

Verkündet
am 29. Mai 1961
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

der Ottilie N[REDACTED], S[REDACTED], L[REDACTED] Straße [REDACTED],
Beklagter, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Christian K[REDACTED] Nachf. GmbH., S[REDACTED],
S[REDACTED] M[REDACTED], vertreten durch ihren Geschäfts-
führer Adolf S[REDACTED],
Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 29. Mai 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Rietschel, Dr. Heimann-Trosien, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Saar-
brücken vom 11. März 1960 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin macht eine Forderung geltend, die ihr die Bauunternehmung Firma T[REDACTED] und S[REDACTED] am 3. Oktober 1956 abgetreten hat.

Diese Firma war im Sommer 1956 von der Beklagten, die auf ihrem Grundstück in S[REDACTED] ein Geschäfts- und Wohnhaus bauen wollte, beauftragt worden, die Erd-, Maurer- und Betonarbeiten für diesen Bau auszuführen. Für den Bauvertrag sollten die Bestimmungen des Teils B der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) gelten.

Die Firma T[REDACTED] und S[REDACTED] vollendete die Ausschachtung und Fundamentierung, mit deren Ausführung durch eigene Leute der Beklagten schon vorher begonnen worden war, und errichtete das Kellergeschoß, das am 31. August 1956 fertiggestellt wurde. Dann stellte sie die Arbeiten ein, weil die Beklagte keine Abschlagszahlung leistete. Für die bisher geleisteten Arbeiten beanspruchte die Firma T[REDACTED] und S[REDACTED] 1.831.213 Franken.

Im Frühjahr 1959, als der vorliegende Rechtsstreit in der Berufungsinstanz schwebte, verkaufte die Beklagte ihr Grundstück an den Diplomvolkswirt Si[REDACTED]. Den Verkauf hatte der Makler W[REDACTED] vermittelt. Er hatte das Grundstück in einem Zeitungsinserat angeboten, das wie folgt lautet: "Bauplatz 475 qm, Kellergesch. bereits erstellt für 8-Familienhaus, in S[REDACTED], für 4,2 Mill. zu verkaufen". Si[REDACTED] kaufte das Grundstück auf Grund eines schriftlichen Angebots des Maklers W[REDACTED] vom 20. März 1959 zum Preise von 3.500.000 Franken; in den Schreiben des Maklers war gesagt, daß sich der Kaufpreis zusammensetze aus 1.300.000 Franken für das Grundstück, 1.800.000 Franken für das Kellergeschoß mit Stahlbetondecke, 400.000 Franken für Baupläne und Anschlußkosten.

Si [REDACTED] veräußerte das Grundstück alsbald weiter an die Firma T [REDACTED] und S [REDACTED], und zwarebenfalls für 3.500.000 Franken.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 1.831.213 Franken nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie macht geltend, die von der Firma T [REDACTED] und S [REDACTED] erteilte Rechnung sei übersetzt. Vor allem aber beruft sie sich darauf, daß das Fundament mangelhaft und überhaupt nicht verwertbar sei. Sie schulde deshalb keine Vergütung. Vielmehr habe sie noch Ansprüche auf Schadensersatz, weil ihr, da das Haus infolge des mangelhaften Fundaments nicht habe fertiggestellt werden können, Mieteinnahmen und anderes Einkommen entgangen seien.

Das Landgericht hat ein Sachverständigengutachten eingeholt und der Klage in Höhe von 1.343.351 Franken nebst Zinsen stattgegeben. Es hat von dem Betrage von 1.854.607 Franken, den der Sachverständige als angemessene Vergütung für die Arbeiten der Firma T [REDACTED] und S [REDACTED] ermittelt hatte, 72.000 Franken für von der Beklagten selbst gelieferten Kies und 439.256 Franken wegen der Mängel des Fundaments abgesetzt. Schadensersatzansprüche der Beklagten hat es verneint.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Diese erstrebt mit der Revision die völlige Abweisung der Klage.

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.



Entscheidungsgründe:

I.

Gegenüber dem eingeklagten Vergütungsanspruch hat sich die Beklagte im zweiten Rechtszuge damit verteidigt, daß ihr wegen der Mängel des Fundaments das Recht der Wandelung und Schadensersatzansprüche aus § 635 BGB zuständen; aus beiden rechtlichen Gesichtspunkten entfalle der Vergütungsanspruch in vollem Umfange; ferner werde mit den Schadensersatzansprüchen, die sich auch aus positiver Vertragsverletzung ergäben, hilfsweise aufgerechnet (vgl. S. 5 BU).

Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß die Beklagte aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der Wandelung nicht besser gestellt werden kann, als es im landgerichtlichen Urteil geschehen ist. Es verneint ferner Schadensersatzansprüche der Beklagten.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält den Angriffen der Revision stand.

II.

1) Eine Wandelung in dem Sinne, daß der Werkvertrag rückgängig gemacht wird und jeder Vertragsteil die empfangenen Leistungen in Natur zurückzugewähren hat (§§ 634 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4, 467 S. 1, 346 Satz 1 BGB), kommt hier nach der im Ergebnis zu billigenden Ansicht des Berufungsgerichts nicht in Betracht. Es mag dabei unterstellt werden, daß eine Rückgewähr in Natur zunächst möglich gewesen wäre. Inzwischen hat aber die Beklagte das von ihr Empfangene, d. h. das von der Baufirma erstellte Kellergeschoß, mit ihrem Grundstück veräußert. Eine solche Veräußerung bedeutet verschuldete Unmöglichkeit der Herausgabe i. S. des nach §§ 634 Abs. 4, 467 Satz 1 BGB anzuwendenden § 351 Satz 1 BGB.

und schließt die Wandelung aus, es sei denn, daß der sich auf Wandelung berufende Vertragsteile sich den veräußerten Gegenstand wieder beschaffen kann, vgl. RGZ 102, 314 f; 128, 365, 367. Im vorliegenden Falle hat die Veräußerung eindeutig zur Unmöglichkeit der Rückgewähr geführt, da inzwischen der Bauunternehmer, die Firma T [REDACTED] und S [REDACTED], selbst bereits das Grundstück mit dem von ihm errichteten Werk erworben hat. Eine Wandelung im eigentlichen Sinne hat auch offenbar die Beklagte jedenfalls zum Schluß des Berufungsverfahrens nicht mehr geltend machen wollen; was sie zum Wandlungsbegehren im Schriftsatz vom 15. September 1958 vorgetragen hat, konnte die im Frühjahr 1959 vorgenommene Veräußerung des Grundstücks nicht berücksichtigen.

2) Rechtsprechung und Schrifttum geben in Fällen, in denen die Rückgewähr der Leistung in Natur nicht möglich ist, einen Wandlungsanspruch in der Gestalt, daß ein Ausgleich der beiderseitigen Leistungen in Geld beansprucht werden kann (vgl. u.a. RGZ 147, 390, 393; Soergel § 634 Anm. 4, Staudinger § 634 Rdz. 10 e); das bedeutet, daß der Besteller zwar keinen Werklohn zu entrichten braucht, jedoch, wie das Berufungsgericht ausführt, das Werk mit seinen Mängeln behalten und den Wert, der seinem Vermögen durch das - wenn auch mangelhafte - Werk zugeflossen ist, dem Unternehmer ersetzen muß. Unter diesem Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht geprüft, welchen Wert die Beklagte durch die Arbeiten der Firma T [REDACTED] und S [REDACTED] erlangt hat, und ist zu dem Ergebnis gelangt, daß der Wert nicht unter dem vom Landgericht zuerkannten Betrage liegt.

3) Es könnte aus verschiedenen Gründen zweifelhaft sein, ob der Beklagten auch nur ein so gestalteter Wandlungsanspruch aus Rechtsgründen überhaupt zusteht;

fraglich könnte sein, ob und wie auch dieser Anspruch durch die Veräußerung des Grundstücks berührt wird; Zweifel ergeben sich weiter daraus, daß die VOB in ihren Bestimmungen über die Gewährleistung die Wandelung nicht erwähnt und deshalb umstritten ist, ob das Recht zur Wandelung nicht bei Bauverträgen, die den Bestimmungen der VOB unterliegen, ganz ausgeschlossen ist; ferner müßte wohl auch für die Ausübung des Wandelungsrechts in der vom Berufungsgericht angenommenen Gestalt vorausgesetzt werden, daß der Besteller zunächst erfolglos eine Frist zur Beseitigung der Mängel setzt oder daß eine Fristsetzung aus besonderen Gründen entbehrlich ist, worüber Feststellungen im Berufungsurteil fehlen.

