



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 226/03

Verkündet am:
17. Juni 2004
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO §§ 543 Abs. 1 Nr. 1, 543 Abs. 2

- a) Für die Beurteilung, ob die Revision beschränkt zugelassen ist, ist nicht allein der Entscheidungssatz des Berufungsurteils maßgebend. Eine Beschränkung der Zulassung kann sich auch aus den Entscheidungsgründen ergeben.
- b) Bei der Auslegung der Entscheidungsgründe sind die Zulassungsgründe des § 543 Abs. 2 ZPO zu beachten.

BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 - VII ZR 226/03 - OLG Dresden
LG Chemnitz

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Mai 2004 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Prof. Dr. Thode, Hausmann, Dr. Kuffer und Prof. Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision der Klägerin werden unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 27. Juni 2003 teilweise aufgehoben und das Urteil des Landgerichts Chemnitz vom 16. Mai 2002 dahin geändert, daß die Beklagte zur Zahlung von 50.729,50 € zuzüglich 6,75 % Zinsen aus 41.363,40 € seit 22. Oktober 1998 und 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz aus 9.366,10 € seit 18. Januar 2002 verurteilt wird.

Im übrigen werden die Klage und die Widerklage abgewiesen. Die weitergehende Berufung und die Anschlußberufung werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens trägt die Beklagte 81/100, die Klägerin 19/100.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte 70/100, die Klägerin 30/100, von den Kosten des Verfahrens vor dem Landgericht trägt die Beklagte 73/100, die Klägerin 27/100.

Ausgenommen sind die außergerichtlichen Kosten des Drittwiderbeklagten, die die Beklagte in allen Rechtszügen allein trägt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten restlichen Werklohn, die Beklagte verteidigt sich dagegen mit Ansprüchen wegen Mängeln und macht einen weitergehenden Schadensersatzanspruch mit der Widerklage geltend.

Die Klägerin wurde von der Beklagten im Jahre 1997 unter Vereinbarung der VOB/B mit den Bauarbeiten zum Vorhaben "Alte Brauerei" beauftragt, bestehend aus den Teilobjekten "Stadthaus" (Bauteil 1) und "Wohn- und Geschäftshaus" (Bauteil 2).

Die Arbeiten sind ausgeführt. Streitig war, ob die Abnahme erfolgt ist.

Die Schlußrechnung der Klägerin vom 4. März 1998 weist eine Nettoforderung von 1.943.261,88 DM (brutto 2.234.751,16 DM) auf. Abzüglich einer in erster Instanz unstreitigen Zahlung von 1.985.000 DM macht die Klägerin noch einen Restwerklohn von 249.751,16 DM geltend. Die Beklagte hält nur noch eine Restforderung von 23.000 DM für gerechtfertigt.

Wegen diverser Mängel machte sie zudem Minderung geltend. Sie rügte nach Beendigung der Arbeiten verschiedene Mängel und setzte Frist zu deren Beseitigung. Nach vergeblicher Nachfristsetzung entzog die Beklagte der Klägerin hinsichtlich der Beseitigung dieser Mängel den Auftrag.

Am 18. September 1998 rügte die Beklagte weitere Mängel unter anderem der nach ihrer Behauptung geschuldeten weißen Wanne und forderte Mängelbeseitigung bis zum 2. Oktober 1998. Die Klägerin forderte ihrerseits am 30. September 1998 gemäß § 648a BGB Sicherheitsleistung für den noch offenen Werklohn. Nach Ablehnung durch die Beklagte setzte die Klägerin Nachfrist bis zum 21. Oktober 1998 mit dem Hinweis, daß der Vertrag nach ergebnislosem Ablauf dieser Frist aufgehoben sei. Die Beklagte lehnte die Leistung der

Sicherheit ab. Die Klägerin verweigerte die Nachbesserung wegen der fehlenden Sicherheitsleistung. Die Beklagte berief sich ihrerseits auf ein Zurückbehaltungsrecht und machte Schadensersatz geltend.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Wegen der Weigerung der Beklagten, Sicherheit zu leisten, sei das Vertragsverhältnis aufgehoben. Gewährleistungsansprüche müßten in einem gesonderten Prozeß geltend gemacht werden.

Im Berufungsrechtszug hat die Beklagte ihr Begehren weiterverfolgt, die Klägerin hat durch Anschlußberufung weitere 16.470,83 € (= 32.214,15 DM) verlangt.

Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 60.829,50 € verurteilt, davon 30.300 € Zug um Zug gegen Nachbesserung von im einzelnen bezeichneten Mängeln. Es hat angeordnet, daß die Nachbesserung Zug um Zug gegen Stellen einer Bauhandwerkersicherheit zu erbringen ist mit der weiteren Feststellung, daß die Beklagte insofern in Verzug ist. Die Widerklage und die Klage im übrigen blieben abgewiesen.

Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen, weil mehrere Oberlandesgerichte unterschiedliche Rechtsfolgen für die Gewährleistungsansprüche des Bestellers daraus ableiteten, daß er dem berechtigten Verlangen nach Bauhandwerkersicherheit des Unternehmers nicht entsprochen habe.

Die Beklagte verfolgt im Revisionsverfahren ihr Begehren weiter. Die Klägerin begehrt mit ihrer Anschlußrevision die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision und die Anschlußrevision haben teilweise Erfolg, im übrigen sind sie teilweise unzulässig, teilweise unbegründet.

Das für das Schuldverhältnis maßgebende Recht richtet sich nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Werkleistung abgenommen wurde. Es hält nach Prüfung der Schlußrechnung und Beweisaufnahme zu den streitigen Positionen einen Werklohnanspruch in Höhe von 1.902.547,54 DM netto (= 972.757,09 €) für gerechtfertigt.

Bei den Mängeln, deren Nachbesserung die Klägerin verweigert hat und hinsichtlich derer die Beklagte gekündigt hat, erkennt es der Beklagten Schadensersatzansprüche zu. Die Beklagte könne insoweit aufrechnen.

Nach Abzug dieser Ersatzansprüche verbleibe ein Nettobetrag von 933.763,06 €. Dies ergebe mit Mehrwertsteuer und nach Abzug eines Betrages von 8.599,82 € für Strom, Wasser und Bauwesenversicherung eine Bruttoforderung von 1.066.377,70 €. Unter weiterer Berücksichtigung der geleisteten Zahlung bestehe eine Restwerklohnforderung in Höhe von 60.829,50 €. Davon seien unter Berücksichtigung eines dreifachen Druckzuschlags 30.300 € nur Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung zu zahlen, diese wiederum Zug um Zug gegen Stellen einer Bauhandwerkersicherung.

a) Es lägen Mängel vor, deren Beseitigung insgesamt 10.100 € kosteten. Der Nachbesserungsaufwand der geschuldeten undichten weißen Wanne be-

betrage einschließlich Nachbesserungskosten für die Beseitigung der undichten Stellen in der Bodenplatte des Vereinsraums im Keller unter der Gaststätte insgesamt 700 € (mit Druckzuschlag 2.100 €).

Wegen vorhandener Risse im ersten Obergeschoß des Wohnhauses und im Dachgeschoß des Bauteils 1 bestünden Mangelbeseitigungskosten in Höhe von 2.200 € (mit Druckzuschlag 6.600 €). Wegen fehlender Revisionspläne bestehe ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe von 3.500 € (mit Druckzuschlag 10.500 €). Wegen des mangelhaften Gerinnes über den Übergabeschächten entstünden Nachbesserungskosten von 3.700 € (mit Druckzuschlag 11.100 €).

b) Die weiteren, von der Beklagten geltend gemachten Mängel lägen nicht vor, so daß die Beklagte insofern kein Leistungsverweigerungsrecht habe.

Bei der Bewehrung der Bodenplatte unter dem Stadthaus (Bauteil 1) und dem Einbau von wasserundurchlässigem Beton liege kein Mangel vor. Der Beton im Wohnhaus mit Supermarkt (Bauteil 2) sei ordentlich nachbehandelt worden. Auch hinsichtlich der Unterbögen in den Abwassergrundleitungen im Stadthaus (Bauteil 1) bestehe kein Recht auf Nachbesserung.

c) Ein Zurückbehaltungsrecht bestehe mithin wegen Mängeln in einem Gesamtbetrag von 10.100 €. Unter Berücksichtigung eines dreifachen Druckzuschlags bestehe der Zahlungsanspruch der Klägerin hinsichtlich eines Betrages von 30.300 € nur Zug um Zug gegen Beseitigung dieser Mängel. Die Nachbesserung sei Zug um Zug gegen Stellen einer Bauhandwerkersicherheit (§ 648 a BGB) zu leisten.

II.

