

2231 041

VII ZR 200/62

Verkündet
am 17. Februar 1964
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 Bauunternehmers Franz M [REDACTED], G [REDACTED],
B [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Metzgermeister Hans R [REDACTED], G [REDACTED], Ma [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 17. Februar 1964 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Düsseldorf vom 6. Juli 1962 im Kostenpunkt und
insoweit aufgehoben, als es der Klage stattgegeben
hat.

Insoweit wird die Sache zur neuen Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die vorliegende Klage hat der Vater des Klägers, der Metzgermeister Matthias R. [REDACTED], erhoben. Er ist während des Rechtsstreits gestorben und von seiner Witwe beerbt worden. Auch diese ist im Laufe des Prozesses gestorben; ihr Erbe ist der Kläger.

Der Vater des Klägers (i.f. Kläger genannt) ließ im Jahre 1953 in seinem Neubau G. [REDACTED], Ma. [REDACTED], die Böden im Ladenraum, im Flur und in der Küche durch den Beklagten mit Solnhofener Platten belegen. Die Parteien vereinbarten, daß für den von ihnen geschlossenen Werkvertrag die Bestimmungen der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) gelten sollten.

Am 21. Dezember 1953 bezog ein Mieter den Ladenraum; am 27. Februar 1954 fand die behördliche Gebrauchsabnahme des Neubaus statt. Im Mai 1954 erneuerte der Beklagte, nachdem der Kläger Mängel des Fußbodenbelags gerügt hatte, mehr als 40 schadhafte Platten. Eine weitere Ausbesserung des Belags nahm der Beklagte im Winter 1956/57 vor. In der Folgezeit machte der Kläger geltend, daß die Böden immer noch Mängel hätten, und forderte den Beklagten schließlich im Februar 1959 auf, den Belag zu erneuern.

Der Kläger behauptet, die Platten zerbröckelten und zer-sprängen. Sie seien viel zu dünn (nur 7 mm stark), zu weich und als Fußbodenbelag überhaupt nicht geeignet; es handele sich in Wirklichkeit um Wandplatten. Ferner lägen die Platten teilweise nicht fest im Mörtelbett. Der völlig unbrauchbare Bodenbelag müsse entfernt und durch einen Belag aus stärkeren Platten ersetzt werden.

Der Kläger hat gegen den Beklagten und den bauleitenden Architekten Bulkens Klage erhoben mit dem Antrag, sie als Gesamtschuldner zu verurteilen,

- 3 -

die mangelhaft verlegten Platten zu entfernen und eine mangelfreie Neuherstellung mit 13 bis 40 mm starken Bodenplatten vorzunehmen,

hilfsweise, die Beklagten zur Zahlung von 2.509,50 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte behauptet, der Kläger habe die Platten selbst beschafft. Er erhebt ferner die Einrede der Verjährung.

Der Kläger meint demgegenüber, die Verjährung sei mehrfach unterbrochen worden und gehemmt gewesen.

Das Landgericht hat die Klage gegen den Beklagten und gegen den Architekten abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 1.973,40 DM nebst Zinsen verurteilt. Im übrigen hat es die Berufung des Klägers, mit der dieser von dem Beklagten und dem Architekten weiterhin die Neuherstellung der Böden, hilfsweise die Zahlung von 2.732,40 DM nebst Zinsen begehrt hatte, zurückgewiesen.

Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die völlige Abweisung der Klage. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, die verlegten Platten seien als Fußbodenbelag unbrauchbar, sie müßten entfernt und durch einen Belag aus geeigneten Platten ersetzt werden.

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



Es führt sodann aus, die für den Vertrag der Parteien geltende VOB gewähre keinen Anspruch auf Ersatz der durch die Neuherstellung entstehenden Kosten. Sie stelle damit den Kläger praktisch rechtlos.

§ 635 BGB greife nicht zugunsten des Klägers ein. Die Anwendung dieser Vorschrift sei ausgeschlossen, weil die Parteien das Vertragsverhältnis der VOB unterstellt hätten.

Der Kläger habe aber einen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung, der erst in 30 Jahren verjähre.

