

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/B §§ 4 A Nr. 7, 8 Nr. 3, 13 D Nr. 6

Vorschuß auf voraussichtliche Mängelbeseitigungskosten kann auch nach Entziehung des Auftrags gem. §§ 4 Nr. 7, 8 Nr. 3 VOB/B verlangt werden (im Anschluß an Senatsurteile BGHZ 47, 272; 61, 28; 94, 330, 334). Im Rahmen dieser Bestimmungen ist § 13 Nr. 6 VOB/B entsprechend anzuwenden.

BGH, Urt. v. 20. April 1989 - VII ZR 80/88 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

3

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 80/88

URTEIL

Verkündet am
20. April 1989
Werner
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Rechtsanwältin Ulrike D[REDACTED]-R[REDACTED], A[REDACTED] d[REDACTED]
Ho[REDACTED] [REDACTED], Dü[REDACTED] [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin,
Berufungsbeklagten und Revisions-
klägerin,

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

g e g e n

die Firma Harro V[REDACTED], B[REDACTED] [REDACTED], H[REDACTED] [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte,
Berufungsklägerin und Revisions-
beklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

WI

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. April 1989 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Bliesener, Oberhans, Prof. Quack und Dr. Thode

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamburg vom 9. Februar 1988 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Beklagte errichtete 1979 als Generalübernehmerin in H. eine Wohnanlage. Die Klägerin erwarb von ihr ein hierzu gehörendes, schlüsselfertiges Reihenhäuser. Für die Wohnanlage waren baurechtlich Elektro- oder Gasheizungen vorgeschrieben. Die Beklagte hatte für ihr Vorhaben mit einem Prospekt geworben, in dem die für die Reihenhäuser geplante Heizung folgendermaßen beschrieben wurde:

"Grundsätzlich ist eine Fußbodenheizung im schwimmenden Estrich von 13 cm Stärke vorgesehen. Als Standardausstattung wird eine elektrische Fußbodennachtspeicherheizung mit je einem Zusatzkonvektor in den Bädern geliefert ... Alternativ ist eine Warmwasser-Fußboden-Flächenheizung mit Gastherme einschließlich Warmwasserbereiter lieferbar, Mehrpreis 2.000 DM, zuzüglich Anschlußkosten."

Die Klägerin wählte zunächst eine gasbetriebene Heizung. Eine solche konnte allerdings nicht erstellt werden, weil das Gaswerk einen Anschluß der Wohnanlage an das Versorgungsnetz mangels genügender Nachfrage ablehnte. Anstelle der Gasheizung bot die Beklagte nunmehr eine mit Nachtspeicherstrom betriebene Warmwasserfußbodenheizung gegen einen Aufpreis von 12.000 DM an. Die Klägerin entschied sich daraufhin für die im Prospekt beschriebene Standardausführung. Am 8. Oktober 1979 wurde der Bauvertrag unter Einbeziehung der Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B und C mit den hierzu ergangenen DIN-Normen, allerdings unter Ausschluß der in § 12 Nr. 5 VOB/B enthaltenen Abnahmefiktion geschlossen. Nach der Baubeschreibung war die Heizung wie folgt auszuführen:

"Grundsätzlich ist eine Fußbodenheizung im ausreichend dimensionierten schwimmenden Estrich vorgesehen. Als Standardausstattung wird eine elektrische Fußboden-Nachtspeicherheizung mit je einem Zusatzkonvektor in den Bädern geliefert ...".

Am 16. Dezember 1980 wurde das Haus der Klägerin übergeben, die es bislang noch nicht abgenommen hat.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Gewährleistung in Anspruch, weil die Heizungsanlage das Haus nicht ausreichend erwärme. Vor dem Landgericht hat sie die Feststellung beantragt, daß die Beklagte zur Neuherstellung eines vertragsgemäßen Hauses verpflichtet sei. Hilfsweise hat sie zur Mängelbeseitigung einen Vorschuß von 67.800 DM sowie die Feststellung verlangt, daß die Beklagte die von diesem Vorschuß nicht gedeckten weiteren Aufwendungen, die zur Mängelbeseitigung notwendig seien, zu erstatten habe. Das Landgericht hat auf den Hilfsantrag die Beklagte nur zur Zahlung von 32.205 DM verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen.

