

72. Kann der Bauunternehmer, welcher wegen vertragswidriger Beschaffenheit des gegen einen Gesamtpreis übernommenen Gebäudes auf Schadensersatz statt der Erfüllung belangt ist, verurteilt werden, die zur Beseitigung der wesentlichen Mängel erforderlichen, noch nicht aufgewendeten Kosten neben dem noch verbleibenden Minderwerte zu erstatten?

Inwiefern ist der Richter bei Abschätzung des Schadens beschränkt?
 B.G.B. Artt. 1142, 1146, 1149.
 C.P.D. §. 260.

II. Civilsenat. Ur. v. 29. April 1887 i. S. B. (Kl. u. Widerbekl.) w.
 B. (Bekl. u. Widerkl.) Rep. II. 1/87.

I. Landgericht Bln.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Kläger hat die Ausführung eines Hauses nach einem festgesetzten Plane und gegen einen Gesamtpreis übernommen und begehrt mit der Klage Zahlung der Bausumme. Beklagter erwidert, das Haus entspreche nicht dem Plane, und Kläger habe die Aufforderung zur vollständigen Erfüllung des Vertrages unbeachtet gelassen; die vertragsmäßige Herstellung sei ohne vollständigen Umbau überhaupt nicht mehr ausführbar. Er begehrt daher widerklagend die Erstattung der Kosten, welche erforderlich sind, um das Haus in einen bewohnbaren Zustand zu versetzen, und Ersatz des nach den baulichen Veränderungen noch verbleibenden Minderwertes. Das Berufungsurteil, welches der Widerklage stattgibt, ist aufgehoben.

Aus den Gründen:

„Die Ausführung der Revision, dem Kläger und Widerbeklagten stehe noch immer die Befugnis zu, die Reparaturen an dem Hause selbst vorzunehmen, und dieselbe habe ihm in dem Tenor des Urtheiles vorbehalten werden müssen, kann als zutreffend nicht anerkannt werden. Wie festgestellt wird, hat der Bauherr durch Gerichtsvollzieherakt den Unternehmer unter Androhung der Schadensersatzklage zur vertragsmäßigen Herstellung des Hauses aufgefordert. Durch die Nichtbeachtung dieser Aufforderung hat er gemäß Art. 1142 des Bürgerlichen Gesetzbuches das Recht erlangt, Schadensersatz statt der Erfüllung

zu begehren, während für den säumigen Unternehmer das Recht auf nachträgliche Erfüllung verwirkt war.

Dagegen entbehrt das angefochtene Urteil bezüglich der Höhe des zugesprochenen Schadens der genügenden Begründung. Die Festsetzung ist zwar gemäß §. 260 C.P.D. dem freien richterlichen Ermessen anheimgestellt, demungeachtet unterliegt dieselbe der Revision, wenn die Gründe erkennen lassen, daß der Richter bei der Schätzung den Rechtsbegriff eines vorhandenen Schadens nicht richtig erkannt habe. Die Widerklage ist nicht auf Vertragserfüllung durch ordnungsmäßige Herstellung des Hauses gerichtet, und Widerkläger verlangt nicht etwa auf Grund von §. 773 C.P.D. von dem Widerbeklagten einen Kostenvorschuß zu diesem Zwecke, sondern es handelt sich nur um Schadensersatz statt Erfüllung.

Der von dem Berufungsrichter zuerkannte Ersatzanspruch setzt sich nun aus folgenden Beträgen zusammen:

1. dem Kostenaufwande, welcher zur Beseitigung der dem Unternehmer anzurechnenden Fehler erforderlich ist;
2. dem alsdann noch verbleibenden Mindertwerte;
3. den durch die vorzunehmende Reparatur bedingten Auslagen und Schäden;
4. den Zinsen dieser sämtlichen Beträge seit Erhebung der Widerklage.

Mit Recht geht der Berufungsrichter davon aus, daß der zuzusprechende Ersatz das ganze Interesse des Bauherrn an der Vertragserfüllung in sich begreift (Artt. 1146. 1149 des Bürgerlichen Gesetzbuches). Es ist auch grundsätzlich nicht ausgeschlossen, diejenigen Kosten, welche zur Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes erfordert werden aber noch nicht verwendet sind, als einen schon jetzt vorhandenen und sofort zu ersetzenden Schaden anzusehen, und insoweit wird an der Begründung der Entscheidung dieses Senates vom 27. April 1880,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 1. S. 413,

festgehalten; unter allen Umständen aber darf der zugesprochene Ersatz den wirklichen Schaden nicht übersteigen und den Beschädigten nicht auf Kosten des Unternehmers bereichern. Daß der Richter sich dieser seinem Ermessen gezogenen Grenzen bewußt gewesen sei, und daß er

dieselben nicht überschritten habe, lassen die Entscheidungsgründe nicht erkennen.

Der Berufungsrichter bezeichnet den zur Beseitigung der vorhandenen Mängel erforderlichen Kostenaufwand als einen jetzt schon vorhandenen Schaden und verurteilt den Unternehmer, denselben nebst den Zinsen seit Erhebung der Widerklage sofort zu bezahlen, indem er sich lediglich auf die bezogene reichsgerichtliche Entscheidung beruft, welche allerdings in ihrer allgemeinen Fassung zu Mißverständnissen führen konnte. Nach dem Urteile soll Widerkläger den Betrag von 6667 *M* mit Zinsen zur völlig freien und beliebigen Verwendung erhalten; er könnte daher die Reparaturen ganz unterlassen oder dieselben nur teilweise ausführen; die Annahme aber, daß er dadurch mehr erhalten würde, als den von ihm nach dem Gesetze zu beanspruchenden Ersatz des Schadens, wird durch die Begründung des Urteiles nicht ausgeschlossen. Daß nämlich Widerkläger zur wirklichen Verwendung des ihm für die Reparaturen zugebilligten Betrages genötigt sei, entweder, weil dieselben zur Vermeidung größeren Schadens oder des völligen Einstürzes unbedingt erforderlich sind, oder weil Widerkläger den baupolizeilichen Bestimmungen gemäß zu den baulichen Veränderungen verpflichtet sei, scheint zwar von den Sachverständigen angenommen, das Berufungsurteil läßt aber eine dahingehende Feststellung vermiffen. Ebenso fehlt es an der, bei der früheren reichsgerichtlichen Entscheidung als thatsächlich vorhanden vorausgesetzten Feststellung, daß die als Entschädigung zugebilligte Summe den Wertunterschied zwischen dem vertragsmäßig ausgeführten und dem überlieferten mangelhaften Gebäude nicht übersteige. Es bedurfte aber jedenfalls der einen oder der anderen Feststellung, um die Annahme zu begründen, daß die Summe der einzelnen Posten der Schätzung innerhalb der Grenzen des zur Zeit vorhandenen Entschädigungsanspruches geblieben sei, und mit Zinsen zuerkannt werden dürfe.

Hiernach erschien es geboten, die Sache unter Vorbehalt der Entscheidung über die Kosten an das Berufungsgericht zurückzuverweisen."