II.

Die Revision macht geltend, der eingeklagte Anspruch verjähre nach § 13 Nr. 4 VOB Teil B in 2 Jahren. Darin ist ihr beizutreten. Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Klageanspruch aus positiver Vertragsverletzung herzu-
leiten sei und erst in 30 Jahren verjähre, ist abzulehnen.

1.) Es kann dahingestellt bleiben, ob auch Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung unter die in § 13 Nr. 7 VOB geregelten Schadensersatzansprüche fallen und ihre Verjährung sich deshalb nach § 13 Nr. 4 VOB bestimmt (so Hereth-Ludwig-Naschold, VOB Teil B § 13 Ez. 10 u. 26).

Vorliegend ist nämlich die Verjährungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB in jedem Falle maßgebend.

2.) Der erkennende Senat hat sich mehrfach dazu geäußert, wie bei einem nach den Vorschriften des BGB zu beurteilenden Werkvertrag Schadensersatzansprüche aus § 635 BGB, die nach § 638 BGB verjähren, von solchen aus positiver Vertragsverletzung, die nach § 195 BGB verjähren, abzugrenzen sind (u.a. BGHZ 35, 130; 37, 341, 343 f; Urt. VII ZR 233/61 vom 2. Mai 1963).

Hiernach betrifft § 635 BGB den Ersatz eines Schadens, der eng und unmittelbar damit zusammenhängt, daß das Werk wegen des Mangels unbrauchbar, wertlos oder minderwertig ist.

Wird hiervon ausgegangen, so handelt es sich im vorliegenden Falle nicht um einen Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung: Daß der Schaden des Klägers auf vom Beklagten verschuldeten Mängeln des Werks beruht, ist dem Berufungsgericht nicht zweifelhaft.

Ein Mangel ist auch dann nicht zu verneinen, wenn der Kläger selbst die Platten geliefert haben sollte. Das Berufungsgericht legt rechtlich einwandfrei dar, daß der Beklagte verpflichtet war, die etwa vom Kläger gelieferten Platten auf ihre Eignung zu prüfen und ihn darauf hinzuweisen, daß sie ungeeignet waren. Das gilt allgemein für den Werkvertrag (BGH LM Nr. 3 zu § 633 BGB; BGH BB 1961, 430; BGH VII ZR 10/62 vom 24. Juni 1963). In § 4 Nr. 3 VOB ist zudem, worauf das Berufungsgericht zutreffend hinweist, ausdrücklich bestimmt, daß der Unternehmer Bedenken gegen die Güte der vom Besteller gelieferten Stoffe diesem schriftlich mitzuteilen hat. Kommt der Unternehmer seiner Pflicht zur Prüfung und Unterrichtung nicht nach, verwendet er vielmehr die ungeeigneten Stoffe, ohne den Besteller auf die mangelnde Eignung hinzuweisen, und wird infolgedessen ein mangelhaftes Werk hergestellt, so hat der Besteller Gewährleistungsansprüche nach §§ 633 ff BGB bzw. § 13 VOB (vgl. BGH NJW 60, 1813; BGH BB 1961, 430; Ingenstau-Korbion, VOB, 2. Aufl., B § 4 Randziffer 98 und § 13 Randziffer 32).

Der Schaden, dessen Ersatz der Kläger begehrt, folgt unmittelbar aus der Mangelhaftigkeit des nach dem Berufungsurteil unbrauchbaren Werks. Schäden dieser Art sind auch die Kosten, die - unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes - als zur Beseitigung der Mängel erforderlich beansprucht werden (BGH VersR 1962, 1062; Betrieb 1963, 1213).

Nimmt man im Gegensatz zu Hereth-Ludwig-Naschold an, daß § 13 Nr. 7 VOB nicht Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung, sondern wie § 635 BGB nur solche wegen der mit den Werksmängeln eng und unmittelbar zusammenhängenden Schäden betrifft, so ist kein Grund ersichtlich, letztere Ansprüche von denen aus positiver Vertragsverletzung anders als bei einem nicht der VOB, sondern nur dem BGB unterstehenden Werkvertrag abzugrenzen. Hiernach kommt im vorliegenden Falle ein Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung nicht in Betracht.

