

Nachschlagewerk: ja

3

BGHZ: nein

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

Ein vereinbarter Sicherheitseinbehalt hindert den Auftraggeber auch nach Abnahme der Werkleistung grundsätzlich nicht, die Zahlung fälligen Werklohnes wegen mangelhafter Ausführung des Werkes zu verweigern. Der Auftragnehmer kann auch in diesem Fall nicht einwenden, der Auftraggeber dürfe das Leistungsverweigerungsrecht nur wegen eines den Sicherheitseinbehalt wertmäßig übersteigenden Mängelbeseitigungsanspruches geltend machen (im Anschluß an BGH NJW 1981, 2801).

BGH, Urt.v. 8. Juli 1982 - VII ZR 96/81 OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 96/81

URTEIL

Verkündet am
8. Juli 1982
Werner,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Firma B [REDACTED] Wohnungsbau KG, Be [REDACTED]-L [REDACTED]-
[REDACTED]-Straße [REDACTED], K [REDACTED] [REDACTED], vertreten durch ihren persönlich
haftenden Gesellschafter Willy B [REDACTED], ebenda,
2. des Kaufmanns Willy B [REDACTED], ebenda,

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Bauunternehmung M [REDACTED] GmbH, W [REDACTED]-
straße [REDACTED], E [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer
Rudolf M [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

3

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juli 1982
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die
Richter Dr. Recken, Bliesener, Obenhaus und Quack

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten
werden das Urteil des 9. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts Köln vom
10. Februar 1981 und das Teilurteil
der 4. Zivilkammer des Landgerichts
Köln vom 19. März 1980 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten
beider Rechtsmittelzüge, an das Land-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Beklagte zu 1), deren persönlich haftender Gesellschafter der Beklagte zu 2) ist - im weiteren: die Beklagte -, beauftragte am 10. Februar 1977 die Klägerin mit der Ausführung von Verklinkerungsarbeiten an 60 Häusern zum Preis von 70,80 DM/qm. Arbeiten an weiteren Häusern kamen hinzu. Die Geltung der VOB/B (1973) wurde vereinbart. Eine förmliche Abnahme fand nicht statt.

Die Klägerin erteilte unter dem 16. August 1978 Schlußrechnung über 692.397,04 DM abzüglich bereits gezahlter 544.059,11 DM. Die Beklagte nahm Kürzungen an einzelnen Positionen vor, machte höhere Abschlagszahlungen als angerechnet geltend und setzte einen vereinbarten Sicherheitsbetrag von 5 % = 31.890 DM ab. Den danach verbleibenden Restbetrag von 46.474,77 DM hält die Beklagte zurück wegen Werkmängeln an 4 Häusern (F, G, L und B). Sie hat die Mängelbeseitigungskosten auf insgesamt 32.742 DM geschätzt. Die Klägerin hat dagegen geltend gemacht, diese Kosten seien durch den für die fünfjährige Gewährleistungsfrist einbehaltenen Sicherheitsbetrag hinreichend abgedeckt.

