
Datum: 29.10.1998
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 U 38/98
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:1998:1029.17U38.98.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 8 O 16/97

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 25. September 1997 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 20.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Beiden Parteien wird nachgelassen, die Sicherheitsleistung auch durch Bürgschaft einer Großbank, Genossenschaftsbank oder Sparkasse zu erbringen.

Die Beschwer der Klägerin überschreitet 60.000,00 DM.

Tatbestand:

Die Beklagten beauftragten die Klägerin durch Bauvertrag vom 05.05.1995 unter Einbeziehung der VOB/B mit der Errichtung einer Astron-Systemhalle, die als Fitneß- und Sportcenter genutzt werden sollte; die Parteien vereinbarten hierfür einen Pauschalpreis von 2.020.000,00 DM zuzüglich Umsatzsteuer. Gemäß § 6 des Bauvertrages sollte die Klägerin entsprechend dem Baufortschritt Abschlagszahlungen erhalten; die vorletzte Zahlung über 5 % sollte nach dem Zahlungsplan bei Fertigstellung des Objektes und die letzte, ebenfalls 5 % betragende Rate bei mängelfreier Abnahme fällig sein; wegen weiterer Einzelheiten wird auf den zur Akte gereichten Bauvertrag (Anlage zur Klageschrift vom 06.01.1997) Bezug genommen.

Während der Bauarbeiten stellte sich heraus, daß die Klägerin die äußere Stahlkonstruktion der Halle schief errichtet hatte, weshalb die Parteien - neben weiteren Vereinbarungen - den Pauschalpreis einvernehmlich um 50.000,00 DM auf 1.970.000,00 DM netto reduzierten; wegen weiterer Einzelheiten wird auf die "Zusätzliche Vertragsvereinbarung" vom 06.11.1995 (Blatt 50 ff der Gerichtsakte) verwiesen. 3

Am 04.04.1996 - nach weitgehender Fertigstellung der Halle - kam es zu einer gemeinsamen Besichtigung, wobei eine handschriftliche Mängelliste mit mehr als 100 Mängelpositionen angefertigt wurde. In der Folgezeit leiteten die Beklagten sodann vor dem Landgericht Dortmund ein selbständiges Beweisverfahren ein, in dessen Verlauf der Sachverständige V in seinem Gutachten vom 30.07.1997 eine Vielzahl von Mängeln feststellte, deren Beseitigungskosten er auf rd. 97.000,00 DM veranschlagte. 4

Die Beklagten leisteten während der Bauphase an die Klägerin Abschlagszahlungen in Höhe von 1.815.500,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer, insgesamt also in Höhe von 2.087.825,00 DM. Mit Rechnung vom 12.04.1996 forderte die Klägerin die vorletzte Abschlagszahlung über 98.500,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer, insgesamt 113.275,00 DM, an, die die Beklagten nicht bezahlten. 5

Am 31.12.1996 erteilte die Klägerin den Beklagten die Schlußrechnung für das Bauvorhaben, mit der sie neben der Restforderung aus der Pauschalpreisvereinbarung insgesamt 173.778,49 DM zuzüglich Mehrwertsteuer für Mehrleistungen berechnete; wegen der Einzelheiten wird insoweit auf die Schlußrechnung vom 30.12.1996 (Bl. 184 d.A.) verwiesen. 6

Mit ihrer im Januar 1997 erhobenen Klage hat die Klägerin die Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek über 113.275,00 DM sowie die Bezahlung der vorgenannten Abschlagsforderung geltend gemacht. Sie hat behauptet, die Halle sei im Sinne des Zahlungsplanes fertiggestellt, was sich bereits daraus ergebe, daß am 04.04.1996 eine Gesamtabnahme erfolgt sei. 7

Die Klägerin hat beantragt, 8

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, die Eintragung einer Sicherungshypothek in Höhe von 113.275,00 DM für die Klägerin im Grundbuch von C3, G, zu Lasten des Grundstücks der Beklagten, G1, für die Forderung der Kläger aus dem Bauvertrag vom 05.05.1995 auf eine Abschlagszahlung in Höhe von 5 % für die Fertigstellung des Bauwerks gemäß Abschlagsrechnung vom 12.04.1996 zu bewilligen, und zwar unter rangwahrender Ausnutzung der aufgrund der einstweiligen Verfügung des Amtsgerichts Kamen vom 15.08.1996 (Aktenzeichen 12 C 189/96) eingetragenen Vormerkung; 9

2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 113.275,00 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 22.05.1996 zu zahlen Zug um Zug gegen Abgabe der Löschungsbewilligung bezüglich der vorgenannten Bauhandwerkersicherungshypothek.

