

16
2066 012

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 21/65

URTEIL

Verkündet am
13. Juli 1967
Horn
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Josef G [REDACTED], Tuchfabrik, M [REDACTED],
E [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagter und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Heinrich T [REDACTED], H [REDACTED],
C [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und
Revisionsbeklagten,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juli 1967 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann sowie der Bundesrichter Rietschel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 26. November 1964 wird zurückgewiesen, soweit die Klage in Höhe von 833,82 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

Im übrigen wird das Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ließ 1959 eine Anlage zum Zwecke der besseren Brennstoffausnutzung, einen sog. Economiser, bauen. Die Einmauerung der Anlage führte der Beklagte aus.

Die Klägerin macht Schadensersatzansprüche geltend, weil der Beklagte mangelhaft gearbeitet habe.

- 3 -

Trotz erheblicher Reparaturen haben sie schließlich das ganze Mauerwerk abreißen und durch eine andere Firma neu aufbauen lassen müssen.

Mit der Klage hat sie beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 16.258,83 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat die von der Klägerin behaupteten Mängel bestritten. Er hat vorgetragen, die Mängel (Risse im Mauerwerk) seien darauf zurückzuführen, daß die Klägerin den Economiser zu früh in Betrieb gesetzt habe. Mit Widerklage hat er einen Restwerklohn von 833,82 DM geltend gemacht.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten, die sich auf den Antrag auf Abweisung der Klage beschränkte, hat das Oberlandesgericht der Klage nur in Höhe von 2.907,53 DM stattgegeben und im übrigen die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag auf volle Zurückweisung der Berufung weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Arbeit des Beklagten mangelhaft gewesen ist (ungleiche Fugenstärke, Hohlfugen, falsches Mischungsverhältnis des Mörtels, Verwendung von Normalsteinen statt Wölbern);

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



infolgedessen sei auch das Gewölbe an den sog. Fuchsanschlüssen eingestürzt. Ferner stellt es fest, daß der Beklagte eine Nachbesserung abgelehnt hat.

Es hat der Klägerin für die Neuerrichtung des Fuchs-Gewölbes entsprechend ihrer Aufstellung 2.908,37 DM zugebilligt. Wegen des übrigen Mauerwerks stellt das Berufungsgericht auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen Dr. Schwiedeßen fest, daß ein völliger Abriß nicht erforderlich gewesen sei. Zu einer Nachbesserung der Einmauerung hätte es ausgereicht, die Hohl-fugen durch ein Spritzverfahren zu schließen. Das hätte nach Meinung des Sachverständigen etwa 1.600 DM gekostet, was etwa dem von der Klägerin behaupteten Kostenaufwand von 1.665,57 DM für die Reparaturen vor dem Abriß entspreche. Diesen Schaden müsse die Klägerin aber zur Hälfte selbst tragen, weil sie den Economiser zu früh angebracht habe. Darauf seien die Risse im Mauerwerk "im wesentlichen und in erster Linie zurückzuführen".

Ferner hat das Berufungsgericht von dem Schadensbetrag die von dem Beklagten geltendgemachte restliche Werklohnforderung von 833,82 DM abgezogen.

Infolgedessen hat es folgenden Schadensersatzanspruch berechnet:

2.908,57 DM	für die Fuchsanschlüsse
<u>832,78 DM</u>	(1.665,57 : 2) für Reparaturen des
3.741,35 DM	übrigen Mauerwerks
<u>833,82 DM</u>	restliche Werklohnforderung des Beklagten
2.907,53 DM.	

II.

Die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin ist zum größten Teil begründet.

1.) Die Klägerin beanstandet mit Recht, daß das Berufungsgericht ihr für den Abriß und Neuaufbau des Mauerwerks (mit Ausnahme des Fuchs-Gewölbes) einen Schadensersatzanspruch nicht zugebilligt hat.

a) Auszugehen ist von der Feststellung des Berufungsgerichts, daß das Werk im ganzen mangelhaft war, daß der Beklagte dies zu vertreten und daß er eine Nachbesserung abgelehnt hat. Mit Recht folgert das Berufungsgericht hieraus, daß der Klägerin ein Schadensersatzanspruch gem. § 635 BGB zusteht.

Jedoch irrt das Berufungsgericht über den Inhalt dieses Anspruchs.

Wer nach § 635 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, kann, wie der Senat (BGHZ 27, 215) im Anschluß an frühere Rechtsprechung entschieden hat, die Übernahme des ganzen Werks ablehnen, die Zahlung jeglicher Vergütung verweigern und auch noch allen darüber hinausgehenden Schaden geltendmachen. Er braucht sich nicht, wie das Berufungsgericht meint, darauf verweisen zu lassen, nur den durch die Mängel entstehenden Schaden zu liquidieren, das Werk selbst aber zu behalten. Ebensowenig braucht er nachzuweisen, daß das Behalten des Werks für ihn kein Interesse habe. Der Senat begründete das (aaO) damit, daß dem Schadensersatzberechtigten Besteller nicht zugemutet werden¹

könne, ein mangelhaftes (wenn auch nach Nachbesserungen möglicherweise gebrauchsfähiges) Werk zu behalten. Andernfalls würde er schlechter gestellt werden als im Falle der Wandelung, die er sogar schon ohne Verschuldung des Bestellers beanspruchen könnte. Ein anderes könne nur gelten, wenn die Mängel so geringfügig seien, daß eine Ablehnung des Werks gegen Treu und Glauben verstoßen würde (§ 242 BGB).

