

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 635, 633 Abs. 3; VOB/B § 13 A

Zur zweckentsprechenden Verwendung eines Vorschusses auf Mängelbeseitigungskosten, wenn zwar nicht feststeht, ob, wie und in welchem Umfang tatsächlich nachgebessert worden ist, dem Empfänger des Vorschusses aber gegen den Gewährleistungspflichtigen in Höhe des geleisteten Vorschusses ein Schadensersatzanspruch zusteht (im Anschluß an Senatsurteil NJW 1988, 2728, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

BGH Urt. v. 24. November 1988 - VII ZR 112/88 - OLG Schleswig
LG Kiel

BUNDESGERICHTSHOF

16

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 112/88

URTEIL

Verkündet am
7. Dezember 1988
Seelinger-Schardt
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Baumeisters Rudolf W[REDACTED], We[REDACTED]straße [REDACTED], K[REDACTED] [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma S[REDACTED]-H[REDACTED] Bau- und Betreuungsgesellschaft
mbH & Co. KG, vertreten durch die persönlich haftende Gesell-
schafterin, die Firma S[REDACTED]-H[REDACTED]-Bau- und Betreuungsge-
sellschaft mbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer
Bernd Ü[REDACTED], D[REDACTED]straße [REDACTED], O[REDACTED] Post K[REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WI

- 2 -

Me

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 1988 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Bliesener, Prof. Quack, Dr. Thode und Dr. Haß

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Schleswig vom 10. Februar 1988 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Beklagte errichtete 1979 für die Eheleute S. als Bauherren ein Fertighaus, das im Juni 1980 fertiggestellt war. Das Verblendmauerwerk ließ sie auf der Grundlage der VOB/B durch den Kläger als Subunternehmer ausführen. Wegen mangelhafter Verfugungsarbeiten behielten die Bauherren vom Werklohn der Beklagten 12.770,30 DM ein.

Mit Schreiben vom 16. Februar 1981 erhob die Beklagte unter Hinweis auf ein eingeholtes Sachverständigengutachten gegenüber dem Kläger Mängelrügen. Am 5./6. März 1981 führte der Kläger Nachbesserungsarbeiten durch, die die Beklagte jedoch nicht abnahm, da sie keine Besserung des Zustandes erbrachten. Daraufhin behielt die Beklagte wegen eines Anspruchs auf Kostenvorschuß zur Mängelbeseitigung vom Werklohn des Klägers für ein anderes Bauvorhaben 5.650,- DM ein.

Durch Urteil des Landgerichts K. vom 9. Dezember 1981 wurden die Bauherren verurteilt, an die Beklagte den restlichen Werklohn von 12.770,30 DM Zug um Zug gegen Beseitigung der Schäden am Verblendmauerwerk zu zahlen. Grundlage für den damit zuerkannten Nachbesserungsanspruch bildete das eingeholte Gutachten des Sachverständigen L. vom 12. Oktober 1981, das die erforderlichen Kosten - ohne Berücksichtigung der Bauaufsicht - auf 17.250,- DM schätzte.

Mit Schreiben vom 5. April 1982 forderte die Beklagte den Kläger fruchtlos zur Mängelbeseitigung auf. Durch Urteil

vom 30. November 1982 wurde der Kläger dazu verurteilt, gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B an die Beklagte zusätzlich zu den von ihr bereits einbehaltenen 5.650,- DM als Kostenvorschuß zur Mängelbeseitigung weitere 11.850,- DM nebst 4 % Zinsen ab 6. Mai 1982 zu zahlen. In dem Gesamtbetrag von 17.500,- DM sind 250,- DM für die Kosten der Bauaufsicht enthalten.

Am 9. März 1983 einigte sich die Beklagte - ohne Hinzuziehung des Klägers - mit den Eheleuten S. vergleichsweise dahingehend, daß die Beklagte auf ihre restliche Werklohnforderung von 12.770,30 DM verzichtete, während die Bauherren die Mängelbeseitigung auf eigenes Risiko übernahmen. Gleichwohl veranlaßte die Beklagte, nachdem das von ihr erstrittene Urteil am 21. April 1983 rechtskräftig geworden war, den Kläger noch im Mai 1983 unter Androhung der Zwangsvollstreckung, den vollen ausgeurteilten Kostenvorschuß zu zahlen.