Beide Parteien haben diese Entscheidung mit ihren Berufungen angefochten. Aufgrund des Hinweises des Berufungsgerichts, daß die Klägerin das Werk der Beklagten noch nicht abgenommen habe, hat die Klägerin nunmehr der Beklagten den Auftrag zum Einbau einer vertragsgemäßen Fußbodenheizung entzogen. Sie hat den auf Neuherstellung des Hauses gerichteten Feststellungsanspruch für erledigt erklärt und stattdessen nur noch einen Vorschuß zur Sanierung der Heizungsanlage in Höhe von 107.921,09 DM sowie die Feststellung verlangt, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihr die Schäden zu

ersetzen, die durch den Vorschuß nicht gedeckt seien. Ferner hat sie - gestaffelt - weitere auf Schadensersatz, Minderung und Erfüllung gerichtete Hilfsanträge gestellt. Die Beklagte hat der Teilerledigungserklärung widersprochen und ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag weiterverfolgt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf das Rechtsmittel der Beklagten die Klage in vollem Umfang abgewiesen.

Mit ihrer - angenommenen - Revision, die die Beklagte zurückzuweisen bittet, verfolgt die Klägerin ihre vor dem Berufungsgericht zuletzt gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1. a) Das Berufungsgericht hält die eingebaute Fußbodenheizung für mangelhaft, weil fünf Räume des Hauses (Schlafzimmer, zwei Kinderzimmer, Windfang, Küche) nicht ausreichend geheizt werden können. Die Heizungsanlage sei systembedingt nicht in der Lage, auch in diesen Zimmern eine gleichmäßige Temperatur von 20 bis 22° Celsius zu erzeugen. Die im Estrich verlegte elektrische Fußbodenspeicherheizung erbringe eine Wärmeleistung von höchstens 70 Watt pro Quadratmeter Wohnfläche, weil die Temperatur an der Oberfläche des Fußbodens den vorgeschriebenen Grenzwert von 29°C

nicht überschreiten dürfe und die Speicherfähigkeit des Estrichs und der Wände unzureichend sei. Der nur in einer Stärke von 8 cm eingebaute Estrich sei auf jeden Fall ungenügend.

Das läßt Rechtsfehler nicht erkennen und ist im übrigen der Revision nur günstig.

b) Das Berufungsgericht führt weiter aus, selbst bei einer Estrichstärke von 13 cm würde eine Flächenheizung außer in den Bädern in zwei weiteren Räumen (Küche und Windfang) den Wärmebedarf nicht decken können. In diesen Räumen mit kleiner Grundfläche hätte vielmehr die Fußbodenheizung in jedem Fall durch Konvektoren ergänzt werden müssen. Eine Kombination von Flächenspeicherheizung mit tagstrombetriebenen Direktheizgeräten habe im übrigen schon bei Planung und Einbau der Anlage dem Stand der Technik entsprochen. Indessen habe die Beklagte nur in den beiden Bädern Zusatzheizkörper geplant und eingebaut. Gleichwohl habe die Klägerin keinen Anspruch auf Einbau eines anderen Heizungssystems. Sie könne nur verlangen, daß die vorhandene Flächenheizung in den fünf mangelhaft beheizten Räumen durch tagstrombetriebene Direktheizgeräte ergänzt werde. Auf diese Weise könnten der Wärmebedarf gedeckt und die Mängel der Heizungsanlage behoben werden.