Der Senat hält an dieser Auffassung fest.

Das angefochtene Urteil kann deshalb, soweit der Klägerin ihr voller Schadensersatzanspruch verweigert worden ist, mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten werden.

b) Der Senat ist jedoch noch nicht in der Lage, selbst eine Entscheidung zu treffen. Das Berufungsgericht sieht es nämlich (BU S. 6) als nicht festgestellt an, daß durch die erwähnten Mängel die Stabilität des Bauwerks beeinträchtigt worden sei. Ferner sieht es auch nicht als erwiesen an, daß die Dichtigkeit des Economisers durch die Hohlfugen herabgesetzt gewesen sei; die Klägerin sei insoweit beweisfällig geblieben.

Bei dieser Sachlage müssen Zweifel bestehen, ob es sich nicht um Fehler handelt, die den Wert und die Tauglichkeit des Bauwerks zu dem vorausgesetzten Gebrauch überhaupt nicht oder doch nur in so geringem Maße minderten, daß es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, dem Kläger den vollen durch den Abriß und die Neuerstellung des Economisers entstandenen Schaden zuzubilligen (§§ 633 Abs. 1, 242 BGB).

Diese Frage kann nur der Tatrichter entscheiden.

Dabei wird allerdings zu berücksichtigen sein, daß, wenn auch eine Beeinträchtigung der Stabilität und Dichtigkeit des Economisers nicht festgestellt werden kann, doch damit noch nicht die Möglichkeit einer solchen Beeinträchtigung ausgeschlossen wird. Dieser Umstand könnte bereits die Auffassung rechtfertigen, daß es der Klägerin nicht zuzumuten sei, das Werk zu behalten.

c) Soweit das Berufungsgericht der Klägerin wegen ursächlichen Mitverschuldens (§ 254 BGB) vollen Schadensersatz versagt hat, ist zu beachten: Die von dem Beklagten behauptete vorschriftswidrige Beheizung der Anlage erfolgte erst zu einem Zeitpunkt, als die Mängel bereits bestanden, kann also nicht als ursächlich für die schon vorhandenen Fehler angesehen werden. Jedoch könnte eine Schadensteilung nach § 254 BGB in Frage kommen, wenn festgestellt werden könnte, daß erst durch die vorzeitige Beheizung die vorher noch unerheblichen (und somit keinen oder keinen vollen Schadensersatz rechtfertigenden) Mängel infolge der Rißbildungen zu erheblichen Mängeln geworden sind.

2.) Hinsichtlich der Kosten der vor dem Abriß des Economisers vorgenommenen Ausbesserungsarbeiten hat das Berufungsgericht der Klägerin zwar einen Schadensersatzanspruch zugbilligt, jedoch nur zur Hälfte mit der Begründung, daß durch die unvorschriftsmäßige Beheizung des Economisers erhöhte Ausbesserungen hätten vorgenommen werden müssen.

Die Klägerin rügt hierzu, das Berufungsurteil lasse klare Feststellungen über die Art der vorzeitigen Inbetriebnahme vermissen. Es stütze seine Entscheidung lediglich auf eine Vermutung des Sachverständigen.

Diese Rüge ist begründet.

Die Annahme des Sachverständigen, daß bei der Inbetriebnahme des Economisers am 27. April 1959 in gleicher Weise verfahren worden sei wie bei der mißglückten Inbetriebnahme am 20. April 1959, ist nicht näher begründet. Der Revision kann nicht entgegengetreten werden, wenn sie hier von Vermutungen spricht. Es hätte daher im Hinblick auf die Beweislast des Beklagten begründeter Feststellungen bedurft. Die Anheizung am 27. April 1959 erfolgte erst nach Ablauf der vorgeschriebenen Wartezeit von 130 Stunden und könnte der Klägerin nur dann zum Vorwurf gemacht werden, wenn sie in unsachgemäßer Weise erfolgt wäre.

Die Sache bedarf daher auch zu diesem Punkte noch weiterer Klärung.

3.) Die Revision ist lediglich insoweit zurückzuweisen, als das Berufungsgericht von dem der Klägerin zuerkannten Schadensbetrag die von dem Beklagten geltendgemachte restliche Werklohnforderung von 833,82 DM abgezogen hat.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts zu diesem Punkt läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Der Beklagte hat zwar seine von dem Landgericht abgewiesene Widerklage in der Berufungsinstanz nicht mehr verfolgt. Das hinderte jedoch, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, nicht die nach § 635 BGB vorzunehmende Verrechnung der beiderseits geschuldeten Leistungen.

Die Klägerin hat mit ihrer Revision hierzu auch nichts gerügt.

III.

Die Revision ist deshalb zurückzuweisen, soweit das Berufungsgericht die Klage in Höhe von 833,82 DM nebst Zinsen abgewiesen hat. Im übrigen ist es, soweit zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist, sowie auch im Kostenpunkt, aufzuheben und die Sache in diesem Umfang zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird auch über die Kosten der Revision zu befinden haben.

Glanzmann

Rietschel

Meyer

Vogt

Finke