3.) Das Berufungsgericht sieht sich dazu, einen Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung anzunehmen, nur deshalb gedrängt, weil es meint, daß der Kläger bei dem gegebenen Sachverhalt einen Schadensersatzanspruch nach der VOB überhaupt nicht habe und damit rechtlos sei.

Das trifft nicht zu. Es bedarf keines Eingehens auf die vom Kläger in der Revisionsverhandlung berührte Frage, ob er, weil die Mängel des Bodenbelags sich nur durch dessen Erneuerung beseitigen lassen, die dafür erforderlichen Kosten schon nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB beanspruchen könnte. Jedenfalls verneint das Berufungsgericht einen Schadensanspruch aus § 13 Nr. 7 VOB mit unzutreffender Begründung.

Es meint, § 13 Nr. 7 VOB gewähre nur einen Schadensersatzanspruch, wenn die Gebrauchsfähigkeit des Werks erheblich eingeschränkt, nicht aber, wenn es überhaupt nicht gebrauchsfähig sei. Der Besteller könne nach der VOB nicht den für die Erneuerung des unbrauchbaren Werks erforderlichen Geldbetrag beanspruchen. Auch die Wandelung schneide § 13 VOB ihm ab. Der Kläger dürfe nach der VOB keinesfalls dem Beklagten den Bodenbelag zur Verfügung stellen und den Werklohn zurückfordern. Er habe nur nach § 13 Nr. 6 VOB einen Minderungsanspruch.

Die Auffassung des Berufungsgerichts ist verfehlt.

a) Es kann nicht zugegeben werden, daß der Besteller (Auftraggeber), wenn der Unternehmer (Auftragnehmer) schuldhaft ein völlig unbrauchbares Werk hergestellt hat, auf den Minderungsanspruch beschränkt sei.

Nach § 13 Nr. 1 VOB besteht die Gewährleistungspflicht des Auftragnehmers für die Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Wenn dann § 13 Nr. Abs. 1 VOB die Schadensersatzpflicht des Auftragnehmers davon abhängig macht, daß er einen wesentlichen Mangel verschuldet hat, der die Gebrauchsfähigkeit "erheblich beeinträchtigt", so muß unter Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit nicht nur deren Beschränkung, sondern auch ihr völliges Fehlen verstanden werden. Es wäre nicht verständlich, daß völlige Gebrauchsunfähigkeit weniger Rechte geben sollte als eine nur geminderte. Das kann nicht der Sinn der Gewährleistungsvorschriften der VOB sein. "Beeinträchtigen" im Sinne des § 13 Nr. 7 VOB umfaßt vielmehr sowohl "aufheben" wie "mindern" im Sinne des § 13 Nr. 1 VOB (vgl. auch Hereth-Ludwig-Naschold § 13 Rz 280; Ingenstau-Korbion, § 13 Randziffer 99).

Erst recht nicht kann § 13 Nr. 7 Abs. 2, der nicht nur wie Abs. 1 zum Ersatz des "Schadens an dem Bauwerk", sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch des "darüber hinausgehenden Schadens" verpflichtet, dahin verstanden werden, daß die Schadensersatzpflicht nur bei Minderung der Gebrauchsfähigkeit, nicht aber bei ihrem gänzlichen Fehlen bestehe.

Für seine gegenteilige Auffassung kann sich das Berufungsgericht auch nicht auf § 13 Nr. 6 VOB berufen. Zwar ist dort bestimmt, daß der Auftraggeber, wenn die Beseitigung des Mangels

nach Lage der Dinge unmöglich ist und deshalb vom Auftragnehmer verweigert wird, Minderung der Vergütung verlangen kann. Das heißt aber nicht, daß er in dem in § 13 Nr. 6 geregelten Falle immer nur dieses Recht hätte, auch dann, wenn die weiteren Voraussetzungen gegeben sind, unter denen nach § 13 Nr. 7 VOB die Schadensersatzpflicht des Auftragnehmers eintritt. Vielmehr kann er, wenn sowohl der Tatbestand des § 13 Nr. 6 wie der des § 13 Nr. 7 gegeben sind, Schadensersatz verlangen, und der Minderwert, wegen dessen nach § 13 Nr. 6 Minderung beansprucht werden kann, ist dann in dem nach § 13 Nr. 7 zu ersetzenden Schaden enthalten (BGH LM Nr. 3 zu § 13 VOB Teil B).

