

10

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 640 Abs. 2, 635; VOB/B § 13

Die vorbehaltlose Abnahme des Werks (§ 640 Abs. 2 BGB)
läßt den Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB und
§ 13 VOB/B unberührt, und zwar auch insoweit, als es
sich um die Mängelbeseitigungskosten handelt.

BGH, Urt. v. 12. Mai 1980 - VII ZR 228/79 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 228/79

URTEIL

Verkündet am

12. Mai 1980
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Zimmermeisters Reinhard G [REDACTED], S [REDACTED]weg [REDACTED],
K [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Elektroingenieur Gerhard R [REDACTED], T [REDACTED]weg,
B [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Mai 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Dr. Recken, Doerry und Bliesener

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 10. Juli 1979 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte beauftragte im Oktober 1972 den Kläger mit der Aufzimmerung des Dachstuhls und der Erstellung einer Dachgaube ("Fledermausgaube") für sein Eigenheim. Die Parteien vereinbarten die Geltung der VOB/B (1952).

Der Kläger hat mit der Klage restlichen Werklohn in Höhe von 4.058,34 DM nebst Zinsen verlangt. Der Beklagte hat mit Gegenforderungen aufgerechnet, die er aus behaupteten Mängeln der Gaube herleitet.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben.



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



Mit der - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Kläger die Dachgaube mangelhaft geplant und ausgeführt habe. Er habe bei ihrer Erstellung die Zimmerhöhe außer acht gelassen, so daß die Decken der beiden Dachzimmer nicht waagerecht bis zur Gaubenöffnung hin durchgezogen werden könnten. Das habe nicht nur optische Auswirkungen, sondern schränke auch die Gebrauchsfähigkeit der Gaube ganz erheblich ein. - Die Behebung der Mängel erfordere mehr als 4.250 DM.

Insoweit stehe dem Beklagten gegen den Kläger gemäß § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B ein Schadensersatzanspruch zu, der mit der Werklohnrestforderung zu verrechnen sei.

Dem stehe nicht entgegen, daß der Beklagte die Leistung des Klägers in Kenntnis der mißlungenen Konstruktion gemäß § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B abgenommen habe, ohne sich seine Rechte bei der Abnahme vorzubehalten. Ebenso wie im Werkvertragsrecht des BGB ein Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB dadurch nicht berührt werde (§ 640 Abs. 2 BGB), schließe auch eine in Kenntnis der Mängel erfolgte, rügelose Abnahme nach der VOB/B Schadensersatzansprüche gemäß § 13 Nr. 7 VOB/B nicht aus.

Da kein Grund dafür bestehe, den Begriff des Schadens nach § 13 Nr. 7 VOB/B anders abzugrenzen als in § 635 BGB, seien - wie dort - auch hier die vom Beklagten aufgewendeten Nachbesserungskosten ein Schaden, den er ersetzt verlangen könne.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Beklagte das Werk in Kenntnis der Mängel abgenommen habe, ohne sich seine Rechte vorzubehalten. Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen und wird von der Revision auch nicht angegriffen.

2. Die vorbehaltlose Abnahme hat aber nicht zum Untergang des Schadensersatzanspruchs des Beklagten geführt.

a) Der nach § 640 Abs. 2 BGB eintretende Rechtsverlust erstreckt sich nur auf die in §§ 633, 634 bestimmten Ansprüche, nicht aber auf Schadensersatzansprüche nach § 635 BGB (ständige höchstrichterliche Rechtsprechung seit RGZ 90, 18; vgl. Senatsurteile BGHZ 61, 369, 371; NJW 1975, 1701, 1703; ferner vom 29. Juni 1961 - VII ZR 174/60 = LM BGB § 639 Nr. 2; vom 18. Januar 1965 - VII ZR 155/63 = Schäfer/Finnern Z 2.414, Bl. 140; BGH Urteil vom 25. Oktober 1968 - V ZR 80/65 = Betrieb 1969, 481). Das folgt nicht nur aus dem eindeutigen Gesetzeswortlaut, sondern ist auch interessengerecht (vgl. dazu BGHZ 61, 369, 372). Im Hinblick auf die im Werkvertragsrecht geltende klare Teilung zwischen den verschuldensunabhängigen Ansprüchen