4) Diese Fragen können aber auf sich beruhen. Die Beklagte ist nicht dadurch beschwert, daß das Berufungsgericht die Wandelung als Wertausgleich zugelassen hat. Es stehen ihr aber unter diesem Gesichtspunkt keine weitergehenden Ansprüche zu, als das angefochtene Urteil ihr zugebilligt hat. Die Feststellungen des Berufungsgerichts über die Höhe des der Beklagten zugeflossenen Wertes sind rechtlich nicht zu beanstanden.

a) Das Berufungsgericht geht bei der Ermittlung des Wertzuwachses davon aus, daß bei dem Verkauf an den Diplomvolkswirt Si[REDACTED] das von der Firma T[REDACTED] und S[REDACTED] errichtete Kellergeschoß mit 1.800.000 Franken und der Grund und Boden mit 1.300.000 Franken bewertet worden sind und daß auf Grund dieser Bewertung der Kaufpreis festgelegt worden ist. Es berücksichtigt dabei, daß das Kellergeschoß auf Veranlassung des Käufers Si[REDACTED] möglicherweise zu hoch bewertet worden ist. Andererseits entnimmt es der Aussage des Maklers W[REDACTED], daß der normale Verkehrswert des Grundstücks allein 1.300.000, vielleicht auch 1.500.000 bis 1.600.000 Franken betragen habe. Daraus zieht es den Schluß, daß für das Kellergeschoß beim Verkauf mindestens der vom Landgericht der Klägerin zugesprochene Betrag von 1.343.351 Franken erzielt worden ist.

b) Diese Beweiswürdigung liegt im Rahmen der dem Tatrichter zustehenden Befugnis (§ 286 ZPO) und ist deshalb vom Revisionsgericht hinzunehmen. Das Berufungsgericht durfte auch aus dem bei der Veräußerung für das Kellergeschoß erzielten Erlös weiter schließen, daß der objektive Wert nicht oder nicht wesentlich unter diesem Erlös lag und jedenfalls den Betrag von 1.343.351 Franken erreichte.

Die Rügen, welche die Revision gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts richtet, sind nicht begründet:

aa) - Was die Revision zur Aussage des Zeugen O. sagt, stellt einen in der Revisionsinstanz nicht zulässigen Angriff gegen die dem Berufungsgericht obliegende tatsächliche Würdigung dar. Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß auch bei den Kaufverhandlungen zwischen der Beklagten und dem Zeugen O. das Kellergeschoß eine entscheidende Rolle bei der Bildung des in Aussicht genommenen Kaufpreises gespielt habe, bindet das Revisionsgericht. Daß diese Feststellung auf einem Verfahrensverstoß beruhe, hat die Revision nicht dartun können.

bb) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht gewürdigt, daß nach der Aussage des Zeugen W. ein weiterer Kaufinteressent "nur" 3.000.000 Franken habe zahlen wollen und das damit begründet habe, mit dem Kellergeschoß solle etwas nicht in Ordnung sein.

Hierauf brauchte das Berufungsgericht nicht einzugehen, weil es seiner Beweiswürdigung nicht entgegensteht. Nach der Annahme des Berufungsgerichts ist der Betrag von 1.343.351 Franken der Mindestwert des mit Mängeln behafteten

Kellergeschosses. Es hat ersichtlich berücksichtigt, daß auch beim Verkauf an Si [REDACTED] und der dabei vorgenommenen Bewertung des Kellergeschosses die Möglichkeit in Betracht gezogen worden ist, daß das Kellergeschoß nicht ordnungsgemäß erstellt sei. Denn Si [REDACTED] hat bekundet, der Makler W [REDACTED] habe ihm gesagt, daß wegen des Fundaments ein Rechtsstreit schwebe, weil das Bauwerk nicht so sei, wie es sein solle; diese vor dem Oberlandesgericht selbst abgegebene Aussage kann diesem nicht entgangen sein.

cc) Die Revision knüpft an die vom Berufungsgericht zugrundegelegte Aussage des Maklers W [REDACTED] an, nach der der Wert des Grundstücks allein 1.300.000, möglicherweise auch 1.500.000 bis 1.600.000 Franken betragen hat. Sie meint, bei der in dieser Aussage enthaltenen Unsicherheit habe das Berufungsgericht den Angaben des Maklers W [REDACTED] nicht folgen dürfen.