Diese Sanierung koste höchstens 4.000 DM. Da die Klägerin für die Beseitigung etwaiger Mängel vom Werklohn noch 12.200 DM als Sicherheit einbehalten habe, entfalle ihr Vorschußanspruch. Insbesondere könne die Klägerin den Einbau

einer wassergeführten Blockspeicherheizung nicht verlangen. Denn nach dem Generalübernehmervertrag schulde die Beklagte keine derartige Heizung, weil sich die Klägerin für die Standardausführung des Heizungssystems entschieden habe. Die von der Klägerin geforderte Blockspeicherheizung sei nicht die einzig denkbare Sanierungsmöglichkeit. Eine ordnungsgemäße Wärmeversorgung lasse sich vielmehr auch durch den kostengünstig und ohne nennenswerte Belästigungen möglichen Einbau von Zusatzheizkörpern sicherstellen. Die durch den Tagstrombetrieb der Direktheizung anfallenden Mehrkosten seien zumutbar. Sie beliefen sich nach DIN 44 573 Abschnitt 2.1 auf höchstens 5 % der gesamten Heizstromkosten. Im übrigen seien auch bei einer wassergeführten Flächenheizung wegen der vorgegebenen, geringen Speicherkapazität des Estrichs in Küche und Windfang Direktheizkörper höchstwahrscheinlich nicht zu vermeiden.

2. Gegen diese weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts wendet sich die Revision mit Erfolg.

a) Das Berufungsgericht geht richtig davon aus, daß die Klägerin der Beklagten den Auftrag vor Abnahme der Werkleistung gemäß § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B wegen Verweigerung der Mängelbeseitigung wirksam entzogen hat. Zur Mängelbeseitigung an dem von ihm erstellten Teilwerk ist der Auftragnehmer grundsätzlich auch dann verpflichtet (Senatsurteil NJW 1988, 140). Zutreffend leitet das Berufungsgericht deshalb den Anspruch der zur Ersatzvornahme berechtigten Klägerin auf einen Vorschuß hinsichtlich der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten aus § 8 Nr. 3

Abs. 2 Satz 1 VOB/B her. Allerdings erwähnt diese Bestimmung - wie die VOB/B ganz allgemein - den Vorschußanspruch zum Zwecke der Ersatzvornahme nicht. Ein solcher Vorschußanspruch (vgl. dazu grundlegend Senatsurteil BGHZ 47, 272) besteht gleichwohl, weil hier die Interessenlage dieselbe ist wie in den übrigen Fällen der Ersatzvornahme (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B). Er ist denn auch nach ganz einhelliger Meinung im Schrifttum anerkannt (vgl. z.B. Ingenstau/Korbion VOB, 11. Aufl., B § 8 Rdn. 90; Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab VOB 4. Aufl., B § 8 Rdn. 22 d; Daub/Piel/Soergel/Steffani VOB Teil B ErlZ 8.74; Nicklisch/Weick VOB/B, § 8 Rdn. 28; Kaiser, Das Mängelhaftungsrecht in Baupraxis und Bauprozeß, 6. Aufl., Rdn. 33, 44 c, 84 ff).

Auch wenn der Bauvertrag - z.B. durch Entziehung des Auftrages - ein vorzeitiges Ende findet, ist es dem Auftraggeber nicht zuzumuten, zunächst die Kosten der Ersatzvornahme aus eigenen Mitteln zu bestreiten und dann erst ihre Erstattung verlangen zu können. Auch in einem solchen Fall steht dem Auftraggeber deshalb regelmäßig der aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B entwickelte Vorschußanspruch auf Zahlung in Höhe der voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten zu; jedenfalls im Regelfall ist er nicht etwa auf Abschlagszahlungen beschränkt (h.M.; a.A. Daub/Piel/Soergel/Steffani aaO).

b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts besteht der Mangel der Heizungsanlage jedoch nicht nur darin, daß sie nicht mit Zusatzheizgeräten entsprechend den DIN Normen 44 573 und 44 576 ausgestattet ist und deswegen keine ausreichende Leistung erbringt. Diese Sicht ist - wie die Revision zu Recht rügt - zu eng.

