

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 398, 634, 472

Wird eine Werklohnforderung teilweise abgetreten, so kann der minderungsberechtigte Besteller die Minderung grundsätzlich nur gegenüber jeder der Teilforderungen im Verhältnis ihrer Höhe verlangen.

Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B
§ 13 Nr.5 Abs. 2

Hat sich der Auftragnehmer bei der Bauausführung als so unzuverlässig erwiesen, daß der Auftraggeber nicht zu ihm das Vertrauen zu haben braucht, er werde erforderlich gewordene Nachbesserungsarbeiten ordnungsgemäß ausführen, so kann der Auftraggeber ohne vorherige befristete Aufforderung an den Auftragnehmer die Mängel auf dessen Kosten abstellen lassen.

Urt. des BGH v. 8. Dezember 1966-VII ZR 144/64-OLG Karlsruhe
LG Mannheim

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 144/64

URTEIL

Verkündet am
8. Dezember 1966
Jodas,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der V[REDACTED]bank eGmbH in M[REDACTED] C[REDACTED], [REDACTED], vertreten
durch ihre Vorstandsmitglieder Direktor Oskar B[REDACTED]
und Karl H[REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. h.c. [REDACTED] -

gegen

die Firma Kondensatorenfabrik Wilhelm W[REDACTED]
M[REDACTED]-N[REDACTED], Wa[REDACTED]str. [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. November 1966 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Karlsruhe vom 4. März 1964 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von 38.896 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 5. Oktober 1955 abgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, zugleich über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Bauunternehmer St. [REDACTED] errichtete im Frühjahr 1955 für die Beklagte in Ma. [REDACTED], Wa. [REDACTED]straße, auf Grund des Auftrags vom 18. Februar 1955 ein Fabrikgebäude im Rohbau. Von seiner restlichen Werklohnforderung über 67.377,51 DM hat St. [REDACTED] einen Teil von 40.296 DM an die Klägerin abgetreten. Diese hat den genannten Betrag nebst Zinsen eingeklagt. Die Beklagte hat die Zahlung verweigert, weil der Beton der Decke unter dem 3. Obergeschoß nicht die vereinbarte Druckfestigkeit B 225 aufweise. Die Baubehörde hat deshalb die Aufstellung von Maschinen untersagt. Ferner seien Stützen schlecht gearbeitet und von den Stahlträgern zum Teil der Beton abgeplatzt, was kostspielige Ausbesserungsarbeiten erfordert habe. Sie hat ferner erklärt, daß sie hilfsweise mit einem Schadensersatzanspruch von mindestens 100.000 DM aufrechne, der sich aus der verminderten Tragfähigkeit der Decke ergebe.



Die Klägerin hat eingeräumt, daß die vereinbarte Betongüte B 225 nicht überall erreicht sei, jedoch bestritten, daß dadurch die Gebrauchsfähigkeit des Gebäudes beeinträchtigt werde.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin den Klageanspruch in Höhe von 38.896 DM nebst Zinsen weiter. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht billigt der Beklagten gegenüber der Klageforderung von 40.296 DM Minderungsrechte und Gegenansprüche in Höhe von insgesamt 41.332 DM zu. Sie umfassen einen merkantilen Minderwert des Gebäudes von 12.000 DM, eine in der Verwendung geringwertigeren Betons liegende Minderleistung an Material im Werte von 1.400 DM, die an die Firma A. [REDACTED] für Nachbesserungsarbeiten gezahlten 7.932 DM und Mehrkosten von 20.000 DM durch Ausgestaltung der für Fabrikräume bestimmten, aber mangels ausreichender Tragfähigkeit der Decke ungeeigneten Räume im 3. Geschoß als Büroräume. Hiernach hält das Berufungsgericht die Klagforderung für erloschen.

Den Abzug von 1.400 DM von der Klagforderung wegen Materialersparnis läßt die Revision gelten. Hieraus ergibt sich der Revisionsantrag.

II.

