

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

VOB/B § 13 E Nr. 7 Abs. 1;

BGB §§ 635, 823 L

- a) Schäden, die durch mangelhafte Arbeiten eines Auftragnehmers an einem anderen Gewerk als dem seinen entstanden sind, kann der Auftraggeber auch dann ersetzt verlangen, wenn er den Auftragnehmer nicht nach § 13 Nr. 5 VOB/B zur Mängelbeseitigung innerhalb angemessener Frist aufgefordert hat.
- b) Zum "Übergreifen" einer für einen vertraglichen Anspruch bestehenden Regelung auf einen konkurrierenden Anspruch aus unerlaubter Handlung (im Anschluß an BGHZ 55, 392; 61, 203).

BGH, Urt. v. 7. November 1985 - VII ZR 270/83 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 270/83

URTEIL

Verkündet am
7. November 1985
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Theodor K. [REDACTED] Baugesellschaft GmbH & Co,
H. [REDACTED]straße [REDACTED], O. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma N. [REDACTED] KG, B. [REDACTED]straße [REDACTED], E. [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. November 1985 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Bliesener, Obenhaus und Quack für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 12. Juli 1983 im Kostenpunkt aufgehoben, ferner soweit die Klage hinsichtlich eines Teilbetrages von 104.264,52 DM zuzüglich Zinsen abgewiesen und soweit die Klägerin zur Rückzahlung von mehr als 106.766,97 DM nebst 4 % Zinsen hieraus seit 19. Januar 1983 an die Beklagte verurteilt worden ist. Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens hat die Klägerin 3/7 zu tragen. Die Entscheidung über die restlichen Kosten des Revisionsverfahrens wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen



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



Tatbestand:

Die Klägerin baute in den Jahren 1974/75 im Auftrag des Landschaftsverbandes R. (im folgenden auch: Auftraggeber) eine Brücke über eine Kreisstraße. Im Rahmen dieser Arbeiten errichtete sie auch eine Stahlspundwand, die mittels mehrerer Stahlseile im Boden verankert wurde. Die Beklagte war bei dieser Baumaßnahme von dem Landschaftsverband mit den Erdarbeiten beauftragt. Sie hatte den Damm zum Brückenbauwerk anzuschütten und darüberhinaus den Raum zwischen der von der Klägerin erstellten Spundwand und der Böschung zu verfüllen und zu verdichten. Den Verträgen lag jeweils die VOB/B zugrunde.

Im Juli und August 1975 zeigten sich an der Spundwand Verformungen. Nach Entfernung der bereits fertigen Hinterfüllung stellte sich heraus, daß mehrere Ankerstäbe gerissen waren. Die Klägerin, deren Arbeiten noch nicht abgenommen waren, beseitigte mit einem Kostenaufwand von 180.251,14 DM die Schäden und verlangte diesen Betrag von dem Landschaftsverband mit der Begründung, daß ihr zur Schadensbeseitigung ein Auftrag erteilt worden sei.

Die Forderung von 180.251,14 DM setzt sich aus folgenden Einzelposten (jeweils zuzüglich 11 % Mehrwertsteuer) zusammen:

35.637,60 DM für Erdarbeiten zur Entfernung des hinterfüllten Materials

32.818,81 DM für erneute Hinterfüllung und
Verdichtung

69.350 DM für die Wiederherstellung der Anker

24.582 DM Pauschale für technische Bearbeitung.

Als der Landschaftsverband nicht zahlte, erhob die Klägerin zunächst gegen ihn Klage, die sie jedoch alsbald auf die jetzt alleinige Beklagte erweitert hat. Nachdem der Auftraggeber der Klägerin alle ihm etwa gegen die Beklagte zustehenden Schadensersatzansprüche abgetreten hatte, hat die Klägerin die gegen ihn gerichtete Klage zurückgenommen.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Das Berufungsgericht hat sie abgewiesen und die Klägerin gemäß § 717 Abs. 2 ZPO zur Rückzahlung von 245.819,76 DM (nebst Zinsen) verurteilt, die die Beklagte zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem landgerichtlichen Urteil gezahlt hatte. Mit der - angenommenen - Revision, die die Beklagte zurückzuweisen bittet, begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Klägerin gegen die Beklagte keine eigenen Ansprüche zustehen und die Klage mithin nur aus abgetretenem Recht Erfolg haben kann. Die Revision nimmt dies hin.

2. Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob die Verformung der Spundwand auf fehlerhafte Werkleistung der Beklagten zurückzuführen ist. Für den Revisionsrechtszug ist daher von dem Vortrag der Klägerin auszugehen, wonach die Ankerstäbe der Spundwand infolge zu geringer Verdichtung des Erdreiches und/oder aufgrund von Schlagbeanspruchung durch den Flächenrüttler der Beklagten gerissen sind.

II.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, ein Anspruch der Klägerin aus § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B komme deshalb nicht in Betracht, weil die Beklagte nicht aufgefordert worden sei, die Mängel innerhalb einer angemessenen Frist zu beseitigen. Das ist nur richtig, soweit es um die auf die Erdarbeiten entfallenden Mängelbeseitigungskosten geht, nicht jedoch hinsichtlich der Schäden an der Spundwand.

1. Das der VOB/B zugrunde liegende System der Mängelansprüche geht - wie dasjenige der §§ 631 ff BGB - davon aus, daß der Auftragnehmer zunächst nur verpflichtet ist, den Mangel seines Werkes zu beseitigen. Dementsprechend muß er vom Auftraggeber Gelegenheit zur Nachbesserung erhalten (§ 13 Nr. 5 VOB/B). Erst wenn er eine ihm gesetzte, angemessene Frist ungenutzt hat verstreichen lassen, ist der Auftraggeber berechtigt, zur Selbsthilfe zu schreiten und den Mangel auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen zu lassen. Unterläßt der Auftraggeber diese Fristsetzung zur Mängelbeseitigung, so verliert er im Regelfall jeden Erstattungsanspruch (vgl. Senat NJW 1982, 1524, 1525; Urt. v. 9. April 1981 - VII ZR 263/79 = BauR 1981, 395, 398 = ZfBR 1981, 173, 179 jeweils m.N.; vgl. a. BGHZ 92, 123, 125).

Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Denn eine vergebliche Mängelbeseitigungsaufforderung mit Fristsetzung ist für den Schadensersatzanspruch nach § 13 Nr. 7 VOB/B nur insoweit erforderlich, als dem Auftraggeber überhaupt ein Nachbesserungsanspruch nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B zusteht (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB, 10. Aufl., B § 13 Rdn. 224 c) a.E.). Dies war hinsichtlich der Spundwand hier nicht der Fall. Die Beklagte hatte lediglich die Mängel an ihrem eigenen Gewerk nachzubessern; zur Beseitigung der Folgeschäden an der Spundwand, dem Gewerk der Klägerin, war sie hingegen weder berechtigt noch verpflichtet. Denn der Auftragnehmer muß grundsätzlich Mängel nur an denjenigen Bauteilen beseitigen, zu deren Herstellung, Instandhaltung oder Änderung er vertraglich verpflichtet war (vgl. Kaiser, Mängelhaftungsrecht der VOB Teil B, 4. Aufl., Rdnr. 98, S. 229).

2. Das Berufungsgericht meint demgegenüber, der Auftragnehmer habe auch dann das Recht, den gesamten Schaden selbst zu beheben, wenn hierbei andere als die ihm eigentlich obliegenden Leistungen erforderlich werden. Das ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig.

