BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 108/08

Verkündet am:
14. Januar 2010
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 633 Abs. 3 a.F., 637 Abs. 3

a) Der Auftragnehmer kann einen an den Auftraggeber gezahlten Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten zurückfordern, wenn feststeht, dass die Mängelbeseitigung nicht mehr durchgeführt wird. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Auftraggeber seinen Willen aufgegeben hat, die Mängel zu beseitigen.

b) Ein Rückforderungsanspruch entsteht auch dann, wenn der Auftraggeber die Mängelbeseitigung nicht binnen angemessener Frist durchgeführt hat.

c) Welche Frist für die Mängelbeseitigung angemessen ist, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände zu ermitteln, die für diese maßgeblich sind. Abzustellen ist auch auf die persönlichen Verhältnisse des Auftraggebers und die Schwierigkeiten, die sich für ihn ergeben, weil er in der Beseitigung von Baumängeln unerfahren ist und hierfür fachkundige Beratung benötigt.

d) Der Vorschuss ist trotz Ablauf einer angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung nicht zurückzuzahlen, soweit er im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zweckentsprechend verbraucht worden ist oder es feststeht, dass er alsbald verbraucht werden wird.

BGH, Urteil vom 14. Januar 2010 - VII ZR 108/08 - OLG Oldenburg
LG Osnabrück

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka und die Richter Bauner, Dr. Eick, Halfmeier und Leupertz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 17. April 2008 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung verurteilt worden ist.

Die Klage wird unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Osnabrück vom 23. November 2007 in Höhe von 2.423,52 € nebst Zinsen abgewiesen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin verlangt Rückzahlung eines Vorschusses auf Mängelbeseitigungskosten sowie Erstattung eines Minderungsbetrages.

2 Die Klägerin errichtete gemäß Bauvertrag vom 3. April 1993 für den Beklagten ein Wohnhaus mit Garage. Wegen zahlreicher Mängel nahm der Beklagte die Klägerin erfolgreich auf Zahlung von Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten in Anspruch. Das Gericht ging in jenem Verfahren von Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 37.581,18 € brutto aus.

3 Der gerichtliche Sachverständige hatte unter anderem festgestellt, dass das Dachfenster im Bad nicht den feuerpolizeilichen Vorschriften entsprach. Er hielt den Ausbau des Fensters, die Schließung der Dachöffnung und den Einbau einer Lüftung für erforderlich. Die Kosten hierfür bezifferte er auf 2.000 DM (1.022,58 €) netto. Zusätzlich zu diesem Betrag, der bei den Mängelbeseitigungskosten berücksichtigt ist, hielt er wegen des nun fehlenden Fensters eine Wertminderung von 4.740 DM (2.423,52 €) für angemessen. Diesen Betrag sprach das Gericht dem Beklagten zu.

4 Er und ein geringer Teil der Mängelbeseitigungskosten wurden mit einem Einbehalt des Beklagten verrechnet. Den Restbetrag zuzüglich Zinsen, insgesamt 42.712,57 €, zahlte die Klägerin am 30. Juli 2004 an den Beklagten.

5 Am 5. April 2005 beauftragte der Beklagte einen Architekten mit der Planung und Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten. Dieser holte Angebote verschiedener Firmen ein und gab Mängelbeseitigungsarbeiten in Auftrag. Sie waren zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 3. April 2008 noch nicht abgeschlossen. Bis dahin hatte der Beklagte an Architektenhonorar 5.160 € gezahlt und ihm sind von beauftragten Handwerkern 25.650,63 € in Rechnung gestellt worden. Nach seiner Behauptung hat er insgesamt Werklohn in Höhe von 30.810,63 € gezahlt. Darin ist ein Betrag von 1.635,60 € für die Mängelbeseitigung im Bad enthalten. Der Beklagte ließ zwar das alte Dachfenster ausbauen, die Dachöffnung aber nicht ver-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

schließen, sondern ein anderes, nach seinem Vortrag geeignetes Fenster einbauen.

6 Die Klägerin hat insgesamt 48.362,84 € eingeklagt. Das Landgericht hat ihr 45.015,27 € und Zinsen zugesprochen, in Höhe von 742,40 € festgestellt, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist, und im Übrigen die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht den Verurteilungsbetrag auf 38.656 € nebst Zinsen ermäßigt. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision des Beklagten, der weiterhin Klageabweisung begehrt.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision des Beklagten hat Erfolg.