Die Beklagten haben beantragt, 11

die Klage abzuweisen. 12

Sie haben behauptet, es sei lediglich eine Teilabnahme der Halle erfolgt. Zudem sei die Halle wegen eines fehlenden Terrassenbelages, fehlender Piktogramme an der Außenfassade sowie sicherheitsrelevanter Mängel an den Betonfertigteilen noch nicht fertiggestellt. Schließlich stehe ihnen wegen Überschreitung der vereinbarten Bauzeit ein Vertragsstrafenanspruch gegen die Klägerin zu, mit dem die Beklagten hilfsweise die Aufrechnung erklärt haben. 13

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung im wesentlichen ausgeführt, die Klägerin könne die vorletzte Abschlagszahlung nicht verlangen, weil die Halle schon wegen des fehlenden Belages der Dachterrasse, die untrennbar mit dem Gebäude verbunden sei, noch nicht fertiggestellt sei; zudem könne eine Fertigstellung auch wegen der festgestellten gravierenden Mängel, für deren Beseitigung nach den Feststellungen des Sachverständigen eine Betriebsunterbrechung erforderlich sei, nicht angenommen werden. 14

Mit ihrer hiergegen eingelegten Berufung verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. Sie hat den Terrassenbelag inzwischen fertiggestellt und ist der Auffassung, die Fertigstellung der Halle ergebe sich sowohl aus der Gesamtabnahme als auch aus der Inbetriebnahme. Die Nachbesserungsarbeiten seien von den Beklagten verweigert worden, die zudem ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht allenfalls der letzten, nicht aber der vorletzten Abschlagsrechnung entgegenhalten könnten. 15

Die Klägerin beantragt, 16

das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Dortmund (Aktenzeichen 8 O 16/97) vom 25.09.1997 abzuändern und die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, 17

1. die Eintragung einer Sicherungshypothek in Höhe von 113.275,00 DM für die Klägerin in das Grundbuch von C3, G, zu Lasten des Grundstücks der Beklagten, G1, für die Forderung der Kläger aus dem Bauvertrag vom 05.05.1995 auf eine Abschlagszahlung in Höhe von 5 % für die Fertigstellung des Bauwerks gemäß Abschlagsrechnung vom 12.04.1996 zu bewilligen, und zwar unter rangwahrender Ausnutzung der aufgrund der einstweiligen Verfügung des Amtsgerichts Kamen vom 15.08.1996 (Aktenzeichen 12 C 189/96) eingetragenen Vormerkung;

2. an sie 113.275,00 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 22.05.1996 zu zahlen Zug um Zug gegen Abgabe der Löschungsbewilligung bezüglich der vorgenannten Bauhandwerkersicherungshypothek. 19

Die Beklagten beantragen, 20

die Berufung zurückzuweisen. 21

Die Beklagten sind der Auffassung, wegen der bereits vor Rechtshängigkeit erstellten Schlußrechnung sei die auf eine Abschlagszahlung gerichtete Klage bereits unzulässig. Im übrigen verteidigen die Beklagten unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen 22

Sachvortrages das angefochtene Urteil.

Wegen weiterer Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den vorgetragenen Inhalt der zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 23

Entscheidungsgründe: 24

A. 25

Die zulässige Berufung ist unbegründet, denn die Klägerin hat gegen die Beklagten weder einen fälligen Anspruch auf eine Abschlagszahlung gemäß § 16 Nr. 1 VOB/B in Verbindung mit § 6 des Bauvertrages, noch kann sie gemäß § 648 BGB die Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek verlangen. 26

I. 27

Auch unter Zugrundelegung ihres eigenen Vorbringens hat die Klägerin keinen fälligen Zahlungsanspruch gegen die Beklagten. 28