Die Klägerin hat 148.337,93 DM Restwerklohn nebst Zinsen eingeklagt. Das Landgericht hat ihr durch Teilurteil den rechnerisch unstreitigen Restbetrag von 46.474,77 DM nebst Zinsen zuerkannt. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. 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 ist - wie das Landgericht - der Ansicht, bei der Bemessung einer der Beklagten wegen ihrer dargetanen Nachbesserungsansprüche zustehenden Leistungsverweigerung sei die einbehaltene Sicherheit miteinzubeziehen. Es bestehe kein Anlaß, der Beklagten eine darüber hinausgehende Absicherung zuzubilligen. Der Sicherheitseinbehalt dürfe auch nicht in Teilbeträge für jedes Haus zerlegt werden; die Gewährleistungsfrist habe mit der Abnahme der gesamten Arbeiten zu laufen begonnen, daher müsse auf den gesamten Einbehalt von 31.890 DM abgestellt werden. Dieser reiche zur Abdeckung der auf 15.114 DM geschätzten Mängelbeseitigungskosten für die Häuser F und G aus, derentwegen die Beklagte mindestens 23.000 DM zurückhalten wolle. Soweit sie ihr Leistungsverweigerungsrecht in Höhe weiterer 26.000 DM erstmalig in der Berufung auf Feuchtigkeitsschäden in den Häusern L und B (mit geschätzten Nachbesserungskosten von 17.628 DM) stütze, sei ihr Vorbringen als verspätet nicht zuzulassen.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Nach dem Vertrag vom 10. Februar 1977 werden von der Schlußrechnung "5 % des Nettoherstellungswertes für die Dauer der Gewährleistungsfrist von 5 Jahren ab Abnahmedatum einbehalten". Eine solche Vereinbarung über einen Sicherheitseinbehalt hindert den Auftraggeber grundsätzlich nicht, wegen Werkmängeln eine an sich fällige Zahlung zu verweigern. Während die Sicherheit dazu dient, die vertragsgemäße Ausführung der Leistung und die Gewährleistung sicherzustellen (§ 17 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B (1973)), 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; 1981, 2801; 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 an sich fälligen Restwerklohns nach Abnahme das Ziel, den Auftragnehmer zur umgehenden Mängelbeseitigung gemäß § 13 Nr. 5 VOB/B anzuhalten. Solange dieser Nachbesserungsanspruch besteht, die Parteien also nicht - wie in dem Fall der vom Berufungsgericht irrig angeführten Senatsentscheidung NJW 1967, 34 Nr. 6 - nach Ablauf der Gewährleistungsfrist und Fälligkeit des Sicherheitseinhalts endgültig abzurechnen haben, steht der Beklagten grundsätzlich neben dem Sicherheitseinbehalt ein Leistungsverweigerungsrecht wegen Werkmängeln zu.

2. Mag eine beträchtliche Sicherheit auch nicht ohne Belang für die Höhe einer berechtigten Leistungs-

verweigerung sein, so braucht sich der Auftraggeber doch nicht wegen Werkmängeln, deren Beseitigungskosten vom Sicherheitsbetrag gedeckt sind, allein auf diesen verweisen zu lassen. Er darf vielmehr einen weiteren erheblichen Betrag zurückbehalten, welcher erforderlich erscheint, den Auftragnehmer zur schleunigen Nachbesserung anzuhalten. Dieser kann nicht einwenden, der Auftraggeber dürfe das Leistungsverweigerungsrecht nur wegen eines die Sicherheit wertmäßig übersteigenden Mängelbeseitigungsanspruchs geltend machen (BGH NJW 1981, 2801). Die Höhe des Betrags, 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 (BGH aaO m.w.N.).

Somit kann dem Berufungsgericht zwar noch darin gefolgt werden, daß die Sicherheit nicht außer Betracht zu bleiben hat, sondern in die Bemessung der Höhe einer berechtigten Leistungsverweigerung miteinzubeziehen ist. Dagegen kann es nicht darauf ankommen, ob die voraussichtlichen Nachbesserungskosten von der Sicherheit gedeckt sind. Es geht nicht - wie das Berufungsgericht meint - darum, der Beklagten "eine weitere Absicherung zuzubilligen". Vielmehr soll durch die Leistungsverweigerung auf die Klägerin angemessener Druck ausgeübt werden, damit sie die Mängel ihres Werks alsbald beseitigt.

3. Mag es auch nicht angehen, die einbehaltene Sicherheit schematisch auf insgesamt 88 Häuser mit je

etwa 362 DM zu verteilen, so darf doch nicht übersehen werden, daß die Beklagte das Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängeln geltend macht, die an 4 Häusern bereits im ersten Gewährleistungsjahr aufgetreten sind. Der Einbehalt soll aber die Gewährleistung der Klägerin für alle Häuser und auf die Dauer von 5 Jahren sichern. Mit weiteren Mängeln und Mangel-
folgeschäden muß bei einem derart umfangreichen Bauvorhaben gerechnet werden. Die Gewährleistungsfrist ist auch noch nicht abgelaufen. Daher kann der Sicherheitseinbehalt hier nur zu einem geringen Teil in die Bemessung des Betrages einbezogen werden, in dessen Höhe die Leistung verweigert werden darf.