b) Irrig ist auch die Ansicht des Berufungsgerichts, daß der Auftraggeber könne nach der VOB in keinem Falle das unbrauchbare Werk zurückweisen. Zu der umstrittenen Frage, ob das Recht der Wandelung nach der VOB ausgeschlossen ist, braucht nicht Stellung genommen zu werden. Unter der Voraussetzung des § 13 Nr. 7 Abs. 2 VOB kann jedoch der Auftraggeber den vollen Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen. Er ist dann berechtigt, die Übernahme des Werks abzulehnen und die Zahlung jeglicher Vergütung zu verweigern. Das gilt nicht nur für den Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB (BGHZ 27, 215), sondern auch für den aus § 13 Nr. 7 Abs. 2 VOB (BGH Betrieb 1962, 1213).

Davon, daß die Voraussetzungen des § 13 Nr. 7 Abs. 2 VOB im vorliegenden Fall gegeben sind, ist nach dem angefochtenen Urteil auszugehen. Den Ausführungen S. 15 BU ist zu entnehmen, daß der Beklagte nach Ansicht des Berufungsgerichts bei der Herstellung des Bodenbelages gegen die anerkannten Regeln der Technik verstoßen hat.

c) Da nach § 13 Nr. 7 Abs. 2 VOB der volle Schadensersatz wegen Nichterfüllung beansprucht werden kann, steht dem Auftraggeber auch ein Anspruch auf Ersatz der zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten zu (BGH Betrieb 1963, 1213; BGH VersR 1962, 1062). Wenn aber, wie es hier nach der Feststellung des Berufungsgerichts zutrifft, der Mangel nur durch Neuherstellung behoben werden kann, so kann der Auftraggeber die dafür aufzuwendenden Kosten als Schadensersatz beanspruchen.

4.) Demnach ist, wenn die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts zugrunde gelegt werden, nicht ersichtlich, weshalb der Kläger den jetzt geltend gemachten Schadensersatzanspruch nicht auf Grund des § 13 Nr. 7 Abs. 2 VOB hätte erheben können. Daß er insoweit durch die VOB "rechtlos gestellt" sei, trifft nicht zu. Es ist deshalb kein Raum und es besteht kein Bedürfnis dafür, dem Kläger, wie es das Berufungsgericht tut, einen erst in 30 Jahren verjährenden Anspruch aus positiver Vertragsverletzung zuzubilligen.

III.

Vielmehr unterliegt der geltend gemachte Schadensersatzanspruch, da er nach § 13 Nr. 7 VOB zu beurteilen ist, der in § 13 Nr. 4 VOB bestimmten kurzen Verjährung. Ob die hiernach maßgebende Verjährungsfrist von 2 Jahren abgelaufen ist, kann das Revisionsgericht nicht abschließend beurteilen. Denn das Berufungsgericht enthält sich der Entscheidung, ob die Verjährung bei Erhebung der Klage, wie der Kläger geltend gemacht hatte, wegen Unterbrechung oder Hemmung noch nicht vollendet war und ob die Verjährungseinrede mit dem Einwand unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) abgewehrt werden kann. Diese Fragen können nicht ohne tatrichterliche Würdigung entschieden werden. Das Landgericht hat sich zwar mit ihnen befaßt; seine

Feststellungen und seine Würdigung sind aber vom Kläger im Berufungsverfahren angegriffen worden (vgl. S. 5 f der Berufungsbegründung und den Schriftsatz vom 12. Juni 1961).

Danach ist das angefochtene Urteil, soweit es der Klage stattgegeben hat, aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Erbel

Meyer

Finke