8 Das für die Beurteilung maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

9 Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in BauR 2008, 1641 veröffentlicht ist, führt aus, der Klägerin stehe wegen nicht fristgemäßer Verwendung des zur Mängelbeseitigung gezahlten Vorschusses ein Rückzahlungsanspruch in Höhe von 36.232,48 € zu. Aus dem vertraglichen Charakter des Vorschussanspruchs folge, dass der Auftragnehmer, die Klägerin, berechtigt sei, den Vor-

schuss zurückzufordern, wenn der Auftraggeber, der Beklagte, die Mängelbeseitigung nicht innerhalb einer angemessenen Frist durchführe oder nicht mehr ernsthaft betreibe. In welcher Zeit der Auftraggeber die Nachbesserung vorzunehmen und eine Abrechnung zu erteilen habe, hänge von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab. Hier könne allenfalls eine Zeitspanne von eineinhalb Jahren nach Zahlung des Vorschusses angenommen werden, die Ende Januar 2006 abgelaufen sei. Erst danach habe der Beklagte die Mängel beseitigen lassen. Er könne diese Kosten dem Rückzahlungsbegehren der Klägerin nicht entgegenhalten. Der in der Literatur teilweise vertretenen Ansicht, dass der Vorschuss bei einer verspäteten Verwendung nicht zurückzuzahlen sei, sondern dass der Bauherr in diesem Fall nur die Kosten abrechnen könne, die bei rechtzeitiger Verwendung angefallen wären, könne nicht gefolgt werden. Denn aus dem vertraglichen Charakter des Rückzahlungsanspruchs und der Zweckgebundenheit des Vorschusses folge, dass nach Ablauf der angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung die Berechtigung des Bauherrn entfalle, den Vorschuss zu behalten. Der Beklagte könne lediglich die an den Architekten gezahlte Vergütung geltend machen, da er den Architekten innerhalb der Frist von eineinhalb Jahren beauftragt habe. Der Minderungsbetrag von 2.423,52 € stehe der Klägerin aus ungerechtfertigter Bereicherung zu. Er sei dem Beklagten im Vorprozess deswegen zuerkannt worden, weil durch den Ausbau des Dachfensters und das Verschließen der Dachöffnung eine Wertminderung eintrete. Diese Wertminderung sei wegen des vom Beklagten vorgenommenen Einbaus eines anderen Fensters nicht gegeben.

II.

10 Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

11 1. Das Berufungsgericht hat maßgebliche Umstände für die Beurteilung des Anspruchs auf Rückforderung eines Vorschusses auf Mängelbeseitigung unberücksichtigt gelassen. Die Revision des Beklagten führt deshalb zur Aufhebung und Zurückverweisung, soweit der Beklagte zur Rückzahlung des Vorschusses verurteilt worden ist.

12 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Auftraggeber eines Bauvertrags vom Auftragnehmer Vorschuss für die zur Beseitigung von Mängeln erforderlichen Aufwendungen verlangen (BGH, Urteil vom 2. März 1967 - VII ZR 215/64, BGHZ 47, 272, 273). Der Anspruch bestand bereits vor seiner gesetzlichen Kodifizierung durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (§ 637 Abs. 3 BGB). Er wurde von der Rechtsprechung aus dem Kostenerstattungsanspruch gemäß § 633 Abs. 3 BGB, § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B, aus Billigkeitsgründen nach § 242 BGB und auch in Anlehnung an § 669 BGB entwickelt. Es wäre unbillig, wenn der Auftraggeber sich nach Erschöpfung der für das Bauwerk vorgesehenen Gelder zusätzliche Mittel für Aufwendungen beschaffen müsste, die im Ergebnis der Auftragnehmer zu tragen hat (BGH, Urteil vom 13. Juli 1970 - VII ZR 176/68, BGHZ 54, 244, 247; Urteil vom 5. Mai 1977 - VII ZR 36/76, BGHZ 68, 372, 378; Urteil vom 14. April 1983 - VII ZR 258/82, BauR 1983, 365). Der Auftraggeber erhält durch die Vorschusszahlung die Möglichkeit, die Mängelbeseitigung ohne eigene Mittel zu betreiben.