aa) Ein Mangel im Sinne des Werkvertragsrechts liegt nicht nur dann vor, wenn die Werkleistung nicht den Regeln der Technik entspricht, sondern auch dann, wenn das Werk nicht vertragsgemäß ist. Das Werk ist daher auch dann mangelhaft, wenn es von der Beschaffenheit abweicht, die es für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch haben muß (Senatsurteil BGHZ 91, 206, 212 m.w.N.; erst neuerdings wieder Senatsurteil vom 24. November 1988 - VII ZR 222/87 = BauR 1989, 219, 221 = ZfBR 1989, 58, 60). Der Auftragnehmer hat die Entstehung eines mangelfreien und zweckgerechten Werks zu gewährleisten. Entspricht seine Leistung diesen Anforderungen nicht, so ist sie fehlerhaft, unabhängig davon, ob die anerkannten Regeln der Technik eingehalten worden sind. Maßgeblich ist allein, daß der Mangel, der dem Werk anhaftet, den angestrebten Erfolg zwangsläufig beeinträchtigt (Senatsurteile BGHZ 91, 206, 212; 96, 111, 115 und vom 6. Mai 1985 - VII ZR 304/83 = BauR 1985, 567, 568 = ZfBR 1985, 276).

bb) Nach der Leistungsbeschreibung schuldet die Beklagte eine funktionstaugliche Heizungsanlage mit einer bestimmten Betriebsart und Installation, ohne daß es dabei darauf ankommt, ob sie diese Eigenschaften oder Einzelheiten der Ausführung - etwa die Stärke des Estrichs - zugesichert hat. Bei funktionaler Betrachtung ergibt sich die Beschaffenheit des Leistungsgegenstands schon durch Auslegung des Begriffes "Fußbodennachtspeicherheizung", zu deren Herstellung sich die Beklagte vertraglich verpflichtet hat. Der Vertragszweck setzt voraus, daß die von der Heizungsanlage, so wie sie geplant und eingebaut ist, erzeugte Wärme aus-

reicht, um das Haus auch ohne zusätzliche Heizgeräte angemessen zu erwärmen. Die Bezeichnung "Nachtspeicher-Heizung" spricht die besondere Betriebsart an und besagt, daß das System in der Lage ist, die von ihm geforderte Leistung zum verbilligten Nachtstromtarif zu erbringen. "Fußboden-Heizung" bedeutet, daß keine sichtbaren Heizkörper - außer in den Bädern, wo sie nach dem Vertrag vorgesehen sind - die Raumeinteilung und die Einrichtungsmöglichkeit beeinträchtigen. Gerade weil derartige sichtbare zusätzliche Heizelemente nur als in den Bädern anzubringen im Bauvertrage aufgeführt sind, drängt sich der Rückschluß auf, in den anderen Räumen habe allein die nachstrombetriebene Elektrospeicher-Heizung, untergebracht im Fußboden, ausreichen sollen. Die im Haus der Klägerin eingebaute Heizungsanlage ist demnach nur dann vertragsgemäß, wenn sie diese Erfordernisse erfüllt.

cc) Bei der Anlage, die die Beklagte geliefert hat, ist dies nicht der Fall. Nach den übereinstimmenden Ergebnissen, zu denen die mit der Untersuchung beauftragten Sachverständigen gelangt sind, ist es aus technischen Gründen nicht möglich, mit ihr die nach dem Vertrag geschuldete Sollbeschaffenheit zu erreichen. Der Sachverständige Dr. K. hat ausgeführt, eine elektrische Fußbodenspeicherheizung könne nur den Grundwärmebedarf decken und müsse deswegen mit Direktheizungen verbunden werden. Erst in dieser Kombination sei die hier installierte Heizungsanlage als mangelfrei zu bezeichnen. Diese Beurteilung steht im Einklang mit der Erkenntnis des Sachverständigen R., der die eingebaute Fußbodenheizung für ungeeignet hält, jedoch meint, bei Ver-

besserung des Gebäudewärmeschutzes durch Einbau hochwärmee-dämmender Glasscheiben und bei Verwendung eines mindestens 13 cm starken Speicherestrichs müßten Zusatzheizgeräte nur in der Küche und den Bädern angebracht werden. Sie deckt sich auch mit der Bewertung des Sachverständigen W., wonach die Anlage nicht in der Lage sei, das Haus zufriedenstellend zu beheizen.

