

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

BGB § 635; VOB/B § 13 E Nr. 7

Ein gemäß § 635 BGB oder § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B begründeter Schadensersatzanspruch, der auf den zur Mängelbeseitigung erforderlichen Geldbetrag gerichtet ist, steht dem Besteller/Auftraggeber unabhängig davon zu, ob er die Mängel beseitigen lassen will. Er erlischt auch nicht, wenn der Besteller/Auftraggeber das Grundstück, auf dem sich das mangelhafte Bauwerk befindet, veräußert, bevor er den zur Mängelbeseitigung erforderlichen Geldbetrag erhalten hat (im Anschluß an BGHZ 61, 28, 30; 61, 369, 372; 77, 134, 136/137; Abgrenzung zu BGHZ 81, 385).

BGH, Urt. v. 6. November 1986 - VII ZR 97/85 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 97/85

URTEIL

Verkündet am:
6. November 1986
H e n c o,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Dipl.-Kfm. Horst R [REDACTED], K [REDACTED] Weg [REDACTED], K [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers,
Berufungsbeklagten und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma F [REDACTED]-G [REDACTED] GmbH, P [REDACTED]straße [REDACTED], K [REDACTED],
vertreten durch ihren Geschäftsführer Jürgen G [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Widerbeklagte,
Berufungsklägerin und Revisions-
beklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 1986 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Doerry, Obenhaus und Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 18. Januar 1985 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung von 24.997,59 DM nebst Zinsen verurteilt und die auf Zahlung von 64.819,37 DM nebst Zinsen gerichtete Widerklage abgewiesen worden ist.

Unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung der Klägerin und der weitergehenden, auf Zahlung gerichteten Widerklage des Beklagten wird das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 13. April 1984 teilweise abgeändert.

Die Klägerin wird verurteilt, 64.819,37 DM nebst 4 % Zinsen hieraus seit 2. August 1982 zu zahlen, und zwar hiervon 15.000 DM an die Rechtsanwälte Fi[REDACTED] und W[REDACTED], H[REDACTED], K[REDACTED], 20.000 DM an die Rechtsanwälte Gr[REDACTED], H[REDACTED], T[REDACTED] und S[REDACTED], W[REDACTED]straße [REDACTED], K[REDACTED] sowie den Restbetrag an die Firma T[REDACTED] Wi[REDACTED] GmbH & Co. KG, A[REDACTED] K[REDACTED], K[REDACTED].

Von den Kosten des ersten Rechtszuges haben die Klägerin 7/10, der Beklagte 3/10, von den Kosten des zweiten Rechtszuges die Klägerin 4/5, der Beklagte 1/5 zu tragen. Die Klägerin hat auch die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen



Tatbestand

Die Klägerin führte im Jahre 1979 für den Beklagten aufgrund eines Vertrags, dem "Besondere Angebots- und Vertragsbedingungen" sowie die VOB/B zugrunde liegen, in einem Büro- und Werkstattgebäude in K. Fliesenlegerarbeiten aus. Mit der Klage hat sie Restwerklohn in Höhe von 76.691,11 DM nebst Zinsen verlangt. Der Beklagte hat mit Schadensersatzforderungen wegen verschiedener Mängel aufgerechnet, insbesondere wegen mangelhafter Verlegung des Fliesenbodens in der Werkstatthalle und mangelhafter Arbeiten an einer Treppe zu Sozialräumen sowie wegen verspäteter Fertigstellung. Seine die Klageforderung übersteigenden Ansprüche in Höhe von 135.802,42 DM nebst Zinsen hat er im Wege der Widerklage geltend gemacht. Ferner hat er beantragt festzustellen, daß die Klägerin verpflichtet sei, ihm sämtliche dadurch entstehenden Schäden zu ersetzen, daß er Dritten wegen der von der Klägerin mangelhaft ausgeführten Fliesenlegerarbeiten Schadensersatz leisten muß.