der §§ 633, 634 BGB (die allein in § 640 Abs. 2 BGB genannt werden) und dem ein Verschulden voraussetzenden Schadensersatzanspruch des § 635 BGB besteht kein Anlaß, dem das Werk rügelos abnehmenden Besteller auch den Schadensersatzanspruch zu nehmen und damit den Unternehmer auch von den Folgen schuldhafter Vertragsverletzung freizustellen (vgl. dazu auch Glanzmann, BGB-RGRK, 12. Aufl., Rdn. 26 zu § 640; Palandt/Thomas, BGB, 39. Aufl., Anm. 2 zu § 640; Ingenstau-Korbion, VOB, 8. Aufl., Rdn. 10 zu B § 12; Heiermann-Riedel-Schwab, VOB, 3. Aufl., Rdn. 81 d zu B § 13).

b) Die einschlägigen Bestimmungen der VOB/B (§ 12 Nr. 4 Abs. 1 Satz 4, Nr. 5 Abs. 3) knüpfen insoweit an die Regelung des BGB an. Das oben Gesagte gilt daher auch für den Bereich der VOB/B (vgl. die oben angeführten Senatsurteile LM BGB § 639 Nr. 2; Schäfer/Finnern Z 2.414, Bl. 92; NJW 1975, 1701 sowie das Urteil des V. Zivilsenats Betrieb 1969, 481; ferner Glanzmann, aaO, Rdn. 33 zu § 640; Palandt/Thomas, aaO, Anm. 3 zu § 640; Ingenstau/Korbion, aaO). Zwischen den Bestimmungen der VOB/B (1952) und denen der VOB/B (1973) besteht dabei insoweit kein Unterschied.

c) Die erforderlichen Nachbesserungskosten sind hier ein zu ersetzender Schaden. Ebenso wie der Schadensersatzanspruch des § 635 BGB den für die Beseitigung des Mangels notwendigen Geldbetrag umfaßt (Senatsurteil BGHZ 61, 369, 371 f; Palandt/Thomas, aaO, Anm. 2 c zu § 635), schließt auch der Anspruch des § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B diesen Aufwand ein. Er ist erforderlich, um den am Eigenheim des Beklagten durch die mangelhafte Dach-

gaube eingetretenen Schaden wieder zu beheben (vgl. auch Ingenstau-Korbion, aaO, Rdn. 213 und 224 c zu B § 13).

3. Die Auffassung des Senats ist im Schrifttum auf Kritik gestoßen, die sich die Revision zu eigen macht (vgl. Jagenburg, BauR 1974, 361 und NJW 1976, 2321, 2324; Kaiser, Mangelhaftungsrecht S. 127 ff = Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht 1976, 204, 205 f; Peters, NJW 1980, 750 f). Diese Kritik gibt dem Senat jedoch keinen Anlaß, von seiner Rechtsprechung abzugehen.

a) Die Revision macht geltend, § 635 BGB gewähre Schadensersatzansprüche nur "statt der Wandelung oder der Minderung", setze also das Bestehen der gemäß § 640 Abs. 2 BGB untergegangenen Rechte gerade voraus. Dabei läßt sie außer acht, daß die dort getroffene Regelung auf der Zweiteilung in verschuldensunabhängige (§§ 633, 634 BGB) und ein Verschulden voraussetzende Ansprüche (§ 635 BGB) beruht. Daraus ergibt sich, daß der verschuldensabhängige Schadensersatzanspruch des § 635 BGB auch dann bestehen bleiben soll, wenn die aus §§ 633, 634 BGB folgenden Ansprüche gemäß § 640 Abs. 2 BGB erlöschen. Das gilt erst recht für den Schadensersatzanspruch des § 13 Nr. 7 VOB/B, da dieser Anspruch - anders als § 635 BGB - ein weiteres Recht gewährt, das unter bestimmten Voraussetzungen zu Mängelbeseitigung, Kostenerstattung und Minderung hinzutritt, wenn durch diese Rechtsbehelfe ein dem Auftraggeber durch den Mangel entstandener Schaden noch nicht beseitigt wird (vgl. dazu Glanzmann, aaO, Anh. zu §§ 633 - 635, Rdn. 49). Ist das Recht des Bestellers auf Nachbesserung, bzw. Minderung aber untergegangen, kommt nur noch

der Schadensersatzanspruch zum Tragen, soweit - wie hier - dessen Voraussetzungen gegeben sind.

