

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB § 635

Hat der Besteller vom Unternehmer zur Beseitigung von Mängeln einen Kostenvorschuß erhalten, so ist er grundsätzlich nicht gehindert, vor dessen bestimmungsgemäßer Verwendung Schadensersatz nach den §§ 634, 635 BGB zu verlangen und mit diesem Anspruch gegen die Forderung des Unternehmers auf Rückgewähr des Vorschusses aufzurechnen (im Anschluß an Senatsurteil BGHZ 94, 330, 334).

BGH, Urt. v. 7. Juli 1988 - VII ZR 320/87 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

3

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 320/87

URTEIL

Verkündet am
7. Juli 1988
Henco
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Architekten Jörn G. B., L.,
D.,

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und -

g e g e n

die Kauffrau Sylvia Sch., Sy.,
D.,

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

WI

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 1988 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Doerry, Bliesener, Prof. Quack und Dr. Thode

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 22. Oktober 1987 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Kläger entwarf im Mai 1980 eine Beleuchtungsanlage für das Geschäftslokal der Beklagten. Die Anlage war infolge von Planungsfehlern mangelhaft. Das Landgericht Düsseldorf verurteilte den Kläger deswegen am 17. Mai 1984 in einem vorangegangenen Verfahren, der Beklagten Vorschuß zur Beseitigung der Mängel (10.944,- DM) zu leisten. Nach Rechtskraft dieses Urteils erfüllte der Kläger im Herbst 1984 die ihm auferlegte Vorschußverpflichtung. Die Beklagte ließ die Mängel jedoch nicht beseitigen, sondern zog im August 1985 in andere Geschäftsräume um und ließ die noch immer mangelhafte Anlage im alten Ladenlokal zurück.

Der Kläger verlangt deshalb von ihr die Rückzahlung des erhaltenen Vorschusses in Höhe von 10.944,- DM nebst Zinsen sowie - erstmals in der Berufungsinstanz - die Zahlung weiterer hierauf für die Zeit vom 18.10.1983 bis 30.10.1984 gezahlter Prozeßzinsen von 331,13 DM nebst Zinsen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt der Kläger seinen Rückzahlungsanspruch weiter. Die Beklagte war in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht vertreten. Der Kläger hat den Erlaß eines Versäumnisurteils beantragt.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht nimmt an, der an sich gegebene Rückzahlungsanspruch des Klägers sei durch Aufrechnung erloschen. Die Beklagte habe gegen den Kläger eine Schadensersatzforderung in gleicher Höhe wegen Nichterfüllung des Werkvertrages gemäß § 635 BGB.

Die Beleuchtungsanlage sei wegen Planungsfehlern, für die der Kläger einzustehen habe, mangelhaft gewesen. Eine Nachbesserung seines Entwurfes sei unmöglich geworden, nachdem die Anlage entsprechend der fehlerhaften Planung errichtet worden sei und ihre Mängel nach Fertigstellung erstmals zutage getreten seien. Ein Architekt könne lediglich seine eigene geistige Leistung, mithin den Entwurf, nachbessern. Sobald das Werk aber fertiggestellt sei und damit der Planungsfehler sich verwirklicht habe, verliere die Nachbesserung der Planung jeglichen Sinn und werde deshalb im Ergebnis unmöglich. Infolgedessen sei für den Schadensersatzanspruch das Erfordernis der Fristsetzung und Ablehnungsandrohung entfallen; nur wenn der Mangel noch beseitigt werden könne, sei dies eine unerläßliche Voraussetzung für das Entstehen des Schadensersatzanspruches aus § 635 BGB.

Im übrigen entspreche der Schaden, den die Beklagte durch die Fehlplanung erlitten habe, der Höhe nach mindestens dem vom Kläger geleisteten Vorschuß, weil die Kosten der Mängelbeseitigung stets zu dem nach § 635 BGB zu ersetzenden Mangelschaden gehörten. Dabei sei es unerheb-

lich, ob der geforderte Geldbetrag tatsächlich für die Mängelbeseitigung verwendet werde. Im Gegensatz zu § 633 Abs. 3 BGB entfalle bei dem Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB nicht nur die Abrechnungspflicht, sondern auch das Erfordernis der zweckentsprechenden Verwendung des Geldes.

