BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 8/06

Verkündet am:
28. Juni 2007
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 242 Ba, 635 a.F.; VOB/B § 13 Nr. 7 E

Steht im Rahmen einer werkvertraglichen Leistungskette fest, dass der Nachunternehmer von seinem Auftraggeber wegen Mängeln am Werk nicht mehr in Anspruch genommen wird, so kann er nach dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung gehindert sein, seinerseits Ansprüche wegen dieser Mängel gegen seinen Auftragnehmer geltend zu machen (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 24. März 1977 - VII ZR 319/75, BauR 1977, 277).

BGH, Urteil vom 28. Juni 2007 - VII ZR 8/06 - OLG Düsseldorf
LG Krefeld

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Mai 2007 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Dr. Wiebel, Prof. Dr. Kniffka, Bauner und die Richterin Safari Chabestari

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. Dezember 2005 aufgehoben, soweit die Beklagte verurteilt worden ist, an den Kläger 67.323,60 € und Zinsen zu zahlen.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Landgericht Krefeld zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger verlangt als Insolvenzverwalter der B. GmbH (im Folgenden: Klägerin) Restwerklohn.

2 Die Klägerin erbrachte bei zwanzig Bauvorhaben als Nachunternehmerin für die Beklagte Bauleistungen. In den Verträgen war jeweils die Geltung der VOB/B vereinbart worden. Die Beklagte ihrerseits war bei dem in der Revision nur interessierenden Bauvorhaben 14 von der Firma T. beauftragt worden. Diese wiederum war als Generalunternehmerin für die Bauherrin tätig.

3 Das Bauvorhaben 14 betraf im Sommer 2001 ausgeführte und inzwischen abgenommene Pflasterarbeiten auf dem Parkplatz eines Einkaufszentrums. Die Beklagte trägt insoweit vor, die Klägerin habe mangelhaft gearbeitet, eine ordnungsgemäße Mängelbeseitigung sei nur durch eine komplette Neupflasterung möglich, die Kosten in Höhe von 115.680 € verursache; in dieser Höhe stehe ihr ein Schadensersatzanspruch zu. Sie hat die Aufrechnung gegen die Werklohnforderung erklärt. Mit der Firma T. hat sie sich nach ihrem Vortrag wegen dieses Mangels auf eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf zehn Jahre, auf die Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft für die zweite Hälfte dieser Frist in Höhe von 20.000 € und hinsichtlich des finanziellen Ausgleichs auf folgende Lösung geeinigt:

Reduzierung des Werklohns um	25.000,00 €
Teilnachbesserung für	8.856,40 €
Zusätzliche Arbeiten im Wert von	14.500,00 €
Zusammen	48.356,40 €

4 Die Klägerin beziffert ihren noch offenen Werklohnanspruch auf insgesamt 130.952,39 €. Das Landgericht hat durch Teil- und Vorbehaltsurteil der auf Zahlung dieses Betrages gerichteten Klage teilweise stattgegeben, sie teilweise abgewiesen, teilweise unter den Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung der Beklagten gestellt und im Übrigen einen Beweisbeschluss erlassen. Auf die Berufung beider Parteien hat das Berufungsgericht, soweit hier von Interesse, die Beklagte zur Zahlung von 71.167,23 € verurteilt und die Klage in Höhe von 4.319,45 € abgewiesen. Hinsichtlich des Werklohnanspruchs der Klägerin aus dem Bauvorhaben 14 hat es die Sache an das Landgericht zur Überprüfung des Gegenanspruchs der Beklagten zurückverwiesen. Dabei hat es diesen

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Gegenanspruch nicht in Höhe von 115.680 €, sondern nur in Höhe von 48.356,40 € seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision will die Beklagte eine weitere Klageabweisung in Höhe von 67.323,60 € (115.680 € - 48.356,40 €) erreichen.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

6 Das für die Beurteilung maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetzen (Artikel 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

7 Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagte habe nur in Höhe von insgesamt 48.356,40 € einen Schadensersatzanspruch nach § 13 Nr. 7 Abs. 2 VOB/B bzw. einen Anspruch auf Erstattung von Ersatzvornahmekosten nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B schlüssig dargelegt. Diese vom Landgericht noch zu überprüfenden Ansprüche seien gegebenenfalls mit der Werklohnforderung zu saldieren. Dagegen könnten die behaupteten Mängelbeseitigungskosten von 115.680 € nicht anerkannt werden. Es könne insoweit offen bleiben, ob nach § 13 Nr. 7 VOB/B überhaupt Mängelbeseitigungskosten als Schaden ersetzt verlangt werden könnten, oder nur solche Schäden, die nach durchgeführter oder fiktiver Nachbesserung noch verblieben. Denn beim Schadensersatz sei nur auf solche Kosten abzustellen, die der Auftraggeber als vernünftig und wirt-

