

17
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

VOB B 9 13 Nr. 6, BGB §§ 634, 472

Zur Berechnung der Minderung bei mangelhafter Bau-
leistung.

BGH, Urf. v. 24. Februar 1972 - VII ZR 177/70 - OLG Hamm
LG Paderborn

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 177/70

URTEIL

Verkündet am
24. Februar 1972
Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma W [REDACTED] Hallenbau GmbH, vertreten durch
ihren Geschäftsführer Bauingenieur Josef W [REDACTED], O [REDACTED]
[REDACTED] Westf.,

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED]

gegen

die Kommanditgesellschaft Br [REDACTED] und Ba [REDACTED]fabrik I.C.D.
J [REDACTED] & Co., L [REDACTED], Sch [REDACTED] Landstraße [REDACTED], vertreten
durch die Geschäftsführer der persönlich haftenden Spezial-
gebäckfabrik GmbH Dieter J [REDACTED], H [REDACTED]-Lu [REDACTED] P [REDACTED] und
Wolfgang J [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

17

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Februar 1972 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Girisch und Meise

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 7. Juli 1970 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 12. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ließ im Jahre 1963 für ihre Brotfabrik eine Backhalle nebst Siloturm und Büro bauen. Die Beklagte erstellte für die Außenwände das Holzskelett und für das Flachdach die Binder und Pfetten, auf denen sie 30 mm dicke Flachspanplatten anbrachte. Die Dachhaut aus doppelter Bitumenpappe verlegte ein Dachdecker.

Nach Nr. 13 der zum Inhalt des Vertrags gemachten Verkaufs-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Be-



klagten soll diese bei begründeten Beanstandungen nachbessern dürfen; Schadensersatzansprüche wegen Mängel sollen ausgeschlossen sein. Falls sie Nachbesserung ablehne, bestehe nur ein Anspruch auf Minderung, nicht aber auf Wandlung oder Schadensersatz.

Etwa zwei Jahre nach der Fertigstellung hatte sich das Dach an mehreren Stellen gesenkt; bei Belastung durch Schnee drohte es zu brechen. Die Beklagte lehnte es ab, die Mängel zu beheben.

Die Klägerin erhob Klage auf Wiederherstellung des Daches und begehrte die Feststellung, daß die Beklagte, falls erforderlich, auch die Dachkonstruktionsteile zu verstärken habe. Hilfsweise beantragte sie die Verurteilung zur Zahlung von 99.000 DM nebst Zinsen, eventuell die Feststellung, daß die Beklagte die 99.000 DM übersteigenden Kosten der Instandsetzung bis zu einem Gesamtbetrag von 122.296 DM zu ersetzen habe.

Das Landgericht hat die Klage wegen Verjährung abgewiesen.

Mit ihrer Berufung hat die Klägerin beantragt, die Beklagte auf Grund Minderung zur Rückzahlung des als Werklohn für die Halle gezahlten Betrags von 122.296 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Sie hat behauptet, sie habe für 168.000 DM das ganze Dach "sanieren" lassen; der 122.296 DM übersteigende Betrag entspreche der Wertverbesserung; hilfsweise verlange sie Ersatz von 12.815,77 DM Abbruchkosten, 16.016,10 DM Kosten der Erneuerung, 7.542 DM dafür gezahlter Architektengebühren, 4.018 DM

für bis zur Erneuerung aufgewendeter Ausbesserungskosten und 4.249,55 DM Betriebsmehrkosten während der Erneuerungsarbeiten.

Das Berufungsgericht hat der Klage in Höhe von 58.800,77 DM nebst Zinsen stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die volle Abweisung der Klage. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Zu Recht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe zuerst die Voraussetzungen eines Anspruchs der Klägerin feststellen müssen, bevor es prüfen konnte, ob der Anspruch aus irgend einem Grunde entfallen sei.

1. Erforderlich war zunächst die Klarstellung, welche Leistungen der planende Architekt der Beklagten übertragen hatte.

a) Die Angebote der Beklagten vom 21. Januar und 4. Februar 1963 enthalten in der Zeile "Unterdecke" den Vermerk: "nach Rücksprache". Im endgültigen Angebot vom 22. Februar 1963, aus dem sich ergibt, daß es auf Grund einer Besprechung vom 21. Februar 1963 abgegeben wurde, ist die Zeile "Unterdecke" nicht mehr ausgefüllt. Der Re-

vision ist zuzustimmen, daß ein Vergleich des Angebots vom 22. Februar 1963 mit den früheren dafür sprechen kann, daß der Architekt habe entgegen einem Vorschlag der Beklagten die Anbringung einer Unterdecke nicht in Auftrag gegeben.

b) Auch die Behauptung der Beklagten im Schriftsatz vom 24. Oktober 1967, in ihrer Zeichnung vom 11. April 1963 habe sie noch ein entlüftetes Zweischalen Kaltdach vorgesehen, hätte das Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht rügt, berücksichtigen müssen. Enthält die Zeichnung ein solches zweischaliges Dach, so kann sie die Behauptung der Beklagten stützen, sie habe die Voraussetzungen für die Anbringung einer Unterdecke geschaffen gehabt.

