

VII ZR 121/62

2188 024

Verkündet am 27. Juni 1963  
Jodas,  
Just. Angest.  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Frau Hildegard K [REDACTED], B [REDACTED]-G [REDACTED], T [REDACTED]  
straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

die Hermann L [REDACTED] K.G., B [REDACTED], L [REDACTED] Straße [REDACTED],  
vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter  
Hermann L [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 27. Juni 1963 unter Mitwirkung  
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel,  
Dr. Heimann-Trosien, Erbel und Dr. Finke  
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des  
16. Zivilsenats des Kammergerichts vom 7. Mai 1962 auf-  
gehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung,  
auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsge-  
richt zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin ist Fliesenlegermeister. Er hat - vor der Umwandlung seines Unternehmens in die klagende Kommanditgesellschaft - im Badezimmer des Hauses der Beklagten die Fliesen verlegt sowie Mosaikarbeiten ausgeführt und der Beklagten hierüber zwei Rechnungen ausgestellt.

Die Rechnung über das Verlegen der Fliesen hat die Beklagte bis auf 2.407,41 DM bezahlt. Diesen Restbetrag hat die Klägerin mit Erfolg eingeklagt. In jenem Rechtsstreit hat der Sachverständige G. [REDACTED] die Kosten für die Beseitigung von ihm festgestellter Mängel mit 510,70 DM angegeben. Die von der Beklagten wegen dieser Mängel erhobene Einrede des nicht erfüllten Vertrages hatte keinen Erfolg, weil die Forderung der Klägerin für das Verlegen des Mosaiks noch nicht eingeklagt war.

Nach Abschluß jenes Verfahrens hat die Klägerin im Bad der Beklagten Nachbesserungsarbeiten ausgeführt. Diese haben nach Behauptung der Beklagten nicht zum gewünschten Erfolg geführt.

Im anhängigen Rechtsstreit hat die Klägerin den Rechnungsbetrag von 1.409,12 DM nebst Zinsen für die Mosaikarbeiten eingeklagt. Die Beklagte hat unter Hinweis auf die trotz der Nachbesserung noch vorhandenen Mängel Klagabweisung beantragt.

Das Landgericht hat einen gewissen Minderwert des Hauses als Folge der noch nicht behobenen Mängel an der Verkleidung des Bades angenommen und diesen auf 30% der Rechnungssumme von 1.409,12 DM, d.h. 422,72 DM geschätzt (§ 287 ZPO). Demgemäß hat es der Klage in Höhe von 986,40 DM nebst Zinsen stattgegeben. Das Kammergericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

- 3 -

Mit ihrer vom Kammergericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die volle Abweisung der Klage. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

### Entscheidungsgründe:

#### I.

Unbegründet ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Vorgänge, die sich aus den Akten des Vorprozesses über die Restforderung für das Verlegen der Fliesen ergeben, nicht im Tatbestand des angefochtenen Urteils als von den Parteien vorgetragen behandeln dürfen.

Beide Parteien haben sich in ihren Schriftsätzen wiederholt auf die Akten des vom Berufungsgericht entschiedenen Vorprozesses berufen. Namentlich die Beklagte hat im Schriftsatz vom 4. Oktober 1961 (S. 1 und 3) das Ergebnis des Vorprozesses vorgetragen und sich wegen der Einzelheiten auf die Akten bezogen. Die Beklagte legt auch in ihrer Revisionsbegründung nicht dar, welche Vorgänge des Vorprozesses das Berufungsgericht zu Unrecht als unstreitig behandelt haben sollte und inwiefern sie dadurch beschwert sein könnte.

#### II.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß auch dann, wenn die von der Beklagten behaupteten Mängel vorhanden sind, die Klageforderung in der vom Landgericht zuerkannten Höhe von 986,40 DM aus Rechtsgründen bestehe. Demgemäß hat es nicht festgestellt, ob die Fliesen und das Mosaik so mangelhaft verlegt sind, wie die Beklagte behauptet, sondern es hat die Mängel unterstellt.

Auf die insoweit von der Revision erhobenen Verfahrensrügen kommt es somit nicht an.



III.

Die Rechtsansicht, von der das Berufungsgericht bei seiner Sachentscheidung ausgeht, kann nicht gebilligt werden.

1. Unrichtig ist zunächst die Ansicht, die Beklagte habe mit ihrem Entschluß, von der Klägerin Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, die Möglichkeit verloren, sich auf Wandlung oder Minderung zu berufen. Es spricht nichts dagegen, daß der Besteller im Rechtsstreit zur Abwehr des Vergütungsanspruchs des Auftragnehmers die Gewährleistungsrechte hilfsweise nebeneinander geltend machen kann. Zu Unrecht beruft sich das Berufungsgericht für seine gegen-  
teilige Ansicht auf Staudinger, Komm.z. BGB, 11. Aufl. § 635 Anm. 6 a. Dort ist das nicht gesagt, vielmehr heißt es in Anm. 3 aaO, der Besteller könne die Gewährleistungsansprüche auf Wandlung oder Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 635 BGB nach seiner Wahl geltend machen, auch mehrere dieser Rechte im Eventualverhältnis zueinander. Das entspricht auch der ständigen Rechtsprechung zu der für den Kauf geltenden entsprechenden Bestimmung des § 463 BGB (RGZ 87, 237, 239; 131, 343, 346; RGR Komm. § 463 Anm. 10; vgl. auch BGHZ 29, 148, 156). Es ist dem Besteller also unbenommen, sich gegenüber der Werklohnklage des Unternehmers nebeneinander hilfsweise auf die kein Verschulden des Unternehmers voraussetzenden Rechtsbehelfe der Wandlung oder der Minderung zu berufen oder der Werklohnforderung einen an strengere Voraussetzungen geknüpften Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung entgegenzusetzen.