13 b) Der Vorschuss ist zweckgebunden und vom Auftraggeber zur Mängelbeseitigung zu verwenden. Der Auftraggeber muss seine Aufwendungen für die Mängelbeseitigung nachweisen, über den erhaltenen Kostenvorschuss Abrechnung erteilen und den für die Mängelbeseitigung nicht in Anspruch genommenen Betrag zurückerstatten (BGH, Urteil vom 7. Juli 1988 - VII ZR 320/87, BGHZ 105, 103, 106). Es entsteht also ein Rückforderungsanspruch des Auf-

tragnehmers in Höhe des nicht zweckentsprechend verbrauchten Vorschusses. Dieser Anspruch ist kein Bereicherungsanspruch, sondern ein ebenfalls aus Treu und Glauben entwickelter Anspruch aus dem Vertragsverhältnis (vgl. BGH, Urteil vom 20. Mai 1985 - VII ZR 266/84, BGHZ 94, 330, 334; Mantscheff, BauR 1985, 389, 395; Kniffka, ibr-online-Kommentar, Stand 26. Mai 2009, § 637 Rdn. 84; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rdn. 1605; Achilles-Baumgärtel, Der Anspruch auf Kostenvorschuss im Gewährleistungsrecht, S. 99 f. m.w.N. auch zur Gegenmeinung).

14 c) Unter welchen Voraussetzungen der Anspruch auf Rückforderung des Vorschusses entsteht, hat der Bundesgerichtshof noch nicht abschließend geklärt. Diese Voraussetzungen werden in der Literatur unterschiedlich formuliert (vgl. Heiermann/Riedl/Rusam/Mansfeld, VOB, 11. Aufl., B § 13 Rdn. 137; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rdn. 1607; Ingenstau/Korbion-Wirth, VOB-Kommentar, 16. Aufl., B § 13 Nr. 5 Rdn. 205; Kapellmann/Messerschmidt-Weyer, VOB Teile A und B, 2. Aufl., B § 13 Rdn. 276; Donner in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB, 3. Aufl., B § 13 Rdn. 178). Unklar scheint insbesondere zu sein, inwieweit eine Rückforderung begründet ist, wenn der Auftraggeber den Vorschuss ganz oder teilweise nicht binnen angemessener Frist zur Mängelbeseitigung verwendet hat.

15 d) Maßgeblich für das Entstehen des Rückforderungsanspruchs ist der Wegfall des mit der Vorschusszahlung verbundenen Zweckes.

16 aa) Der Vorschuss wird dem Auftraggeber zweckgebunden zur Verfügung gestellt, damit dieser die Mängelbeseitigung vornimmt. Steht fest, dass die Mängelbeseitigung nicht mehr durchgeführt wird, so entfällt die Grundlage dafür, dass der Auftraggeber die ihm zur Mängelbeseitigung zur Verfügung gestellten Mittel behält. Der Rückforderungsanspruch wird zu diesem Zeitpunkt

fällig. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Auftraggeber seinen Willen aufgegeben hat, die Mängel zu beseitigen (vgl. BGH, Urteil vom 5. April 1984 - VII ZR 167/83, BauR 1984, 406, 408 = ZfBR 1984, 185). Dass der Auftraggeber den Willen aufgegeben hat, die Mängel zu beseitigen, muss der Auftragnehmer darlegen und beweisen. Für ihn kann eine widerlegbare Vermutung streiten, wenn die angemessene Frist für die Beseitigung der Mängel abgelaufen ist und der Auftraggeber binnen dieser Frist noch keine Maßnahmen zur Mängelbeseitigung ergriffen hat (Kniffka, ibr-online Kommentar, Stand 26. Mai 2009, § 637 Rdn. 87; Kohler in Beck´scher VOB-Komm., 2. Aufl., B § 13 Nr. 5 Rdn. 167).

17 Eine Rückzahlungspflicht entfällt allerdings, wenn der Auftraggeber mit seinem Schadensersatzanspruch wegen der Mängel aufrechnet (BGH, Urteil vom 7. Juli 1988 - VII ZR 320/87, BGHZ 105, 103, 106). Auch kann der Schadensersatzanspruch, wenn auch seine sonstigen Voraussetzungen gegeben sind, mit der Rechenschaft über die Verwendung des Vorschusses in der Weise verknüpft werden, dass der Besteller die Höhe der notwendigen Nachbesserungskosten dartut, ohne nachweisen zu müssen, ob, wie und in welchem Umfang die Mängel tatsächlich beseitigt worden sind (BGH, Urteil vom 24. November 1988 - VII ZR 112/88, BauR 1989, 201, 202).

18 Da der Beklagte auf einen Schadensersatzanspruch nicht zurückgegriffen hat, muss diese Möglichkeit im Folgenden nicht weiter berücksichtigt werden.

19 bb) Hat der Auftraggeber die Mängelbeseitigung durchgeführt, so muss er den Vorschuss abrechnen. Ergibt die Abrechnung einen Überschuss für den Auftraggeber, ist dieser an den Auftragnehmer zu zahlen (BGH, Urteil vom 20. Mai 1985 - VII ZR 266/84, BGHZ 94, 330, 334; Urteil vom 7. Juli 1988

- VII ZR 320/87, BGHZ 105, 103, 106). Der Rückforderungsanspruch wird jedenfalls mit Vorlage der Abrechnung fällig. Er wird aber auch ohne Vorlage einer Abrechnung fällig, wenn diese dem Auftraggeber möglich und zumutbar ist. Ist das ausnahmsweise nicht der Fall, kann eine Rückforderung noch nicht verlangt werden (vgl. BGH, Urteil vom 1. Februar 1990 - VII ZR 150/89, BGHZ 110, 205, 209 zu dem Fall, dass der Hauptunternehmer noch Vorschuss vom Nachunternehmer verlangen kann, weil der Besteller den an ihn gezahlten Vorschuss noch nicht abgerechnet hat).

20 cc) Ein Rückforderungsanspruch entsteht auch dann, wenn der Auftraggeber die Mängelbeseitigung nicht binnen angemessener Frist durchgeführt hat (Messerschmidt/Voit-Moufang, Privates Baurecht, § 637, Rdn. 40; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 6. Teil Rdn. 114; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rdn. 1607; Ingenstau/Korbion-Wirth, VOB-Kommentar, 16. Aufl., B § 13 Nr. 5 Rdn. 205; Mantscheff, BauR 1985, 389, 396; Koeble, Festschrift für Jagenburg, S. 371, 373). Denn die Zweckbindung erschöpft sich nicht allein darin, dass der Auftraggeber Mittel zur Mängelbeseitigung erhält. Er kann mit der Mängelbeseitigung nicht beliebig lange warten oder diese unangemessen verzögern. Vielmehr hat er diese Mittel im Interesse des Auftragnehmers an einer endgültigen Abrechung in angemessener Frist zu verwenden. Ist die Mängelbeseitigung binnen der angemessenen Frist nicht durchgeführt, ist der Zweck des Vorschusses in ähnlicher Weise verfehlt wie in dem Fall, dass die Mängelbeseitigung überhaupt nicht mehr stattfindet. Es ist auch dann grundsätzlich gerechtfertigt, den Rückforderungsanspruch entstehen zu lassen.

21 Welche Frist für die Mängelbeseitigung angemessen ist, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände zu ermitteln, die für diese maßgeblich sind (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 5. April 1984 - VII ZR 167/83, BauR 1984, 406, 408). Eine Anknüpfung an starre Fristen, wie sie teilweise in der Literatur ge-

nannt werden (Ingenstau/Korbion-Wirth, VOB-Kommentar, 16. Aufl., B § 13 Nr. 5 Rdn. 205; Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 4. Aufl, Teil 7 Rdn. 1386), verbietet sich von vornherein. Der Auftraggeber muss die Mängelbeseitigung ohne schuldhaftes Zögern in Angriff nehmen und durchführen. Es kann aber nicht allein darauf abgestellt werden, in welcher Zeit ein Bauunternehmer üblicherweise die Mängel beseitigt hätte. Vielmehr ist auch auf die persönlichen Verhältnisse des Auftraggebers abzustellen, dem die Mängelbeseitigungsmaßnahmen durch den Auftragnehmer dadurch aufgedrängt werden, dass dieser die Mängelbeseitigung nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist vorgenommen oder sie sogar endgültig verweigert hat. Insoweit müssen insbesondere auch die Schwierigkeiten berücksichtigt werden, die sich für den Auftraggeber ergeben, weil er in der Beseitigung von Baumängeln unerfahren ist und hierfür fachkundige Beratung benötigt. Mit Rücksicht darauf, dass der Auftragnehmer durch seine Vertragswidrigkeit die Ursache dafür gesetzt hat, dass der Auftraggeber die Mängelbeseitigung nunmehr selbst organisieren muss, ist ein großzügiger Maßstab anzulegen. Zweifel gehen insoweit zu Lasten des Auftragnehmers, der den Ablauf einer angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung unter Berücksichtigung einer sekundären Darlegungslast des Auftraggebers zu seinen persönlichen Umständen darzulegen und zu beweisen hat.

22 dd) Ein Rückforderungsanspruch kann nach den vorstehenden Erwägungen auch entstehen, wenn der Auftraggeber nach Ablauf der angemessenen Frist zwar mit der Mängelbeseitigung begonnen, diese jedoch nicht zum Abschluss gebracht hat. In diesen Fällen ist zu berücksichtigen, dass der Auftragnehmer nach Treu und Glauben gehindert sein kann, sein Recht durchzusetzen. Der Auftraggeber kann solche Einwände gegen die Durchsetzung des Rückforderungsanspruchs nach Ablauf einer angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung geltend machen, die sich aus den Besonderheiten des Vorschusses und seiner Zweckbindung herleiten und aus denen sich ein unabweisbares

Interesse daran ergibt, den Vorschuss trotz Ablauf der für die Mängelbeseitigung angemessenen Frist nicht zurückzahlen zu müssen. Diese Einwände muss er darlegen und gegebenenfalls beweisen. Allein der Umstand, dass ein gewisser Betrag der Mängelbeseitungskosten verbraucht ist, ist allerdings kein Grund, den Rückforderungsanspruch in Höhe des nicht verbrauchten Teils zu versagen. Dem Auftragnehmer ist es grundsätzlich nicht zuzumuten, nach Ablauf der angemessenen Frist für die Mängelbeseitigung die Ungewissheit hinzunehmen, ob und wie die Mängelbeseitigung fortgesetzt wird. Der Auftraggeber ist dadurch nicht rechtlos gestellt. Er kann nach erfolgter Mängelbeseitigung seinen Kostenerstattungsanspruch geltend machen oder auch mit einem Schadensersatzanspruch aufrechnen, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen. Ein von der Revision für den Fall angenommenes Leistungsverweigerungsrecht, dass der Auftraggeber die Arbeiten zu Ende führen will, besteht hingegen nicht.

23 Dagegen ist der Vorschuss entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht zurückzuzahlen, soweit er im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zweckentsprechend verbraucht worden ist. Denn der Auftragnehmer hat kein schützenswertes Interesse daran, dasjenige ausgezahlt zu bekommen, was er dem Auftraggeber als Kostenerstattung ohnehin schuldet. Würde er den Rückforderungsanspruch durchsetzen wollen, würde er gegen den allgemein anerkannten Grundsatz verstoßen, dass sich derjenige treuwidrig verhält, der einen Leistungsanspruch durchsetzt, obwohl er verpflichtet ist, das Erlangte sofort wieder herauszugeben: dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est (BGH, Urteil vom 21. Mai 1953 - IV ZR 192/52, BGHZ 10, 69, 75; Urteil vom 21. Dezember 1989 - X ZR 30/89, BGHZ 100, 30, 33; vgl. Weyer, BauR 2009, 28, 30, 31).

24 Ähnlich liegt der Fall, dass der Auftraggeber zwar die Kosten noch nicht hatte, diese ihm jedoch deshalb entstehen werden, weil er bereits Unternehmer mit der Mängelbeseitigung beauftragt hat. Auch in diesem Fall verstieße der Auftragnehmer, der trotz Zahlung des Vorschusses grundsätzlich zur Mängelbeseitigung verpflichtet bleibt, gegen Treu und Glauben, wenn er dem Auftraggeber diejenigen Mittel entziehen würde, die dieser für die Bezahlung der bereits beauftragten Unternehmer benötigt.

25 Es sind auch andere Fälle denkbar, die einen Rückforderungsanspruch ausschließen, wie z.B. der Fall, dass zwar Drittunternehmer noch nicht beauftragt sind, deren Beauftragung aber nach der Überzeugung des Gerichts unmittelbar bevorsteht, etwa weil wichtige Gewerke betroffen sind, die ohne Zweifel sofort zu erledigen sind.

26 Dass der Auftraggeber die Mängelbeseitigung insgesamt verzögert hat, fällt nicht entscheidend ins Gewicht, wenn feststeht, dass weitere Kosten alsbald entstehen. Dem Umstand, dass durch die Verzögerung eine Verteuerung der Mängelbeseitigung eintreten kann, wird dadurch Rechnung getragen, dass der Auftraggeber nur die für die Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten in Ansatz bringen kann und Verteuerungen durch vermeidbare Verzögerungen nicht erforderlich in diesem Sinne sind (vgl. OLG Frankfurt, BauR 1983, 156, 161).

27 e) Auf dieser Grundlage kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben.

28 aa) Der Senat kann nicht feststellen, dass der Beklagte zu irgendeinem Zeitpunkt nach Erhalt des Vorschusses nicht bereit gewesen ist, die Mängelbeseitigung durchzuführen und deshalb der Rückforderungsanspruch fällig geworden wäre. Der vom Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt spricht deutlich dagegen. Unstreitig hat der Beklagte einige Monate nach Erhalt des Vor-

schusses einen Architekten beauftragt, der alsbald Angebote verschiedener Firmen eingeholt hat. Es sind dann, wenn auch schleppend, Mängelbeseitigungsarbeiten in Auftrag gegeben worden. Ob dem Beklagten der Vorwurf gemacht werden kann, er habe die Mängelbeseitigung schuldhaft verzögert, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Eine vermeidbare Verzögerung stellt seinen Mängelbeseitigungswillen nicht in Frage.

29 bb) Das Berufungsgericht geht davon aus, dass bereits nach 1 1/2 Jahren die angemessene Frist zur Mängelbeseitigung abgelaufen sei. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Verfahrensrüge der Revision hat Erfolg. Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen nicht erkennen, wie es zu dieser Frist gelangt. Sie lassen deshalb auch nicht erkennen, ob das Berufungsgericht von dem Maßstab ausgegangen ist, den der Senat für maßgeblich hält. Angesichts der Notwendigkeit, einen Architekten mit der Sanierung zu beauftragen und den behaupteten Schwierigkeiten, die sich für den Beklagten ergaben, hätte das Berufungsgericht die relativ kurze Frist von 1 1/2 Jahren nachvollziehbar entwickeln müssen. Der Senat kann ohne weitere Aufklärung des streitigen Sachverhalts nicht einmal ausschließen, dass im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 3. April 2008 die angemessene Frist zur Beseitigung der Mängel noch nicht abgelaufen war.

30 cc) Das Berufungsgericht prüft auch nicht, ob die Klägerin nach Treu und Glauben gehindert ist, einen fälligen Rückforderungsanspruch durchzusetzen. Nach der Behauptung des Beklagten hat dieser bereits einen Betrag von über 30.000 € zur Mängelbeseitigung aufgewendet und ist zudem weitere Verpflichtungen eingegangen.

31 f) Das Berufungsurteil war nach allem aufzuheben, soweit der Beklagte zur Rückzahlung des Vorschusses verurteilt worden ist. Der Senat kann nicht

selbst entscheiden, so dass die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist. Es wird unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben.

32 2. Das Urteil des Berufungsgerichts hat auch keinen Bestand, soweit der Beklagte zur Zahlung von 2.423,52 € verurteilt worden ist. Insoweit ist die Klage abzuweisen.

33 Der Klägerin steht entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kein Anspruch aus § 812 BGB auf Erstattung des dem Beklagten im Vorprozess zuerkannten und von der Klägerin gezahlten Betrages von 2.423,52 € zu.

34 Der Rechtsgrund für diese Leistung der Klägerin ist nicht entfallen. Das Landgericht hat eine Wertminderung dafür ausgeurteilt, dass die Klägerin ein mangelhaftes Fenster eingebaut hat. Es ist, sachverständig beraten, davon ausgegangen, dass der Einbau eines anderen Fensters nicht möglich sei und die Dachfläche verschlossen werden müsse. Für die Entfernung des Fensters hat es einen Vorschussanspruch zugebilligt, für die danach verbleibende Wertminderung den Schadensersatzanspruch, den der Beklagte geltend gemacht hat. Das Landgericht hat damit den im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung durch das mangelhafte Fenster entstandenen Schaden abschließend beurteilt. Dass sich diese Beurteilung nachträglich als falsch erwiesen hat, weil die Dachfläche nicht vollständig verschlossen wurde, sondern der Beklagte ein anderes Fenster eingebaut hat, rechtfertigt den Bereicherungsanspruch nicht. Denn das durch ein rechtskräftiges Urteil Zugesprochene kann nicht nach § 812 BGB mit der Begründung zurückgefordert werden, der Rechtsstreit sei unrichtig entschieden worden (vgl. nur BGH, Urteil vom 17. Februar 1982 - IVb ZR 657/80, BGHZ 83, 278, 280).

35 Der Rechtsstreit ist insoweit zur Entscheidung reif, so dass die Klage abzuweisen ist.

Kniffka Bauner Eick

Halfmeier Leupertz

Vorinstanzen:
LG Osnabrück, Entscheidung vom 23.11.2007 - 3 O 1694/07 -
OLG Oldenburg, Entscheidung vom 17.04.2008 - 8 U 2/08 -