

Für das Nachschlagewerk!

Für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: BGB §§ 320, 633

Rechtssatz: Beim Werkvertrag steht dem Besteller, der Beseitigung eines Mangels verlangen kann, gegenüber dem Vergütungsanspruch des Unternehmers auch noch nach der Abnahme des Werks ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB zu.

Aktenzeichen: VII ZR 39/57

Urteil des BGH vom 6. Februar 1958 - OLG Düsseldorf

LG Wuppertal

VII ZR 39/57

Verkündet
am 6. Februar 1958
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des unter der Firma Wilhelm H. handelnden Kaufmanns
Wilhelm H., R. G.,

Beklagten, Widerklägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Firma Wilhelm F., Baugeschäft, R.
H., H.straße,

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 6. Februar 1958 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrich-
ter Scheffler, Rietschel, Erbel und Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Ur-
teil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Düsseldorf vom 30. November 1956 im Kostenpunkt und
insoweit aufgehoben, als der Beklagte verurteilt
worden ist, mehr als 5000 DM zu zahlen.

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

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Im Jahre 1953 ließ der Beklagte auf seinem Grundstück in L. ein neues Fabrikgebäude errichten. Die Erd- und Maurerarbeiten wurden auf Grund eines Angebots, das mit einer Summe von 35 000 DM abschloß, von der Klägerin übernommen. Außerdem erhielt die Klägerin noch den Auftrag, auf Grund eines Angebots in Höhe von 815 DM Kanalisationsarbeiten vorzunehmen. Nach Beendigung der Arbeiten stellte die Klägerin folgende Rechnung auf:

a) vertragliche Arbeiten	34 567,36 DM
b) zusätzliche Arbeiten	2 779,39 DM
c) Kanalisationsarbeiten	<u>2 252,96 DM</u>
Summe	<u>39 599,71 DM</u> =====

Auf diese Rechnung zahlte der Beklagte 22 000 DM und lieferte für 1 858,90 DM Lederwaren, Erzeugnisse seines Fabrikbetriebs. Nach einer Vereinbarung zwischen den Parteien sollte die Klägerin nämlich verpflichtet sein, 8 bis 10 % der Auftragssumme an Lederwaren in Gegenrechnung zu übernehmen. Den Rest ihrer Forderung (39 599,71 abzüglich 23 858,90 DM) hat die Klägerin eingeklagt mit dem Antrag, den Beklagten zur Zahlung von 15 740,81 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 2. November 1953 zu verurteilen.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und Widerklage erhoben mit dem Antrag, die Klägerin zur Zahlung von 13 619 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 4. November 1953 zu verurteilen. Hierzu hat er vorgetragen, die Klägerin könne nur die in den Angeboten enthaltenen Beträge von 35 000 + 815 DM = 35 815 DM verlangen; davon seien die bezahlten 22 000 DM sowie 3 561,50 DM (10 % von 35 815 DM) für abgenommene und noch abzunehmende Lederwaren



abzusetzen, so daß nur noch eine Restforderung von 10 233,50 DM verbleibe. Demgegenüber habe der Beklagte aber eine Schadensersatzforderung an die Klägerin, weil diese entgegen ihrer Zusicherung die Kellerfenster nicht einbruchssicher hergestellt habe. Infolgedessen sei ihm bei einem Einbruchdiebstahl ein Schaden von 23 852,50 DM entstanden, mit dem er in Höhe von 10 233,50 DM gegen die Forderung der Klägerin aufrechne; den Rest in Höhe von 13 619 DM mache er im Wege der Widerklage geltend. Außerdem hat der Beklagte noch vorgetragen, die Klägerin habe gewisse ihr obliegende Leistungen noch nicht erbracht; die entsprechenden Beträge müßten von der Rechnung abgesetzt werden.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 14 734,51 DM stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Berufung eingelegt. Er hat in der Berufungsinstanz noch vorgetragen, die Arbeiten der Klägerin seien mangelhaft, es hätten sich in der Zwischenzeit überall Risse am Bau gezeigt, die darauf zurückzuführen seien, daß infolge falscher statischer Berechnung das Gebäude nicht genügend gegen Wind versteift worden sei. Deshalb und auch aus anderen Gründen stehe der Klägerin kein Werklohnanspruch mehr zu. Den aus dem Einbruchdiebstahl entstandenen Schadensersatzanspruch hat der Beklagte in der Berufungsinstanz auf den mit der Widerklage geltend gemachten Betrag von 13 619 DM beschränkt.

