notabläufen in den Loggien

Derartige Abläufe sind nach Auffassung des Oberlandesgerichts zwar erforderlich. Ihr Fehlen führt es jedoch darauf zurück, daß sie nicht Gegenstand der Planung gewesen seien. Deshalb bejaht es allein Planungs- und Bauleitungsverschulden und verneint jegliche Haftung der Klägerin. Daß es hier an der Planung gefehlt habe, entnimmt das Berufungsgericht offensichtlich dem nachgelassenen Schriftsatz der Klägerin vom 18. Dezember 1986 (GA 166 ff) in Verbindung mit dem im Beweissicherungsverfahren eingeholten Sachverständigengutachten.

Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsgericht diesen neuen Sachvortrag nicht hätte verwerten dürfen, ohne zuvor den Beklagten rechtliches Gehör zu gewähren. Denn die Klägerin hatte sich hinsichtlich der fehlenden Abläufe bis dahin nur damit verteidigt, daß sie nicht erforderlich und deshalb nicht geschuldet seien. Für die Annahme, die Planung habe derartige Abläufe nicht vorgesehen, fehlen mithin ausreichende Grundlagen. Abgesehen davon spricht vieles dafür, daß ein - wie die Klägerin - umfassend mit der Erstellung des gesamten Entwässerungssystems eines großen Neubaus beauftragter Unternehmer Hinweispflichten gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B zur fehlenden Entwässerung von Balkonen und Loggien hat, wenn neben ihm kein anderer Unternehmer für derartige Bauleistungen in Frage kommt.

Vor weiterer Sachaufklärung kann deshalb nicht verneint werden, daß den Beklagten auch wegen der fehlenden Abläufe

Gewährleistungsansprüche zumindest in Höhe einer Quote gegen die Klägerin zustehen, die ein Zurückbehaltungsrecht begründen können.

4. Wärmemengenzähler

Die Beklagten haben vorgetragen und unter Beweis gestellt, fast sämtliche, mindestens 20 (von 28), Wärmemengenzähler in den Wohnungen seien defekt; die Reparaturaufwendungen würden 13.000 DM betragen.

Das Berufungsgericht hat diesen Vortrag als nur "pauschal" und nur zu einem Ausforschungsbeweis führend unberücksichtigt gelassen.

Das rügt die Revision zu Recht. Wenn tatsächlich 20 von 28 Geräten "nicht funktionieren" sollten, brauchen die Beklagten weitere Einzelheiten nicht anzugeben. Die Klägerin muß dann nämlich zwangsläufig sämtliche Geräte überprüfen.

Vor weiterer Sachaufklärung kann deshalb auch ein auf Mängel der Wärmemengenzähler gegründetes Zurückbehaltungsrecht der Beklagten nicht verneint werden.

5. Wärmeleistung der Heizungsanlage

Die Beklagten haben behauptet und unter Beweis gestellt, die Heizleistung des von der Klägerin aufgestellten

Heizkessels reiche nicht aus, ihre Mieter würden sich andauernd über mangelnde Heizleistung beschweren, der Beseitigungsaufwand belaufe sich auf 18.000 DM.

Der im Beweissicherungsverfahren zugezogene Sachverständige hat dieses Vorbringen der Beklagten mangels ausreichender eigener Sachkunde nicht behandelt (aaO S. 205). Das Oberlandesgericht läßt auch dieses Vorbringen als nicht ausreichend spezifiziert unberücksichtigt.

Mehr als unter Beweisantritt behaupten, daß ein Teil der Heizungsanlage nicht warm oder nicht ausreichend warm werde, müssen die Beklagten jedoch nicht, sie brauchen nicht zu wissen, worauf dieser Mangel beruht (vgl. Senatsurteil vom 7. März 1985 - VII ZR 60/83 = BauR 1985, 355, 357 = ZfBR 85, 171, 172 = Schäfer/Finnern/Hochstein § 633 BGB Nr. 50). Das gilt auch hier.

Das Berufungsgericht hätte also diesem behaupteten Mangel nachgehen müssen. Auch die Verneinung eines auf Mängel der Heizungsanlage gegründeten Zurückbehaltungsrechts hält deshalb den Revisionsangriffen nicht stand.

III.

1. Zur Höhe der Klageforderung kann bereits abschließend darüber befunden werden, daß die Klage in Abänderung des landgerichtlichen Urteils wegen weiterer 1.278 DM nebst 4 v.H. Zinsen seit dem 22. Oktober 1985 abgewiesen wird (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

2. Schon hinsichtlich der unter II. 1-5 behandelten Werkmängel kann ohne weitere Sachaufklärung nicht darüber befunden werden, ob die Beklagten aus ihnen an der verbliebenen Klageforderung ein diese voll abdeckendes Zurückbehaltungsrecht ausüben können. Deshalb muß über die teilweise Klageabweisung hinaus das Berufungsurteil aufgehoben werden, soweit es zum Nachteil der Beklagten ergangen ist. In diesem Umfange ist die Sache, auch zur Entscheidung über die gesamten Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. In der neuen Verhandlung wird das Berufungsgericht ferner darüber zu entscheiden haben, inwieweit die beiden kleineren, von ihm bejahten Werkmängel bei der Bewertung eines Zurückbehaltungsrechtes mitzuberücksichtigen sind, und ob den Beklagten aus den beiden weiteren von der Revision behandelten Mängeln (undichte Fallrohre und nicht intermittierende Lüftung in der Tiefgarage) unter Beachtung der in der Revisionsbegründung insoweit erhobenen Rügen nicht doch ebenfalls ein Zurückbehaltungsrecht erwachsen ist.

Girisch

Bliesener

Obenhaus

Walchshöfer

Thode