a) Allerdings hat der Bundesgerichtshof bereits mehrfach entschieden, daß sich die Nachbesserungsverpflichtung des Auftragnehmers nicht auf die eigene Leistung beschränkt. So hat er z. B. die Kosten der Maurer-, Putz-, Steinemallier-, Maler-, Reinigungs- und Architektenarbeiten, die im Zusammenhang mit der Nachbesserung einer fehlerhaft verlegten Abflußleitung notwendig geworden waren, zu den Aufwendungen gerechnet, die vom Unternehmer zu tragen sind (NJW 1963, 805, 806). Ferner hat der Senat in einem Fall, in dem der Unternehmer Abdichtungsarbeiten nachzubessern hatte, auch die Aufwendungen für die hierzu erforderlichen Nebenarbeiten als Mängelbeseitigungskosten bezeichnet. Hierbei ging es insbesondere um den Ausbau der Kellertüren, der Ölheizung, der Öltanks, der Kellertreppen, Abmontieren und Wiederanbringen der Elektroanschlüsse sowie Anpassen und Wiedereinbau der Kellertüren (Urt. v. 29. November 1971 - VII ZR 19/70 = WM 1972, 800, 802, insoweit in NJW 1972, 447 nicht abgedruckt). Zu den vom Unternehmer zu ersetzenden Kosten hat der Senat weiter die Aufwendungen gezählt, die bei der Nachbesserung von Rohrleitungen durch folgende Nebenarbeiten entstanden waren: Aufspüren der Schadstellen, Aufreißen der Straßendecke, Aufgraben des Erdreiches bis zur Rohrleitung, Freilegung der Leck-

stelle der Rohre, Verfüllen des Rohrgrabens, Verdichten des Erdreiches und Wiederherstellen der aufgerissenen Straßendecke (BGHZ 58, 332, 339).

Wie diese Beispiele zeigen, erstreckt sich die Nachbesserungsverpflichtung nicht nur darauf, die eigene mangelhafte Leistung nachträglich in einen mangelfreien Zustand zu versetzen. Sie umfaßt vielmehr auch alles, was vorbereitend erforderlich ist, um den Mangel an der eigenen Leistung zu beheben. Hinzu kommen die Arbeiten, die notwendig werden, um nach durchgeführter Mängelbeseitigung den davor bestehenden Zustand wieder herzustellen (vgl. Senat NJW 1979, 2095, 2096). All dies ist untrennbar mit der Pflicht zur Behebung des Werkmangels verbunden und gehört zu dem vertraglichen Erfüllungs- und Gewährleistungsaufwand des Auftragnehmers (vgl. a. BGHZ 72, 31, 33). Die Verpflichtung, Vorbereitungs- und Nebenarbeiten durchzuführen sowie die Nachbesserungsspuren zu beseitigen, besteht daher unabhängig von den Voraussetzungen, unter denen dem Auftraggeber ein Schadensersatzanspruch gegen den Auftragnehmer zusteht. Sie ist insbesondere auch dann gegeben, wenn der Auftragnehmer den Mangel nicht verschuldet hat (vgl. statt anderer Ingenstau/Korbion, aaO, B § 13 Rdn. 155). Andernfalls liefe der Auftraggeber Gefahr, die Erfüllung seines Anspruches auf Mängelbeseitigung mit Einbußen an seinem Vermögen bezahlen zu müssen.

b) Der zu entscheidende Fall liegt jedoch anders.

Denn von den Schäden und Aufwendungen, die im Zusammen-

hang mit der Nachbesserung zwangsläufig entstehen, sind diejenigen Schäden an anderen Bauteilen oder sonstigem Eigentum des Auftraggebers zu unterscheiden, die lediglich auf Mängeln der Leistung beruhen. Sie werden von der Nachbesserungspflicht nicht umfaßt und können nur Gegenstand eines - verschuldensabhängigen - Schadensersatzanspruches sein.

So ist es hier. Hinsichtlich der Schäden an der Spundwand geht es nämlich nicht darum, Nachbesserungsspuren zu beseitigen oder an den nachzubessernden Werkteil heranzukommen. Diese Schäden sind nicht erst bei den Nachbesserungsarbeiten entstanden oder zwangsläufig mit den Mängeln zu beheben, sondern sind lediglich eine Folge der mangelhaften Werkleistung der Beklagten. Es handelt sich um einen Mangelfolgeschaden, der zwar außerhalb des Werkes aufgetreten ist, aber in "engem Zusammenhang" mit dem Mangel steht.