schaftlich denkender Bauherr habe aufwenden können. Die Beklagte habe sich durch ihre Vereinbarung mit der Firma T. um eine "alternative Mängelbeseitigung" bemüht und ihrer Schadensminderungspflicht genüge getan. Damit habe sie die durch die mangelhaften Leistungen der Klägerin erlittenen Nachteile ausgeglichen. Ein darüber hinaus gehender Schadenersatz komme nur dann in Betracht, wenn weitere messbare Nachteile erkennbar seien. Das sei nicht der Fall. Die Firma T. habe der Beklagten gegenüber teilweise auf Nachbesserung verzichtet. Ob die Beklagte überhaupt aus der verlängerten Gewährleistung in Anspruch genommen werde, stehe nicht fest.

II.

8 Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

9 Im Revisionsverfahren ist davon auszugehen, dass die Klägerin mangelhaft gearbeitet hat, dass der Beklagten deshalb ein Schadensersatzanspruch nach § 13 Nr. 7 VOB/B zusteht und dass die Kosten der Mängelbeseitigung 115.680 € betragen. Die Beklagte kann auch im Rahmen des § 13 Nr. 7 VOB/B ihren Schadensersatzanspruch nach diesen Kosten berechnen. Ob der Anspruch in Höhe der gesamten Mängelbeseitigungskosten besteht oder ob sich die Beklagte die Vorteile, die sie durch ihre im Revisionsverfahren zu unterstellende Vereinbarung mit der Firma T. erzielt hat, anrechnen lassen muss, richtet sich nach dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung.

10 1. Die Beklagte kann ihren Schadensersatzanspruch nach den Kosten berechnen, die für eine ordnungsgemäße Mängelbeseitigung erforderlich sind. Dieser Grundsatz gilt nicht nur im Rahmen des § 635 BGB (BGH, Urteil vom 10. März 2005 - VII ZR 321/03, BauR 2005, 1014 = NZBau 2005, 390 = ZfBR

2005, 461; ständige Rechtsprechung), sondern auch für einen Schadensersatzanspruch nach § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B (BGH, Urteile vom 7. November 1985 - VII ZR 270/83, BGHZ 96, 221; vom 25. Februar 1982 - VII ZR 161/80, BauR 1982, 277 = ZfBR 1982, 122 und vom 12. Mai 1980 - VII ZR 228/79, BGHZ 77, 134). Der Anspruch ist nicht beschränkt auf den Schaden, der nach einer Mängelbeseitigung noch verbleibt.

11 2. Dieser Schadensersatzanspruch der Beklagten ist in Höhe der gesamten Mängelbeseitigungskosten entstanden.

12 a) Die Klägerin hat ihre Werkleistung im Vertragsverhältnis zur Beklagten erbracht, das grundsätzlich unabhängig vom Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und der Firma T. zu beurteilen ist. Der von der Klägerin in ihrem Vertragsverhältnis zur Beklagten schuldhaft verursachte Mangel selbst ist bereits der bei der Beklagten eingetretene Schaden. Abweichend von § 249 Satz 1 BGB wird dieser Schaden durch den zur Mängelbeseitigung erforderlichen Betrag abgegolten (BGH, Urteil vom 10. April 2003 - VII ZR 251/02, BauR 2003, 1211 = NZBau 2003, 375 = ZfBR 2003, 462). Dieser Schaden ist nicht deshalb geringer, weil die Beklagte sich später mit der Firma T. auf eine niedrigere Ausgleichsleistung geeinigt hat.

13 b) Dass bei der Schadensberechnung auf diesen Schaden in Höhe der Mängelbeseitigungskosten abzustellen ist, steht in Einklang mit der Dispositionsbefugnis des geschädigten Bestellers. Ihm steht der volle Schadensbetrag unabhängig davon zu, ob und in welchem Umfang er den Mangel tatsächlich beseitigen lässt. Er ist weder zu einer Nachbesserung noch zu einer Abrechnung verpflichtet und kann den Schadensbetrag anderweitig verwenden (vgl. BGH, Urteil vom 10. April 2003 - VII ZR 251/02 aaO; st.Rspr.). Sein Anspruch wird auch nicht dadurch berührt, dass er das mangelhafte Werk veräußert

(BGH, Urteile vom 22. Juli 2004 - VII ZR 275/03, BauR 2004, 1617 = ZfBR 2005, 50 und vom 6. November 1986 - VII ZR 97/85, BGHZ 99, 81).