Revision und Anschlußrevision sind nur insoweit zulässig, als sie sich gegen die vom Berufungsgericht aus dem Sicherheitsverlangen der Klägerin hergeleiteten Rechtsfolgen richten.

1. Die Revision geht von einer unbeschränkten Zulassung aus. Sie wendet sich dagegen, daß die Beklagte zur Zahlung von 60.829,50 € verurteilt und die Widerklage abgewiesen worden ist. Sie beanstandet unter anderem, daß das Berufungsgericht angenommen hat, die Werkleistung der Klägerin sei abgenommen. Ferner wendet sie sich gegen die Höhe der vom Berufungsgericht zuerkannten Werklohnforderung und die Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung. Soweit das Berufungsgericht der Beklagten Nachbesserungsansprüche zuerkannt hat, ist die Revision der Ansicht, die Beklagte habe weitere Ansprüche wegen fehlerhafter Bewehrung der Bodenplatte, wegen fehlerhafter Nachbesserung des Betons und wegen Mängeln an den Unterbögen und Absenkungen der Grundleitung.

Die Anschlußrevision begehrt die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, das eine höhere Werklohnforderung angenommen hat und Gewährleistungsansprüche jeder Art in einen Folgeprozeß verwiesen hat.

2. Der Entscheidungssatz des angegriffenen Urteils enthält keine Einschränkung der Zulassung. Eine derartige Beschränkung kann sich aus den Entscheidungsgründen ergeben (BGH, Urteil vom 12. November 2003 - XII ZR 109/01, NJW 2004, 1324 m.w.N.). Das Berufungsgericht führt am Ende der Entscheidungsgründe aus, die Revision werde zugelassen, weil die Oberlandesgerichte Karlsruhe, Dresden, Brandenburg und Thüringen unterschiedliche Rechtsfolgen für die Gewährleistungsansprüche des Bestellers daraus ableiteten, daß er dem berechtigten Verlangen nach Bauhandwerkersicherheit des

Unternehmers nicht entspreche. An anderer Stelle begründet das Berufungsgericht ausführlich, nach welchen Kriterien und mit welchen Folgen es das Sicherungsverlangen des Unternehmers für gerechtfertigt hält, wenn der Besteller nach Abnahme Nachbesserung wegen angeblicher Mängel der Werkleistung des Unternehmers verlangt.

Damit hat das Berufungsgericht, das bei der Zulassung der Revision an die Zulassungsgründe des § 543 Abs. 2 ZPO gebunden ist, die Zulassung auf diese Frage beschränkt. Es wollte erkennbar den Streit der Parteien über den Werklohnanspruch und dessen Fälligkeit sowie die zur Aufrechnung gestellten und in der Widerklage geltend gemachten Gewährleistungsansprüche nicht in der Revision überprüfen lassen.

Auch die Frage, ob der Beklagten neben den vom Berufungsgericht angenommenen Nachbesserungsansprüchen weitere Nachbesserungsansprüche wegen Mängeln zustehen, die dem Verlangen der Klägerin auf Stellen einer Bauhandwerkersicherheit entgegengestellt werden, ist von der Revisionszulassung ausgenommen. Das Berufungsgericht wollte auch den Streit über diese weiteren Mängel von der Revisionszulassung ausnehmen.

3. Eine Beschränkung mit diesem Inhalt ist zulässig.

Die Revisionszulassung darf nicht auf bestimmte Rechtsfragen beschränkt werden. Es ist möglich, die Revision hinsichtlich eines Teils des Streitgegenstands zuzulassen, der Gegenstand eines Teilurteils sein könnte oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte (BGH, Urteile vom 3. Juni 1997 - IVa ZR 292/85, BGHZ 101, 276, 278; vom 22. Januar 2004 - VII ZR 68/03, BauR 2004, 830, 831).

Die vom Berufungsgericht vorgenommene Beschränkung ist möglich. Die Rechte der Klägerin aus ihrem Sicherheitsverlangen nach § 648a BGB und die Gewährleistungsansprüche, mit denen der Beklagte nach Abnahme wegen einzelner Mängel ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht hat, können unabhängig vom Werklohn und von den Gewährleistungsansprüchen wegen anderer Mängel verfolgt werden, mit denen aufgerechnet wird, oder die mit Widerklage geltend gemacht werden. Die Beurteilung ist auch unabhängig davon möglich, ob neben den vom Berufungsgericht angenommenen Nachbesserungsansprüchen wegen Mängeln noch Ansprüche wegen weiterer Mängel bestehen. Auch auf diesen abtrennbaren Teil kann die Revision beschränkt werden.

III.

Die Revision und die Anschlußrevision haben nur teilweise Erfolg. Sie führen dazu, daß die Beklagte zur Zahlung eines Werklohns von 50.729,50 € (Restwerklohn von 60.829,50 € abzüglich mangelbedingten Minderwerts in Höhe von 10.100 €) verurteilt wird.

1. Die Anschlußrevision beanstandet mit Recht, daß das Berufungsgericht den Vergütungsanspruch der Klägerin nur Zug um Zug gegen Nachbesserung, diese Zug um Zug gegen Stellen einer Bauhandwerkersicherheit, zuerkennt. Nicht gefolgt werden kann der Ansicht der Anschlußrevision, daß der Klägerin der Werklohnanspruch ohne Einschränkung zusteht.

a) Nach den erst nach dem angegriffenen Urteil des Berufungsgerichts ergangenen Urteilen des Bundesgerichtshofs vom 22. Januar 2004 (VII ZR 183/02, BauR 2004, 826 und VII ZR 68/03, BauR 2004, 830) hat der Unternehmer auch nach Abnahme das Recht, eine Sicherheit zu verlangen, wenn der

Besteller noch Erfüllung des Vertrages verlangt. Dem Unternehmer steht in sinngemäßer Anwendung des § 648 a Abs. 5 BGB i.V.m. § 643 Satz 1 BGB das Recht zu, sich von seiner Mängelbeseitigungspflicht nach der Abnahme dadurch zu befreien, daß er eine Nachfrist zur Sicherheitsleistung setzt, verbunden mit der Ankündigung, die Vertragserfüllung (Mängelbeseitigung) danach zu verweigern. Nach fruchtlosem Fristablauf ist er von der Pflicht, den Vertrag zu erfüllen, befreit. Er kann auf diese Weise die endgültige Abrechnung herbeiführen, auch soweit die Leistung mangelhaft ist. In weiterer sinngemäßer Anwendung des § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB und des § 648 a Abs. 5 Satz 2 BGB steht ihm nach fruchtlosem Fristablauf nicht die volle vereinbarte Vergütung zu. Vielmehr hat er lediglich Anspruch auf Vergütung, soweit die Leistung mangelfrei erbracht ist, und Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens nach Maßgabe des § 648 Abs. 5 Satz 2 BGB. Das bedeutet, daß der Vergütungsanspruch des Unternehmers um den infolge eines Mangels entstandenen Minderwert zu kürzen ist. Sofern die Mängelbeseitigung möglich und nicht wegen unverhältnismäßig hoher Kosten verweigert werden kann, ist die Vergütung regelmäßig um die Kosten zu kürzen, die notwendig sind, um den Mangel beseitigen zu lassen, sonst um den Minderwert des Bauwerks (BGH, Urteil vom 9. Januar 2003 – VII ZR 181/00, BGHZ 153, 279).

b) Von diesem Recht hat die Klägerin Gebrauch gemacht. Sie hat vom Beklagten, der sich auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängel berufen hat, zu Recht für den offenen Werklohn Sicherheit verlangt. Sie hat weiter nach Ablehnung der Sicherheitsleistung durch die Beklagte erfolglos gemäß § 648 a Abs. 5, 645 BGB Nachfrist bis zum 21. Oktober 1998 gesetzt. Diese Frist ist fruchtlos abgelaufen. Danach gilt der Vertrag als aufgehoben. Die Klägerin kann nur noch den geltend gemachten Werklohn abzüglich des mangelbedingten Minderwertes verlangen. Dieser beträgt nach den von den Parteien nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts zu den vorhandenen Mängeln

10.100 €. Der Klägerin steht daher nur ein Werklohn in Höhe von 50.729,50 € (60.829,50 € abzüglich 10.100 €) zu. Entsprechend ist der Zinsauspruch anzupassen. Es sind also nur 6,75 % Zinsen aus € 41.363,40 seit 22. Oktober 1998 sowie 5 % über dem Basiszinssatz aus 9.366,10 € seit 18. Januar 2002 zuzusprechen. Zinsen zu einem früheren Zeitpunkt hat die Klägerin nicht beantragt.

2. Die Revision der Beklagten hat insoweit Erfolg, als die Beklagte zu der um den mangelbedingten Minderwert gekürzten Vergütung verurteilt wird.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 97 ZPO.

Dressler

Thode

Hausmann

Kuffer

Kniffka