Das Oberlandesgericht hat der Klage in Höhe von 11 522,11 DM stattgegeben und die Berufung im übrigen zurückgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Revision eingelegt, soweit er verurteilt worden ist, an die Klägerin mehr

als 5 000 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 2. November 1953 zu zahlen. In diesem Umfang beantragt er Aufhebung des Urteils und Abweisung der Klage. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1) Das Berufungsgericht hat folgende Berechnung aufgestellt:

vertragliche Arbeiten	34 567,36 DM
zusätzliche Arbeiten	2 779,39 DM
Kanalisationsarbeiten	<u>2 022,56 DM</u>
Summe	39 369,31 DM
Abzug für Schäden 1 490 DM (Rißbildungen) + 1 492 DM (verschiedene Schäden):	<u>2 982,-- DM</u>
	36 387,31 DM
Zahlungen	22 000,-
gelieferte und noch abzunehmende Lederwaren	<u>2 865,-</u>
	<u>24 865,-- DM</u>
Urteilssumme	<u>11 522,31 DM</u> =====

Die mit der Widerklage geltend gemachte Schadensersatzforderung wegen des Einbruchdiebstahls hat es abgewiesen.

2) Die Revision erhebt, wie in der mündlichen Verhandlung klargestellt wurde, gegen die Abrechnung des Berufungsgerichts nur noch insoweit Einwände, als das Berufungsgericht wegen der Rißbildungen an dem Gebäude einen Schadensbetrag von nur 1 490 DM bewilligt hat. Im Streit steht also nur noch, ob und inwieweit der Beklagte berechtigt ist, wegen der von ihm beanstandeten Rißbildungen die Zahlung weiterer 6 522,31 DM zu verweigern.

3) Hierzu hat das Berufungsgericht auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen Kalveram festgestellt, daß das Gebäude nicht genügend gegen den Wind versteift ist und daß darauf die zahlreichen, von der Beklagten beanstandeten Rißbildungen zurückzuführen sind. Dieser Fehler liege, so führt das Berufungsgericht aus, an der statischen Berechnung, für die die Klägerin verantwortlich sei. Die Klägerin sei deshalb dem Beklagten zum Schadensersatz verpflichtet. Der Schaden, den der Beklagte erlitten habe, bestehe aber nicht darin, daß er nunmehr eine Konstruktion anbringen müsse, die das Gebäude versteife; denn diese Kosten wären ihm auch bei richtiger statischer Berechnung entstanden. Geschädigt sei der Beklagte nur um die Mehrkosten, die durch den verspäteten Einbau dieser Konstruktion entstanden. Diese Kosten veranschlagt das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen auf insgesamt 1 490 DM; in dieser Höhe könne der Beklagte mit einer Schadensersatzforderung aufrechnen.

4) Hiergegen wenden sich die Angriffe der Revision.

a) Die Revision beanstandet, das Berufungsgericht habe keine Feststellung getroffen, ob das Gebäude überhaupt abgenommen worden sei, und leugnet deshalb die Fälligkeit der Forderung. Diese Rüge ist nicht begründet. Der Beklagte ist nach seinem eigenen Vortrag spätestens am 1. November 1953 in das Gebäude eingezogen; er hat auch, abgesehen von den gelieferten Waren, bereits Zahlung in Höhe von 22 000 DM geleistet. In diesem Verhalten des Beklagten ist nach Lage des Falles eine Abnahme des Gebäudes und der Arbeit der Klägerin zu sehen. Der Beklagte hat auch nichts dafür vorgetragen, daß er trotz des Einzugs in das Gebäude sich die endgültige Abnahme noch vorbehalten habe. Die geringfügigen Beanstandungen, die der

Beklagte in der ersten Instanz geltend gemacht hatte, sind inzwischen behoben worden und nicht mehr Gegenstand des Rechtsstreits. Unter diesen Umständen hatte das Berufungsgericht keine Veranlassung, die Abnahme des Gebäudes ausdrücklich festzustellen.

b) Die Revision macht weiter geltend, zugunsten des Beklagten komme nach dem Gesetz nicht nur der vom Berufungsgericht angenommene Schadensersatzanspruch in Betracht; es könnten ihm noch weiterreichende Rechtsbehelfe zustehen. Das Berufungsurteil enthalte nicht die zur Beurteilung dieser Frage notwendigen Feststellungen.