14 3. Jedoch hat sich wirtschaftlich gesehen die finanzielle Einbuße der Beklagten jedenfalls derzeit nicht in Höhe der gesamten Mängelbeseitigungskosten verwirklicht, sondern nur in dem geringeren Betrag, auf den sie sich mit der Firma T. als Schadensausgleich geeinigt hat. Das ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ohne Einfluss auf die Höhe des zunächst bei der Beklagten entstandenen Schadens. Ob eine spätere Verminderung der Vermögenseinbuße zu berücksichtigen ist, ist nach dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung zu beurteilen. Dabei sind auch die für die Beklagte nachteiligen Teile der Vereinbarung mit der Firma T., die Verlängerung der Gewährleistungsfrist und die Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft, in die Beurteilung einzubeziehen.

15 a) Die im Bereich des Schadensersatzrechts entwickelten Grundsätze der Vorteilsausgleichung beruhen auf dem Gedanken, dass dem Geschädigten in gewissem Umfang diejenigen Vorteile zuzurechnen sind, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen. Es soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen herbeigeführt werden. Der Geschädigte darf nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde; dem steht das aus der strikten Anwendung der Differenzhypothese folgende schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot entgegen (vgl. BGH, Urteile vom 24. März 1959 - VI ZR 90/58, BGHZ 30, 29; vom 4. Juni 1992 - IX ZR 149/91, BGHZ 118, 312 und vom 6. Juli 2000 - IX ZR 198/99, NJW 2001, 673 = ZIP 2000, 1584; MünchKommBGB/Oetker, 4. Aufl., § 249 Rdn. 18; Staudinger/Schiemann (2005), § 249 Rdn. 2). Andererseits sind nicht alle durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, sondern nur solche, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs über-

einstimmt, d.h. dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet. Vor- und Nachteile müssen bei wertender Betrachtungsweise gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden sein. Letztlich folgt der Rechtsgedanke der Vorteilsausgleichung aus dem in § 242 BGB festgelegten Grundsatz von Treu und Glauben (BGH, Urteile vom 7. November 1996 - VII ZR 23/95, BauR 1997, 335 = ZfBR 1997, 145 und vom 17. Mai 1984 - VII ZR 169/82, BGHZ 91, 206).

16 b) Allerdings hat das Reichsgericht in einem Fall, der mit dem Streitfall vergleichbar ist, eine Vorteilsausgleichung mit der Begründung abgelehnt, Schaden und Vorteil seien nicht durch dasselbe Ereignis verursacht worden (Urteil vom 30. Mai 1919, JW 1919, 932). Unter Bezugnahme hierauf hat der Senat in einem ähnlichen Fall eine Vorteilsausgleichung verneint (Urteil vom 24. März 1977 - VII ZR 319/75, BauR 1977, 277 = NJW 1977, 1819). Der IX. Senat des Bundesgerichtshofs hat sich dem in einem durch insolvenzrechtliche Besonderheiten geprägten Fall für das Verhältnis zwischen Erwerber, Bauträger und Architekt angeschlossen (Urteil vom 16. September 1993 - IX ZR 255/92, NJW 1994, 49). In der Literatur hat diese Rechtsprechung teilweise Zustimmung erfahren (BGB-RGRK (Glanzmann), 12. Aufl., § 635 Rdn. 11; MünchKommBGB/Busche, 4. Aufl., § 634 Rdn. 46; Soergel-Teichmann, 12. Aufl., § 635 Rdn. 41; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 11. Aufl., Rdn. 1057; Locher, NJW 1979, 2235). Andere befürworten bei dieser Fallkonstellation die Vorteilsausgleichung (Kniffka, IBR-online-Kommentar, Stand 12. Juni 2007, § 636 Rdn. 64; ders. ZfBR 2000, 232; Staudinger/Peters (2003), § 634 Rdn. 133 f.; Schubert, ZfBR 2005, 219 unter Verweis auf den Gedanken der Entsprechung in § 641 Abs. 2 BGB n.F.; Schulze, NJW 1987, 3097; vgl. auch Ingenstau/Korbion/Wirth, 16. Aufl., § 13 Nr. 7 VOB/B Rdn. 101 und Koeble, Rechtshandbuch Immobilien Band I, Kap. 48, Rdn. 95). Dem hat sich das Ober-

landesgericht Frankfurt am Main angeschlossen (Urteil vom 28. März 2001 - 17 U 88/99).

17 c) Der Senat hält an seiner dargestellten Rechtsprechung nicht uneingeschränkt fest. Bei einer Fallkonstellation, wie sie hier gegeben ist, kommt die Anwendung des Rechtsgedankens der Vorteilsausgleichung in Betracht.