Entsprechendes hat nach der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) zu gelten, deren Anwendung auf das Vertragsverhältnis die Parteien vereinbart haben. Ob diese allerdings auch das Wandlungsrecht vorsieht, braucht bei dem gegenwär-

tigen Stand des Rechtsstreits nicht entschieden werden.

2. Einen Schadensersatzanspruch der Beklagten wegen Nichterfüllung aus § 13 VOB (B) verneint das Berufungsgericht schon deshalb, weil der Besteller nicht auf dem Umweg über diesen Anspruch die ordnungsmäßige Erfüllung durchsetzen dürfe, die er nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift (§§ 634 Abs. 1 S. 3, 635 BGB) nicht mehr vom Unternehmer beanspruchen könne, wenn er erfolglos Nachbesserung gefordert habe. Es schließt sich insoweit der Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln vom 15. Dezember 1959 (NJW 1960, 1256) an.

a) Die vom Oberlandesgericht Köln in der angeführten Entscheidung vertretene Ansicht hat der erkennende Senat inzwischen im Urteil VII ZR 250/60 vom 14. Juni 1962 (VersR 1962, 1062) abgelehnt. Im Wege des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung (§ 635 BGB) kann der Besteller vom Unternehmer neben dem Ersatz anderer Schäden auch Ersatz der zur Beseitigung der Mängel erforderlichen Kosten verlangen. Dieser Schadensersatzanspruch, der regelmäßig auf eine Geldzahlung geht, ist schon seinem Inhalt nach von dem Anspruch auf Erfüllung des Werkvertrages durchaus verschieden.

b) Das Berufungsgericht verkennt aber auch das von der Beklagten im anhängenden Rechtsstreit verfolgte Ziel. Die Beklagte verlangt von der Klägerin nicht die ordnungsmäßige Erfüllung des Werkvertrages, also die mängelfreie Verlegung der Fliesen und des Mosaiks. Sie fordert nicht einmal den hierfür erforderlichen Betrag. Sie erstrebt lediglich die volle Abweisung der eingeklagten Werklohnforderung. Unter den Voraussetzungen des § 635 BGB kann aber der Auftraggeber über den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. Er kann die Rücknahme des Werkes verlangen und die Zahlung jeglicher Vergütung verweigern, und zwar ohne

nachweisen zu müssen, daß er kein Interesse daran hat, das mangelhafte Werk zu behalten (BGHZ 27, 215, 218).

aa) Das gilt auch für den Schadensersatzanspruch nach § 13 Ziff. 7 Abs. 2 VOB (B). Denn auch nach dieser Vorschrift kann der Auftraggeber den - über den Schaden am Bauwerk (Abs.1) hinausgehenden - vollen Schaden wegen Nichterfüllung unter den dort genannten weiteren Voraussetzungen, die das Berufungsgericht hier als gegeben unterstellt hat (BU S. 6 "grobe Fahrlässigkeit", "Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik"), geltend machen.

An die Stelle der beiderseitigen Vertragspflichten tritt der Schadensersatzanspruch. Dieser bezieht sich hier, soweit ersichtlich, nur auf das Mosaik, denn die nach dem Vertrag geschuldete abteilbare weitere Leistung, die verlegten Fliesen, will die Beklagte offenbar behalten und hat sie auch bezahlt.

bb) Ist nur der Tatbestand des "kleinen" Schadensersatzanspruchs nach § 13 Ziff. 7 Abs.1, ohne die weiteren Voraussetzungen des "großen" Schadensersatzanspruchs nach § 13 Ziff. 7 Abs. 2 VOB (B) gegeben, so muß die Beklagte das Werk behalten. Sie kann jedoch den Werklohn mindern und außerdem den Schaden an dem Bauwerk, etwa einen durch das schlecht ausgeführte Mosaik bedingten merkantilen Minderwert des Hauses ersetzt verlangen (BGHZ 9, 98). Dieser Schadensersatzanspruch steht dann der geminderten Werklohnforderung aufrechenbar gegenüber.

#### IV.

Der Sachverständige G [REDACTED] hat im ersten Rechtsstreit den zur Beseitigung der Mängel erforderlichen Betrag von 510, 70 DM angegeben. Dieser Betrag hat in jenem Verfahren, wie bereits ausgeführt, keine Berücksichtigung gefunden. Im

anhängigen Rechtsstreit, in dem über die Rechnungsforderung für die Mosaikarbeiten zu entscheiden ist, hat das Landgericht den Minderwert des Hauses auf 422, 72 DM geschätzt.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe von seinem Standpunkt aus sowohl den Schaden an den Fliesen mit 510,70 DM, als auch den Schaden am Mosaik mit 422,72 DM berücksichtigen müssen.

Sofern es hierauf im weiteren Verfahren ankommen sollte, bleibt dies zu prüfen.

V.

Aus vorstehenden Gründen ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann

Rietschel

Bundesrichter  
Heimann-Trosien  
hat seinen Urlaub  
angetreten und ist  
an der Unterzeich-  
nung verhindert.

Erbel

Finke

Glanzmann