Das Landgericht hat - ausgehend von einer Restwerklohnforderung der Klägerin in Höhe von 79.863,52 DM und aufrechenbaren Gegenansprüchen des Beklagten in Höhe von insgesamt 188.503,38 DM - die Klage abgewiesen und die Klägerin verurteilt, an den Beklagten 108.639,86 DM nebst Zinsen zu zahlen. Außerdem hat es dem Feststellungsantrag stattgegeben. Nachdem die Klägerin dagegen Berufung eingelegt hatte, wurde das mit dem Büro- und Werkstattgebäude bebaute Grundstück des Beklagten zwangsversteigert. Das Oberlandesgericht hat daraufhin den Beklagten - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels - zur

Zahlung von 24.997,59 DM nebst Zinsen verurteilt und die auf Zahlung gerichtete Widerklage abgewiesen (sein Urteil ist veröffentlicht bei Schäfer/Finnern/Hochstein Nr. 4 zu § 13 Nr. 7 VOB/B (1973)). Mit der - angenommenen - Revision, die die Klägerin zurückzuweisen bittet, verfolgt der Beklagte nur noch den zur Aufrechnung gestellten und mit der Widerklage geltend gemachten Schadensersatzanspruch in Höhe von 89.816,96 DM nebst Zinsen weiter. Er erstrebt deshalb die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils insoweit, als die Klägerin zur Zahlung von 64.819,37 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht nimmt wie das Landgericht - von der Revision nicht angegriffen - zwar an, der Klägerin stehe unter Berücksichtigung von Abschlagszahlungen noch restlicher Werklohn von insgesamt 79.863,52 DM zu. Das Landgericht hatte jedoch bei Berechnung der Gegenansprüche des Beklagten - ausgehend von einem Sachverständigengutachten - wegen des in der Werkstatthalle mangelhaft verlegten Fliesenbodens einen Schadensersatzanspruch (in Höhe der Neuherstellungskosten) von 129.960,40 DM und wegen der Fehler an der Treppe zu den Sozialräumen einen Schadensersatzanspruch (ebenfalls in Höhe der Neuherstellungskosten) von 2.906,93 DM, insgesamt also von 132.867,33 DM bejaht. Demgegenüber spricht das Berufungsgericht dem Beklagten wegen der Mängel an den Fliesen nur 41.873,46 DM und wegen der Treppenmängel nur 1.176,91 DM, insgesamt also nur 43.050,37 DM (und damit 89.816,96 DM weniger) zu. Es ist der Auffassung, nach der Zwangsversteigerung des Grundstücks könne der Schadensersatzanspruch gemäß § 13 Nr. 7 VOB/B nicht in Höhe der Mängelbeseitigungskosten berechnet werden,

weil Schadensbeseitigung durch Neuherstellung des Hallenbodens bzw. der Treppen nicht mehr möglich sei. Da - mangels schlüssigen Vortrags des Beklagten - auch eine Schadensermittlung nach dem von dem Beklagten in der Zwangsversteigerung angeblich erzielten Mindererlös ausscheide, lasse sich der Schaden des Beklagten nur in der Weise berechnen, daß der Werklohnanspruch der Klägerin für die fehlerhaften Werkleistungen entsprechend gekürzt werde.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Der Beklagte kann, auch nachdem er das Eigentum an dem Büro- und Werkstattgebäude aufgrund der Zwangsversteigerung seines Grundstücks verloren hat, gemäß § 13 Nr. 7 VOB/B Schadensersatz in Höhe der Neuherstellungskosten verlangen.

1. Ist das von einem Unternehmer/Auftragnehmer aufgrund eines Werkvertrags errichtete Bauwerk mangelhaft, steht dem Besteller/Auftraggeber nach den Vorschriften der § 635 BGB oder § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B, die Regelungen von im allgemeinen gleicher Tragweite enthalten (vgl. Senatsurteile BGHZ 58, 332, 340; 96, 124, 129), ein Anspruch auf Schadensersatz zu. Dieser Anspruch ist als werkvertraglich begründeter Schadensersatzanspruch grundsätzlich auf Geld gerichtet (Senatsurteile BGHZ 61, 369, 371 m.w.N.; NJW 1978, 1853; so auch Ingenstau/Korbion, VOB, 10. Aufl., B § 13 Rdn. 227; Locher, Das private Baurecht, 3. Aufl., Rdn. 168; Jauernig/Schlechtriem, BGB, 3. Aufl., § 635 Anm. 3; Palandt/Thomas, BGB, 45. Aufl., § 635 Anm. 3 b; Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab, VOB, 4. Aufl., B § 13 Rdn. 81 s). Die Vorschrift des § 249 BGB, die dem Geschädigten einen Anspruch auf Naturalrestitution einräumt und lediglich als besondere Form dieses Herstellungsanspruchs gemäß § 249 Satz 1 BGB einen Zahlungsanspruch nach § 249 Satz 2 BGB

