

Verkündet
am 5. Oktober 1961
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Postschaffners Anton P [REDACTED] in F [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers, Anschlußberufungs-
beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

g e g e n

den Bauunternehmer Rupert H [REDACTED] in K [REDACTED]
b. F [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten, Anschlußrevisions-
kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 5. Oktober 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das den
Parteien an Verkündungsstatt am 31. März/1. April
1960 zugestellte Urteil des 3. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts in München im Kostenpunkt und
insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von
2.800 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 6. November 1957
abgewiesen worden ist. In diesem Umfang wird die
Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch
über die Kosten der Revision, an das Berufungsge-
richt zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision des Klägers wird
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte hat von September bis Dezember 1956 für den Kläger in F- -V- den Rohbau eines Einfamilienhauses erstellt. Die Arbeiten wurden nicht weitergeführt, weil der Kläger wegen Mängeln des Rohbaus es ablehnte, eine Zwischenrechnung des Beklagten über 2.068,80 DM, die der Bayerischen Landessiedlung zur Auszahlung vorgelegt werden sollte, gegenzuzeichnen. Der Kläger setzte dem Beklagten zur Behebung der Mängel eine Frist bis zum 15. April 1957 mit dem Hinweis, daß er nach deren fruchtlosem Ablauf die Weiterführung der Bauarbeiten durch den Beklagten ablehne. Der Beklagte nahm einige Ausbesserungen vor, vorweigerte dann aber weitere.

Der Kläger hat als Schadensersatz einen zur Herstellung eines mangelfreien Rohbaus und zum Ausgleich verbleibenden Minderverts erforderlichen Betrag von 9.000 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Der Beklagte hat die Forderung dem Grunde und der Höhe nach bestritten und Klagabweisung beantragt.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 1.206,20 DM nebst Zinsen stattgegeben. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht den Beklagten zur Zahlung von 1.946,20 DM nebst Zinsen verurteilt.

Mit seiner Revision erstrebt der Kläger die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung weiterer 6.038,80 DM nebst Zinsen. Der Beklagte bittet, die Revision als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise, sie als unbegründet zurückzuweisen.

- 3 -

Entscheidungsgründe:

A. Die Zulässigkeit der Revision

Die Revision ist zulässig; der Wert des Beschwerdegegenstandes im Revisionsverfahren übersteigt 6.000 DM (§ 546 Abs. 1 ZPO).

1.) Mit seiner Berufung hat der Kläger die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung weiterer 7.793,80 DM beantragt. Das Landgericht hatte ihm 1.206,20 DM, das Oberlandesgericht hat ihm 1.946,20 DM, also nur 740 DM mehr zugesprochen. Somit blieb der Kläger gegenüber seinem Berufungsantrag um $(7.793,80 - 740,00 =) 7.053,80$ DM beschwert.

Die Revisionsschrift des Klägers enthält keine Einschränkung hinsichtlich der Anfechtung des Berufungsurteils. Der Kläger hat sich darin den Revisionsantrag und damit den Umfang der Anfechtung vorbehalten. In seiner Revisionsbegründungsschrift hat er beantragt, den Beklagten zur Zahlung weiterer 6.038,80 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus dem nach Ansicht des Berufungsgerichts vom Kläger selbst gemäß § 254 BGB zu tragenden Hälfteanteil der Frostschäden in Höhe von 1.170 DM, dem sog. merkantilen Minderwert des Hauses, den der Kläger mit 2.800 DM ansetzt und dem vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Anspruch auf den restlichen Werklohn von 2.068,80 DM.

