

26

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja zu I und IV

ZPO §§ 309, 551 Nr. 1

Ein Urteil muß nicht von denselben Richtern verkündet werden, die an der ihm zugrunde liegenden mündlichen Verhandlung mitgewirkt und es beschlossen haben.

BGB §§ 635, 640 Abs. 2

Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk ab, obgleich er den Mangel kennt, so kann er Schadensersatz wegen des Mangels nur noch in Geld verlangen.

BGH, Urt. v. 8. November 1973 - VII ZR 86/73 - OLG Braunschweig
LG Braunschweig

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 86/73

URTEIL

Verkündet am
8. November 1973
Horn,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.
- 6.
- 7.

Kläger, Berufungsbeklagte
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Artur W. [REDACTED], KG, B. [REDACTED]-G. [REDACTED],
H. [REDACTED], vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesell-
schafter Dipl.-Kaufmann Dr. Artur W. [REDACTED], B. [REDACTED]-G. [REDACTED]-
[REDACTED], H. [REDACTED]

Beklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Schmidt, Dr. Girisch, Meise und Doerry

für Recht erkannt:

Die Revision der Kläger gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Braunschweig vom 16. März 1973 wird zurückgewiesen.

Die Kläger haben die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger sind - wie aus dem Rubrum des Urteils ersichtlich - Eigentümer von Wohnungen, die die Beklagte errichtet und an die Kläger verkauft hat. Zunächst waren notarielle Vorverträge abgeschlossen worden. Im Juli 1970 zogen die Kläger in die fertigen Wohnungen ein. Dabei fand eine Begehung statt, in deren Verlauf Mängel festgestellt wurden. Im Januar 1971 schlossen die Parteien über die einzelnen Wohnungen notarielle Kaufverträge. Darin heißt es (§ 2), daß der Verkauf "nach der augenscheinlichen Lage und Beschaffenheit unter Ausschluß jeglicher Gewährleistung seitens der Verkäuferin für eine



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



bestimmte Größe, Güte oder Brauchbarkeit" erfolge. § 8 des Vertrags lautet: "Die der Verkäuferin den am Bau beteiligten Handwerkern gegenüber zustehenden Gewährleistungsansprüche tritt die Verkäuferin an die Käufer ab."

In den Wohnungen der Kläger befinden sich 1,76 qm große Toilettenräume. An diesen sind Türen angebracht, die sich statt - wie es in der Bauausführungszeichnung vorgesehen war - nach außen, nach innen öffnen lassen. Dabei schlagen die Türblätter gegen die Toilettenbecken, so daß die Türen lediglich bis zu 45° aufgehen. Der Fehler betrifft die Beklagte, die die Tischlerarbeiten an den Bauten selbst übernommen hatte.

Die Kläger wollen den Mangel an den Türen bei der Begehung anlässlich ihres Einzugs im Juli 1970 gerügt haben. Im Verlauf einer Kaufanwärterversammlung, die zwei Wochen vor der Beurkundung der endgültigen Verträge stattfand, haben sie von der Beklagten Abänderung der Türen verlangt, was die Beklagte ablehnte. Bei der Beurkundung des Kaufvertrages machten die Kläger keinen entsprechenden Vorbehalt.

Im vorliegenden Rechtsstreit haben sie beantragt, die Beklagte zu verurteilen, die in den Wohnungen der Kläger befindlichen Türen zum WC so anzubringen, daß sie nach außen, zum Flur hin, geöffnet werden können. Das Landgericht hat der - zunächst allein vom Kläger Ulrich K. als Verwalter der Eigentumswohnungen erhobenen - Klage gegen die Beklagte stattgegeben, sie aber abgewiesen, soweit sie im ersten Rechtszug auch

gegen den persönlich haftenden Gesellschafter der Beklagten W■■■■■ gerichtet war. Dagegen hat nur die Beklagte Berufung eingelegt. Im zweiten Rechtszug haben sich die übrigen Kläger der Klage angeschlossen. Das Oberlandesgericht hat die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, erstreben die Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht bei der Verkündung des angefochtenen Urteils teilweise anders besetzt war als bei der letzten mündlichen Verhandlung.

2. Die Rüge ist nicht begründet.

§ 309 ZPO bestimmt, daß ein Urteil nur von denjenigen Richtern "gefällt" werden kann, welche der dem Urteil zugrunde liegenden mündlichen Verhandlung beigewohnt haben. Diese Vorschrift ist aus dem Grundsatz der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Verhandlung zu verstehen (BGHZ 11, 27, 30). Nur die Richter, die an der für das Urteil allein maßgeblichen mündlichen Verhandlung teilgenommen haben, dürfen die Sachentscheidung treffen. Dagegen brauchen sie an dem formalen Akt der Verkündung nicht mitzuwirken. Denn durch die Verkündung wird das Urteil nicht etwa ein Urteil der verkündenden Richter. Es bleibt vielmehr die Entscheidung der Richter, die es beschlossen haben und die es nach § 315 ZPO unterzeichnen müssen.