Schließlich stehe der Aufrechnung mit der Schadensersatzforderung nicht entgegen, daß das Landgericht im Vorprozeß der Beklagten einen Kostenvorschuß für die Beseitigung derselben Mängel, auf die sich nunmehr ihr Schadensersatzbegehren stütze, zuerkannt und sie damit zunächst auf Nachbesserung festgelegt habe. Ob diese Entscheidung rechtens sei, könne zwar im Hinblick auf die Rechtskraft des Urteils nicht mehr nachgeprüft werden. Die frühere Festlegung auf den Nachbesserungsanspruch sei jedoch nicht unabänderlich. Der Vorschußanspruch enthalte nämlich nur eine vorläufige Regelung, die nachträglich abgeändert werden könne. Wie § 634 Abs. 1 Satz 3 letzter Halbsatz BGB zeige, könne der Besteller stets vom Nachbesserungsanspruch zum Schadensersatzanspruch übergehen, soweit dessen sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind; nur der umgekehrte Weg sei dem Besteller von Gesetzes wegen verwehrt.

II.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Nach den Feststellungen des rechtskräftigen Urteils im Vorprozeß beruhen die Mängel der Beleuchtungsanlage auf

fehlerhafter Planung, für die der Kläger einzustehen hat. Da nach den rechtsfehlerfreien - und von der Revision nicht in Frage gestellten - Feststellungen des Berufungsgerichts die Fehlplanung auch schuldhaft erfolgte, ist der Kläger gemäß § 635 BGB grundsätzlich zum Schadensersatz verpflichtet, wenn darüberhinaus die Voraussetzungen des § 634 BGB erfüllt sind.

Zu Recht nimmt das Berufungsgericht an, daß hier eine Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung gemäß § 634 Abs. 2 BGB entbehrlich war. Da nämlich das Werk entsprechend der vom Kläger erbrachten Planungsleistung ausgeführt wurde, scheidet eine Nachbesserung der Planung (als der geschuldeten Leistung) von vornherein aus (vgl. BGHZ 42, 16, 18; 43, 227, 232 m.N.; 48, 257, 261/262; BGH NJW 1974, 367, jeweils m.N.).

Soweit die Revision geltend macht, hier sei aufgrund der Rechtskraft des im Vorprozeß - entgegen der an sich bestehenden Rechtslage - ergangenen Urteils davon auszugehen, daß der Kläger als Architekt zur Nachbesserung des Bauwerks verpflichtet sei, kann das auf sich beruhen bleiben. Denn auch dann wäre die Fristsetzung nicht erforderlich, weil der Kläger die Nachbesserung endgültig verweigert hat. Nach gefestigter Rechtsprechung ist die Aufforderung zur Mängelbeseitigung entbehrlich, wenn sie nur eine nutzlose Förmlichkeit wäre (z.B. Senatsurteile NJW 1983, 1731, 1732 und vom 22. November 1984 - VII ZR 287/82 = BauR 1985, 198 = ZfBR 1985, 79, jeweils m.N.). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Unternehmer seine Gewährleistungspflicht schlechthin bestreitet (Senatsurteil BauR 1985, 198, 199 =

ZfBR 1985, 79, 80 m.N.) oder den Standpunkt einnimmt, Mängel seien nicht vorhanden (Senatsurteil vom 20. März 1975 - VII ZR 65/74 = BauR 1976, 285, 286). Da der Kläger hier bereits im Vorprozeß seine Nachbesserungspflicht mit der Begründung bestritten hatte, sein Entwurf sei fehlerfrei, und dementsprechend jahrelang jede Ersatzleistung hartnäckig verweigert hatte, wäre eine nochmalige Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung sinnlos gewesen.

2. Entgegen der Ansicht der Revision stehen der Durchsetzung des Schadensersatzanspruches auch nicht die Grundsätze von Treu und Glauben entgegen. Zwar gebieten diese Grundsätze, daß der Besteller seine Aufwendungen für die Mängelbeseitigung nachweist, über den erhaltenen Kostenvorschuß Abrechnung erteilt und den für die Mängelbeseitigung nicht in Anspruch genommenen Betrag zurückerstattet (Senatsurteil BGHZ 94, 330, 334).