Das Berufungsgericht geht von dem Auftragsschreiben der Beklagten vom 18. Februar 1955 und der darin angeführten Ausschreibung vom 29. Dezember 1954 aus, wonach der Bau-

unternehmer St. [REDACTED] die Errichtung eines Fabrikgebäudes übernommen hat. Es stellt fest, der Fabrikbau sei für "Leichtbetrieb" i.S. von DIN 1055 Bl. 3 Ziff. 6.17 bestimmt, denn hierauf seien die statischen Berechnungen ausgerichtet gewesen. DIN 1055 Bl. 3 Ziff. 6.17 schreibe für solche Bauten eine Tragfähigkeit der Decken von 500 kg/m^2 vor bei "vorwiegend ruhenden" Lasten. Aus der Ausschreibung habe sich weiter ergeben, daß für die Decken und Stützen ein Beton der Druckfestigkeit B 225 verlangt wurde.

Den Sachverständigengutachten folgend stellt das Berufungsgericht weiter fest, daß zwar eine Tragfähigkeit der Decken von 500 kg/m^2 für "ruhende" Lasten erreicht sei, die Druckfestigkeit des Betons aber entgegen dem Vertrag nicht überall B 225 betrage, insbesondere nicht bei der Decke über dem 2. Obergeschoß. Auch hätten ein schlechtes Mischungsverhältnis und Zusätze von zu stark Luftporen bildendem Material dazu geführt, daß der Beton an zahlreichen Stellen von den Stahleinlagen abplatzte.

III.

Das Berufungsgericht folgt sodann dem Sachverständigen Dipl.-Ing. Lenz, der in seinem Gutachten vom 11. Juli 1961 infolge der B 225 nicht erreichenden Druckfestigkeit des Betons eine den merkantilen Minderwert umfassende Wertminderung des Bauwerks um 12.000 DM im einzelnen errechnet hat.

1.) Die Revision meint, das Gebäude weise überhaupt keinen derartigen Mangel auf. Die Beklagte habe ein Fabrikgebäude in Auftrag gegeben, dessen Decken eine Tragfähigkeit von 500 kg/m^2 bei ruhenden Lasten aufzuweisen hätten. Diese sei erreicht.

Damit kann die Revision nicht durchdringen.

a) Die Decke über dem 2. Obergeschoß ist den Feststellungen zufolge bloß für "nur ruhende" Lasten geeignet (BUS 7/8). Nach den Bestimmungen in DIN 1055 Bl.3 Ziff.1.4 und Ziff.6.17, auf die sich die Revision beruft, hätte sie für "vorwiegend ruhende" Lasten geeignet sein müssen. Das übersieht die Revision.

b) Hiervon abgesehen gilt folgendes:

Welche Tragfähigkeit die Decken unter Berücksichtigung der Zweckbestimmung des Gebäudes haben müßten, hatte der Statiker zu berechnen. Er hatte auf dieser Grundlage die Dicke der Decken, deren Bewehrung sowie die Güte des zu verwendenden Betons zu bestimmen. Der Bauunternehmer hatte die Decken in der ihm angegebenen Dicke, mit der festgelegten Bewehrung und unter Verwendung von Beton der verlangten Güte herzustellen. Führte er die Decken so aus, wie im Werkvertrag verlangt, so hatte er die von ihm geschuldete Leistung erbracht, selbst wenn die Decken wegen unrichtiger Berechnung des Statikers nicht die erforderliche Tragfestigkeit aufweisen. Das wäre nur dann anders, wenn der Bauunternehmer erkannt hätte oder hätte erkennen müssen, daß die von ihm verlangte Ausführung der Decken der Zweckbestimmung des Gebäudes nicht genügte (§ 13 Ziff.3, § 4 Ziff.3 VOB (B)). Das hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

