

Verkündet
am 10. Dezember 1962
[REDACTED], 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 Baumeisters Adolf R [REDACTED] in H [REDACTED], W [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Facharzt Dr. Dr. H. O [REDACTED] in H [REDACTED], B [REDACTED]
Straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 1962 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel,
Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Ur-
teil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Celle vom 28. Juni 1960 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

:

Der Beklagte hat im Jahre 1955 für den Kläger dessen Einfamilienhaus in H■■■■■, B■■■■■ Straße ■■■■ errichtet. Innerhalb der Gewährleistungsfrist zeigten sich Mängel.

Der Kläger hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, den Außenputz zu erneuern, die Risse in den Decken zu beseitigen, den Balkon mit einem neuen Estrich zu versehen und die Kosten von Sachverständigengutachten im Betrage von 575,30 DM zu ersetzen.

Der Beklagte hat gebeten, die Klage abzuweisen. Er hat behauptet, er habe sich wegen des Umfangs der Nachbesserung mit dem Architekten K■■■■■ des Klägers auf ein von dem Baumeister Z■■■■■ einzuholendes Gutachten geeinigt. Danach habe es genügt, den Putz, soweit er sich gelöst hatte, zu erneuern und im übrigen einen Schlämmanstrich aufzutragen. Er wolle jedoch gegen das vom Landgericht eingeholte Gutachten des Diplom-Architekten Bauer, wonach der gesamte Putz erneuert werden müsse, keine grundsätzlichen Einwendungen erheben. Gegenüber dem Anspruch des Klägers auf Erneuerung des Putzes mache er aber ein Zurückbehaltungsrecht wegen des restlichen Werklohns von 3.285,54 DM und wegen eines Betrags von (2.925, später ermäßigt auf) 1.350 DM geltend. Letztere Forderung ergebe sich daraus, daß der Kläger ihn gehindert habe, entsprechend seiner Vereinbarung mit dessen Architekten Klebe den Außenputz so, wie von Zacher vorgeschlagen, nachzubessern. Dadurch habe das für die beabsichtigte Nachbesserung aufgestellte Gerüst vom 14. November 1957 bis 15. Februar 1958 ungenutzt gestanden. Für die dadurch bedingten Kosten müsse der Kläger einstehen.

- 3 -

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, den Außenputz zu erneuern, die Deckenrisse zu beseitigen und den Balkon mit einem neuen Estrich zu versehen; den Zahlungsanspruch (Gutachterkosten) hat es abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit seiner Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstrebt der Beklagte die volle Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

Um die vom Kläger angedrohte Zwangsvollstreckung aus den Vorurteilen durch Ersatzvornahme (§ 887 ZPO) abzuwenden, hat der Beklagte, wie die Parteien übereinstimmend erklären, nach Erlaß des angefochtenen Urteils die Mängel beseitigt; den Außenputz hat er völlig erneuert. Durch die Befriedigung des Gläubigers zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil, wird jedoch die Hauptsache nicht erledigt (RGZ 98, 329). Es ist daher in der Sache selbst zu entscheiden.

II.

1. Die Revision geht mit dem Berufungsgericht davon aus, daß dem Kläger ein seinem Klagantrag entsprechender Nachbesserungsanspruch erwachsen ist.

2. Die Revision stimmt mit dem Berufungsgericht auch darin überein, daß durch die Vereinbarung des Beklagten



mit dem Architekten K. über die Ausbesserung des Außenputzes gemäß dem Gutachten Z. beim Mißlingen dieses Versuchs dem Kläger sein Ausbesserungsanspruch nicht genommen sein sollte.

3. Die Revision greift jedoch den Einwand des Beklagten wieder auf, der Kläger habe die vom Beklagten beabsichtigte Beseitigung der Mängel des Putzes vereitelt und dadurch den Ausbesserungsanspruch verwirkt.

Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, es könne unterstellt werden, daß der Beklagte damals notfalls auch über das Gutachten Z. hinaus Arbeiten habe ausführen wollen, falls er dies für erforderlich hielt. Die bedingungslose Erneuerung des gesamten Putzes habe er dem Kläger aber nicht angeboten. Damit, daß er nur die losen Stellen habe erneuern und im übrigen einen Schlämmanstrich habe auftragen wollen, seien nach dem von ihm nicht angegriffenen Gutachten Bauer die Mängel des Putzes nicht beseitigt worden. Indem der Kläger diese objektiv nicht ausreichenden Maßnahmen verhindert habe, könne er seinen Ausbesserungsanspruch nicht verwirkt haben.

a) Die Revision meint hierzu, der Kläger habe nicht bestimmen dürfen, wie der Beklagte seine vertraglichen Pflichten zu erfüllen hatte.

Das sagt das Berufungsgericht auch nicht. Es ging nicht darum, daß der Kläger den Beklagten bestimmen lassen mußte, nach welchem von mehreren infrage kommenden technischen Verfahren er die Mängel des Putzes beheben wollte. Maßgebend war nur, ob sich der Beklagte darauf beschränken durfte, lediglich die losen Stellen im Putz

zu erneuern und die auf allen Außenflächen ein enges Netz bildenden Risse mittels eines Schlämmanstrichs zu schließen, oder ob er den ganzen Putz entfernen und erneuern mußte. Daß letzteres notwendig war, stellt das Berufungsgericht an Hand des vom Beklagten nicht angegriffenen Gutachtens Bauer fest.

b) Auch wenn der Architekt K. nach dem Bauvertrag befugt war, mit dem Beklagten eine Vereinbarung über die Behebung der Mängel des Putzes zu treffen, ist dem Berufungsgericht doch zuzustimmen, daß der Kläger seinen Nachbesserungsanspruch nicht verwirkt hat, als er die von dem Baumeister Z. vorgeschlagene Ausbesserung ablehnte. Entscheidend ist, daß diese Maßnahmen objektiv nicht geeignet waren, die Mängel bleibend zu beheben. Ob der Kläger, als er die Ausbesserungsarbeiten ablehnte, hierüber schon letzte Klarheit besaß, und ob er damals vom Beklagten die Erneuerung des ganzen Putzes verlangt hat, ist unerheblich.

c) In seinem Schriftsatz vom 15. September 1959 (S. 7-9) hat der Beklagte nur behauptet, er habe seine Leute angewiesen, den gesamten Putz abzuschlagen und zu erneuern, falls mehr als die Hälfte locker sei. Die hierfür benannten Zeugen brauchte das Berufungsgericht nicht zu vernehmen. Nur das vorbehaltlose Erbieten, den gesamten Putz zu erneuern, hätte der Kläger nicht, ohne in Gläubigerverzug zu kommen, ablehnen dürfen. Deshalb ist es auch unerheblich, ob der Kläger die Leute des Beklagten vom Grundstück verwiesen hat, ohne sich nach dem Umfang ihres Auftrags zu erkundigen.

4. Hat der Kläger somit durch sein Verhalten seinen Nachbesserungsanspruch nicht verwirkt, dann blieb der

Beklagte verpflichtet, der Aufforderung des Klägers zur Mängelbeseitigung durch Erneuerung des ganzen Putzes nachzukommen.

5. Das vom Beklagten aus einer Schadensersatzforderung hergeleitete Zurückbehaltungsrecht gegenüber diesem Nachbesserungsanspruch des Klägers hat das Berufungsgerecht verneint.

Es läßt dahingestellt, inwieweit die Vereinbarung des Beklagten mit dem Architekten K. für den Kläger verbindlich war. Es stellt fest, dem Beklagten sei dadurch, daß der Kläger sich nicht an diese Vereinbarung hielt, kein vom Kläger zu vertretender Schaden entstanden. Da die von Z. vorgeschlagene Mängelbeseitigung nicht ausgereicht haben würde, hätte der Beklagte später doch noch den gesamten Putz erneuern müssen. Dann würde er die Aufwendungen der ersten Nachbesserung vergebens gemacht haben. Durch das Verhalten des Klägers habe er diese Aufwendungen erspart. Das müsse er sich auf seinen Schaden im Wege der Vorteilsausgleichung anrechnen lassen. Dadurch werde zumindest der Betrag ausgeglichen, den der Beklagte eingesetzt habe für das Auf- und Abbauen des Gerüsts sowie für die entgangene Nutzung des Gerüsts während einer Zeit, die zur Ausführung der von Z. vorgeschlagenen Arbeiten benötigt worden wäre.

