



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 27/00

Verkündet am:
13. Dezember 2001
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: _____ ja

BGB § 322 Abs. 2

Scheitert die Fertigstellung des Werkes nur daran, daß die vom Unternehmer angebotene Mängelbeseitigung nicht angenommen wird, kann der Unternehmer auf Werklohn nach Empfang der Gegenleistung klagen.

BGH, Urteil vom 13. Dezember 2001 - VII ZR 27/00 - KG Berlin
LG Berlin

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Dezember 2001 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Dr. Haß, Hausmann, Dr. Kuffer und Prof. Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin und ihrer Streithelferin zu 1 wird das Urteil des 24. Zivilsenats des Kammergerichts vom 13. Dezember 1999 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als hinsichtlich ihrer Hilfsanträge zu 3. (BU 10) zu ihrem Nachteil erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von den Beklagten Restwerklohn. Die Beklagte macht Mängel geltend.

Die Parteien haben Anfang 1994 unter Einbeziehung der VOB/B einen Bauvertrag über die Errichtung eines aus einem Stahlgerüst und eingelegten Betonplatten bestehenden dreigeschossigen Rohbaues eines Möbelverkaufsbauwerkes mit Kellergeschoß geschlossen. Zu den auszuführenden Leistungen

gehörte auch die Herstellung eines Brandschutzes nach der DIN 4102 und der Feuerwiderstandsklasse F/90. Diese Arbeiten ließ die Klägerin durch die Streithelferin zu 1 ausführen. Der Klägerin steht deswegen ein rechnerisch unbestrittener Restwerklohn von 796.720 DM zu. Nach Fertigstellungsanzeige rügten die Beklagten zahlreiche Mängel insbesondere beim Feuerschutz und verweigerten die Abnahme. Sie nahmen das Möbelverkaufsgeschäft in Betrieb.

Das Landgericht hat die auf Zahlung und Abnahme gerichtete Klage nach Beweisaufnahme mit der Begründung abgewiesen, die eingeklagte Restwerklohnforderung sei nicht fällig. Die Beklagten verweigerten die Abnahme des Rohbaus zu Recht wegen wesentlicher Mängel des Brandschutzes, der nicht der DIN 4102 entspreche und nicht umfassend die Feuerwiderstandsklasse F/90 erreiche.

Mit der Berufung hat die Klägerin ihr Begehren weiterverfolgt. Hilfsweise hat sie ferner Zahlung Zug um Zug gegen Beseitigung der vom Sachverständigen Prof. C. festgestellten Mängel und die Feststellung verlangt, daß sich die Beklagten mit der Annahme dieser Mängelbeseitigung durch die Klägerin in Verzug befänden.

Das Berufungsgericht hat Beweis durch Einholung eines weiteren Gutachtens des Sachverständigen erhoben. Dieser kam in seinem Gutachten zu dem Ergebnis, daß der Brandschutz mangelhaft ist und die Brandschutzbekleidungen an den Stahlträgern teils komplett überarbeitet, teils erneuert werden müßten. Wegen der Mängel des Brandschutzes an den Stahlstützen reiche eine Nachbesserung aus. Die Kosten der Mängelbeseitigungsarbeiten schätzte der Sachverständige auf ca. 473.000 DM.

Im Anschluß hieran hat die Klägerin die festgestellten Mängel nicht mehr bestritten. Sie bot den Beklagten schriftlich an, die vom Sachverständigen festgestellten Mängel zu beseitigen, und stellte den Sanierungsvorschlag des Sachverständigen sowie einen weiteren der Materialprüfungsanstalt für das Bauwesen sowie verschiedene Ausführungstermine unter Vorlage bestimmter Unterlagen zur Wahl. Die Beklagten lehnten die Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten ab. Eine vollständig neue, von der Stahlkonstruktion unabhängige, in sich standfeste Brandschutzkonstruktion sei erforderlich. Deshalb sei vor Beseitigung der Mängel das Ergebnis des Berufungsverfahrens abzuwarten. Die Beklagten verweigerten deshalb Monteuren, die mit den Mängelbeseitigungsarbeiten beginnen sollten, den Zutritt zum Gebäude.

Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer Revision verfolgen die Klägerin und ihre Streithelferin zu 1 die Haupt- und Hilfsanträge der Klägerin weiter. Der Senat hat die Revision insoweit angenommen, als sie sich gegen die Abweisung ihrer Hilfsanträge auf Zahlung Zug um Zug gegen Beseitigung der im Gutachten des Sachverständigen Prof. C. festgestellten Mängel und auf Feststellung richtet, daß sich die Beklagte mit der Annahme dieser Mängelbeseitigung in Verzug befindet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat im Umfang der Annahme Erfolg. Sie führt insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hält den auf uneingeschränkte Zahlung gerichteten Hauptantrag mangels Fälligkeit des Restwerklohns für derzeit unbegründet. Die Beklagten seien berechtigt gewesen, die Abnahme wegen der unstreitig vorhandenen Mängel zu verweigern. Der auf die Verurteilung zur Zahlung Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung gerichtete Hilfsantrag sei ebenfalls unbegründet. Er setze gemäß § 320 Abs. 1 BGB voraus, daß der Auftraggeber das Werk abgenommen oder der Auftragnehmer es jedenfalls in abnahmereifem Zustand errichtet habe. Fehle es an dieser Voraussetzung, sei für eine Zug um Zug Verurteilung kein Raum.

Der auf Feststellung des Annahmeverzuges hierzu gerichtete Hilfsantrag sei ebenfalls unbegründet. Es fehle das erforderliche Feststellungsinteresse. Denn die Tatsache, daß die Beklagten sich vor der Abnahme mit der Entgegennahme von Mängelbeseitigungsarbeiten im Verzug befänden, begründe für die Klägerin nur das Recht, wegen der verweigerter Mitwirkung nach § 9 VOB/B den Bauvertrag zu kündigen und abzurechnen. Die Fälligkeit des restlichen Werklohnanspruchs werde dadurch nicht begründet. Eine Kündigung sei von der Klägerin nicht gewollt, was sie ausdrücklich erklärt habe.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht legt den Hilfsantrag auf Zahlung Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung verfehlt aus (1.). Bei zutreffendem Verständnis dieses Antrags sind seine Abweisung und die des auf Feststellung des Annahmeverzuges gerichteten weiteren Hilfsantrages nicht rechtens (2., 3.).

1. Das Berufungsgericht beurteilt den Hilfsantrag fehlerhaft nur nach §§ 320, 322 Abs. 1 BGB.

a) Der nach diesen Vorschriften auf Zug um Zug Verurteilung gerichtete Antrag setzt einen fälligen Anspruch des Klägers und damit beim Werkvertrag grundsätzlich die Abnahme voraus. Diese liegt nicht vor. Das stellt die Klägerin nicht in Frage. Sie bezweifelt auch nicht, daß sie weiterhin vorleistungspflichtig ist. Ihr Antrag ist deshalb dahin auszulegen, daß sie Zahlung nach Erbringung der Gegenleistung fordert, § 322 Abs. 2 BGB. Denn nur auf diese Weise erreicht sie das mit ihren Hilfsanträgen zu 3) verfolgte Ziel, nach Feststellung des Annahmeverzugs wegen des Werklohns vollstrecken zu können.

Auf die Zwangsvollstreckung aus einem Titel gemäß § 322 Abs. 2 BGB findet gemäß § 322 Abs. 3 BGB die Vorschrift des § 274 Abs. 2 BGB in gleicher Weise Anwendung wie bei einem solchem nach §§ 320 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB. Der Gläubiger kann aufgrund einer solchen Verurteilung seinen Anspruch wie bei einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, wenn der Schuldner im Verzug der Annahme ist.

2. Dieser so verstandene Antrag kann nach den getroffenen Feststellungen begründet sein.

a) Die Klägerin ist noch vorleistungspflichtig, denn die Abnahme ist noch nicht erfolgt und der Werklohn noch nicht fällig.

Er ist nicht deshalb fällig, weil die Beklagten die Erfüllung des Vertrages grundlos und endgültig abgelehnt hätten oder Nachbesserungsversuche der Klägerin an einer ablehnenden Haltung der Beklagten mehrfach gescheitert wären (vgl. BGH, Urteil vom 16. Mai 1968 - VII ZR 40/66, BGHZ 50, 175, 177;

vom 22. September 1983 - VII ZR 43/83, NJW 1984, 230, 232). Beide Parteien wollen am Vertrag festhalten. Ihr Streit geht nur darum, ob die angebotene Mängelbeseitigung, zu der die Klägerin verschiedene Vorschläge unterbreitet hat, geeignet ist, die bestehenden Mängel auf Dauer zu beheben. Auch ein Annahmeverzug des Beklagten als Besteller würde allein die Fälligkeit des Werklohns nicht begründen (vgl. Staudinger-Otto, 2001, Rdn. 18 zu § 322 BGB).