Aus technischen Gründen ist es daher unmöglich, die vorhandene Heizungsanlage in einen vertragsgerechten Zustand zu bringen. Jede Verbesserung der Heizleistung ist bei Weiterverwendung des eingebauten Systems einschließlich des nur 8 cm starken Speicherestrichs nur unter Beeinträchtigung der Raumaufteilung möglich, weil zusätzliche Heizkörper in Räumen anzubringen sind, in denen dies nach dem Vertrage nicht vorgesehen ist. Überdies führt hier der Betrieb von Zusatzheizgeräten zum Verlust der mit der Nachtspeicherheizung verbundenen Wirtschaftlichkeit, weil die Zusatzheizkörper mit Strom zum Tagestarif betrieben werden müssen. Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts können die damit verbundenen Mehrkosten der Klägerin nicht zugemutet werden.

Soweit das Oberlandesgericht die in DIN 44 573 Abschnitt 2.1 angeführte Schätzmethode zur Ermittlung der Mehrkosten zur Unterstützung seiner Erwägungen heranzieht, erkennt es, daß diese DIN-Norm davon ausgeht, lediglich Naßräume und Küchen, nicht aber auch Wohnräume - im vorliegenden Fall zwei Kinderzimmer und ein Schlafzimmer - seien mit tagstrombetriebenen Zusatzheizgeräten auszustatten. Die in der DIN-Norm beschriebene Schätzung kann

folglich für den vorliegenden Fall nicht übernommen werden. Der Verlust der Wirtschaftlichkeit, der bei Nachrüstung mit Zusatzheizgeräten eintreten wird, darf nicht als nur geringfügig bewertet und damit abgetan werden.

c) Die Höhe des Vorschusses richtet sich nach dem Umfang der Sanierung. Ein Anspruch auf Vorschuß steht der Klägerin nur insoweit zu, als die mit der Ersatzvornahme verbundenen Kosten nach Treu und Glauben erforderlich und angemessen sind. Wenn bei der Ersatzvornahme Mängel zu beseitigen sind, gilt in entsprechender Anwendung des § 13 Nr. 6 VOB/B der Grundsatz, daß Kostenerstattung dann nicht in Betracht kommt und die Klägerin stattdessen nur in der Form der Vergütungsminderung eine Entschädigung verlangen kann, wenn die Mängelbeseitigung einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern würde (vgl. Ingenstau/Korbion aaO B § 8 Rdn. 93; Nicklisch/Weick aaO § 8 Rdn. 27; siehe auch Senatsurteil BGHZ 96, 111, 122). Damit stellt sich die Frage nach der im vorliegenden Fall angemessenen Sanierungsart:

aa) Das Berufungsgericht hat die Klägerin auf Einbau von tagstrombetriebenen Zusatzheizgeräten in fünf Räumen verwiesen (Kosten höchstens 4.000 DM). Das Landgericht hatte ihr eine Ergänzung der vorhandenen Flächenheizung durch zusätzliche Heizkörper zugebilligt, die durch eine nachstrombetriebene zusätzliche Blockspeicheranlage über eine Warmwasserleitung betrieben werden (Kosten 32.205 DM). Die Klägerin selbst verlangt ein Auswechseln des gesamten Heizsystems; die vorhandene Anlage soll durch eine warmwassergeführte Fußbodenspeicherheizung ersetzt werden, bei der mit

Nachtstrom aufgeheiztes Wasser in einem Behälter im Keller die Speicherfunktion übernehmen soll (behaupteter Kostenaufwand 107.921,09 DM).