vorsieht (BGHZ 81, 385, 388 m.w.N.), findet auf den Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB oder § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B daher keine Anwendung. Das erklärt sich auch daraus, daß der Inhalt dieses Anspruchs - wie der Senat bei Beurteilung des Anspruchs auf Nutzungsentschädigung zum Ausdruck gebracht hat (vgl. BGHZ 96, 124, 126/127) - weitergehend ausgestaltet sein kann als ein auf Verzug oder unerlaubter Handlung beruhender Schadensersatzanspruch. Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn der Schadensersatzanspruch sowohl auf § 635 BGB als auch auf § 823 Abs. 1 BGB gestützt wird (Senatsurteil NJW 1977, 1819).

2. Als ein auf Geld, und zwar gerade auf den zur Mängelbeseitigung notwendigen Betrag (BGHZ 61, 28, 30; 61, 369, 372; 77, 134, 136/137; BGH NJW 1982, 1524, 1525) gerichteter Anspruch kann der dem Besteller/Auftraggeber zustehende Schadensersatzanspruch gemäß § 635 BGB oder § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B nicht mit der Begründung verneint werden, nach Veräußerung des Grundstücks im Wege der Zwangsversteigerung sei eine Schadensbeseitigung durch Neuherstellung nicht mehr möglich.

a) Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat zwar entschieden, daß die Wiederherstellung eines beschädigten Grundstücks unmöglich wird, wenn der Eigentümer das Grundstück veräußert, bevor er den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag erhalten hat. Er hat deshalb angenommen, daß der von der Möglichkeit einer Wiederherstellung der beschädigten Sache abhängige Zahlungsanspruch aus § 249 Satz 2 BGB dann erlischt (BGHZ 81, 385). Es kann offenbleiben, ob dem uneingeschränkt zu folgen ist. Entgegen der Ansicht des Be-

rufungsgerichts kann nämlich diese Entscheidung für die Beurteilung des vorliegenden Falles, in dem es allein um einen Schadensersatzanspruch nach § 13 Nr. 7 VOB/B, nicht um einen auf Zahlung eines Geldbetrags gerichteten Anspruch gemäß § 249 Satz 2 BGB geht, nicht herangezogen werden. Nach Auffassung des V. Zivilsenats dient die Naturalrestitution, um die es sich auch bei einem auf § 249 Satz 2 BGB gestützten Anspruch handelt, in erster Linie dem Interesse des Geschädigten an der "Integrität" seiner Rechtsgüter. Der durch § 249 Satz 1 und 2 BGB bezweckte Rechtsgüterschutz könne deshalb nicht mehr erreicht werden, wenn der Eigentümer seine "Rechtszuständigkeit beendet", indem er die beschädigte Sache veräußert (aaO Seite 391). Diese Entscheidung, die auf dem Gedanken des Rechtsgüterschutzes durch Naturalrestitution beruht, hat somit allein für den Zahlungsanspruch des § 249 Satz 2 BGB Bedeutung. Die in ihr enthaltenen Grundsätze können auf einen Schadensersatzanspruch aus Werkvertrag nicht übertragen werden (vgl. Usinger NJW 1986, 229, 231). In den Entscheidungsgründen wird denn auch wiederholt betont, daß dort allein die Fallgruppe der Veräußerung (deliktisch) beschädigter Hausgrundstücke zu beurteilen und eine Unbilligkeit der gefundenen Lösung (Anspruch des Geschädigten lediglich auf Geldentschädigung nach § 251 BGB) für einen der Beteiligten nicht zu erkennen sei (aaO Seite 390, 392).