Derartige Schäden fallen zwar nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats unter § 635 BGB (vgl. BGHZ 58, 85, 87; 61, 203, 205; BGH NJW 1981, 2182, 2183 m.w.N.). Dasselbe gilt für den Bereich der VOB/B, wo jedoch diese Schäden nach der Bestimmung des § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B zu ersetzen sind (BGHZ 58, 332, 340). Das bedeutet aber nicht, daß für derartige Schäden dann auch nur unter den selben Voraussetzungen Ersatz verlangt werden könnte wie bei denjenigen Schäden, die dem Werk unmittelbar anhaften.

c) Der Anspruch auf Ersatz von Schäden, die dem Werk unmittelbar anhaften, setzt allerdings grundsätzlich voraus, daß dem Auftragnehmer zuvor eine Nachbesserungsfrist gesetzt worden ist (§ 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 1 VOB/B). Denn der Auftragnehmer ist zunächst nur verpflichtet, den Mangel seines Werks zu beseitigen. Erst wenn er dies nicht fristgemäß tut, kann der Auftraggeber die Mängelbeseitigungskosten unter den Voraussetzungen des § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B als Schadensersatz verlangen. Zweck dieser Fristsetzung ist es also, dem Auftragnehmer eine letzte Gelegenheit einzuräumen, das noch mit Mängeln behaftete Werk in den vertragsgemäßen Zustand zu versetzen, ehe an deren Stelle die ihn finanziell regelmäßig mehr belastenden anderen Gewährleistungsansprüche treten. Der Schadensersatzanspruch tritt in diesen Fällen mithin an die Stelle des ursprünglichen Rechts des Auftraggebers auf Mängelbeseitigung. Diese Funktion begründet das Erfordernis der vorherigen Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung. Geht es hingegen um den Ersatz eines Schadens, der von vornherein neben dem Nachbesserungsanspruch besteht, so bedarf es auch nicht der Fristsetzung (BGHZ 72, 31, 33/34). Deshalb hat der Bundesgerichtshof z.B. den Ersatz des infolge eines Mangels entstandenen Verdienstaufalles und der Sachverständigenkosten nicht davon abhängig gemacht, daß dem Auftragnehmer zuvor eine Nachbesserungsfrist gesetzt worden ist (BGHZ 92, 308, 310 m.w.N.). Ebenso ist es, wenn nach erfolgreicher Nachbesserung ein merkantiler Minderwert verbleibt (Senatsurteil vom 19. September 1985 - VII ZR 158/84 m.N., zur Veröffentlichung bestimmt).

Für den hier in Frage stehenden Schaden an der Spundwand kann nichts anderes gelten. Auch dieser Schaden ist außerhalb der eigentlichen Werkleistung der Beklagten eingetreten, und zwar bevor deren Mangel überhaupt entdeckt oder jedenfalls beseitigt werden konnte. Er ist die Folge einer Schlechterfüllung, die durch das Nachholen der ordnungsgemäßen Erfüllungsleistung nicht mehr ungeschehen gemacht werden kann. Es geht nicht um den Ersatz für das Ausbleiben der vertraglich geschuldeten Leistung, sondern um den Ausgleich eines Schadens, der unabhängig von der Erfüllung des Nachbesserungsanspruchs außerhalb des geschuldeten Werks aufgetreten ist. Insofern unterscheidet sich der hier vorliegende Schaden nicht von dem sogenannten "entfernteren" Mangelfolgeschaden. In beiden Fällen beseitigt die Erfüllung des Nachbesserungsanspruchs des Auftraggebers nicht den Schaden, den der Mangel andernorts verursacht hat.

Der sich aus dem Mangel ergebende Schadensersatzanspruch des Auftraggebers tritt hier nicht an die Stelle der ursprünglichen Erfüllungsleistung. Er besteht vielmehr von vorneherein neben dem Nachbesserungsanspruch. Nach dem Gefüge der bauvertraglichen Gewährleistungsansprüche kommt daher eine vorhergehende Aufforderung zur fristgerechten Nachbesserung nicht in Betracht, eben weil der Auftragnehmer insoweit überhaupt keine Nachbesserung schuldet, sondern allein zum Schadensersatz verpflichtet ist, und auch das nur, wenn er den Mangel zu vertreten hat. Dabei ist dieser Anspruch bis auf besonders gelagerte Ausnahmefälle auf Entschädigung in Geld gerichtet

(Senatsurteile BGHZ 61, 369, 371; NJW 1978, 1853; BauR 1981, 395 jeweils m.N.).

d) Daß der Beklagten keine Nachbesserungsfrist gesetzt worden ist, steht einem Ersatzanspruch der Klägerin daher nur insoweit entgegen, als es um die Kosten der Mängelbeseitigung am eigenen Gewerk der Beklagten, also die Erdarbeiten geht. Das Berufungsgericht hat im übrigen rechtsfehlerfrei verneint, daß hier den Umständen nach eine Aufforderung an die Beklagte zur Mängelbeseitigung entbehrlich war. Das wird deshalb von der Revision auch nicht angegriffen.