Darüber hinaus habe der Beklagte ohnehin für das Gerüst nichts zu beanspruchen. Nach der Weigerung des Klägers, die von Zacher vorgeschlagene Ausbesserung durchführen zu lassen, habe sich der Beklagte entscheiden müssen, ob er das Gerüst benutzen wollte, um den Putz völlig zu erneuern, oder ob er dies nicht tun wollte. Letzteren-

falls habe er das Gerüst auf eigenes Risiko unnütz stehen lassen, wenn sich nacher - wie tatsächlich geschehen - nicht sein Standpunkt, sondern der des Klägers als richtig erwies.

Diese Ausführungen tragen die Entscheidung.

a) Daß der Beklagte infolge der Weigerung des Klägers, die Nachbesserungsarbeiten ausführen zu lassen, Aufwendungen erspart hat, die die von ihm für das Auf- und Abbauen des Gerüstes eingesetzten Kosten, sowie die entgangene Nutzung während einer zur Ausführung der geplanten Arbeiten benötigten Zeit überstiegen hätten, greift die Revision nicht an.

b) Dem Berufungsgericht ist auch zuzustimmen, daß der Beklagte für die weitere Zeit keine Nutzungsentschädigung zu beanspruchen hat, da er, ohne eine Klärung herbeizuführen, das Gerüst unbenutzt hat stehen lassen. Warum erst die Erklärung des Klägers im Termin vom 14. Februar 1958 den Beklagten erkennen ließ, daß ein weiteres Abwarten sinnlos war, ist nicht einzusehen und führt auch die Revision nicht aus. Wenn der Beklagte die Weigerung des Klägers als unverständlich und herausfordernd empfunden hat, ist das seine Sache. Die Revision legt nicht dar, was hieraus folgen sollte.

c) Die Farbe, die der Beklagte für den Außenputz gekauft hat, kann er, so stellt das Berufungsgericht fest, bei Ausführung der Arbeiten verwenden. Durch den Kauf der Farbe ist ihm deshalb kein Schaden entstanden.

Der Hinweis der Revision, der Kläger habe wiederholt angekündigt, er werde die Nachbesserung durch einen Drit-

ten ausführen lassen, es stehe deshalb nicht fest, daß der Beklagte die Farbe verwenden könne, ist dadurch gegenstandslos geworden, daß der Beklagte inzwischen selbst den Putz erneuert hat.

6. Ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten wegen seiner restlichen Werklohnforderung verneint das Berufungsgericht. Es führt aus, der Beklagte sei nach Ziff. 24 des Bauvertrags vorleistungspflichtig. Der Kläger dürfe deshalb gemäß § 320 BGB die Zahlung des restlichen Werklohns bis zur ordnungsgemäßen Behebung der Mängel verweigern. Der ursprüngliche Erfüllungsanspruch des Klägers habe sich insoweit in einen Mängelbeseitigungsanspruch umgewandelt (BGHZ 26, 337, 340).

Dem ist beizutreten.

Die Ansicht der Revision, der Kläger habe seinen Anspruch auf Vorleistung des Beklagten verloren, weil er die angebotene Leistung des Beklagten nicht angenommen habe, ist unzutreffend. Der Beklagte hat nicht die Erneuerung des ganzen Putzes angeboten. Auf eine Mängelbeseitigung gemäß dem Gutachten Z. [REDACTED] brauchte sich der Kläger, wie ausgeführt, nicht einzulassen.

III.

Da das angefochtene Urteil auch im übrigen keinen Rechtsfehler erkennen läßt, erweist sich die Revision des Beklagten als unbegründet.

Nach § 97 ZPO hat der Beklagte die Kosten der Revision zu tragen.

Dr. Winkelmann

Rietschel

Erbel

Dr. Vogt

Finke