b) Weiter wird von den Kritikern eingewandt, die Rechtsprechung des Senats habe zur Folge, daß sich wegen des Rechtsverlustes, den nach § 640 Abs. 2 BGB der Besteller erleidet, die Rechte des Unternehmers verkürzten. Der Besteller könne nämlich, wenn er den Vorbehalt seiner Rechte unterläßt, abweichend von der dem Gesetz zugrunde liegenden Systematik den Unternehmer unmittelbar auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, ohne vorher Nachbesserung verlangen zu müssen. Damit verliere der Unternehmer das sonst gegebene Recht auf Nachbesserung (vgl. Glanzmann, aaO, Rdn. 1 zu § 633), obwohl doch durch § 640 Abs. 2 BGB die Rechte des Bestellers eingeschränkt werden sollten.

Diese Erwägungen rechtfertigen eine Änderung der Rechtsprechung nicht. Die Gefahr, daß ein Besteller § 640 Abs. 2 BGB dazu mißbrauchen könnte, um sofort Schadensersatz zu fordern, ist gering. Wer so handelt, geht das Risiko ein, seine gesamten Rechte als Besteller zu verlieren, falls den Unternehmer kein Verschulden trifft. Im übrigen ist von Bedeutung, daß § 635 BGB und § 13 Nr. 7 VOB/B - im Gegensatz zu den übrigen Rechten des Bestellers - ein Verschulden des Unternehmers voraussetzen. Diese "Zweispurigkeit" im Werkvertragsrecht würde entgegen der gesetzlichen Regelung aufgegeben, wenn der Besteller mit dem vom Gesetz in § 640 Abs. 2 BGB angeordneten Verlust verschuldensunabhängiger Rechte auch den an sein Verschulden (und damit an strengere Voraussetzungen) geknüpften Anspruch verlieren würde.

Der Kläger hat die Nachbesserung endgültig verweigert. Daher stellt sich hier nicht die Frage, ob in Fällen des § 640 Abs. 2 BGB der Auftragnehmer gegenüber der Forderung des Auftraggebers auf Schadensersatz etwa einwenden könnte, er habe einen Anspruch darauf, selbst nachzubessern (OLG Köln, Schäfer/Finnern Z 2.414.1 Bl. 17 ff mit zustimmender Anmerkung von Hochstein; Palandt/Thomas, aaO, Anm. 2 c zu § 635 BGB; vgl. ferner Glanzmann, aaO, Rdn. 2 zu § 635 BGB).

c) Für das Kaufrecht (§ 464 BGB) und bei der Miete (§ 539 Satz 2 Alt. 2 BGB) ist allerdings eine andere Regelung getroffen. Das rechtfertigt es aber nicht, sich über die für den Werkvertrag geltende, abweichende gesetzliche Regelung hinwegzusetzen. Der Gedanke an ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers (vgl. dazu z.B. Peters, aaO) verbietet sich im Hinblick auf die unzweideutige, klare und letztlich auch billige gesetzliche Regelung des § 640 Abs. 2 BGB.

d) Die Revision hält es für unvereinbar, dem Besteller über § 640 Abs. 2 BGB einerseits den Anspruch auf Ersatz der zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten nach § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB/B zu nehmen, ihm andererseits aber den wirtschaftlich gleichwertigen Anspruch als Schadensersatzanspruch nach § 13 Ziff. 7 Abs. 1 VOB/B zuzubilligen. Dabei läßt sie aber außer acht, daß der Schadensersatzanspruch - im Gegensatz zu dem Anspruch nach § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB/B - ein Verschulden des Auftragnehmers voraussetzt und sich dadurch vom Nachbesserungsanspruch grundlegend unterscheidet.

e) Die Revision hat noch eine Rüge nach § 139 ZPO erhoben. Der Senat hat sie geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 565 a ZPO).

4. Nach alledem ist die Revision des Klägers mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Vogt

Doerry

Girisch

Bliesener

Recken