b) Aus diesem Grund hat auch der VI. Zivilsenat an seiner Rechtsprechung (BGHZ 66, 239) festgehalten, wonach der Geschädigte den Anspruch auf Zahlung der Instandsetzungskosten für ein durch Unfall beschädigtes Kraftfahrzeug nicht schon dadurch verliert, daß er das Fahrzeug in beschädigtem Zustand veräußert. In einem nach der ange-

fürten Entscheidung des V. Zivilsenats ergangenen Urteil weist er darauf hin, daß jedenfalls im Bereich der Kraftfahrzeugschäden der "Dispositionsfreiheit" des Geschädigten in Bezug auf die Verwendung der ihm zustehenden Reparaturkosten besondere Bedeutung zukommt. Nach Auffassung des VI. Zivilsenats erscheint es daher nicht gerechtfertigt, bei der Abwicklung von Kraftfahrzeugunfällen darauf abzustellen, ob der Geschädigte das Unfallfahrzeug vor der Regulierung des Schadens veräußert oder nicht. Der Geschädigte hat vielmehr grundsätzlich die Möglichkeit, das Fahrzeug unrepariert zu veräußern und sodann die Kosten einer jetzt für ihn nur noch fiktiven Instandsetzung ersetzt zu verlangen (BGH NJW 1985, 2469 m.w.N.; vgl. auch BGHZ 97, 14).

c) Die "Dispositionsfreiheit" des Geschädigten ist auch für den im vorliegenden Falle allein zu beurteilenden Schadensersatzanspruch des Bestellers/Auftraggebers eines Werkvertrags nach § 635 BGB oder § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B von Bedeutung (vgl. BGHZ 61, 28, 31). Für die Bemessung des Schadensersatzes ist materiell-rechtlich der Zeitpunkt der Erfüllung, verfahrensrechtlich der der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung maßgeblich (BGHZ 79, 249, 258 m.N.; vgl. a. Grunsky in MünchKomm, BGB, 2. Aufl., Vorb. 126-128 vor § 249; Palandt/Heinrichs, aaO, Vorbem. 9 vor § 249 m.w.N.). Dieser Grundsatz dient in erster Linie dem Schutz des Gläubigers gerade gegen eine verzögerte Ersatzleistung des Schuldners. Zusätzliche Schäden und eine Verteuerung der Wiederherstellungskosten gehen deshalb in der Regel zu dessen Lasten (vgl. BGHZ 66, 239, 245). Die Schutzfunktion dieses Grundsatzes würde ins Gegenteil verkehrt, wenn zugunsten des Schuldners der - womöglich ebenfalls von ihm

selbst hinausgezögerte - Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung wegen eines in der Zwischenzeit eingetretenen Eigentumswechsels an der Sache sich auf den werkvertraglich begründeten Schadensersatzumfang auswirken könnte.

Mit der Interessenlage der Parteien eines Werkvertrags wäre eine solche Betrachtungsweise nicht zu vereinbaren. Denn die dem Besteller/Auftraggeber vom Gesetzgeber eingeräumte Freiheit, über die (mangelbehaftete) Sache zu verfügen, wäre beeinträchtigt, wenn der Anspruch auf Schadensersatz in Höhe der Mängelbeseitigungskosten nach Veräußerung der Sache unterginge. Die Veräußerung würde dann zu einer Verkürzung des einmal begründeten Schadensersatzanspruchs des Bestellers/Auftraggebers gegenüber dem Unternehmer/Auftragnehmer führen. Dies gilt um so mehr, als der auf Schadensersatz in Anspruch genommene Schuldner die Erfüllung seiner Verpflichtung hinauszögern kann, wenn er etwa weiß, daß der Gläubiger die mangelhafte Sache weiterveräußern will, was durchaus nicht selten vorkommt.

Der Senat hält es deshalb mit dem im Werkvertragsrecht verfolgten Ziel umfassender Schadloshaltung des Bestellers/Auftraggebers für unvereinbar, daß ein Gläubiger einen Schadensersatzanspruch dann verlieren soll, wenn er sich in Nutzung der ihm vom Gesetzgeber eingeräumten "Dispositionsfreiheit" der Möglichkeit, die schadhafte Sache instandzusetzen, durch deren anderweitige Verwertung begibt. Vielmehr darf der Geschädigte, der über die schadhafte Sache verfügt hat, billigerweise nicht anders gestellt werden als derjenige, der nach Erhalt des für die Wiederherstellung bzw. Mängelbeseitigung erforderlichen Betrages die schadhafte Sache doch weiter gebraucht (vgl.