Diese Rüge ist begründet.

aa) Schon die Annahme, daß dem Beklagten wegen der Mängel des Werkes ein Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin zustehe, wird von den Feststellungen des Urteils nicht getragen. Die von dem Beklagten beanstandeten Mängel beruhen zwar auf einem von der Klägerin zu vertretenden Umstand, so daß insoweit die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB gegeben wären. Dieser Anspruch kann aber erst geltend gemacht werden, wenn die Voraussetzungen des § 634 BGB erfüllt sind. Dazu gehört, daß der Unternehmer trotz Fristsetzung keine Nachbesserung vorgenommen hat oder daß die Beseitigung des Mangels unmöglich ist oder von dem Unternehmer verweigert wird oder daß die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf (Wandlung, Minderung oder) Schadensersatz durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird (RGZ 56, 81). Ein Gleiches würde auch nach § 13 der Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB) gelten, falls deren Anwendung von den Parteien vereinbart worden sein sollte (Hereth-Ludwig-Naschold, Anm. 293 zu § 13).

Hierzu hat das Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht bemängelt, keine Feststellungen getroffen. Der Beklagte hat nicht behauptet, daß er die Klägerin unter Fristsetzung zur Nachbesserung aufgefordert hat oder daß er ein besonderes Interesse an der sofortigen Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs habe. Es fehlt auch an einer Feststellung, daß die Beseitigung des Mangels unmöglich ist; im Gegenteil: der Sachverständige gibt in seinem Gutachten die Mittel und Wege zur Beseitigung an. Ebenso fehlt es auch an einer Feststellung darüber, daß die Klägerin die Nachbesserung verweigert hat. Zwar kann ein Bestreiten des Mangels im Prozeß als eine Weigerung aufgefaßt werden und eine Fristsetzung möglicherweise entbehrlich machen (RGZ 64, 294; RG Warn 1919 Nr. 159). Die Klägerin hat aber das Vorhandensein der beanstandeten Mängel nicht bestritten, sondern nur ihre Verantwortlichkeit hierfür in Abrede gestellt, sie hat aber auch insoweit noch keine endgültige Stellung eingenommen, sondern lediglich eine Ergänzung des Gutachtens des Sachverständigen beantragt. Nachdem diese eingegangen war, hat sich die Klägerin nicht mehr geäußert. Aus dem Verhalten der Klägerin im Rechtsstreit kann daher noch nicht ohne weitere Feststellungen auf eine Weigerung, die erforderliche Nachbesserung vorzunehmen, geschlossen werden. Umgekehrt kann in Ermangelung irgendwelcher Feststellungen aber auch noch nicht gesagt werden, daß die Klägerin bereit ist, die erforderlichen Nachbesserungen vorzunehmen.

bb) Nun ist allerdings der Beklagte, der allein das Urteil angegriffen hat, nicht schon dadurch beschwert, daß ihm das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch zugestanden hat, ohne dessen gesetzliche Voraussetzungen darzulegen. Dem Tatbestand des Urteils ist jedoch nicht

zu entnehmen, daß der Beklagte überhaupt eine Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch erklärt hat. Bei dieser Sachlage mußte das Berufungsgericht prüfen, ob dem Beklagten nicht das Recht zustand, die Zahlung des eingeklagten Werklohns überhaupt bis auf weiteres zu verweigern. Das ist der Fall, solange er nach § 653 Abs. 2 BGB verlangen kann, daß die Klägerin die Mängel des Bauwerks beseitigt. Es hätte deshalb, wie die Revision zutreffend rügt, geprüft werden müssen, ob in dem Vorbringen des Beklagten die Erhebung dieser ihm nach § 320 BGB zustehenden Einrede enthalten war und ob deren rechtliche Voraussetzungen gegeben waren. In diesem Falle hätte der Beklagte zur Zahlung nur Zug um Zug gegen Nachbesserung der beanstandeten Mängel verurteilt werden können (§ 322 BGB).

Einem Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten nach § 320 BGB stehen die Sondervorschriften über die Gewährleistung beim Werkvertrag nicht entgegen. Denn das Gesetz eröffnet die eigentlichen Gewährleistungsansprüche (auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz) erst in zweiter Linie; zunächst gibt es - anders als beim Kauf - dem Besteller den Anspruch auf Beseitigung der Mängel (§§ 633 bis 635 BGB). Dieser Anspruch ist ein echter Erfüllungsanspruch; er entspricht dem Anspruch des Bestellers auf "Herstellung des versprochenen Werkes" (§ 632 Abs. 1 BGB). Das gilt auch dann, wenn das Werk schon abgenommen worden ist. Freilich besteht dann der Anspruch auf "Herstellung des Werkes" nicht mehr schlechthin; der Anspruch hat sich vielmehr auf das abgenommene konkrete Werk in der Weise beschränkt, daß der Unternehmer dessen Mängel abzustellen hat. Dahin geht nunmehr der Erfüllungsanspruch des Bestellers; deshalb darf er, bis diesem Anspruch Genüge getan, d. h. der Mangel beseitigt ist, nach § 320 BGB seinerseits die Erfüllung

d. h. die Zahlung des Werklohns verweigern (vgl. hierzu Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrag S. 176 - 187; Staudinger BGB 10. Aufl. Anm. 7 zu § 633 BGB; Soergel BGB 8. Aufl. Anm. 7 zu § 633 BGB, OLG Hamburg in OLG 34, 35).