bb) Die nach Treu und Glauben gebotene Abwägung hat zunächst zu berücksichtigen, daß keine dieser Sanierungsmöglichkeiten der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit der Heizungsanlage gerecht wird. Die beiden ersten beeinträchtigen die Gestaltungs- und Einrichtungsfreiheit in den Räumen, weil sie - unabhängig von der unterschiedlichen Betriebsart - sichtbar aufgestellte Heizkörper erforderlich machen. Die von der Klägerin bevorzugte Sanierung führt ebenfalls zu einer Abänderung der vereinbarten Leistung: An die Stelle der elektrischen Standardheizung tritt eine Warmwasserflächenheizung mit höherem Komfort. Die vom Sachverständigen R. darüber hinaus aufgezeigte, das System im wesentlichen beibehaltende, sehr kostenträchtige Sanierungsmöglichkeit, für die außer in den sowieso dafür vorgesehenen Bädern nur noch in der Küche ein Zusatzheizkörper benötigt würde, wird schon deswegen ausscheiden, weil die nachträgliche Verstärkung der Speicherestriche zu einer ins Gewicht fallenden Verringerung der Raumhöhen führen würde. Eine wirksame Sanierung ist folglich nur zu erzielen, wenn die vertraglich festgelegte Ausstattung der Heizung geändert wird, was im Rahmen der Mangelbeseitigung durchaus möglich ist (vgl. etwa Senatsurteil NJW 1981, 1848). Insoweit sind die möglichen Sanierungsmodelle noch gleichwertig. Der entscheidende Unterschied liegt allerdings darin, daß die Sanierungsmöglichkeiten der Sollbeschaffenheit nur in sehr unterschiedlichem Maße nahekommen.

cc) Danach verdient die von der Klägerin erstrebte Sanierung den Vorzug; denn Wirtschaftlichkeit (Nachtspeicherprinzip) und Raumgestaltungsfreiheit (keine sichtbaren Heizkörper) bleiben dabei erhalten. Allerdings ist es nach den bislang getroffenen Feststellungen fraglich, ob dabei auch der erforderliche Wirkungsgrad (ausreichende Beheizbarkeit in allen Räumen) erzielt werden kann. Der Sachverständige W. hält eine solche Warmwasserfußbodenheizung für geeignet. Dagegen zieht der Sachverständige R. den vom Sachverständigen W. ermittelten Wärmebedarf in Zweifel und meint, auch die Heizleistung einer Warmwasserfußbodenheizung reiche vermutlich nicht aus, um alle Räume - namentlich Küche und Windfang - ordnungsgemäß zu heizen. Der Sachverständige Dr. K. hat zu diesem Punkt keine Stellung genommen.

dd) Die vom Landgericht zugebilligte Sanierung (warmwassergeführte Zusatzheizkörper mit Nachtstrombetrieb) wird der vertraglichen Vorgabe weniger gerecht. Die wirtschaftliche Betriebsart bleibt zwar erhalten, die Raumgestaltungsfreiheit wird aber beeinträchtigt.

Die Sanierung, die das Oberlandesgericht bevorzugt, verfehlt ihrerseits den Vertragszweck am weitesten. Die Raumgestaltung wird beeinträchtigt und die Wirtschaftlichkeit der Speicherheizung geht verloren. Schon deshalb ist diese Sanierungsart für die Klägerin nicht zumutbar.

Die Vor- und Nachteile der beiden anderen Sanierungsmodelle sind gegeneinander abzuwägen. Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat jedoch nicht möglich, weil das

Be
wi
al

st
au
en
Fu
si
bu
Me
es
ti
re
di
pf.

fa:

an
daf
Wer
tec
mut

berufungsgericht zum Wirkungsgrad und zu den Kosten einer warmwassergeführten Fußbodenspeicherheizung noch keine abschließenden Feststellungen getroffen hat.

II.