Umgekehrt kann eine geringere Betongüte als die vertraglich vereinbarte einen die Gewährleistungspflicht des Bauunternehmers begründenden Mangel des Bauwerks auch dann darstellen, wenn die vom Statiker erstrebte Tragfähigkeit der Decken zwar noch gegeben ist, bei Verwendung von Beton der vereinbarten Güte aber eine noch größere Tragfähigkeit erreicht worden wäre; denn dann fehlt dem Werk eine zugesicherte Eigenschaft (LM Nr.3 zu § 13 VOB(B)). So liegt die Sache hier. Auf den dem Statiker erteilten Auftrag kommt es für das Rechtsverhältnis der Parteien nicht an. S. [REDACTED]

hatte ausweislich der Leistungsbeschreibung zugesichert, daß für die Decken des Gebäudes Beton von der Druckfestigkeit B 225 verwendet werde. Diese Eigenschaft fehlt dem Bau. Nach den vom Berufungsgericht (BU S.6) angeführten Gutachten der Technischen Hochschulen Karlsruhe und Stuttgart sowie der Sachverständigen Prof.Dr.Mehmel und Baurat L. [REDACTED] beträgt die mittlere Druckfestigkeit der Probewürfel nur 120 (statt 225) kg/cm².

c) Die durch Verwendung eines schlechteren Betons bedingte geringere Druckfestigkeit stellt also einen Mangel des Bauwerks dar. Nach Lage der Dinge kann er nicht beseitigt werden. Die Beklagte kann deshalb gemäß § 13 Ziff.6 VOB (B), §§ 634 Abs.4, 472 BGB Minderung der Vergütung verlangen.

2.) Der Sachverständige L. [REDACTED] hat die sich ergebende Minderung auf 12.000 DM berechnet (Gutachten II, 437 Bl.48-54 und II, 689). Hiergegen hat die Beklagte im Berufungsverfahren nichts eingewendet. Das Berufungsgericht ist dem Sachverständigen hierin gefolgt. Die Revision greift insoweit das Urteil nicht an.

3.) Die Teilabtretung in Höhe von 40.296 DM an die Klägerin hat zu einer Spaltung der Werklohnforderung in zwei zwar auf demselben Rechtsgrund beruhende, aber nunmehr selbständige Forderungen geführt. St. [REDACTED] hat den ihm verbliebenen Teil der Forderung von 27.081,51 DM ebenfalls gegen die Beklagte eingeklagt. Dieser Rechtsstreit ist noch vor dem Landgericht in Mannheim (2 O 72/58) anhängig.

a) Bei teilweiser Abtretung einer Forderung haben die dem Zedenten verbleibende und die abgetretene Teilforderung grundsätzlich gleichen Rang. Teilzahlungen des Schuldners gebühren deshalb beiden Teilgläubigern im Verhältnis ihrer Forderungsteile (RGZ 149, 96, 98; BGH VII ZR 225/63 vom 15.November 1965; v.Caemmerer in JZ 1953, 97, 99). Jedoch

steht es dem Schuldner frei, an einen der Gläubiger zu zahlen mit der Bestimmung, daß nur dessen Teilforderung in Höhe des gezahlten Betrages getilgt werden soll.

Dagegen kann der von einem der gleichberechtigten Teilgläubiger auf Zahlung in Anspruch genommene Minderungsberechtigte Schuldner nicht diesem Gläubiger allein die volle Minderung entgegensetzen. Einen Fall, in dem der Kaufpreis zum Teil gezahlt und im übrigen gestundet war, hat das Reichsgericht dahin entschieden, daß die Kaufpreisminderung verhältnismäßig auf den gezahlten und den gestundeten Teil des Kaufpreises zu verrechnen sei (Seuff.Arch.67 Nr. 247 a.E.). Das gilt sinngemäß auch dann, wenn eine Kaufpreis- oder Werklohnforderung durch Teilabtretung in mehrere gleichberechtigte Teile zerlegt worden ist. Es gibt keinen Grund, der es rechtfertigte, es in das Belieben des Schuldners zu stellen, welchem der Teilgläubiger gegenüber er mindern will. Er kann also die Minderung gegenüber jeder der Teilforderungen nur im Verhältnis ihrer Höhe vorbringen. Dies mag eine gewisse Last mit sich bringen, ist jedoch eine aus der Zulässigkeit der Teilabtretung (vgl. BGHZ 23, 53) sich ergebende unvermeidliche Folgerung. Die Rechtsstellung des Schuldners erfährt dadurch keine wesentliche Verschlechterung. Dagegen verlangt sie nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) gebotene Rücksichtnahme auf die gleichberechtigten Gläubiger, daß jede Teilforderung nur verhältnismäßig gemindert wird.