Nach den schlüssig vorgetragenen, in der Revisionsinstanz zu unterstellenden Umständen ist die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts in Höhe von 23.000 DM wegen behaupteter Nachbesserungskosten von 15.114 DM für die Häuser F und G angemessen. Dasselbe gilt für ein weiteres, nachträglich begründetes Leistungsverweigerungsrecht in Höhe von 26.000 DM wegen behaupteter Nachbesserungskosten von 17.628 DM für die Häuser L und B. Dabei ist unerheblich, wann der Beklagten die Mängel an diesen Häusern bekannt geworden sind. Für das Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB kommt es nicht auf die Kenntnis des Schuldners an, sondern darauf, ob die Gegenleistung tatsächlich nicht, unvollständig oder mangelhaft bewirkt worden ist, so daß der Verzug des Schuldners ganz oder teilweise ausgeschlossen ist (vgl. BGH NJW 1966, 200; Urteil vom 27. Februar 1974 - VIII ZR 206/72 = WM 1974, 369, 370).

Wird das Leistungsverweigerungsrecht im Prozeß geltend gemacht, führt das nach Abnahme des Werks allerdings nicht zur (Teil-) Abweisung der Klage, sondern nur zur Verurteilung Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung (§ 322 Abs. 1 BGB; vgl. BGHZ 61, 42, 45 m.w.N.; BGH Urteil vom 28. April 1980 - VII ZR 109/79 = BauR 1980, 357; vgl. auch BGHZ 73, 140, 144).

4. Hätte das Berufungsgericht die dargelegten Grundsätze für die Bemessung des Betrags beachtet, in dessen Höhe die Leistung wegen Werkmängeln verweigert werden darf, so hätte es die vom Landgericht infolge desselben Rechtsirrtums nicht für erforderlich gehaltene Beweisaufnahme nachholen müssen. Es hätte durch Sachverständigengutachten zunächst klären müssen, ob sich an den Häusern F und G die behaupteten Mängel gezeigt haben und welcher Betrag zu ihrer Beseitigung erforderlich erscheint. War aber eine solche Beweisaufnahme aufgrund des - auch nach Ansicht des Berufungsgerichts - schlüssigen Vorbringens der Beklagten unerlässlich, so konnte ohne weitere Verzögerung des Rechtsstreits zugleich Beweis über die angeblichen Mängel an den Häusern L und B erhoben werden, wie dies das Berufungsgericht denn auch mit Beweisbeschluß vom 25. November 1980 angeordnet hatte. Dem verspäteten Vorbringen der Beklagten zu den Häusern L und B hätte unter diesen Umständen die Zulassung nicht gemäß § 528 Abs. 2 ZPO versagt werden dürfen.

II.

Nach alledem sind die auf demselben Rechtsirrtum beruhenden Urteile des Landgerichts und des

Oberlandesgerichts aufzuheben. Da nach Lage der Dinge ein Teilurteil zumindest in dieser Höhe nicht hätte ergehen dürfen, bedeutet sein Erlaß einen Verfahrensfehler, der es rechtfertigt, die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten beider Rechtsmittelzüge, gemäß §§ 539, 565 ZPO an das Landgericht zurückzuverweisen (vgl. BGHZ 16, 71, 82). Dieses wird u.a. zu prüfen haben, ob die Beklagten überhaupt noch auf Mängelbeseitigung durch die Klägerin bestehen, oder ob die Parteien sich inzwischen darauf verständigt haben, das Bauvorhaben endgültig abzurechnen (vgl. BGH NJW 1967, 34; 1981, 2801).

Girisch

Recken

Obenhaus

Quack

RiBGH Bliesener
ist im Urlaub und
kann daher nicht
unterschreiben.
Girisch