Was hingegen die Schäden an der Spundwand betrifft, kann der Klägerin nach den Grundsätzen der sogenannten Schadensliquidation im Drittinteresse eine ihr vom Landschaftsverband abgetretene Forderung gegen die Beklagte zustehen (vgl. BGH NJW 1970, 38, 41).

III.

Ob der Klägerin auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Eigentums des Auftraggebers an der Spundwand zusteht, kann offen bleiben. Denn ein derartiger Anspruch würde in seinem Umfang nicht weiter reichen als die vorstehend dargelegte vertragliche Haftung der Beklagten und mithin die Kosten für die Erdarbeiten nicht erfassen.

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind bei Errichtung eines mangelhaften Bauwerks grundsätzlich keine Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB gegeben

(grundlegend BGHZ 39, 366; aus neuerer Zeit siehe etwa NJW 1978, 1051 Nr. 5; NJW 1981, 2248, 2250). Denn die mangelhafte Bauleistung ist keine Eigentumsverletzung sondern führt nur zu einem allgemeinen Vermögensschaden und erfüllt daher den Tatbestand des § 823 BGB nicht. Allein die mangelhafte Ausführung der Erdarbeiten durch die Beklagte kann daher für sich genommen keinen Schadensersatzanspruch nach § 823 BGB begründen.

2. Der Senat hat allerdings auch entschieden, daß eine mangelhafte Werkleistung jedenfalls dann zugleich den Tatbestand einer Eigentumsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB erfüllt, wenn in schon vorhandenes und bisher unversehrtes Eigentum des Auftraggebers eingegriffen wird (vgl. etwa BGHZ 55, 392, 394; BGHZ 61, 203; NJW 1977, 1819). Ob dementsprechend sich im vorliegenden Fall die Beklagte wegen Verletzung des Eigentums an der Spundwand schadensersatzpflichtig gemacht haben könnte, braucht jedoch nicht näher untersucht zu werden. Dabei kann auch dahinstehen, inwieweit die von der Rechtsprechung zur Produkthaftung entwickelten Grundsätze (vgl. etwa BGHZ 86, 256 m.N.) überhaupt auf die Errichtung von Bauten angewendet werden können. Denn die Beklagte müßte auf keinen Fall für den - in diesem Zusammenhang allein interessierenden - Aufwand aufkommen, den die erneuten Erdarbeiten erfordert haben.

Zwar hätte sie bei Annahme einer Verletzung des Eigentums an der Spundwand an sich den gesamten dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Davon sind aber die Kosten für die Erdarbeiten auszunehmen, weil dieser

Schadensposten nur Aufwendungen betrifft, die (vgl. vorstehend Ziffer 1) für sich genommen lediglich Gegenstand eines Gewährleistungsanspruchs (hier nach den §§ 13 Nr. 5, 7 Abs. 1 VOB/B) sein können. Allerdings sind, wie allgemein anerkannt ist, miteinander konkurrierende werkvertragliche Schadensersatzansprüche und solche aus unerlaubter Handlung nach ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen grundsätzlich selbständig zu beurteilen (Senatsurteile BGHZ 55, 392; 61, 203, 204 m.w.N.). Doch sind Wechselwirkungen keineswegs ausgeschlossen (Senat aaO; vgl. z.B. BGHZ 46, 313, 316 m.N. für die Begrenzung der Vertragshaftung auf bestimmte Schuldformen). Dabei kommt es darauf an, inwiefern vorrangige vertragliche Regelungen ausgehöhlt würden, wenn sie nicht auch für einen evtl. Anspruch aus unerlaubter Handlung gelten würden, der aus demselben Sachverhalt hergeleitet wird. Das wäre hier der Fall, wenn innerhalb eines deliktischen Anspruchs auf Ersatz der Kosten für die Wiederherstellung der Spundwand die Aufwendungen für die dazu erforderlichen Erdarbeiten verlangt werden könnten ohne Rücksicht darauf, ob die Beklagte Gelegenheit erhalten hat, diese Arbeiten erneut und dieses Mal mängelfrei selbst auszuführen. Dann würde das der Beklagten als Unternehmerin/Auftragnehmerin zunächst zustehende, für sie sehr bedeutsame werkvertragliche Nachbesserungsrecht vereitelt und die dieses Recht sichernde Regelung des § 13 Nr. 5, 7 Abs. 1 VOB/B, wonach der Auftragnehmer grundsätzlich erst einmal zur Beseitigung der seinem Werk anhaftenden Mängel unter Fristsetzung aufgefordert werden muß, praktisch außer Kraft gesetzt.

Der Senat hat bereits mehrfach entschieden, daß der Besteller/Auftraggeber, der die Voraussetzungen für den werkvertraglichen Anspruch auf Ersatz von Fremdnachbesserungskosten oder auf Schadensersatz nicht erfüllt hat, insoweit weder Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag noch aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen kann (s. die Nachweise in BGHZ 92, 123, 125). Ähnlich ist es hier. Wer es versäumt hat, die notwendigen vertraglichen Voraussetzungen zu schaffen, kann Ersatz derselben Aufwendungen von dem Unternehmer/Auftragnehmer auch nicht auf dem Umweg über einen evtl. Schadensersatzanspruch aus Eigentumsverletzung verlangen. Jedenfalls mit dieser Maßgabe muß eine vertragliche Regelung wie die hier in Frage stehende auf die Haftung aus unerlaubter Handlung "übergreifen".

Im Ergebnis kann daher offen bleiben, ob die Beklagte auch aus unerlaubter Handlung haftet, weil sich der vertragliche und der deliktische Anspruch ihrem Umfang nach decken.

IV.

Die Revision hat nach alledem insofern keinen Erfolg, als es bei der Klageabweisung wegen des durch die erneuten Erdarbeiten verursachten Kostenaufwands verbleiben muß. Das sind nach der von der Klägerin aufgemachten Rechnung 35.637,60 DM + 32.818,81 DM + 11 % Mehrwertsteuer 7.530,21 DM = 75.986,62 DM. Dagegen kann die Klage beim derzeitigen Verfahrensstand hinsichtlich der nicht das Gewerk der Beklagten betreffenden Kosten für

die Wiederherstellung der Anker (69.350 DM zzgl. 11 % Mehrwertsteuer) nicht abgewiesen werden. Dazu gehört auch die von der Klägerin berechnete "Pauschale für technische Bearbeitung" (von 24.582 DM zzgl. 11 % Mehrwertsteuer), die allerdings einen Anteil für die erneut angefallenen Erdarbeiten enthalten kann, der aber nicht ohne weiteres ausscheidbar ist. Damit wird sich deshalb das Berufungsgericht im Rahmen der nunmehr erforderlichen weiteren Prüfung, inwieweit der Klägerin ein Ersatzanspruch zusteht, zu befassen haben.

Im gleichen Umfang, wie es bei der Abweisung der Klage verbleibt, ist auch die vom Berufungsgericht gemäß § 717 Abs. 2 ZPO ausgesprochene Rückzahlungsverpflichtung der Klägerin aufrechtzuerhalten, also in Höhe von

Teilhauptsumme	75.986,62 DM
9 % Zinsen daraus vom 28.06.1979 - 22.01.1983	24.410,72 DM
nicht gerechtfertigte Mehrwertsteuer auf Zinsen (vgl. EuGH NJW 1983, 505)	6.369,63 DM
	106.766,97 DM

Im Umfang der Aufhebung ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, soweit sie der Klägerin nicht bereits gemäß §§ 92, 97 ZPO auferlegt sind, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Girisch

Recken

Bliesener

Obenhaus

Quack