c) Der Revision ist zuzustimmen, daß mit dem Auftrag, für die Außenwände und das Dach die Binder zu erstellen, auf letzteren die Pfetten anzubringen und auf den Pfetten die Spanplatten zu befestigen, der Beklagten noch nicht die Verantwortung für die Gestaltung des Hallendaches übertragen sein mußte. Die Verlegung einer Dachhaut aus Bitumenpappe war ohnehin dem Dachdecker übertragen. Trifft es zu, daß die von der Beklagten ausgeführte Dachkonstruktion die Anbringung einer Unterdecke vorsah, so kann dies für die Behauptung der Beklagten sprechen, daß der Architekt habe sich die Gestaltung des Daches vorbehalten und ihr nur bestimmte Teilleistungen übertragen. Auf die Notwendigkeit, für eine gute Entlüftung der Halle durch eine Entlüftungsanlage zu sorgen, hat die Beklagte den Architekten mit Schreiben vom 20. Juni 1963 nachdrücklich hingewiesen. Damit hat sie zum Ausdruck gebracht, daß auch die Entlüftung des Daches nicht zu ihren Aufgaben gehöre. Gerade die fehlende Ent-

lüftung soll nach der Behauptung der Beklagten für die Schäden ursächlich geworden sein.

d) Zu all dem enthält das Berufungsurteil keine Ausführungen. Unter Berücksichtigung vorstehender Umstände wird das Berufungsgericht nunmehr zu prüfen haben, welche vertraglichen Leistungen die Beklagte übernommen hat.

2. Im Tatbestand des angefochtenen Urteils ist gesagt, das Dach habe sich an verschiedenen Stellen erheblich gesenkt. Jede weitere Feststellung über Art und Umfang der Mängel, insbesondere ihrer Ursachen (vgl. die Gutachten Dingeldey, Zell und der Technischen Hochschule Braunschweig) fehlt im Urteil.

3. Erst wenn feststeht, daß die von der Beklagten übernommene Leistung nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht und fehlerhaft ist, liegt ein Mangel ihres Werkes i.S. des § 13 Nr. 1 der den Vertragsbeziehungen der Parteien zugrunde gelegten VOB (B) vor und kann die Gewährleistung der Beklagten eingreifen.

4. Sollte die neue Verhandlung vor dem Berufungsgericht ergeben, daß die Beklagte sich zur Planung des gesamten Daches verpflichtet hatte, sie sich dabei jedoch an die Leistungsbeschreibung des Architekten oder dessen Anordnungen zu halten hatte und die Mängel des Daches durch letztere bedingt sind, käme es nach § 13 Nr. 3 VOB (B) darauf an, ob die Beklagte eine ihr nach § 4 Nr. 3 VOB (B) obliegende schriftliche Mitteilung über zu befürchtende Mängel unterlassen hat. Dabei kann auch ein entgegen § 4 Nr. 3 nur mündlich erfolgter Hinweis auf drohende Mängel die Gewährleistungspflicht des Auf-

tragnehmers einschränken, unter besonderen Umständen sogar aufheben, und zwar nach § 242 BGB auch im Falle der hier in Betracht kommenden Minderung (BGH in NJW 1960, 1813; BGH, Betrieb 1961, 569).

II.

Da die Beklagte es abgelehnt hat, das Dach nachzubessern, hat das Berufungsgericht der Klägerin auf Grund des ihr solchenfalls nach Nr. 13 der Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Beklagten bei Mängeln des Bauwerks zustehenden Minderungsrechte 58.800,77 DM zugesprochen. Dieser Betrag soll umfassen 38.920 DM für die Halle sowie 2.065 DM für den Bürotrakt aufgewandten Werklohn, 12.815,77 DM Abbruchkosten und 5.000 DM - nach § 287 Abs. 2 ZPO - geschätzte Wertminderung der Pfettenkonstruktion.

Insoweit ist das Berufungsurteil im Ergebnis nicht zu beanstanden.

1. Nach § 13 VOB (B), § 472 BGB ist bei der Minderung die vereinbarte Vergütung in dem Verhältnis herabzusetzen in welchem der Wert der mangelfreien Leistung zum Wert der mangelhaften bei der Abnahme steht (BGHZ 42, 232, 234

a) Beim Kauf ist allerdings nach § 472 BGB auf die Werte der mangelfreien und der mangelhaften Sache im Zeitpunkt des Kaufs abzustellen. Im Schrifttum wird überwiegend die Ansicht vertreten, daß es beim Werkvertrag ebenfalls auf die Werte bei Vertragsschluß ankomme (vgl. Staudinger-Riedel BGB 11. Aufl. § 634 Anm. 10 mit Nachweisen;

Soergel-Ballerstedt 10. Aufl. § 634 Anm. 10; ebenso Hereth-Ludwig-Waschold VOB (B) § 13 Anm. 261). Dem vermag der Senat jedenfalls für den Bauvertrag nicht beizutreten.

