



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 6/19

Verkündet am:
19. Dezember 2019
Zimmermann,
Justizfachangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 635 a.F.; VOB/B (1992) § 13 Nr. 7 Abs. 1

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach ein Schadensersatzanspruch des Bestellers wegen nicht beseitigter Mängel des Werks nicht in Höhe der fiktiven Kosten für die Beseitigung der Mängel bemessen werden kann (BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1), findet auf vor dem 1. Januar 2002 geschlossene Verträge keine Anwendung (Bestätigung von BGH, Urteil vom 27. September 2018 - VII ZR 45/17, BauR 2019, 246 = NZBau 2019, 235).

BGH, Urteil vom 19. Dezember 2019 - VII ZR 6/19 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Dezember 2019 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, die Richter Halfmeier und Prof. Dr. Jurgeleit sowie die Richterinnen Graßnack und Dr. Brenneisen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird unter Verwerfung der weitergehenden Revision das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 21. Dezember 2018 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte zur Zahlung von 536.856,47 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14. Juli 1999 verurteilt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin verlangt Restwerklohn.

2

Die Beklagte und ihr mitverklagter Ehemann, über dessen Vermögen im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, beauftragten die Klägerin mit Generalunternehmervertrag vom 14. Juli 1997 mit der Errichtung eines Büro- und Geschäftshauses zu einem Pauschal festpreis. Dem Vertrag lag unter anderem die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B zugrunde. Am 28. September 1998 erstellte die Klägerin ihre Schlussrechnung unter Berücksichtigung bestimmter Mehr- und Minderleistungen.

3 Die Beklagte hat die Fälligkeit der Werklohnforderung mangels abnahmereifer Herstellung des Gebäudes in Abrede gestellt, da zahlreiche Mängel vorlägen. Auch sei eine Schlussabnahme zu keinem Zeitpunkt erfolgt. Im Übrigen seien die abgerechneten Mehrleistungen unberechtigt und weitere Kürzungen wegen Minderleistungen vorzunehmen. Weiter sei ein Skonto abzuziehen. Mit einem Anspruch auf eine verwirkte Vertragsstrafe werde aufgerechnet.

4 Im Übrigen stünden ihr Schadensersatzansprüche wegen näher bezeichneter Mängel zu, deren Beseitigung einen Betrag von 1.050.000 DM netto erfordere, mit denen sie in dieser Höhe die Aufrechnung erkläre.

5 Zugunsten der Klägerin wurde zu Lasten des Baugrundstücks im Grundbuch eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek in Höhe von 552.542,57 DM (= 282.510,53 €) eingetragen.

6 Das Landgericht hat, nachdem die Parteien einen Zwischenvergleich geschlossen hatten, mit Teilurteil gegenüber der Beklagten diese zur Zahlung von 772.278,50 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinsatz seit dem 14. Juli 1999 sowie von weiteren 282.510,53 € Zug um Zug gegen Abgabe einer Löschungsbewilligung hinsichtlich der Vormerkung verurteilt. Die weitergehende Klage gegenüber der Beklagten und die Widerklage der Be-

klagen, mit der diese beantragt hatte, die Klägerin zu verurteilen, in die Löschung der zu ihren Gunsten eingetragenen Vormerkung einzuwilligen, hat es abgewiesen.

7 Hiergegen hat die Beklagte Berufung eingelegt. Während des zweitinstanzlichen Verfahrens wurde das Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung veräußert und die Vormerkung gelöscht, wobei die Klägerin im Verteilungstermin keine Zuteilung auf die Vormerkung erhalten hat. Die Beklagte hat zuletzt beantragt, die Klage abzuweisen sowie festzustellen, dass die Widerklage erledigt sei. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 1.033.528,52 € zu zahlen zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 751.017,99 € seit dem 14. Juli 1999 und auf weitere 282.510,53 € seit dem 11. April 2011.

8 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision möchte die Beklagte weiterhin Klageabweisung und die Feststellung gemäß ihrem Widerklageantrag in zweiter Instanz erreichen.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit sie zur Zahlung von 536.856,47 € nebst Zinsen verurteilt worden ist, und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Im Übrigen ist die Revision als unzulässig zu verwerfen.

10 Auf das Schuldverhältnis ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung anzuwenden, die für bis zum 31. Dezember 2001 geschlossene Verträge gilt, Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB.

I.

11 Das Berufungsgericht hat den Antrag der Klägerin in zweiter Instanz, mit der sie eine uneingeschränkte anstelle der erfolgten Zug um Zug-Verurteilung der Beklagten zur Zahlung gefordert hat, im Rahmen einer Anschlussberufung für zulässig und begründet erachtet. Der Restwerklohnanspruch sei fällig, was aus dem Zwischenvergleich der Parteien folge. Der Anspruch bestehe unter Berücksichtigung von Mehr- und Minderleistungen und geleisteten Zahlungen in Höhe von 1.033.528,52 €. Weitere Abzüge für Minderleistungen, Skonti, Vertragsstrafe sowie Schadensersatz bezogen auf eine erfolgte Umstellung der Küche und der Klimaanlage sowie für die Einschaltung des Zeugen L. und die Einholung eines Gutachtens der IHK kämen nicht in Betracht.

