

xv

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 633, 634, 635

Zur Frage, inwieweit ein Nachbesserungsanspruch nach § 633 BGB und ein Schadensersatzanspruch nach §§ 634, 635 BGB in getrennten Prozessen nebeneinander geltend gemacht werden können.

BGH, Urt. v. 6. November 1975 - VII ZR 222/73 - OLG Koblenz
LG Koblenz

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 222/73

URTEIL

Verkündet am

6. November 1975

Werner,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rentners Bernhard L [REDACTED], N [REDACTED],
B [REDACTED]-G [REDACTED]-Straße [REDACTED]

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Willi C [REDACTED] jun. & Co OHG,
W [REDACTED]

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

20

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 1975 durch die Richter Dr. Girisch, Erbel, Dr. Recken, Bliesener und Kuhn

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers werden das an Verkündungs Statt am 18. September 1973 zugestellte Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Koblenz aufgehoben und das Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts in Koblenz vom 28. Februar 1972 abgeändert.

Die Klage wird dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Zur Entscheidung über den Betrag des Anspruches sowie über die gesamten bisherigen Kosten des Rechtsstreits wird die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte hat auf einem von ihr beschafften Grundstück in W. für den Kläger ein Haus errichtet, das 53.000,-- DM kosten sollte. In einem anderen Rechtsstreit hat die Beklagte über vom Kläger gezahlte 49.349,31 DM hinaus weitere 12.177,60 DM eingeklagt, der Kläger widerklagend die Beseitigung von Baumängeln verlangt.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Nachdem ein Sachverständiger in jenem Rechtsstreit Mängel des Hauses bestätigt hatte, hat der Kläger vorliegende Klage auf Zahlung von 130.000 DM Schadensersatz nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe des Hauses erhoben. Der andere Rechtsstreit wurde anschließend auf Antrag des Klägers nach § 148 ZPO ausgesetzt.

Das Landgericht hat die Schadensersatzklage als unbegründet, das Oberlandesgericht als zur Zeit unbegründet abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger den Klaganspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Über Ansprüche des Erwerbers eines Grundstücks wegen Sachmängel eines von dem Veräußerer darauf errichteten Hauses ist nicht nach Kauf- sondern nach Werkvertragsrecht zu entscheiden (BGHZ 60, 362; 63, 96; BGH Urteile vom 25. Oktober 1968 - V ZR 80/65 = WM 1969, 96 und vom 13. Januar 1975 - VII ZR 194/73 = WM 1975, 409; vgl. auch BGHZ 61, 369, 371). Mit Recht hat deshalb das Berufungsgericht den eingeklagten Schadensersatzanspruch anhand der §§ 634, 635 BGB geprüft.

II.

Das Berufungsgericht meint, der Kläger verlange Nachbesserung und Schadensersatz nebeneinander. Er habe in dem anderen Rechtsstreit weder die Widerklage zurückgenommen

noch auf den Nachbesserungsanspruch verzichtet. Seine jetzige Erklärung, er begehre in erster Linie Schadensersatz und hilfsweise Nachbesserung, sei prozessual ohne Bedeutung, denn es sei nicht möglich, in verschiedenen Prozessen geltend gemachte Ansprüche in ein Eventualverhältnis zu bringen. Der Nachbesserungsanspruch und der Schadensersatzanspruch schließen sich gegenseitig aus. Der Schadensersatzanspruch komme zum Zuge, wenn ein Nachbesserungsanspruch von vornherein nicht gegeben sei oder wenn der Nachbesserungsanspruch dadurch erlösche, daß der Besteller nach § 634 BGB verfare. Dann könne der Besteller zwischen Wandlung, Minderung und Schadensersatz wählen, jedoch nicht mehr auf den Nachbesserungsanspruch zurückgreifen. Die Schadensersatzklage wäre deshalb nur dann begründet, wenn festgestellt werden könnte, daß ein Nachbesserungsanspruch nicht bestehe. Diese Feststellung könne jedoch nicht getroffen werden.

III.

Den Ausführungen des Berufungsgerichts zur Abgrenzung des Schadensersatzanspruches vom Nachbesserungsanspruch kann nicht gefolgt werden.

1. Richtig ist, daß der Nachbesserungsanspruch als Erfüllungsanspruch und der Schadensersatzanspruch als Gewährleistungsanspruch sich gegenseitig ausschließen und daß deshalb nicht beide gleichzeitig und gleichrangig geltend gemacht werden können.

2. Geht der Besteller nach § 634 Abs. 1 BGB vor, setzt er also dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels mit der Erklärung, daß er nach deren Ablauf die Beseitigung des Mangels ablehne, so er-

lisch der Nachbesserungsanspruch mit dem fruchtlosen Ablauf der Frist (§ 634 Abs. 1 S. 3, 2. Halbsatz BGB). Der Besteller kann dann zum Schadensersatzanspruch übergehen. Der Kläger ist jedoch nicht den Weg des § 634 Abs. 1 BGB gegangen, denn er hat dem Beklagten eine Frist zur Behebung der Mängel nicht gesetzt.