§ 634 BGB verlangt nur eine entsprechende Anwendung des § 472. Die zwischen Kauf und Werkvertrag in Vertragsinhalt und Vertragsgegenstand bestehenden Unterschiede dürfen nicht übersehen werden. Der Kauf betrifft regelmäßig eine schon vorhandene Sache, deren Wert feststeht; beim Gattungskauf (§§ 480, 243 BGB) und beim Kauf einer künftigen Sache besteht ebenfalls eine feste Vorstellung von deren Wert. Der Werkvertrag zielt dagegen auf die Herstellung eines Werkes; der Unternehmer schafft erst einen Wert. Der für § 472 BGB maßgebende Gedanke, der Käufer würde bei Kenntnis des Mangels der Kaufsache einem dem Wertverhältnis der mangelhaften zur mangelfreien Sache entsprechenden geringeren Kaufpreis gezahlt haben, ist auf den Bauvertrag nicht anwendbar. Das Bauwerk besteht bei Abschluß des Bauvertrags noch nicht, und es gibt keine verlässliche Grundlage dafür, wie bei Fertigstellung vorhandene Mängel aus damaliger Sicht nachträglich veranschlagt werden sollen. Auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist deshalb der in § 472 BGB vorgeschriebene Vergleich des Wertes des Werkes in mangelfreiem Zustand mit dem "wirklichen Wert" (§ 472) im allgemeinen nicht möglich. Man kann bei vorläufiger Betrachtung nicht ein noch nicht erbautes Gebäude unter Berücksichtigung von Mängeln, die es noch nicht haben kann, abschätzen.

b) Scheidet somit beim Bauvertrag der Zeitpunkt des Vertragsschlusses für die Wertbestimmung aus, so können hierfür die Fertigstellung, die Ablieferung oder die Abnahme des Werkes in Betracht kommen. Berücksichtigt man, daß - abweichend von der Regelung in § 633 Abs. 1 BGB - nach § 13 Nr. 1 VOB (B) der Auftragnehmer Gewähr dafür zu leisten hat, daß seine Leistung zur Zeit der Abnahme keine Mängel aufweist, so muß es auch für die Minderung (§ 13 Nr. 6) jedenfalls bei einem der VOB unterstellten Bauvertrag auf die Werte bei der Abnahme ankommen.

2. Es ist somit zunächst festzustellen, welchen Wert die Halle im Zeitpunkt der Abnahme in mangelfreiem Zustand gehabt hätte.

a) Das Berufungsgericht setzt diesen Wert offenbar dem für die ganze Halle gezahlten Werklohn von 122.296 DM gleich. Trifft das zu, so kann die Werklohn-minderung so vollzogen werden, daß lediglich von dem Werklohn der Betrag abgezogen wird, der nötig ist, um die Mängel, deren Ursache zur Zeit der Abnahme vorhanden waren, zu beseitigen (BGH in LM Nr. 1 und 4 zu BGB § 472). In der Relation "Wert der mangelfreien Halle: Wert der mangelhaften Halle = Werklohn: x" sind dann die Glieder "Wert der mangelfreien Halle" und "Werklohn" gleich groß.

b) Hätte sich der Wert der mangelfreien Halle nicht mit dem Werklohn gedeckt, so wäre der Werklohn nach dem in § 472 BGB angegebenen Verhältnis des vollen zum geminderten Wert herabzusetzen. Es müßte dann auch der Wert der Halle in ihrem mangelhaften Zustand ermittelt werden.

c) Der Minderwert eines Bauwerkes drückt sich regelmäßig aus in dem Geldbetrag, der aufgewendet werden muß, um die bei der Abnahme vorhandenen Mängel zu beseitigen. Darüber hinaus kann auch ein nach der Mängelbeseitigung verbleibender verkehrsmäßiger Minderwert berücksichtigt werden (RG JW 1912, 1103). Der Minderungsanspruch ist kein Schadensersatzanspruch und darf deshalb auch nicht wie ein solcher berechnet werden. Es ist aber rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht 12.815,77 DM berücksichtigt hat, die notwendig gewesen sein sollen, um die unbrauchbaren Teile des Daches vor dessen Erneuerung zu entfernen. Wenn aus bautechnischen Gründen zuerst Teile beseitigt werden mußten, um das Dach instandsetzen zu können, so wird der Minderwert der Halle, wie er infolge der Mängel zur Zeit der Abnahme gegeben war, auch durch die dafür aufgewendeten Abbruchkosten mitbestimmt; es handelt sich um einen notwendigen Teil der Mängelbeseitigung.

III.

Das angefochtene Urteil ist aus den unter I behandelten Gründen aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat hat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Girisch

Meise