Hiernach ging es nicht an, daß das Berufungsgericht der Klägerin gegenüber die volle Minderung durchgreifen ließ

b) St. ■■■■■ hat der klagenden Bank die Teilforderung zur Sicherung und Befriedigung ihrer Ansprüche gegen ihn abgetreten. Nach Lage des Falles kann dabei vereinbart worden sein, daß der an die Klägerin abgetretene Teil der Forderung dem St. ■■■■■ verbliebenen Teil im Range¹ vorgehen soll. Das Berufungsgericht hat dies infolge seines unrich-

tigen sachlich-rechtlichen Ausgangspunktes nicht aufgeklärt. Die Beklagte bestreitet nicht, daß ihre Werklohnschuld - vorbehaltlich ihrer Gegenrechte - noch den Betrag von insgesamt 67.377,51 DM ausmacht. Geht der der Klägerin abgetretene Teil dem Rest im Range vor, so kann die in Höhe von 12.000 DM begründete Minderung ihr gegenüber überhaupt nicht geltend gemacht werden, vielmehr nur gegenüber der Restforderung St. [REDACTED] von 27.081,51 DM. Denn da bei der Minderung die Werklohnforderung "herabzusetzen" ist (§ 472 Abs.1 BGB), ist der Minderungsbetrag von dem letzt-rangigen Teil der Forderung abzurechnen.

4.) Hiernach ist das Urteil aufzuheben, soweit die Klage in Höhe von 12.000 DM abgewiesen worden ist.

IV.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts kann die Beklagte aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung einen Betrag von 7.932 DM von St. [REDACTED] ersetzt verlangen, den sie der Firma A. [REDACTED] für Nachbesserungsarbeiten gezahlt hat. Die Beklagte habe S. [REDACTED] mit diesen Arbeiten nicht zu beauftragen brauchen, da sie, wie sie mit Recht geltend mache, das Vertrauen in seine Arbeit verloren hatte.

1.) Die Klägerin hat zwar die Revision zunächst unter dem Vorbehalt der Erhöhung durch die Revisionsanträge nur insoweit eingelegt, als die über 40.296 DM lautende Klage in Höhe von 20.000 DM abgewiesen worden ist. In ihrer Revisionsbegründungsschrift hat sie dann beantragt, der Klage in Höhe von 32.947 DM stattzugeben. Dabei hat sie unter Bezugnahme auf BGH VII ZR 197/59 vom 28. Februar 1961 in BB 1961, 430 den Gegenanspruch der Beklagten auf Ersatz der Nachbesserungskosten von 7.932 DM in Höhe von (75 % =) 5.949 DM nicht angegriffen, weil S. [REDACTED] insoweit Aufwendungen erspart habe und somit bereichert sei. In der Re-

visionsverhandlung schließlich hat die Klägerin den Anspruch der Beklagten auf Ersatz der Nachbesserungskosten in vollem Umfang bekämpft. Damit unterliegt diese Gegenforderung der Beklagten in voller Höhe der Nachprüfung im Revisionsverfahren (BGHZ 7,143,144; 12,53,67; BGH NJW 1958, 343 (Nr. 8)); denn der dem Revisionsgericht unterbreitete Prozeßstoff ist unverändert geblieben, und die in der Revisionsbegründung enthaltenen Rügen treffen auf den gesamten Betrag von 7.932 DM zu.

2.) Zuzustimmen ist dem Berufungsgericht, daß es einer befristeten Aufforderung nach § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) dann nicht bedarf, wenn der Auftraggeber ein besonderes Interesse daran hat, die Ausbesserung von einem anderen Unternehmer vornehmen zu lassen. Zwar enthält § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) keine dem § 634 Abs. 2 BGB entsprechende Vorschrift. Ein Anwendung des dieser Vorschrift zugrunde liegenden Rechtsgedankens ist jedoch nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) jedenfalls dann geboten, wenn sich der Auftragnehmer bei der Bauausführung als so unzuverlässig erwiesen hat, daß der Auftraggeber nicht mehr in ihn das Vertrauen zu setzen braucht, er werde die erforderlich gewordenen Nachbesserungsarbeiten ordnungsgemäß durchführen (vgl. Ingenstau-Korbion VOB, 4. Aufl. § 13 Rn. 82).