b) Der Anwendung des § 322 Abs. 2 BGB steht in einem Fall, in dem die Fertigstellung nur daran scheitert, daß die vom Unternehmer angebotene Mängelbeseitigung nicht angenommen wird, nicht entgegen, daß die Verurteilung nicht die Abnahme ersetzt. Denn nach Mängelbeseitigung tritt die Abnahmereife ein, so daß der Besteller verpflichtet wäre, die Werkleistung abzunehmen und danach die vereinbarte Vergütung zu zahlen.

c) Dem Berufungsgericht kann nicht darin gefolgt werden, dem Auftragnehmer verbleibe nur die Möglichkeit, den Vertrag nach § 9 VOB/B zu kündigen, wenn der Auftraggeber in Verzug mit der Annahme der Mängelbeseitigung ist. Es begründet seine Ansicht allein damit, der Annahmeverzug führe nicht zur Fälligkeit der Werklohnforderung. Das ist nicht richtig, weil die fehlende Fälligkeit Voraussetzung für die Anwendung des § 322 Abs. 2 BGB ist. § 9 Nr. 1 a) VOB/B gewährt dem Auftraggeber wie § 643 BGB ein Recht zur Kündigung, begründet jedoch keine Pflicht hierzu. Die Regelung schließt nicht aus, daß der Auftragnehmer am Vertrag festhält und seinen vollen Werklohn nach abnahmereifer Fertigstellung fordert.

d) Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob die Beklagten sich hinsichtlich der Mängelbeseitigung in Annahmeverzug befinden. Das ist der Fall, wenn die Klägerin die Leistung ordnungsgemäß angeboten hat, was sie dar-

zulegen und zu beweisen hat. Sie bestimmt, da sie das Recht, an dem von ihr hergestellten Werk Mängel zu beseitigen, noch nicht verloren hat, auf welche Weise nachzubessern ist (BGH, Urteil vom 24. April 1997 - VII ZR 110/96, BauR 1997, 638 = ZfBR 1997, 249). Sie trägt auch das Risiko einer fehlgeschlagenen Nachbesserung. Die Beklagten können allerdings ein Mängelbeseitigungsangebot zurückweisen, wenn es von vornherein ungeeignet ist, den vertraglich geschuldeten Erfolg zu bewirken. Sie haben nur dann Anspruch auf eine bestimmte Nachbesserung, wenn nur auf diese Art der Mangel nachhaltig beseitigt oder der vertraglich geschuldete Zustand erreicht werden kann (BGH, Urteil vom 24. April 1997 - VII ZR 110/96, aaO).

Die Feststellungen des Berufungsgerichts lassen keine Beurteilung zu, ob der Antrag aus § 322 Abs. 2 BGB zu Recht abgelehnt worden ist. Die hinsichtlich der Mängelbeseitigung vorleistungspflichtige und hierzu bereite Klägerin will die vom Sachverständigen festgestellten Mängel beseitigen. Sie hat den Beklagten weiter den Sanierungsvorschlag des Sachverständigen und des Materialprüfungsamtes für das Bauwesen zur Wahl gelassen. Die Beklagten haben beides abgelehnt, weil sie eine vollständig neue, von der Stahlkonstruktion unabhängige, in sich standfeste Brandschutzkonstruktion für erforderlich halten. Diesen Streit wird das Berufungsgericht zu entscheiden haben.

3. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht den auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten gerichteten weiteren Hilfsantrag verneint, erweist sich als nicht tragfähig. Das nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse besteht, weil die Feststellung der erleichterten Vollstreckung des

geltend gemachten Leistungsanspruchs dient und hierzu erforderlich ist (§ 756 ZPO; vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 2000 - XII ZR 41/98, NJW 2000, 2663, 2664; Urteil vom 19. April 2000 - XII ZR 392/97, NJW 2000, 2280, 2281). Befinden sich die Beklagten in Annahmeverzug, ist der Antrag auch begründet.

Ullmann

Herr Dr. Haß ist erkrankt
und deshalb an der Unter-
schrift verhindert.

Hausmann

Ullmann

Kuffer

Kniffka