2.) Dadurch, daß der Kläger im Berufungsverfahren (Schriftsatz vom 20. November 1959) die vom Sachverständigen Hartmann mit 5.375 DM angesetzten Wiederherstellungskosten um 1.000 DM höher schätzte, hatte er nicht, wie der Beklagte meint, bei einer Klagesumme von 9.000 DM den für den merkantilen Minderwert verbleibenden Betrag

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



auf $(9.000 - 6.375 =)$ 2.625 DM beschränkt. Wie der eingeklagte Betrag von 9.000 DM aufgegliedert werden sollte, hat der Kläger im Schriftsatz vom 20. November 1959 offengelassen, denn sowohl hinsichtlich des Mehrbetrages der Wiederherstellungskosten als auch des merkantilen Minderwerts hat er nur geschätzte Beträge genannt. Das war verfahrensrechtlich nicht unstatthaft, weil es sich nicht um selbständige Forderungen, sondern nur um Einzelposten eines einheitlichen Anspruchs handelte.

3.) Entgegen der Meinung des Beklagten hat der Kläger auch nicht im Armenrechtsverfahren vor dem Bayerischen Obersten Landesgericht die Anfechtung des Berufungsurteils hinsichtlich des merkantilen Minderwerts auf 1.800 DM begrenzt und später in unzulässiger Weise um 1.000 DM erweitert. Er hat schon das Armenrecht für die Einlegung der Revision beim Bayerischen Obersten Landesgericht wegen eines weiteren Betrags von 6.038,80 DM beantragt. Zwar ist in dem Gesuch der merkantile Minderwert mit 1.800 DM angegeben. Da jedoch die beiden anderen Beträge mit 1.170 DM und 2.068,80 DM feststanden, ist im Hinblick auf den mit der Revision erstrebten Mehrbetrag von 6.038,80 DM die Darstellung glaubhaft, die Bezifferung des merkantilen Minderwerts auf 1.800 DM statt 2.800 DM beruhe auf einem Versehen. Dafür spricht auch, daß der Kläger schon im Schriftsatz vom 20. November 1959 den merkantilen Minderwert mit 2.000 bis 3.000 DM angegeben hatte.

B. Die Begründetheit der Revision

I. Die Wiederherstellungskosten

Die Risse in den Betonwänden des Kellers, das Abreißen des östlichen Kamins und der östlichen Giebelmauer

von der Innenwand, die Lockerung der vier Türstürze in den Innenwänden des Erdgeschosses sowie das Abreißen der beiden Querwände im Erdgeschoß von der Außenmauer sind, so stellt das Berufungsgericht dem Gutachten des Sachverständigen Hartmann folgend fest, darauf zurückzuführen, daß sich die Bankette infolge Frostauftriebs hoben. Der Riß in der Stahlbetondecke über dem Keller sowie die Hebung und die Risse des Betonbodens im Keller sind durch das Auffrieren des Kellerbodens bedingt. Alle diese Mängel wären nicht aufgetreten, wenn der Arbeitsraum um die Kellerwände herum vor Frosteinbruch aufgefüllt und die Kellerräume selbst vor Frost geschützt worden wären.

Für diese Unterlassungen ist, so führt das Berufungsgericht weiter aus, der Beklagte verantwortlich. Als Bauunternehmer habe er sich nicht darauf verlassen dürfen, daß der Kläger von sich aus die erforderlichen Maßnahmen ergreifen werde. Den Kläger treffe jedoch ein mitwirkendes Verschulden (§ 254 BGB). Als ehemaliger Maurer habe er gewußt, daß kurz vor Frostbeginn ausgeführte Betonierungen ohne die erforderlichen Schutzmaßnahmen durch den Frost beschädigt werden können. Zudem habe ihn der Beklagte, das entnimmt das Berufungsgericht der Aussage des Zeugen Andre, ausdrücklich auf die Notwendigkeit einer "Einwinterung" hingewiesen. Der Kläger hätte den Arbeitsraum auffüllen und die Kellerfenster schließen müssen.

Das Berufungsgericht wertet die verschuldete Mitwirkung beider Parteien gleich groß. Demgemäß hat es von den nach dem Sachverständigengutachten Hartmann sich auf 2.340 DM belaufenden Wiederherstellungskosten dem Kläger nur den Betrag von 1.170 DM zuerkannt.

Zu Unrecht vermißt demgegenüber die Revision die Feststellung, daß der Kläger die erforderlichen Vorkehrungen hat treffen können und daß sie für ihn zumutbar waren.