a) Das angefochtene Urteil enthält jedoch keine Begründung dafür, warum die Beklagte dieses Vertrauen nicht zu haben brauchte. Das rügt die Revision mit Recht. Die Beklagte hat nicht etwa behauptet, S. [REDACTED] habe in Täuschungsabsicht oder aus Nachlässigkeit geringwertigen Beton verwendet. Sie hat lediglich vorgetragen, S. [REDACTED] habe einen gewissen Walter Bl. [REDACTED] als Bauleiter eingesetzt, der, wie sich in einem Strafverfahren herausgestellt habe, kein Diplom-Ingenieur gewesen sei und auch nicht die erforderliche Ausbildung besessen habe. Demnach ist St. [REDACTED] selbst von Bl. [REDACTED] getäuscht worden. Daraus allein ergibt sich noch keine Unzuverlässigkeit St. [REDACTED]

--

b) Läßt der Auftraggeber selbst den Mangel beheben, ohne zuvor den Auftragnehmer hierzu unter Fristsetzung aufgefordert zu haben und ohne daß die Voraussetzungen, unter denen es einer befristeten Aufforderung nicht bedarf, vorliegen, so kann er die Mängelbeseitigungskosten auch nicht aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung vom Auftragnehmer ersetzt verlangen (BGH VII ZR 124/63 vom 11. Oktober 1965 = NJW 1966, 39 unter Aufgabe von BGH ZR 197/59 vom 28. Februar 1961 = BB 1961, 430). Demnach VII braucht sich die Klägerin, falls der Anspruch auf Ersatz der an die Firma A [REDACTED] gezahlten 7.932 DM nicht gegeben ist, auch keine ersparten Aufwendungen anrechnen zu lassen.

c) Für einen Anspruch auf Ersatz der aufgewendeten Mängelbeseitigungskosten aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 683 BGB) hat die Beklagte nichts vorgetragen.

V.

Die Beklagte hat eine Schadensersatzforderung zur Aufrechnung gestellt, die sie daraus herleitet, daß sie die für Fabrikzwecke bestimmten Räume über der beanstandeten Decke als Büros habe verwenden und einen für Büro Zwecke gedachten Erweiterungsbau als Maschinenraum habe errichten lassen müssen, was erhebliche Mehrkosten verursacht habe. Das Berufungsgericht hat diese mit 20.000 DM angesetzt und in dieser Höhe die Aufrechnung für begründet erachtet.

Auch insoweit kann das Urteil keinen Bestand haben. Der von der Beklagten zur Aufrechnung gestellte Anspruch ist nur unter den Voraussetzungen des § 13 Ziff. 7 Abs. 2 VOB(B) gegeben. Es handelt sich nicht um einen am Bauwerk selbst entstandenen, vielmehr um einen "darüber hinausgehenden" Schaden. Daß der Mangel in einem Fehler einer vertraglich zugesicherten Eigenschaft besteht oder daß er auf einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik beruht, genügt

zwar für die Ansprüche auf Mängelbeseitigung und Minderung nach § 13 Ziff.5 und 6 VOB (B), nicht aber für die Schadensersatzansprüche nach § 13 Ziff.7. Hier muß darüber hinaus ein "wesentlicher Mangel vorliegen, der die Gebrauchsfähigkeit des Bauwerks erheblich beeinträchtigt". Diese in Abs.1 des § 13 Ziff.7 VOB (B) genannte Voraussetzung gilt auch für einen Anspruch aus Abs.2 (LM Nr.5 zu § 13 VOB (B)). Daß ein solcher Mangel gegeben sei, stellt das Berufungsgericht nicht fest. Nach dem Gutachten des Sachverständigen Lenz ist das auch zumindest zweifelhaft.

VI.

Das angefochtene Urteil ist nach alledem in dem beantragten Umfang und im Kostenpunkt aufzuheben und die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, zugleich über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke