

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO §§ 511 a, 3

Macht der Besteller geltend, die ihm in einem Urteil
zuerkannte Art der Nachbesserung entspreche nicht der
vom Unternehmer geschuldeten Leistung und sei ihr auch
nicht im wesentlichen gleichzustellen, vielmehr müsse,
um das zu erreichen, in anderer Weise nachgebessert
werden, so wird er durch das Urteil mit dem vollen Wert
der gesamten Mängelbeseitigungskosten beschwert.

BGH, Urt.v. 26. September 1985 - VII ZR 332/84 - OLG Hamm
LG Münster

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 332/84

URTEIL

Verkündet am: 26. September 1985

H e n c o
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Arztes Dr. Ludwig K [REDACTED], Ka [REDACTED] Weg [REDACTED], St [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

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

g e g e n

die Firma Fenster- und Rolladenbau F [REDACTED] GmbH & Co. KG,
Sch [REDACTED]straße [REDACTED], O [REDACTED], vertreten durch die F [REDACTED] GmbH,
diese vertreten durch ihren Geschäftsführer Hermann F [REDACTED],
ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. September 1985 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Bliesener, Obenhaus und Prof. Dr. Walchshöfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 24. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 9. Oktober 1984 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte beauftragte im Mai 1983 die Klägerin, an seinem Wohnhaus neue Fenster und Türen einzubauen. Er verlangte u.a., daß alle Fenster zum Außenmauerwerk mit "Band" abgedichtet würden, welches mindestens 5 mm zurückliegen müsse. Die Klägerin bestätigte, nach außen hin würden die Fenster mit Hannoband abgedichtet. Nach Ausführung der Arbeiten ergab sich, daß alle Fenster und Türen mit Rolladenführung ohne Hannoband eingebaut worden waren. In einem vom Beklagten angestrebten Beweissicherungsverfahren wurde am 16. September 1983 ein Gutachten erstattet, in dem der Sachverständige u.a. feststellte, daß die Abdichtung



zwischen Fensterrahmen und Mauerwerk an den beanstandeten Fenstern und Türen fehlte. Er schlug vor, in den Laibungen (von außen gesehen vor den Rolladenführungsschienen) mit Zellgummiband unterlegte Deckleisten anzubringen. Dafür wurden Kosten von 1.484,82 DM veranschlagt. Die Klägerin erklärte sich bereit, gemäß dem Vorschlag des Sachverständigen nachzubessern. Damit war jedoch der Beklagte nicht einverstanden.

Die Klägerin hat zuletzt 5.121,05 DM Restwerklohn nebst Zinsen gegen Mängelbeseitigung gemäß dem Beweissicherungsgutachten vom 16. September 1983 eingeklagt. Der Beklagte hat 1.603,69 DM anerkannt, im übrigen aber aufgerechnet u.a. mit einer Forderung von 1.484,82 DM für die nachzuholende Abdichtung an Fenstern und Türen.

Das Landgericht hat unter Abweisung der Klage im übrigen der Klägerin 4.204,84 DM nebst Zinsen nach Empfang folgender Gegenleistung zuerkannt:

An den Fenster- und Türanschlügen ... sind durch Anbringen von Kunststoffleisten, die mit Zellgummi-Dichtungsband zu unterlegen sind, ausreichende Fugendichtungen zu schaffen.

Mit der Berufung hat der Beklagte sich nur noch gegen die der Klägerin zuerkannten Zinsen und die von ihr angebotene, vom Landgericht zugebilligte Art der Abdichtung von Fenster- und Türrahmen gewandt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten als unzulässig verworfen, weil der Wert des Beschwerdegegenstands 700 DM nicht übersteige.

Mit der Revision begehrt der Beklagte, das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuweisen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß § 547 ZPO zulässige Revision hat Erfolg.

Der Wert des Beschwerdegegenstands der Berufung des Beklagten übersteigt 700 DM, so daß die Berufung insofern nicht unzulässig ist (§ 511 a ZPO). Die Festsetzung des Wertes auf 400 DM durch das Berufungsgericht beruht auf einem Ermessensfehler, so daß das Revisionsgericht einzugreifen befugt ist (BGH NJW 1982, 1765 Nr. 15; Urteil vom 20. September 1983 - VI ZR 111/82 = VersR 1983, 1160, 1161).

Zwar sind die Aufwendungen für beide Arten der Nachbesserung - die vom Landgericht zugesprochene und die vom Beklagten geforderte - unstreitig etwa gleich hoch, so daß der Beklagte insoweit nicht beschwert ist. Seine Beschwer liegt jedoch darin, daß das Landgericht ihm nicht diejenige Gegenleistung zuerkannt hat, auf die er vertraglich Anspruch hat, sondern eine Gegenleistung, welche er schon bei Vertragsschluß hat verhindern wollen und für unzumutbar erachtet.

Wie nicht bestritten und im Sachverständigengutachten vom 16. September 1983 skizziert ist (Seite 3), sollte beim Einbau der Fenster- und Türrahmen in die Öffnungen des Mauerwerks ("Fensteranschlag") eine Zellgummidichtung ("Hannoband") mit 5 mm Abstand von der Laibung eingeklemmt werden. Die dadurch entstehende flache Fuge sollte mit plastischem Material bündig mit der Laibung aufgefüllt und dann mit der Rolladenführungsschiene abgedeckt werden, so daß von der Abdichtung auch ohne Abdeckleisten nichts mehr zu sehen war. Gerade darum ging es dem Beklagten ersichtlich, als er das Angebot der Klägerin in bezug auf das Anbringen der Abdichtung verdeutlichte und sich

damit auch durchsetzte. Dagegen soll nach dem Vorschlag des Sachverständigen, den die Klägerin und - ihrem Antrag folgend - das Landgericht sich zu eigen gemacht haben (Seite 7 des Gutachtens), sowohl das Zellgummiband als auch eine Deckleiste auf die Laibung vor der Rolladenführungsschiene aufgebracht werden, so daß der Beschauer von außen auf die den Mauerrahmen verengenden Deckleisten und die zwischen Führungsschienen und Deckleiste eingeklemmte Gummidichtung sieht.

Allerdings hat der Beklagte im Berufungsrechtszug nicht mehr auf voller Vertragserfüllung bestanden, sondern sich damit einverstanden erklärt, daß in die hinter den Führungsschienen liegende Fuge zwischen Mauerwerk und Rahmen ein Hannoband und eine Profilleiste eingeschoben werden, wodurch die Abdichtung nicht ins Auge fallen würde. Diese Art der Nachbesserung entspricht zwar nicht ganz der vertraglich geschuldeten Leistung, erfüllt aber im wesentlichen denselben Zweck und unterscheidet sich erheblich von dem, was das Landgericht dem Beklagten zugesprochen hat.

Der Beklagte hat im ersten Rechtszug, soweit er den Klageanspruch nicht anerkannt hat, die unbedingte Abweisung der Klage begehrt, sich also auch gegen die von der Klägerin beantragte Zug-um-Zug-Verurteilung gewandt. Die ihm dann wider Willen zuerkannte Gegenleistung will er nicht annehmen, weil er sie nicht als vertragsgemäße Gegenleistung ansieht. Sein Berufungsantrag geht zwar weniger weit als sein Antrag im ersten Rechtszug, umfaßt aber die gesamte von ihm für notwendig gehaltene Nachbesserung, für die er im ersten Rechtszug ebenfalls 1.484,82 DM veranschlagt und zur Aufrechnung gestellt hat. Daß die Kosten beider Arten einer Nachbesserung gleich hoch sein können, bedeutet nicht, daß der Beklagte durch den Unterschied der beiden Nachbesserungsmethoden vermögensrechtlich nicht beschwert wäre. Denn eine den vertraglich geschuldeten Erfolg verfehlende Mängelbeseitigung ist keine ordnungsgemäße Nachbesserung.

10

Macht der Besteller geltend, die ihm in einem Urteil
zuerkannte Art der Nachbesserung entspreche nicht der vom Unter-
nehmer geschuldeten Leistung und sei ihr auch nicht im wesentlichen
gleichzustellen, vielmehr müsse, um das zu erreichen, in anderer
Weise nachgebessert werden, so wird er durch das Urteil mit dem
vollen Wert der gesamten Mängelbeseitigungskosten beschwert.
Sein Interesse an vertragsgerechter und deshalb allein ordnungs-
gemäßer Nachbesserung erstreckt sich dann - auch dem Wert nach -
auf die ganze anderweitige Mängelbeseitigung.

Somit übersteigt hier der Wert des Beschwerdegegenstands
700 DM. Die Berufung hätte deshalb nicht als unzulässig ver-
worfen werden dürfen. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben
und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über
die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuver-
weisen.

Girisch

Obenhaus

Recken

Walchshöfer

Bliesener