Diese Rüge ist schon deshalb nicht begründet, weil das Berufungsgericht zugunsten der Beklagten unterstellt, daß das Grundstück 1.500.000 bis 1.600.000 Franken wert gewesen und auf das Kellergeschoß ein entsprechend geringerer Teil des von Si [REDACTED] gezahlten Preises entfallen ist. Im übrigen durfte das Berufungsgericht sich für den Grundstücks- wert auf den Makler W [REDACTED] verlassen; es sagt, er sei auf Grund ~~seiner praktischen Erfahrung~~ am besten in der Lage, den Verkehrswert des Grundstücks zu beurteilen. Die Revision vermag nichts anzuführen, was hiergegen spräche. Ihre Meinung, das Berufungsgericht habe (von Amts wegen) einen Sachverständigen über den Grundstückswert hören müssen, trifft nicht zu; es steht grundsätzlich im Ermessen des Tatrichters, wie er sich seine Überzeugung bildet und ob er es für notwendig hält, einen Sachverständigen zuzuziehen. Daß das Berufungsgericht ein Beweisangebot übergangen

hätte, vermag die Revision in diesem Zusammenhang nicht zu belegen. Das gilt auch von ihrem Vorbringen, das Berufungsgericht hätte die Richtigkeit der von der Beklagten persönlich in der Verhandlung vom 28. April 1959 gemachten Angaben über die Bewertung von Grund und Boden bei dem Kaufangebot des Nachbarn Hi [REDACTED] "aufklären" müssen; ein Beweiserbieten für diese Darstellung führt die Revision nicht an.

III.

Das Berufungsgericht verneint Schadensersatzansprüche der Beklagten.

Es kann dahinstehen, ob etwaige Schadensersatzansprüche, da die Anwendung der VOB auf den Bauvertrag vereinbart war, nicht ausschließlich nach deren besonderen Bestimmungen (Teil B § 13 Nr. 7) hätten beurteilt werden müssen, auf die sich die Beklagte nicht berufen hat und die das Berufungsgericht nicht erörtert, oder ob die Ansprüche, wie die Beklagte meint, auf § 635 BGB und die Regeln über die positive Vertragsverletzung gestützt werden könnten. Es kann auch dahinstehen, ob Schadensersatzansprüche, sei es nach der VOB oder dem BGB, neben der von der Beklagten geltend gemachten Wandelungseinrede noch erhoben werden könnten. Denn die Beklagte hat nach der im Berufungsurteil enthaltenen Feststellung nicht bewiesen, daß ihr durch die Mängel des Kellergeschosses ein Schaden entstanden wäre, der es rechtfertigen könnte, die Klage in weiterem Umfange abzuweisen.

1) Das gilt zunächst von dem Schaden, der dem Kellergeschoß wegen der Mängel des Fundaments unmittelbar anhaften

soll. Da das Berufungsgericht, wie ausgeführt, ohne Rechtsverstoß zu dem Ergebnis gelangt ist, daß das Kellergeschoß trotz seiner Mängel einen Wert von mindestens 1.343.351 Franken hatte, dieser Wert dem Vermögen der Beklagten zugeflossen ist und sie bei der Veräußerung für das Kellergeschoß mindestens diesen Wert erzielt hat, ist ein weitergehender Schaden, der allein durch die Minderwertigkeit des Kellergeschosses entstanden wäre, nicht ersichtlich.

2) Wegen der weiteren Schäden verweist die Revision auf das Vorbringen der Beklagten auf Seite 4, 5 ihres Schriftsatzes vom 29. November 1957. Danach werden die Schäden daraus hergeleitet, daß das Haus wegen der Mängel des Fundaments nicht fertiggestellt worden sei; infolgedessen seien der Beklagten Mieteinnahmen entgangen und weitere Nachteile dadurch entstanden, daß sie ihr eigenes Geschäft auf dem Baugrundstück nicht habe betreiben können.

Diese Schäden sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht durch die mangelhaften Arbeiten der Firma T [REDACTED] und S [REDACTED] verursacht worden, weil die Fertigstellung des Neubaus nicht wegen des mangelhaften Fundaments unterblieben ist.

Das Berufungsgericht führt dazu im einzelnen an:

Schon bevor die Beklagte erstmalig von Mängeln des Fundaments erfahren habe, seien die Bauarbeiten eingestellt worden, weil die Beklagte ihrer Pflicht, Abschlagszahlungen zu leisten, nicht nachgekommen sei. Die Beklagte habe eingeräumt, daß sie vorübergehend in Zahlungsschwierigkeiten gewesen sei; diese Schwierigkeiten und nicht die baulichen Mängel seien die Ursache für die Einstellung der Bauarbei-

ten gewesen. Daß dann das Bauvorhaben längere Zeit geruht habe, möge vielleicht auf die Mängel des Baues zurückzuführen sein. Dieser Grund habe aber, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt habe, allenfalls eine kurze Unterbrechung der Bautätigkeit bedingt, nicht aber ein jahrelanges Ruhen der Bauarbeiten. Denn die Beklagte sei im Rahmen der ihr obliegenden Pflicht zur Schadensminderung gehalten gewesen, sofort für die Nachbesserung des mangelhaften Fundaments, sei es durch die Firma T. und S., sei es durch einen anderen Bauunternehmer, zu sorgen. Die Nachbesserung des Fundaments sei nach dem eingeholten Sachverständigengutachten möglich und zumutbar gewesen. Wenn die Beklagte sie aber für unzumutbar gehalten haben sollte, so hätte sie auch das Kellergeschoß abreißen und neu errichten lassen können, was auch nur eine Verzögerung von wenigen Wochen bedeutet hätte.

Die Revision wendet sich dagegen, daß die Nachbesserung möglich und zumutbar gewesen sei und daß die Beklagte eine Verpflichtung zur Minderung des Schadens verletzt haben soll, und rügt Verletzung der Vorschrift des § 254 BGB.

Dieser Angriff trifft nicht den Kern der Ausführungen des Berufungsgerichts. Zwar könnten diese den Anschein erwecken, das Berufungsgericht nehme an, daß die Mängel des Fundaments wenigstens mitursächlich für das Unterbleiben der Fertigstellung des Hauses gewesen seien, daß aber die Firma T. und S. gleichwohl nicht hafte, weil die Beklagte das Unterbleiben überwiegend verursacht und verschuldet habe. So sind aber die Ausführungen des Berufungsurteils in Wirklichkeit nicht gemeint. Das wird deutlich daran, daß es einleitend klar sagt, es fehle am Nachweis der Kausalität zwischen der Mangelhaftigkeit des Kellergeschosses und den von der Beklagten behaupteten Schäden,

und an einer anderen Stelle bemerkt, die Mängel hätten ein jahrelanges "Abstoppen" der Bauarbeiten nicht bedingt. Der Hinweis auf die Pflicht der Beklagten, für die Nachbesserung zu sorgen, bedeutet nach dem Zusammenhang der Ausführungen des angefochtenen Urteils nur eine Stütze für die Annahme, die Mängel seien nicht ursächlich dafür, daß der Bau nicht weitergeführt worden sei. Das Gewicht liegt dabei nicht darauf, daß die Beklagte für eine Nachbesserung hätte sorgen müssen, sondern daß sie es hätte tun können. Daraus aber, daß sie es nicht getan hat und auch nicht, wenn ihr eine Nachbesserung nicht tunlich erschien, das Fundament hat beseitigen und neu errichten lassen, schließt das Berufungsgericht, daß nicht die Mängel des Fundaments, sondern andere Gründe für die Nichtvollendung des Baues ursächlich gewesen sein müssen. Daß die Ausführungen des Berufungsgerichts so zu verstehen sind, ergibt sich auch aus seiner Verweisung auf das landgerichtliche Urteil. Dort wird noch klarer als im Berufungsurteil aus dem Verhalten der Beklagten der Schluß gezogen, daß nicht die Mängel des Fundaments die Ursache dafür waren, daß der Bau nicht weitergeführt wurde.

Für etwaige Schäden, die der Beklagten dadurch entstanden sind, daß das Haus nicht fertiggestellt worden ist, haftet demnach die Firma T [REDACTED] und S [REDACTED] nicht, weil diese Schäden nach der Feststellung des Berufungsgerichts nicht durch deren mangelhafte Arbeit verursacht worden sind.

IV.

Das Berufungsurteil und das Vorbringen der Revision ergeben nichts dafür, daß die Beklagte sich im zweiten Rechtszug noch auf den Rechtsbehelf der Minderung (VOB)

Teil B § 13 Nr. 6, § 634 BGB) berufen hätte; neben den Rechtsbehelfen der Wandelung nach § 634 BGB und des Schadensersatzanspruches aus § 635 BGB, die sie im zweiten Rechtszuge geltend gemacht hat, wäre ein Minderungsbegehren auch nicht möglich gewesen. Es besteht deshalb kein Anlaß, darauf einzugehen, ob der Abzug, den das Landgericht wegen der Mängel des Fundaments vom Vergütungsanspruch der Baufirma gemacht hat, unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Minderung richtig ermittelt worden ist (§§ 634 Abs. 4, 472 BGB).

Glanzmann Rietschel Heilmann-Trosien Meyer Finke