1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts zielt der Feststellungsantrag ins Leere. Die Klägerin habe keinen Anspruch auf den Einbau einer wassergeführten Fußbodenheizung. Ihr bestehe im Ergebnis kein Nachteil, wenn die elektrische Fußboden-Nachtspeicher-Heizung in ihrem Hause verbleibe. Auch sei zwar der mit dem Betrieb der Direktheizgeräte verbundene zusätzliche Stromverbrauch zu ersetzen, weil diese Stromkosten auf die zu geringe Speicherkapazität des Heiztrichs zurückzuführen seien. Da die Klägerin die Installation von Zusatzheizkörpern aber ablehne, entfalle ihr berechtigtes Interesse an der gerichtlichen Feststellung, daß die Beklagte zur Erstattung zusätzlicher Stromkosten verpflichtet sei.

2. Diese Begründung hält den Revisionsangriffen ebenfalls nicht stand.

a) Die Klägerin hat durchaus ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung. Diese hängt nicht davon ab, ob die Klägerin mit ihrem Sanierungswunsch durchdringt. Wenn die von der Klägerin angestrebte Art der Sanierung technisch nicht durchführbar oder wirtschaftlich nicht zumutbar sein sollte, entsteht wegen der dann nicht vermeid-

baren erheblichen Abweichung von der vertraglichen Sollbeschaffenheit (Installation von Zusatzheizkörpern) eine Wertminderung. Bei richtigem Verständnis ihres Feststellungsantrags geht es der Klägerin auch darum, für eine solche Wertminderung einen Ausgleich zu erhalten.

b) Der mit der Revision weiterverfolgte Feststellungsantrag hat einen Schadensersatzanspruch aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz VOB/B i.V.m. § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B zum Gegenstand. Die zuletzt genannte Vorschrift gewährt auch dann Schadensersatz, wenn der Auftrag entzogen worden ist. Dies folgt aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz VOB/B, wonach im Fall der Auftragsentziehung Schadensersatzansprüche erhalten bleiben (vgl. Senatsurteil BGHZ 50, 160, 165). § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B setzt voraus, daß der Auftragnehmer den Mangel oder die Vertragswidrigkeit zu vertreten hat. Nach den vom Berufungsgericht im Zusammenhang mit dem Leistungsantrag getroffenen Feststellungen trifft dies im vorliegenden Fall zu. Wie die Sachverständigen ausgeführt haben, war es bereits zum Zeitpunkt der Planung bekannt, daß eine elektrische Fußbodenspeicherheizung, wenn nicht anderweitige besondere Vorkehrungen getroffen werden, regelmäßig nur in der Kombination mit Zusatzheizgeräten funktionstauglich ist. Die Beklagte hat dies schuldhaft verkannt, als sie die Ausstattung des Hauses mit einer als Alleinheizung vorgesehenen, aber untauglichen Anlage geplant und diese später auch eingebaut hat.

c) Auch der auf § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B gestützte Schadensersatzanspruch wird in der Höhe durch Treu und Glauben

be
lu
Mä
we
zu
se
an
sa

ni
be
li

ste
Ent
Sac
Abs
des

stä
War
nom
der
hab

beschränkt. Der Auftraggeber kann Ersatz des Nichterfüllungsschadens nur dann in vollem Umfang verlangen, wenn die Mängel nicht anders als durch Beseitigung des gesamten Bauwerks behoben werden können. Ist es dem Auftraggeber dagegen unmöglich, die Werkleistung mit den Mängeln, die nicht zu beheben sind, zu behalten, so besteht sein Schadensersatzanspruch in einem Ausgleich der durch die Mängel verursachten Wertminderung (Senatsurteil BGHZ 50, 160, 165).

Auch insofern ergeben die bisherigen Feststellungen nicht, ob die Vertragswidrigkeit der Heizung vollständig festgestellt werden kann oder ob Abweichungen von der vertraglich festgelegten Sollbeschaffenheit zurückbleiben werden.

III.