Dem steht nicht entgegen, daß ein Urteil vor seiner Verkündung das Gericht noch nicht bindet, sondern von ihm im Wege nochmaliger Beratung geändert werden kann. Auch das kann nämlich nur durch die Richter geschehen, die der mündlichen Verhandlung beigewohnt haben.

Diesen Standpunkt hat der Senat schon im Urteil vom 21. Dezember 1967 (VII ZR 39/65 u. 171/66 = Schäfer/Finnern Z. 2.301 Bl. 29, 32) im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts eingenommen (RG JW 1903, 383 Nr. 6; vgl. a. BGHZ 10, 130, 132).

Das ist auch - soweit ersichtlich - die einhellige Ansicht im Schrifttum (vgl. Schumann-Leipold in Stein/Jonas (19.) Anm. III; Wieczorek Rz. A II; Baumbach/Lauterbach (31.) Anm. 1 je zu § 309 ZPO; Rosenberg/Schwab (10.) § 59 I 2 c jeweils mit weiteren Nachweisen).

II.

1. Das Berufungsgericht legt die zwischen den Parteien geschlossenen endgültigen Verträge ergänzend dahin aus, daß die Beklagte, soweit sie selbst die Tischlerarbeiten ausgeführt hat, trotz des in § 2 der Kaufverträge vereinbarten Haftungsausschlusses, Gewähr für Sachmängel nach Kauf- oder Werkvertragsrecht zu leisten habe.

2. Diese Auffassung beschwert die Kläger nicht. Sie ist auch aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

III.

1. Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt richten sich die Sachmängelansprüche der Kläger nach Werkvertragsrecht (BGHZ 60, 362; Urteil vom 12. Dezember 1968 - VII ZR 18/66 = LM § 459 BGB Nr. 20). Das Berufungsgericht nimmt aber an, einem Nachbesserungsanspruch gemäß § 633 Abs. 2 BGB stehe entgegen, daß die Kläger die Wohnungen trotz Kenntnis des Mangels vorbehaltlos abgenommen hätten (§ 640 Abs. 2 BGB). Dabei sei allein die Abnahme durch die Kläger und nicht etwa die durch den Architekten der Beklagten maßgeblich. Zweifelhaft könne allenfalls sein, auf welchen Zeitpunkt insoweit abzustellen sei, auf den der Begehung der Wohnungen beim Einzug (Juli 1970) oder auf den des Abschlusses der endgültigen Kaufverträge (Januar 1971). Die Kläger hätten jedoch nicht nachweisen können, daß sie die ihnen bekannte unrichtige Anbringung der Toilettentüren beim Einzug beanstandet hätten. Bei der Käuerversammlung etwa zwei Wochen vor Abschluß der endgültigen Kaufverträge hätten sie allerdings die Nachbesserung der Türen verlangt. Im Verlauf der Versammlung seien sie aber, wie die Beweisaufnahme ergeben habe, von ihrer Forderung abgerückt. Das Ergebnis der Versammlung sei zumindest offen geblieben. Angesichts dessen hätte es eines erkennbaren Vorbehalts bei Abschluß der Kaufverträge bedurft, wenn sich die Kläger ihre Rechte wegen der Mängel an den Türen hätten erhalten wollen.

2. Was die Revision dagegen vorbringt, greift nicht durch.

a) Die Rüge, die der Architekt der Beklagten wegen der Mängel an den Türen bereits vor dem Einzug der Kläger ausgesprochen hatte, genügt nicht. Wie das Berufungsge-

richt mit Recht annimmt, ist der Architekt insofern allein für die Beklagte, seine Auftraggeberin, tätig geworden und nicht für die Kläger.