BGHZ 35, 396, 398; 66, 239, 244). Mit Recht wird daher auch im Schrifttum die Ansicht vertreten, daß Schadensersatzansprüche nach § 635 BGB oder § 13 Nr. 7 VOB/B mit der Über-eignung des Grundstücks nicht untergehen (Derleder in AK-BGB, § 635 Rdn. 4; Knütel JR 1982, 281, 283; Usinger aaO; Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab aaO Rdn. 81 q: aA Kaiser, Das Mängelhaftungsrecht der VOB, 5. Aufl., Rdn. 124; Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 5. Aufl., Rdn. 1165; Hochstein in Anm. zum Berufungsurteil Schäfer/Finnern/Hochstein Nr. 4 zu § 13 Nr. 7 VOB/B (1973); OLG Frankfurt/M. VersR 1977, 160).

d) Das ist allein sach- und interessengerecht. Unbilligkeiten für den Schuldner sind bei Bejahung eines Schadensersatzanspruchs auch nach Übereignung oder Zwangs-versteigerung des Grundstücks nicht ersichtlich. Der Be-steller/Auftraggeber ist für die Höhe der geforderten fiktiven Mängelbeseitigungskosten, insbesondere für deren Erforderlichkeit beweispflichtig. Eine etwaige günstige Verwertungsmöglichkeit des Bauwerks bzw. Grundstücks durch den Besteller/Auftraggeber muß dem Schädiger nicht zugute kommen; denn sie hat mit der Schädigung selbst nichts zu tun. Schließlich unterliegt die aus der "Dispositionsfrei-heit" des Gläubigers des werkvertraglichen Schadensersatzan-spruchs folgende Möglichkeit der Schadensberechnung nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten gewissen Einschränkungen. Sie ergeben sich zum einen aus der entsprechenden Anwendung des § 251 Abs. 2 BGB (vgl. dazu BGHZ 59, 365, 367; a. BGHZ 96, 111, 122/123). Zum anderen ist wie in Haftpflichtfällen bei Kraftfahrzeug-Sachschäden (vgl. zuletzt BGH NJW 1985, 2469) die bei einer Abrechnung auf fiktiver Kostenbasis hinsichtlich der Höhe stets zu fordernde Zurückhaltung auch hier geboten.

3. Nach alledem findet die vom Berufungsgericht vorgenommene Beschränkung des Schadensersatzanspruchs des Beklagten auf die Höhe des für die mangelhaften Arbeiten geschuldeten anteiligen Werklohns im Gesetz keine Stütze. Sie könnte allenfalls als Berechnung einer Minderung in Betracht kommen. Darum geht es bei dem vorliegenden, auf den zur Mängelbeseitigung notwendigen Betrag gerichteten Schadensersatzanspruch jedoch gerade nicht.

Das Berufungsurteil kann deshalb insoweit nicht bestehenbleiben; in diesem, von der Revision allein angegriffenen Umfang ist es aufzuheben. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen steht dem Beklagten wegen des in der Werkstatthalle mangelhaft verlegten Fußbodens ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 129.960,40 DM, wegen der Fehler an der Treppe ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 2.906,93 DM, insgesamt also in Höhe von 132.867,33 DM und nicht - wie vom Berufungsgericht angenommen - nur in Höhe von insgesamt 43.050,37 DM zu. Da die Klägerin - wie das Berufungsgericht weiter festgestellt hat und die Revision nicht beanstandet - aufgrund des vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenanspruchs noch Zahlung von 24.997,59 DM verlangen kann, ist sie - unter Aufrechter-

haltung der Klageabweisung - auf die Widerklage zur Zahlung
des sich nach richtiger Schadensberechnung ergebenden
Unterschiedsbetrags von 89.816,96 DM - 24.997,59 DM =
64.819,37 DM zu verurteilen (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91, 92, 97
ZPO.

Girisch

Recken

Doerry

Obenhaus

Quack