Die Behauptung des Beklagten, der Kläger habe zugesagt, die erforderliche Einwinterung vorzunehmen, hält das Berufungsgericht für erwiesen. Auch hatte der Kläger unstreitig bei Abschluß des Werkvertrags zugesagt, im Rahmen des Möglichen mitzuarbeiten. Unter diesen Umständen konnte das Berufungsgericht das Auffüllen des Arbeitsraums um die Kellermauern herum mit Erde bis zu einer die Einwirkung von Frost auf die Bankette ausschließenden Höhe dem Kläger unbedenklich zumuten. Das Gleiche gilt für das Schließen der Kelleröffnungen. Daß es bei dem kleinen Haus hierzu erheblicher Aufwendungen bedurft hätte, zu denen die Mittel des Klägers nicht ausreichten, hat die Revision nicht dargetan und ist auch nicht anzunehmen.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Beklagte brauche dem Kläger wegen dessen mitwirkenden Verschuldens nur die Hälfte der Wiederherstellungskosten zu ersetzen, begegnet demnach keinen rechtlichen Bedenken (vgl. § 287 ZPO).

II. Die Minderung des Verkehrswerts (der sog. merkantile Minderwert)

Nach Ansicht des Berufungsgerichts kommt eine bleibende Minderung des Verkehrswerts des Gebäudes in Betracht, weil in der Umgebung bekannt geworden sei, daß der Rohbau Mängel aufweise; dieser Umstand werde sich bei einem Verkauf des Anwesens nachteilig auswirken; der Sachverständige Weidmann habe diesen Minderwert mit 1.200 DM (= 10 % der Rohbausumme von 12.000 DM) angegeben.

Dennoch hat das Berufungsgericht dem Kläger den Anspruch auf Ersatz der Verkehrswertminderung versagt. Es hält es für zweifelhaft, ob die für die Ermittlung des merkantilen Minderwerts von unfallbeschädigten Kraftfahrzeugen herausgearbeiteten Grundsätze ohne weiteres

auf mangelhaft erstellte Bauten angewendet werden können; Gebäudemängel könnten in der Regel so behoben werden, daß in der Öffentlichkeit die Vorstellung von einem bleibenden Minderwert zurücktrete. Nach Meinung des Berufungsgerichts entfällt hier ein Anspruch auf Ersatz des Minderwerts schon deshalb, weil der Kläger sein Haus nicht veräußern wolle.

Diesen Ausführungen des Berufungsgerichts kann nicht gefolgt werden.

1.) Der Kläger hat nach fruchtlosem Ablauf der dem Beklagten zur Hebung der Mängel des Rohbaus gesetzten Frist weitere Ausbesserungsarbeiten abgelehnt und vom Beklagten den zur Herstellung eines mangelfreien Rohbaus erforderlichen Geldbetrag begehrt. Beide Parteien betrachten den Vertrag als aufgelöst. Der Kläger verlangt gemäß § 635 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Die bis zur Auflösung des Vertrags vom Beklagten erbrachten Leistungen läßt der Kläger - vorbehaltlich seiner sich aus den Mängeln des Rohbaus ergebenden Rechte - gelten. Er will nicht etwa so gestellt werden, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre (BGHZ 27, 215), denn er lehnt nicht die Übernahme des auf seinem Grundstück errichteten Rohbaus ab. Daß er den Rohbau nicht im Sinne des § 640 BGB abgenommen hat, steht einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nicht entgegen (RGZ 165, 41, 45; BGHZ 27, 215, 217; BGH VII ZR 97/58 vom 25. Juni 1959).