b) Als Abnahme i.S. des § 640 BGB kommt, wie die Revision nicht verkennt, die Begehung der Wohnungen anlässlich des Einzugs der Kläger in Betracht. Das Berufungsgericht erachtet aber nach dem Ergebnis der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme nicht für erwiesen, daß die Kläger bei dieser Gelegenheit die falsch angebrachten Türen beanstandet haben, obgleich ihnen der Mangel damals bekannt war. Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Das Berufungsgericht durfte sich auf den Inhalt des Tonbandprotokolls verlassen, das der von ihm als Zeuge vernommene Architekt Z[REDACTED] über die Begehung aufgenommen hat. Daß sich sämtliche Kläger in diesem Punkt gleich verhalten haben, verstößt nicht gegen die Lebenserfahrung. Schließlich ist nicht erkennbar, daß das Berufungsgericht von dem ihm nach § 448 ZPO eingeräumten Ermessen keinen pflichtgemäßen Gebrauch gemacht hätte (vgl. BGH Urteil vom 6. März 1957 - IV ZR 303/56 - = LM § 448 ZPO Nr. 2).

c) Auch soweit das Berufungsgericht an den Abschluß der endgültigen Kaufverträge als Zeitpunkt für die Abnahme anknüpft und annimmt, die Kläger hätten sich damals ihre Rechte wegen der Mängel an den Türen nicht vorbehalten, ist das Berufungsurteil aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. § 8 des Vertrags ist zu allgemein gehalten, als daß darin der Vorbehalt von Ansprüchen für bestimmte Mängel gesehen werden könnte. Das Berufungsgericht durfte auch, was den Verlauf der dem notariellen Vertragsschluß vorangegangenen Käuferversammlung angeht, der Darstellung des Zeugen Z[REDACTED] folgen. Danach ist zumindest offen-

geblieben, ob die Kläger auf der Nachbesserung der Türen durch die Beklagte beharren wollten. Wenn unter diesen Umständen das Berufungsgericht einen erkennbaren Vorbehalt der Kläger bei Abschluß der endgültigen Kaufverträge vermißt, so ist das rechtlich nicht zu mißbilligen. Auch in diesem Zusammenhang bestand für das Berufungsgericht kein zwingender Anlaß zu einer Vernehmung der Kläger nach § 448 ZPO.

IV.

1. Durch die vorbehaltlose Abnahme werden nach § 640 Abs. 2 BGB nur die in den §§ 633, 634 BGB bestimmten Ansprüche ausgeschlossen. Der Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB bleibt dagegen erhalten (BGH Urteil vom 31. Januar 1966 - VII ZR 43/64 - = LM § 377 HGB Nr. 10; Urteil vom 25. Oktober 1968 - V ZR 80/65 - = WM 1969, 96, jeweils mit weiteren Nachweisen), es sei denn, auf ihn ist verzichtet worden.

Einen solchen Verzicht verneint das Berufungsgericht. Es läßt aber die auf die Beseitigung der vorhandenen Mängel gerichtete Klage daran scheitern, daß hier nach § 635 BGB keine Naturalherstellung, sondern nur Ersatz in Geld geschuldet werde.

2. Das bemängelt die Revision ohne Erfolg.

a) Der Senat hat sich schon mehrfach zu dem Grundsatz bekannt, daß der Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB - abweichend von § 249 Satz 1 BGB - in aller Regel auf Entschädigung in Geld gerichtet ist (BGHZ 59, 365, 367;

61, 28, 30; vgl. auch BGH Urteil vom 5. Oktober 1951 - I ZR 1/51 - = LM § 325 BGB Nr. 3 zu dem ähnlichen Fall der §§ 325, 326 BGB). Das ist auch die überwiegende Meinung im Schrifttum (vgl. Palandt/Thomas (31.) Anm. 3 b zu § 635 BGB; Esser Schuldrecht (4.) II § 80 II 3 b; Ingenstau/Korbion (6.) Rdn. 103 zu § 13 VOB (B); Schmalz NJW 1965, 129, 130).

Inwieweit Ausnahmen von diesem Grundsatz zuzulassen sind, braucht hier nicht näher untersucht zu werden. Der Senat hat sich auch dazu bereits in einem besonders gelagerten Fall geäußert (NJW 1962, 390 Nr. 3; vgl. auch BGHZ 42, 16, 18; Urteil vom 12. Juli 1971 - VII ZR 239/69 - = VersR 1971, 1040 = WM 1971, 1372). Hier kommt auf jeden Fall nur noch Schadensersatz in Geld in Betracht.

b) Das folgt schon aus der Regelung des § 640 Abs. 2 BGB. Danach kann der Besteller, der ein mangelhaftes Werk abnimmt, obschon er den Mangel kennt, die in den §§ 633, 634 BGB bestimmten Ansprüche nur noch geltend machen, wenn er sie sich bei der Abnahme vorbehalten hat. Versäumt er das, so ist es ihm also verwehrt, Nachbesserung zu verlangen. Dieses Recht hat er durch den unterlassenen Vorbehalt verloren.