Nach § 320 Abs. 2 BGB kann freilich, wenn der Unternehmer teilweise geleistet hat, der Besteller die Gegenleistung insoweit nicht verweigern, als die Verweigerung gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Hier hat das Berufungsgericht angenommen, daß der Mangel des Bauwerkes dem Beklagten nur bis zu einem Betrage von 1 490 DM zum Schaden gereicht. Auf die von der Revision hiergegen vorgebrachten Bedenken braucht nicht eingegangen zu werden. Denn es kann nicht gesagt werden, daß die Frage, inwieweit die Erhebung der Einrede aus § 320 BGB mit Treu und Glauben vereinbar sei, sich mit der Frage decke, inwieweit der Mangel des Werkes den Besteller schädige. Die Einrede soll vor allem als Druckmittel auf den Unternehmer wirken, seiner Pflicht zur Herstellung eines mangelfreien Werkes nachzukommen. Hier kommt hinzu, daß der Beklagte von der Gesamtforderung der Klägerin von etwa 36 000.- DM fast 30 000.- DM befriedigt hat. Das Revisionsgericht kann deshalb keineswegs annehmen, daß eine Leistungsverweigerung hinsichtlich des ganzen noch ausstehenden Betrags von vornherein gegen Treu und Glauben verstoße. Dem steht auch nicht entgegen, daß sich die Klägerin nach dem Urteil des Oberlandesgerichts wegen der Nachbesserungskosten bereits 1 490 DM als Schadensersatz hat anrechnen lassen müssen. Da die Klägerin keine Anschlußrevision eingelegt hat, muß das Urteil allerdings insofern hingenommen werden. Der Beklagte darf dadurch aber nicht in der Weise belastet werden, daß

ihm infolgedessen ein etwaiger Nachbesserungsanspruch gegen die Klägerin und ein sich daraus ergebendes Leistungsverweigerungsrecht abgeschnitten werden. Darüber, wie der der Klägerin bereits aberkannte Betrag von 1 490 DM im Falle einer späteren Nachbesserung oder eines später noch geltend gemachten Schadensersatzanspruchs zu berücksichtigen wäre, braucht hier nicht befunden zu werden.

c) Der Beklagte hat in der Revision noch geltend gemacht, daß das Haus auch nach einer etwaigen Nachbesserung noch ... einen Minderwert aufweisen werde. Die sich möglicherweise hieraus ergebenden Rechte sind aber erst in der Revisionsinstanz geltend gemacht worden. Es kann deshalb nicht darauf eingegangen werden. Der Schriftsatz des Beklagten vom 6. November 1956, auf den sich die Revision bezieht, ist erst nach der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung eingereicht worden und kann daher nicht berücksichtigt werden. Zwar weist der Beklagte am Eingang dieses Schriftsatzes darauf hin, er mache nur aktenkundig, was er in der letzten mündlichen Verhandlung vorgetragen habe. Das genügt aber nicht, um den Inhalt dieses Schriftsatzes als Prozeßstoff berücksichtigen zu können, denn dieser angebliche Vortrag ist weder im Protokoll noch im Urteil aufgenommen worden. Eine Berichtigung (Ergänzung) des Tatbestands in dieser Richtung hat der Beklagte nicht beantragt.

5) Nach dem oben unter 4 b) Dargelegten kann das angefochtene Urteil, soweit es noch zur Beurteilung durch das Revisionsgericht steht, mit der bisher gegebenen Begründung nicht aufrecht erhalten werden. Es ist in diesem Umfang und hinsichtlich der Kostenentscheidung aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das noch die erforderlichen

Feststellungen zu treffen haben wird, ob die Voraussetzungen für einen Nachbesserungsanspruch und ein sich daraus ergebendes Leistungsverweigerungsrecht oder für einen Schadensersatzanspruch des Beklagten gegeben sind. Auf das weitere Vorbringen der Revision braucht unter diesen Umständen nicht mehr eingegangen zu werden.

Glanzmann Scheffler Rietschel Erbel Meyer