18 Wirtschaftlich betrachtet ist die Beklagte lediglich Zwischenstation innerhalb der mehrgliedrigen werkvertraglichen Leistungskette von der Klägerin über die Beklagte und die Firma T. bis zur Bauherrin. Ein Nachunternehmer erbringt seine Leistung regelmäßig am Bauvorhaben des Bauherrn. Diesem kommt im wirtschaftlichen Ergebnis die Leistung zugute, er ist von dem Mangel des Werks des Nachunternehmers betroffen. Ein zwischengeschalteter Unternehmer dagegen wird mit der Mangelfrage nur wegen der besonderen durch die Leistungskette gekennzeichneten Vertragsgestaltung befasst, da zwischen dem Nachunternehmer und dem Bauherrn keine vertraglichen Beziehungen bestehen. Auch im Gewährleistungsfall ist er nur Zwischenstation. Die finanzielle Einbuße, die er durch den vom Nachunternehmer verursachten Mangel erleidet, richtet sich wirtschaftlich gesehen danach, in welchem Umfang er von seinem Auftraggeber in Anspruch genommen wird. Erlangt er durch den ihm gegen den Nachunternehmer zustehenden Schadensersatzanspruch einen Vorteil, weil trotz Mängeln am Werk sein Auftraggeber keine Ansprüche gegen ihn erhebt, erscheint es nach Treu und Glauben angemessen, den Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung heranzuziehen und zu überprüfen, ob er diesen Vorteil an den Nachunternehmer weitergeben muss. Wie diese Frage im Einzelfall zu entscheiden ist, muss anhand einer Wertung beurteilt werden, die sich an den auch im Übrigen maßgeblichen Zurechnungskriterien der Vorteilsausgleichung ausrichtet.

19 Bei dieser Abwägung ist insbesondere auch zu berücksichtigen, ob der geschädigte Zwischenunternehmer noch von seinem Auftraggeber in Anspruch genommen werden kann. Steht fest, dass keine Ansprüche gegen ihn mehr erhoben werden können, spricht dies für die Durchführung der Vorteilsausgleichung (vgl. das gleichzeitig verkündete Urteil des Senats in der Sache VII ZR 81/06). Kann diese Frage dagegen noch nicht abschließend beurteilt werden, muss diese Ungewissheit in die Wertung mit einfließen.

20 Diesen Grundsätzen steht die erwähnte Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 16. September 1993 - IX ZR 255/92, NJW 1994, 49) nicht entgegen. Der dort entschiedene Fall war maßgeblich durch eine besondere insolvenzrechtliche Konstellation und Interessenlage geprägt, in der weder von den dargestellten Voraussetzungen für die Heranziehung des Rechtsgedankens der Vorteilsausgleichung auszugehen war noch eine Wertung nahe lag, die einen Ausgleich zu Lasten des der Insolvenzmasse zustehenden Schadensersatzanspruchs hätte gerechtfertigt erscheinen lassen.

III.

21 Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben. Da der Rechtsstreit ohnehin zum Teil noch beim Landgericht anhängig ist, hat der Senat die Sache an dieses zurückverwiesen. Es wird zu prüfen haben, ob ein Schadensersatzanspruch der Beklagten in der geltend gemachten Höhe von 115.680 € entstanden ist und ob sie die von ihr behauptete Vereinbarung mit der Firma T. getroffen hat. Sollte es diese Vereinbarung als erwiesen ansehen, wird es weiter zu prüfen haben, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der von der Beklagten erzielte finanzielle Vorteil durch die Verlängerung

der Gewährleistungsfrist und die Verpflichtung zur Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft aufgewogen wird. Dadurch könnte ein auszugleichender Vorteil ausgeschlossen sein. Anders könnte es zu beurteilen sein, wenn die Klägerin ihrerseits in gleicher Weise für eine Absicherung der Beklagten Sorge getragen hätte.

22 Schließlich wird das Landgericht zu beachten haben, dass der Vergütungsanspruch der Klägerin und ein Schadensersatzanspruch der Beklagten nicht miteinander zu verrechnen sind. Es kommt nur eine Aufrechnung in Betracht (BGH, Urteil vom 23. Juni 2005 - VII ZR 197/03, BGHZ 163, 274; vgl. auch Kessen, BauR 2005, 1691).

Dressler Wiebel Kniffka

Bauner Safari Chabestari

Vorinstanzen:
LG Krefeld, Entscheidung vom 25.05.2004 - 7 O 63/02 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 05.12.2005 - I-22 U 74/04 -