Dagegen ist der Besteller mit der Geltendmachung und Erfüllung des Vorschußanspruches keineswegs endgültig gebunden und auf diesen Anspruch beschränkt. Vielmehr bleiben weitergehende Gewährleistungsrechte hiervon unberührt. Denn die Entgegennahme des Vorschusses führt nicht zu einer Konzentration seiner Rechte auf den Nachbesserungsanspruch unter Ausschluß aller übrigen Gewährleistungsansprüche. Soweit im Schrifttum die Ansicht vertreten wird, der Besteller übe durch die Vorschußanforderung und die Entgegennahme der Vorschußzahlung sein Wahlrecht aus und sei fortan daran gebunden, so daß er nur für solche Mängel Schadensersatz

fordern könne, für die der Vorschuß nicht gezahlt worden sei oder die einer Nachbesserung nicht mehr zugänglich seien (Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 5. Aufl., Rdn. 1105; Mantscheff, BauR 1985, 389, 396), kann der Senat dem nicht folgen.

Abgesehen davon, daß die Vorschußzahlung gerade keine endgültige Regelung darstellt (Senatsurteil BGHZ 47, 272, 274; 66, 138, 141; 68, 372, 378), würde sich die mit der Einräumung des Anspruchs auf Vorschußzahlung beabsichtigte Besserstellung des Bestellers in das Gegenteil verkehren, wenn man ihm wegen der bloßen Entgegennahme der Vorschußzahlung das sonst im Rahmen der §§ 634, 635 BGB gegebene Wahlrecht absprechen wollte. Eine derartige Verkürzung der Rechte des Bestellers wäre um so unverständlicher, als die Wahrung des vollen "Besteller-Wahlrechts" auch den Unternehmer nicht in seinen schutzwürdigen Interessen beeinträchtigt. Wird er zur Vorschußzahlung verurteilt, wird er vielfach sein eigenes Nachbesserungsrecht gemäß § 633 Abs. 3 BGB bereits verloren oder jedenfalls die Mängelbeseitigung selbst verweigert haben. Geht der Besteller dann, ohne die Vorschußzahlung zur Mängelbehebung zu verwenden, später dazu über, sein Recht auf Schadensersatz geltend zu machen, steht der Unternehmer nicht schlechter, als wenn der Besteller den Vorschußanspruch überhaupt nicht geltend gemacht hätte. Da die geleistete Vorschußzahlung bei der Bemessung des Schadens berücksichtigt wird, spricht auch insoweit nichts dafür, das dem Besteller gesetzlich eingeräumte Wahlrecht einzuschränken (vgl. auch Senatsurteil NJW 1984, 2456, 2457 a.E.).

3. Damit durfte die Beklagte gegenüber dem Rückzahlungsanspruch des Klägers mit ihrem Schadensersatzanspruch aufrechnen, so daß das Berufungsgericht die Klage zu Recht abgewiesen hat. Das gilt auch für die vom Kläger auf den Vorschuß gezahlten Zinsen von 331,13 DM. Der Übergang vom Kostenvorschuß zum Schadensersatz läßt die anfängliche Zahlungsverpflichtung des Klägers nicht nachträglich entfallen, weil hierdurch der rechtliche Grund, nicht aber der Umfang des Zahlungsanspruches verändert wird. Diese Geldschuld, die erst durch die Aufrechnungserklärung der Beklagten im Berufungsrechtszug erloschen ist, mußte der Kläger gemäß den §§ 288, 291 BGB verzinsen, solange er der Beklagten die mit dem Besitz des Geldes verbundenen Nutzungsmöglichkeiten vor-enthalten hatte. Hinsichtlich dieser Zinsen, die auch bei einer Abrechnung des Vorschusses außer Betracht bleiben (Senatsurteil BGHZ 94, 330, 332 f), steht dem Kläger somit ein Anspruch auf Rückerstattung nicht zu.

4. Die Revision ist nach alledem mit der Kostenfolge
des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Girisch

Doerry

Bliesener

Quack

RiBGH Dr. Thode ist
im Urlaub und kann
daher nicht unter-
schreiben.

Girisch