1. 29

Eine weitere Abschlagszahlung kann die Klägerin schon deshalb nicht verlangen, weil sie bereits vor Rechtshängigkeit der Klage eine Schlußrechnung erstellt hat, durch die ein etwaiger Anspruch auf eine Abschlagszahlung erloschen ist. 30

a) 31

Die in § 16 Nr. 1 VOB/B geregelte Abschlagszahlung bezweckt, den vorleistungspflichtigen Auftragnehmer zu entlasten und die gerade bei Bauleistungen mit der Vorfinanzierung verbundenen wirtschaftlichen Nachteile auszugleichen. Ist der Vertrag durch eine Kündigung des Auftraggebers beendet worden, braucht der Auftragnehmer - von Mängelbeseitigungsarbeiten abgesehen - weitere Leistungen nicht mehr zu erbringen; auch seine Vorleistungspflicht entfällt. Dann aber besteht kein Grund, den von weiterer Leistungsverpflichtung frei gewordenen Auftragnehmer durch Zubilligung eines Anspruchs auf Abschlagszahlung besonders zu schützen. Vielmehr hat der Auftragnehmer nunmehr die Möglichkeit, die Schlußrechnung zu stellen und seinen Zahlungsanspruch im Rahmen des Schlußabrechnungsverfahrens weiterzuverfolgen (vgl. BGH NJW 1985, Seite 1840 m.w.N.). Nach fast einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. OLG Celle OLGZ 1975, 320; OLG Zweibrücken BauR 1980, 482; Ingenstau/Korbion, § 16 VOB/B Rdn. 75; Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rdn. 1228; OLG Oldenburg, OLG-Report 1997, Seite 247) geht der Anspruch eines Unternehmers auf vereinbarte Abschlagszahlungen mit Erteilung der Schlußrechnung unter; der Senat schließt sich dieser Meinung an. 32

b) 33

Nach diesen Grundsätzen war die Klägerin bereits zum Zeitpunkt der Klageerhebung nicht mehr berechtigt, eine Abschlagszahlung zu verlangen, denn ihre Schlußrechnung ist am 30.12.1996 erstellt worden, während die Klage erst am 13.01.1997 beim Landgericht eingegangen ist. Mit Erteilung der Schlußrechnung hat die Klägerin dokumentiert, daß sie selbst ihre Werkleistung als fertiggestellt ansieht; zu weiteren Vorleistungen, die einen Anspruch auf Abschlagszahlungen rechtfertigen könnten, sah sie sich selbst nicht mehr verpflichtet. Aufgrund der Möglichkeit, aus der Schlußrechnung gegen die Beklagten vorzugehen, sind weitere Abschlagszahlungen auch zum Ausgleich der mit der 34

Vorfinanzierung verbundenen wirtschaftlichen Nachteile nicht erforderlich, und allein die gegenüber einem Anspruch aus der Schlußrechnung geringeren Anforderungen an die Fälligkeit einer Abschlagsforderung reichen für deren Rechtfertigung nach Erteilung der Schlußrechnung nicht aus, zumal andernfalls die an eine Schlußrechnung zu stellenden Anforderungen umgangen werden könnten.

Es ist im Streitfall auch nicht etwa unbillig, die Klägerin auf ihre Ansprüche aus der Schlußrechnung zu verweisen. Zwar mag im Einzelfall eine andere Beurteilung dort angebracht sein, wo die Verweisung auf die Schlußrechnung zu einer ungerechtfertigten Begünstigung eines säumigen Schuldners führen würde, doch hiervon kann im Streitfall keine Rede sein, weil den Beklagten gegenüber der Abschlagsforderung zumindest ein Zurückbehaltungsrecht zustand. 35

aa) 36

Grundsätzlich kann zwar eine Abschlagszahlung auch verlangt werden, wenn die abgerechnete Leistung mangelhaft ist, doch hat der Auftraggeber ein Zurückbehaltungsrecht wegen seines Anspruchs auf Mängelbeseitigung; er ist berechtigt, ein Mehrfaches des zur Mängelbeseitigung erforderlichen Betrages zurückzuhalten (vgl. BGH ZfBR 1988, 215 und NJW 1981, 2801 m.w.N.). 37

bb) 38

Die Voraussetzungen eines Zurückbehaltungsrechts lagen nach diesen Grundsätzen auch im Streitfall vor, denn bei der wenige Tage vor Erteilung der Abschlagsrechnung durchgeführten Baubesichtigung haben die Parteien mehr als 100 teilweise gravierende Mängel festgestellt. In der Folgezeit führte die Klägerin zwar Nachbesserungsarbeiten durch, doch noch bei der Ortsbesichtigung durch den Sachverständigen V am 21.01.1997 war eine Vielzahl von Werkmängeln vorhanden, deren Beseitigung nach den überzeugenden und im übrigen nicht substantiiert angegriffenen Feststellungen des Sachverständigen V einen Kostenaufwand in einer Größenordnung von 97.000,00 DM erforderte. 39