In der Folgezeit forderte der Kläger die Beklagte mehrfach, unter anderem mit Schreiben vom 20. Januar 1986 unter Fristsetzung zum 7. Februar 1986, vergeblich auf, über die Verwendung des Kostenvorschusses Auskunft zu erteilen und den Vorschuß zurückzuzahlen, soweit er nicht bestimmungsgemäß verwendet wurde. Mit seiner Klage hat der Kläger geltend gemacht, die Beklagte sei zur Rückzahlung des Vorschusses verpflichtet, weil sie ihn nach der mit den Bauherren getroffenen Vereinbarung nicht mehr zur Mängelbeseitigung habe verwenden und darüber auch nicht abrechnen können. Er hat zunächst beantragt, die Beklagte zur Zahlung von

17.500,- DM nebst Zinsen zu verurteilen. Am 20. Mai 1986 zahlte die Beklagte 3.534,64 DM an den Kläger, der daraufhin den Rechtsstreit insoweit für erledigt erklärt und nur noch die Zahlung von 13.965,36 DM nebst Zinsen begehrt hat.

Das Landgericht hat dem Klageantrag - bis auf eine Teilabweisung des Zinsanspruchs - stattgegeben. Mit ihrer Berufung hat die Beklagte die Abweisung der Klage in Höhe von 12.770,30 DM erstrebt. Das Berufungsgericht ist dem gefolgt und hat den zu zahlenden Betrag dementsprechend auf 1.195,06 DM nebst Zinsen herabgesetzt (sein Urteil ist veröffentlicht NJW - RR 1988, 1105) . Mit der - zugelassenen - Revision, die die Beklagte zurückzuweisen bittet, begehrt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Beklagte den erlangten Kostenvorschuß in Höhe von 12.770,30 DM zweckgerecht verwendet habe, da sie ihn für eine vergleichsweise Regelung eingesetzt habe, die im Ergebnis auch für den Kläger günstiger ausgefallen sei als eine tatsächliche Nachbesserung. Das ergebe sich nicht nur aus der Kostenschätzung des Sachverständigen im Vorprozeß, die - ohne die Kosten der Bauüberwachung - mit einem Betrag von 17.250,- DM abschließt, sondern auch aus dem 1981 eingeholten Kostenvoranschlag, der ohne die vom Sachverständigen für erforderlich

gehaltenen Lüftungsöffnungen Kosten von 14.209,75 DM ausweist. Dieses Ergebnis sei im übrigen unbedenklich, weil die notwendigen Mängelbeseitigungskosten auch gemäß § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B als Schadensersatz hätten geltend gemacht werden können. Schließlich handele der Kläger hier rechtsmißbräuchlich, wenn er sich die durch die Vereinbarung der Beklagten mit den Bauherren erlangte Freistellung von Gewährleistungspflichten zunutze machen, andererseits aber nicht für die "Kosten" dieser auch ihn wirtschaftlich begünstigenden Lösung aufkommen wolle.

2. Gegen diese Erwägungen wehrt sich die Revision vergeblich.

a) Der von der Rechtsprechung gewährte Vorschußanspruch ist letztlich - unter Anlehnung an § 669 BGB - aus Billigkeitsgründen nach § 242 BGB entwickelt worden (Senatsurteile BGHZ 68, 372, 378; 94, 330, 334, jeweils m.N.). Damit sind aber auch bei der Beurteilung der Frage, ob ein Vorschuß bestimmungsgemäß verwendet wird, die Grundsätze von Treu und Glauben zu beachten.

Es braucht nicht abschließend entschieden zu werden, unter welchen Voraussetzungen jeweils angenommen werden kann, daß ein Kostenvorschuß zweckentsprechend verwendet worden ist, auch wenn - wie hier - nicht feststeht, ob, wie und mit welchem Aufwand die Mängel beseitigt worden sind, zu deren Behebung der Vorschuß an sich dienen soll.