Das angefochtene Urteil kann nach alledem nicht bestehen bleiben. Da die Voraussetzungen für eine endgültige Entscheidung des Revisionsgerichts nicht vorliegen, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Für die neue Verhandlung ist auf folgendes hinzuweisen:

1. Sollte das Berufungsgericht nach weiterer sachverständiger Beratung zu der Überzeugung gelangen, daß eine Warmwasserfußbodenheizung geeignet ist, alle Räume (ausgenommen die Bäder) hinreichend zu erwärmen, so wird es bei Ermittlung des Sanierungsaufwandes zu berücksichtigen haben, daß die Klägerin die "Sowieso-Kosten" zu tragen hat.

Hätten die Parteien bereits bei Vertragsschluß die Untauglichkeit des Standardheizungssystems erkannt, dann hätte die Beklagte nur die Warmwasserfußbodenheizung anbieten dürfen. Die Klägerin hätte, weil andere Heizsysteme nicht zugelassen waren, eine höhere Vergütung bezahlen müssen. Die Billigkeit gebietet es daher, daß die Klägerin die Mehrkosten des komfortableren Heizungssystems übernimmt (vgl. Senatsurteil BGHZ 91, 206, 211 m.N.).

Dabei wird das Berufungsgericht aber auch noch folgendes zu bedenken haben: Möglicherweise wäre die Klägerin damit einverstanden gewesen, außer in den beiden Bädern auch in der Küche ein tagstrombetriebenes Zusatzheizgerät anbringen zu lassen. Das könnte dann naheliegen, wenn die Beklagte - was noch nicht abschließend geprüft ist - schon bei der Bauausführung mit geringeren als bei der nachträglichen Sanierung anfallenden Kosten - entsprechend den Ausführungen des Sachverständigen R. - durch ausreichenden Gebäudewärmschutz und einen stärkeren Heizestrich größerer Speicherkapazität dafür hätte sorgen können, daß die als Standardausführung angebotene Elektrofußbodenspeicherheizung ausgereicht hätte. In diesem Falle könnte es der Beklagten jetzt verwehrt sein, von der Klägerin zusätzliche Sowiesokosten für eine Warmwasserfußbodenheizung zu verlangen.

2. Sollten die Feststellungen jedoch ergeben, daß eine Warmwasserfußbodenheizung nicht ausreicht, um den gesamten Wärmebedarf zu decken, oder daß der mit ihrem Einbau verbundene Aufwand auch nach Abzug etwaiger "Sowieso-Kosten" in einem objektiven Mißverhältnis zu dem erlangten Vorteil der

Klägerin stehen, mithin unverhältnismäßig hoch sein würde, kommt nur die Sanierung durch warmwassergeführte und mit Nachtspeicherstrom betriebene Zusatzheizkörper infrage. In diesem Fall wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, inwiefern die Klägerin wegen der dann unvermeidbaren Abweichung von der durch den Vertrag festgelegten Sollbeschaffenheit hinsichtlich einer damit möglicherweise verbundenen Wertminderung in entsprechender Anwendung von § 13 Nr. 6 VOB/B eine Entschädigung in Geld verlangen kann (vgl. Senatsurteil vom 11. Juli 1974 - VII ZR 76/72 = WM 1974, 931, 932 = Schäfer/Finnern Z 2.415.0 Blatt 8, 9, dort als Urteil vom 11.6.1974 bezeichnet; insoweit in NJW 1974, 1707 nicht abgedruckt).

3. Da der endgültige Erfolg des Rechtsmittels vom Ausgang der erneuten Verhandlung abhängt, ist dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens vorzubehalten. Es wird dabei zu berücksichtigen haben, daß der in erster Instanz erhobene Anspruch auf Lieferung eines neuen Hauses mit einer vertragsgemäßen

Fußbodenheizung Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Hauses trotz der entsprechenden Erklärung der Klägerin keine Erledigung gefunden hat, daß dieser Anspruch vielmehr - wie das Oberlandesgericht richtig entschieden hat - von Anfang an unbegründet war.

Girisch

Bliesener

Obenhaus

Quack

Thode