2.) Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (§ 635 BGB) umfaßt auch den vom Berufungsgericht angenommenen Minderwert des Gebäudes auf dem Grundstücksmarkt (BGHZ 9, 98). Dabei ist unerheblich, ob der Kläger, wie das Berufungsgericht feststellt, das Haus nicht veräußern

will. Zu Unrecht beruft sich das Berufungsgericht auf die Entscheidung in BGHZ 27, 181. Dort ist ausgeführt, daß auch der merkantile Minderwert eines Kraftfahrzeugs sich nicht nur bei dessen Verkauf auswirkt, daß vielmehr der merkantile Minderwert eines an einem Unfall beteiligt gewesenen Kraftfahrzeugs als ein seinem Eigentümer entstandener Vermögensschaden ohne Rücksicht darauf anzuerkennen ist, ob der Eigentümer das Fahrzeug weiter benutzen oder ob er es veräußern will. Ferner ist dort gesagt, daß der merkantile Minderwert langlebiger Wirtschaftsgüter sich von dem eines Kraftfahrzeugs wesentlich dadurch unterscheidet, daß ersterer im allgemeinen nur unbedeutend sinkt, also nicht wie der des Kraftfahrzeugs in verhältnismäßig kurzer Zeit ganz verschwindet. Die in BGHZ 27, 181, 186 vertretene Ansicht, daß der Kraftfahrzeugeigentümer, der das Fahrzeug weiter benutzt, hinsichtlich des merkantilen Minderwertes auf eine Feststellungsklage angewiesen sei, hat der damals erkennende Senat nunmehr aufgegeben (VI ZR 238/60 Urteil vom 3. Okt. 1961). Der Kläger kann somit schon jetzt Ersatz der Verkehrswertminderung des Gebäudes verlangen.

Soweit das Berufungsgericht dem Beklagten den Anspruch auf Ersatz des durch die Mängel des Rohbaus bedingten Minderwert des Hauses aberkannt hat, muß das angefochtene Urteil deshalb aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit die bleibende Minderung des Verkehrswerts ermittelt wird (§ 287 ZPO).

III. Der Werklohnanspruch des Beklagten

Wie unter II., 1.) ausgeführt, hat der Kläger vorbehaltlich seiner Rechte wegen der Mängel des Rohbaus die bis zur Vertragsauflösung vom Beklagten erbrachten Leistungen hingenommen. Deshalb hat er auch den dem Kläger hierfür

zustehenden Werklohn zu entrichten.

Dieser Werklohnanspruch ist kein selbständiger, der Aufrechnung im engeren Sinne (§§ 387 ff BGB) bedürftiger Anspruch des Beklagten, sondern er ist bei der Bemessung des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung, den der Kläger geltend macht, als Rechnungsposten zwecks gegenseitiger Verrechnung der Parteien einzusetzen (RGZ 141, 259, 262). Da der Kläger den Vertrag als nicht mehr bestehend behandelt und er dessen Erfüllung endgültig ablehnt, dürfte er schon dann, wenn der Beklagte den Werklohnanspruch als selbständigen Anspruch geltend machen würde, nur Einwendungen erheben, die eine endgültige Regelung des Rechtsverhältnisses ermöglichen (BGH VII ZR 63/59 vom 14. April 1960). Auf die mangelnde Fälligkeit des Werklohnanspruchs dürfte er sich demnach nicht berufen. Das gilt umsomehr, wenn, wie hier, der Werklohnanspruch nur bei der Bemessung des vom Werkbesteller erhobenen Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung als Rechnungsposten in Frage kommt. Denn der Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB setzt, wie bereits erwähnt, nicht die Abnahme des Werks voraus. Die Revision kann deshalb nicht geltend machen, der Werklohnanspruch des Beklagten sei mangels Abnahme noch nicht fällig.

Darauf, ob der restliche Werklohnanspruch von 2.068,80 DM trotz fehlender Abnahme des Rohbaus etwa deshalb fällig ist, weil, wie das Berufungsgericht ausführt und die Revision bekämpft, nach der Parteivereinbarung die Vergütung nicht erst bei der Abnahme des Werks fällig sein sollte, kommt es demnach nicht an.

Soweit sich die Revision des Klägers gegen die Verrechnung des restlichen Werklohnanspruchs des Beklagten im Rahmen des vom Kläger geltend gemachten Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung wendet, erweist sie sich somit als unbegründet.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Meyer

Dr. Vogt