Immerhin sollten nach der von der Beklagten getroffenen Vereinbarung die Bauherren - gegen Verzicht der Beklagten auf den ausgeurteilten Zahlungsanspruch - endgültig das volle Risiko tragen, ob bzw. inwieweit die Nachbesserung tatsächlich gelingt. Außerdem war die von der Beklagten für diese Vereinbarung zu erbringende Gegenleistung nach den auch von der Revision nicht in Frage gestellten Feststellungen des Berufungsgerichts deutlich geringer als die Kosten einer Nachbesserung durch Dritte. Die Regelung kam deshalb letztlich auch dem Kläger als dem eigentlich für die Mängel Verantwortlichen zugute. Denn dadurch wurde er gegenüber der Beklagten von seiner Gewährleistungspflicht frei und behielt dennoch einen Anspruch auf Rückzahlung eines weitaus höheren Teiles des Kostenvorschusses, als er sich bei einer Mängelbeseitigung durch Dritte ergeben hätte.

Andererseits ist es mit der Natur des Kostenvorschusses als vorweggenommenem Aufwendungsersatz gemäß §§ 633 Abs. 3 BGB, 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (vgl. Senatsurteile BGHZ 94, 330, 334; NJW 1983, 2191 Nr. 4 m.w.N.) nur schwer vereinbar, an seine Abrechnung geringere Anforderungen zu stellen als an den Nachweis bereits entstandener Mängelbeseitigungskosten, wenn Aufwendungsersatz nach tatsächlich vorgenommener Nachbesserung verlangt wird. Auch ist die Gefahr durchaus nicht von der Hand zu weisen, daß je nach Lage des Falles bei einer Einigung zwischen dem Vorschußberechtigten und seinem Gläubiger über berechnete Belange des letztlich Nachbesserungspflichtigen (hier des Subunternehmers) ohne dessen Beteiligung allzu leicht hinweggegangen wird.

Unbedenklich ist es jedoch - mit dem Berufungsgericht -, in Fällen der vorliegenden Art den Vorschuß jedenfalls dann noch als zweckentsprechende Verwendung anzusehen, wenn dem Berechtigten gegen den Gewährleistungspflichtigen in gleicher Höhe ein Schadensersatzanspruch zusteht, der gerade auf den zur Mängelbeseitigung notwendigen Betrag gerichtet sein kann und noch nicht einmal abgerechnet zu werden braucht (Senatsurteil BGHZ 99, 81). Wie der Senat erst vor kurzem entschieden hat (NJW 1988, 2728 zur Veröffentlichung im BGHZ bestimmt), ist der Besteller auch nach Empfang eines Kostenvorschusses grundsätzlich nicht gehindert, vor dessen bestimmungsgemäßer Verwendung Schadensersatz zu verlangen. Mit einem solchen Anspruch kann der Besteller gegen die Forderung des Unternehmers auf Rückgewähr des Vorschusses aufrechnen.

Das ist aber nicht der einzige Weg, den Anspruch geltend zu machen. Nach dem die Gewährung wie die Abwicklung eines Kostenvorschusses beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben kann vielmehr 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. Das ist allein sach- und interessen-gerecht. So werden unnötige und u.U. verwickelte Umwege vermieden und doch die schutzwürdigen Belange aller Beteiligten gewahrt.

Daß der Beklagten hier in Höhe des Betrages, mit dem sie die Bauherren durch Werklohnverzicht abgefunden hat und der die notwendigen Kosten der Mängelbeseitigung durch Dritte sogar deutlich unterschreitet, gemäß § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B ein Schadensersatzanspruch gegen den Kläger zusteht, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei und von der Revision unbeanstandet festgestellt.

b) Wenn die Beklagte den zuerkannten Kostenvorschuß noch nach dem Abschluß der mit den Bauherren getroffenen Vereinbarung in voller Höhe eingezogen hat, so berührt das die Entscheidung schon deshalb nicht, weil der Kläger insoweit keine Schadensersatzansprüche geltend gemacht hat. Sein bloßer Hinweis auf "ein die Tatbestandsmerkmale des § 826 BGB erfüllendes Verhalten" kann die konkrete Darlegung eines Schadensersatzanspruchs (insbesondere des Schadens) nicht ersetzen. Im übrigen könnte sich insoweit ein Schaden nur aus der Einziehung des über 12.770,30 DM hinausgehenden Kostenvorschusses ergeben, da der "Vergleichsbetrag" selbst zweckentsprechend verwendet wurde.

3. Damit ist die Revision mit der Kostenfolge des § 97
Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Girisch

Bliesener

Quack

Thode

Haß