In diesem Zusammenhang sei angemerkt, daß die Klägerin aufgrund der zuvor erhaltenen Abschlagszahlungen ohnehin bereits mehr erhalten hatte, als ihr nach dem vereinbarten Zahlungsplan zustand, weil die Parteien es zunächst versäumt haben, die Abschlagszahlungen dem einvernehmlich reduzierten Pauschalpreis anzupassen. Dadurch haben die Beklagten bereits vor der streitgegenständlichen Abschlagszahlung 1.815.500,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer an die Klägerin bezahlt, obwohl sie bis dahin lediglich 90 % des reduzierten Pauschalpreises schuldeten, was einem Betrag von 1.773.000,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer entspricht. Die zu diesem Zeitpunkt noch offene Restforderung der Klägerin aus der Pauschalpreisvereinbarung betrug daher nur noch 154.500,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer und damit insgesamt lediglich 177.675,00 DM; daß den Beklagten angesichts der gravierenden Mängel noch ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der gesamten noch offenen Restforderung zustand, bedarf keiner weiteren Erörterung. 40

2. 41

Der Klägerin konnte auch aus ihrer Schlußrechnung vom 30.12.1996 kein Zahlungsanspruch zuerkannt werden. Grundsätzlich kann zwar eine auf Abschlagszahlung gerichtete Klage dahingehend umgestellt werden, daß die beklagte Partei nunmehr auf Zahlung eines Teilbetrages aus der Schlußrechnung in Anspruch genommen wird; eine Klageänderung liegt in einem solchen Fall regelmäßig nicht vor (BGH NJW 1985, 1840). Im Streitfall ist indessen 42

eine derartige Klageumstellung auch im Rahmen der im Senatstermin erfolgten ausführlichen Erörterung der Problematik nicht erfolgt, und eine entsprechende Umdeutung des Klagebegehrens scheidet im vorliegenden Fall aus. Hierbei war nämlich zu berücksichtigen, daß die Schlußrechnung nicht etwa von der Klägerin in das vorliegende Verfahren eingeführt worden ist, sondern von den Beklagten; dem Sachvortrag der Klägerin war nicht zu entnehmen, daß sie die Angaben in der Schlußrechnung überhaupt zum Gegenstand ihres Sachvortrages machen will.	
Es kann unter diesen Umständen daher dahinstehen, ob die Schlußrechnung der Klägerin prüffähig ist, was im Hinblick auf die darin in Rechnung gestellten Mehrleistungen zweifelhaft sein könnte, und ob den Beklagten gegenüber einem etwaigen Zahlungsanspruch aus der Schlußrechnung gleichfalls ein Zurückbehaltungsrecht zusteht.	43
II.	44
Die Klägerin hat gegen die Beklagten auch keinen Anspruch auf Bewilligung der Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek gemäß § 648 Abs. 1 BGB.	45
1.	46
Nach dieser Bestimmung hat der Bauunternehmer für seine Forderungen aus dem Vertrag einen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek am Baugrundstück des Auftraggebers. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung verlangen.	47
2.	48
Die gesetzlichen Voraussetzungen eines Anspruchs auf Eintragung einer Sicherungshypothek liegen im Streitfall nicht vor, denn auch unter Zugrundelegung des klägerischen Vorbringens läßt sich nicht feststellen, daß der Wert der von ihr erbrachten Leistungen die bisher erhaltenen Abschlagszahlungen in Höhe von 1.815.500,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer übersteigt.	49
a)	50
Der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 BGB verschafft dem Unternehmer ein bevorzugtes und durch die Möglichkeit, gemäß § 883 BGB eine Vormerkung eintragen zu lassen, schnell zu verwirklichendes Sicherungsmittel, das seine Rechtfertigung zum einen in der Vorleistungspflicht des Unternehmers und zum anderen in dem Mehrwert findet, den das Grundstück durch seine Leistung erfahren hat. Auf die Fälligkeit der Werklohnforderung sowie Abnahme des Werkes kommt es hierbei nicht an (BGH NJW 1977, 947).	51
Die Höhe der vom Unternehmer für seine Vergütung zu beanspruchenden Sicherungshypothek richtet sich, wie sich aus § 648 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt, nach dem jeweiligen Baufortschritt. Der Unternehmer hat daher Anspruch auf hypothekarische Sicherung seines Werklohnes nur in dem Umfang, in dem jeweils die von ihm geleistete Arbeit dem Wert nach der vereinbarten Vergütung entspricht (OLG Köln BauR 1998, 795 ff m.w.N.).	52
Diese Grundsätze sind auch im Falle einer (lediglich) mangelhaften Werkleistung anzuwenden, denn eine solche Leistung ist nicht die vollwertige geschuldete Leistung und	53

steht damit der Teilleistung vor Vollendung des Werks gleich, wobei es keine Rolle spielt, inwieweit die Mängelbeseitigung (noch) zur Vertragserfüllung oder (bereits) zur Gewährleistung zu rechnen ist (BGHZ 68, 180, 184).

b) 54

Nach diesen Grundsätzen kann es im Streitfall dahinstehen, ob eine Abnahme erfolgt ist oder ob von einer Fertigstellung des Objektes im Sinne des vereinbarten Zahlungsplanes auszugehen ist, denn unstreitig weist die Werkleistung der Klägerin gravierende Mängel auf. Der Sachverständige V hat im seinerzeit vor dem Landgericht Dortmund durchgeführten Beweissicherungsverfahren, dessen Akten der Senat verwertet hat, eine Vielzahl von Mängeln festgestellt, die von der Klägerin auch nicht mehr bestritten werden. Wegen der Einzelheiten wird insoweit auf das vorliegende Gutachten vom 30.07.1997 verwiesen. Nach den auch insoweit nicht angegriffenen Darlegungen des Sachverständigen liegen bereits die reinen Mängelbeseitigungskosten bei rd. 97.000,00 DM; in diesem Betrag sind die Kosten für die inzwischen erfolgte Fertigstellung des Terrassenbelages nicht enthalten. Der Wert der Werkleistung der Klägerin mindert sich mithin schon unter Zugrundelegung der inhaltlich unstreitigen Ausführungen des Sachverständigen V um den vorgenannten Betrag. 55

Es kommt hinzu, daß die Beseitigung der Mängel nach den Feststellungen des Sachverständigen notwendigerweise mit einer Betriebsunterbrechung verbunden ist, so daß die Nachbesserung naturgemäß zusätzliche Vermögenseinbußen für die Beklagten mit sich bringt. Die Klägerin hat die diesbezüglichen Feststellungen des Sachverständigen zwar bestritten, doch an der Notwendigkeit einer Betriebsunterbrechung hat der Senat unter Berücksichtigung des Umfangs und der Art der festgestellten Mängel keinen Zweifel. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß etwa in den Naßräumen und in der Küche in erheblichem Umfang Fliesenlegearbeiten erforderlich sind, um das erforderliche Gefälle zu den Bodeneinläufen herzustellen. Zudem müssen etwa 200 Quadratmeter Fußbodenbeläge aufgenommen und neu verlegt werden, und es müssen Reparatur- und Ergänzungsmaßnahmen an der Spannbeton-Hohlkörperdecke vorgenommen werden, was nach Einschätzung des Senates - ebenso wie die weiteren vorstehend aufgeführten Arbeiten - nur außerhalb des Nutzungsbetriebes möglich ist. Es kommt hinzu, daß es bei einer Nachbesserung in Anbetracht der Vielzahl der zu beseitigenden Mängel in der Halle zwangsläufig zu einer lebhaften Bautätigkeit kommen muß, die sich auf die sportlichen Aktivitäten, für die die Halle vorgesehen ist, außerordentlich störend auswirken würde. Da die Beklagten in der Halle ein Sportcenter betreiben, das naturgemäß auch in den Abendstunden sowie an Sonn- und Feiertagen geöffnet ist, können die erforderlichen Baumaßnahmen auch nicht etwa außerhalb der Öffnungszeiten durchgeführt werden; vielmehr steht zur sicheren Überzeugung des Senates fest, daß hierfür eine vorübergehende Schließung des Betriebes erforderlich ist. Das verteuert die Sanierung und entwertet die Leistung der Klägerin zusätzlich. 56

c) 57

Anhaltspunkte, aus denen sich gleichwohl ein die bisher geleisteten Abschlagszahlungen übersteigender Wert der klägerischen Leistungen ergeben könnte, sind von der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Klägerin weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich. 58

B. 59

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO, während sich die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO ergibt. 60