3. Der Kläger macht vielmehr geltend, er brauche der Beklagten keine Nachbesserungsfrist zu setzen, denn sie habe die Beseitigung der Mängel verweigert; er habe auch ein besonderes Interesse an der sofortigen Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs, weil sein Vertrauen in eine ordnungsgemäße Durchführung der Nachbesserung durch die Beklagte erschüttert sei.

Der Kläger stützt sich demnach auf § 634 Abs. 2 BGB, der Fälle betrifft, die eine Fristsetzung nicht erfordern. In diesen Fällen ist neben den übrigen Voraussetzungen für die Entstehung eines Gewährleistungsanspruchs, also auch des Schadensersatzanspruchs aus § 635 BGB die Entschließung des Bestellers erforderlich, statt Nachbesserung Schadensersatz zu verlangen. Diese dem Unternehmer bekanntzugebende Entschließung tritt an die Stelle der nach § 634 Abs. 1 BGB erforderlichen Fristsetzung. Durch die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs gibt der Besteller seinen Willen kund, die Erfüllung des Werkvertrags, also auch die Nachbesserung nicht mehr zu verlangen (vgl. Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrag S. 159; Staudinger-Riedel, 11. Aufl., § 634 Rdn. 3 a.E.).

4. Der Entschließung des Klägers, Schadensersatz statt Nachbesserung zu verlangen, steht nicht, wie das Berufungsgericht meint, dessen prozessuales Verhalten entgegen. Zwar hat der Kläger die Widerklage auf Nachbesserung

und die Klage auf Schadensersatz unabhängig voneinander erhoben, denn eine bedingte Klagerhebung wäre unwirksam. Er hat jedoch die Durchführung beider Prozesse derart miteinander verknüpft, daß er zunächst nur die Schadensersatzklage weiterverfolgt, den Nachbesserungsanspruch dagegen nur im Falle seines Unterliegens mit dem Schadensersatzanspruch weiterbetreiben will. Das folgt aus seiner Erklärung, in erster Linie Schadensersatz zu fordern, aus der von ihm veranlaßten Aussetzung des Rechtsstreits über den Nachbesserungsanspruch und seiner Ankündigung, im Falle des Obsiegens im Schadensersatzprozeß den Rechtsstreit über den Nachbesserungsanspruch für erledigt zu erklären. Der Sache nach hat er sich damit für den Schadensersatzanspruch entschieden.

5. Dem steht nicht entgegen, daß er die Widerklage auf Nachbesserung nicht zurückgenommen hat, sich vielmehr vorbehält, auf den Nachbesserungsanspruch zurückzugreifen, falls ihm der Schadensersatzanspruch mangels der Voraussetzungen des § 634 Abs. 2 BGB nicht zuerkannt wird. So wie in den Fällen des § 634 Abs. 1 BGB der Anspruch auf Beseitigung des Mangels nach Satz 3, Halbsatz 2 nur ausgeschlossen wird, wenn sämtliche Merkmale des Satzes 1 vorliegen, so geht auch in den Fällen des § 634 Abs. 2 BGB der Nachbesserungsanspruch nicht schon durch die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches, sondern nur dann unter, wenn die Voraussetzungen des § 634 Abs. 2 BGB auch tatsächlich vorliegen. Der Besteller verliert durch seine Entschließung den Nachbesserungsanspruch nicht, wenn er mangels der Voraussetzungen des § 634 Abs. 2 BGB den Schadensersatzanspruch nicht erlangen kann.

IV.

Da der Kläger, wie ausgeführt, den Schadensersatzanspruch gewählt hat, hängt die Entscheidung über diesen Anspruch davon ab, ob die Voraussetzungen des § 634 Abs. 2 BGB gegeben sind.

Das verneint das Berufungsgericht. Daß die Beseitigung der Mängel unmöglich sei, habe der Kläger nicht behauptet. Die Beklagte verweigere sie auch nicht, denn sie habe sich nachträglich dazu bereit erklärt. Der Kläger könne ferner nicht geltend machen, er habe das Vertrauen zur Beklagten verloren, daß sie die Mängel einwandfrei beheben werde, denn damit würde er sich in Widerspruch setzen zur Aufrechterhaltung der Widerklage auf Nachbesserung.

Hiergegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

Nachdem der Kläger die Widerklage im April 1966 erhoben hatte, hat die Beklagte die behaupteten Mängel bis zur Erstattung des Sachverständigengutachtens vom Juni 1969 bestritten und sich geweigert, sie zu beheben. Dieses Verhalten ist in Anbetracht der Art und des Ausmaßes der sich aus dem Sachverständigengutachten ergebenden, nunmehr auch unstreitigen Mängel geeignet, sein Vertrauen zur Beklagten zu zerstören und begründet sein besonderes Interesse, nach so langer Zeit zur Schadensersatzklage überzugehen. Daß er die einmal erhobene Widerklage auf Nachbesserung nicht zurückgenommen hat, steht entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts dem Vertrauensverlust nicht entgegen, sondern dient dem Schutz vor Verjährung des Nachbesserungsanspruchs, auf den er, falls seine Schadensersatzklage keinen Erfolg hat, zurückgreifen will.

Da der Schadensersatzanspruch sich jedenfalls dem Grunde nach als gerechtfertigt erweist, ist, wie geschehen, zu erkennen.

Girisch

Erbel

Recken

Bliesener

Kuhn