Daran kann sich nichts ändern, wenn der Besteller berechtigt ist, unter den verschärften Voraussetzungen des § 635 BGB Schadensersatz wegen des Mangels zu fordern. Sonst würde die Regelung des § 640 Abs. 2 BGB praktisch unterlaufen. Die Vorschrift will klare Verhältnisse schaffen. Der Unternehmer erhält die Gewißheit, daß es bei dem mangelhaften Werk, so wie es der Besteller trotz

Kenntnis des Mangels abgenommen hat, bleibt. Der Besteller darf weder wandeln noch mindern. Der Unternehmer braucht auch nicht mehr Hand an das von ihm hergestellte Werk zu legen, das der Besteller behalten will und muß. Nur wenn den Unternehmer ein Verschulden trifft und dem Besteller ein Schaden entstanden ist, muß er Schadensersatz leisten. Dieser muß aber sinnvollerweise auf Entschädigung in Geld gehen, damit die mit der Regelung des § 640 Abs. 2 BGB erstrebte Wirkung nicht vereitelt wird.

Dadurch wird der Besteller in seinen schutzwerten Belangen nicht unangemessen beeinträchtigt. Wenn er nach der vorbehaltlosen Annahme des mangelhaften Werks keine Nachbesserung mehr verlangen kann, auch nicht als Schadensersatz gemäß § 635 BGB, so bedeutet das nicht, daß er sich etwa mit dem Fortbestehen des Mangels abfinden müßte. Der Besteller kann nämlich von dem Unternehmer als Schadensersatz den für die Beseitigung des Mangels notwendigen Geldbetrag fordern, und zwar bereits vor Behebung des Mangels (BGHZ 59, 365, 366; 61, 28, 30 jeweils mit weiteren Nachweisen). Damit ist sein Interesse, für einen vom Unternehmer zu vertretenden Mangel voll entschädigt zu werden, hinreichend gewahrt. Andererseits kann ein Unternehmer, der für einen Mangel eintreten muß, weil er ihn verschuldet hat, nicht damit rechnen, mit einem geringeren Betrag davonzukommen, als die Beseitigung des Mangels erfordert, von der in § 251 Abs. 2 BGB bestimmten Ausnahme abgesehen (vgl. dazu BGHZ 59, 365, 367).

Nach alledem besteht in einem Falle wie dem hier vorliegenden kein Anlaß, von dem Grundsatz abzugehen, daß der Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB in aller Regel auf Entschädigung in Geld gerichtet ist.

c) Dazu nötigt auch nicht der von der Revision ins Spiel gebrachte Gesichtspunkt, daß die Beklagte mit den Klägern zunächst notarielle Vorverträge über die zu errichtenden Eigentumswohnungen geschlossen, diese sodann erstellt und erst nach dem Einzug der Kläger die endgültigen notariellen Kaufverträge hat beurkunden lassen. Das macht keinen Unterschied für die Frage, in welcher Form Schadensersatz nach vorbehaltloser Abnahme des mangelhaften Werks trotz Kenntnis des Mangels zu leisten ist. In solchen Fällen richten sich, wie bereits erwähnt, nach gefestigter Rechtsprechung des Senats die Sachmängelansprüche der Erwerber in der Regel nach den werkvertraglichen Vorschriften (BGHZ 60, 362; Urteil vom 12. Dezember 1968 - VII ZR 18/66 - = LM § 459 BGB Nr. 20). Denn der Veräußerer hat sich zur Erstellung des Gebäudes verpflichtet. Er schuldet das Werk selbst als körperliche Sache.

Damit sind die Voraussetzungen, unter denen es der Senat in der Entscheidung NJW 1962, 390 Nr. 3 für möglich gehalten hat, auch nach § 635 BGB Schadensersatz in Natur zu fordern, gerade nicht gegeben. In jenem Fall war ein Architekt verklagt, dessen fehlerhaftes Architektenwerk mit der Dränage, deren Neuverlegung von ihm verlangt wurde, nicht identisch war. Im vorliegenden Falle dagegen richtet sich die Klage gegen den Unternehmer, der das mangelhafte Werk ausgeführt hat. Ein Erfolg der Klage würde hier auf die durch § 640 Abs. 2 BGB gerade ausgeschlossene Nachbesserung hinauslaufen. Angesichts der Verschiedenheit der Fälle braucht nicht entschieden zu werden, ob an der Auffassung in NJW 1962, 390 Nr. 3 überhaupt festzuhalten ist (vgl. a.BGHZ 61, 28, 30).

- 12 -

V.

Die Revision der Kläger ist daher mit der Kostenfolge
des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Vogt

Schmidt

Girisch

Meise

Doerry