12 Darüber hinaus stünden der Beklagten auch keine aus von ihr behaupteten, nicht beseitigten Mängeln abzuleitende Schadensersatzansprüche zu.

13 Auf die von der Beklagten behaupteten Mängelbeseitigungskosten komme es nicht an. Angesichts der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 22. Februar 2018 (VII ZR 46/17) und vom 21. Juni 2018 (VII ZR 173/16) könne wegen der Bemessung der Ansprüche nicht auf die fiktiven Kosten für die Beseitigung der bei Abnahme vorhandenen Mängel abgestellt werden. Vielmehr könne der Schaden in einem Fall, in dem die Mängel nicht beseitigt würden, in der Weise bemessen werden, dass ausgehend von der für das Werk vereinbarten Vergütung der Minderwert des Werks wegen des nicht beseitigten Mangels

geschätzt werde. Der Schaden könne auch im Wege einer Vermögensbilanz nach dem Minderwert des Bauwerks in Vergleich zu dem hypothetischen Wert des Bauwerks bei mangelfreier Leistung bemessen werden oder gegebenenfalls - bei Veräußerung des Objekts - nach dem konkreten Mindererlös.

14 Diese für ab dem 1. Januar 2002 geschlossenen Werkverträge vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätze seien auch für vor diesem Zeitpunkt abgeschlossene Verträge heranzuziehen, denn es sei nicht ersichtlich, dass die Besonderheiten des Werkvertragsrechts, insbesondere die mögliche Überkompensation durch Bemessung des Schadensersatzanspruchs anhand der fiktiven Mängelbeseitigungskosten, nur für Verträge eine Rolle spiele, die nach Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches abgeschlossen wurden. Soweit der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 27. September 2018 (VII ZR 45/17 Rn. 73) die Anwendung seiner geänderten Rechtsprechungsgrundsätze auf Altverträge vor dem 1. Januar 2002 verneine, sei dem nicht zu folgen. Das Anliegen, eine Überkompensation des beim Besteller eingetretenen Schadens zu vermeiden, erscheine auch für Altverträge gleichermaßen dringlich. Die bei einer schadensrechtlichen Betrachtung insoweit maßgeblichen Bestimmungen der §§ 249, 251 BGB hätten sich weder im Rahmen der Schuldrechtsnovelle zum 1. Januar 2002 noch durch die im Juli 2002 nachfolgende Novellierung des Schadensersatzrechts geändert.

15 Nach diesen Maßstäben könne kein Schaden festgestellt werden. Aus dem im Zwangsversteigerungsverfahren erzielten Erlös von 2.460.000 €, der mit einem Betrag in Höhe von 1.104.000 € unter dem von dem dortigen Sachverständigen festgestellten Verkehrswert in Höhe von 3.514.000 € gelegen habe, könne kein Rückschluss darauf gezogen werden, dass und in welcher Höhe die im Rahmen dieses Rechtsstreits behaupteten oder festgestellten Mängel zu einem entsprechenden Mindererlös geführt hätten. Auch sei eine Schätzung der

Vergütungsanteile, die auf die mangelhafte Leistung entfielen, nicht möglich, da die Beklagte keine Tatsachen vorgetragen habe, die als Basis für eine Schätzung dienen könnten. Damit scheidet insgesamt ein mangelbedingter Abzug für Schadensersatzansprüche der Beklagten aus.

16 Die Widerklage sei unbegründet, da der Beklagten ein Anspruch auf Löschung der Vormerkung infolge der überwiegend begründeten Zahlungsforderung der Klägerin nicht zugestanden habe, so dass auch eine Erledigung als Folge der Zwangsversteigerung und der damit verbundenen Löschung der Vormerkung nicht festgestellt werden könne.

17 Mit Rücksicht auf die entgegenstehende Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27. September 2018 (VII ZR 45/17) sei die Zulassung der Revision geboten.

II.

18 Die Revision ist nur statthaft, soweit das Berufungsgericht aufrechenbare Gegenansprüche der Beklagten in Höhe von 1.050.000 DM (536.856,47 €) hinsichtlich der von der Beklagten behaupteten, nicht beseitigten Mängel gegen die Werklohnforderung der Klägerin verneint hat. Nur insoweit hat das Berufungsgericht die Revision zugelassen; § 543 Abs. 1 Nr. 1, § 542 Abs. 1 ZPO. Diese Beschränkung ist wirksam.

19 1. Die vom Berufungsgericht im Entscheidungssatz ohne Zusatz ausgesprochene Zulassung der Revision ist in den Gründen auf den von der Beklagten (hilfsweise) zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruch wegen (nicht beseitigter) behaupteter Mängel in Höhe von 1.050.000 DM (536.856,47 €) beschränkt.

- 20 Hat das Berufungsgericht die Revision wegen einer Rechtsfrage zugelassen, die nur für einen eindeutig abgrenzbaren Teil des Streitstoffs von Bedeutung ist, kann die gebotene Auslegung der Entscheidungsgründe ergeben, dass die Zulassung der Revision auf diesen Teil des Streitstoffs beschränkt ist (BGH, Urteil vom 21. Mai 2015 - VII ZR 190/14 Rn. 13, BauR 2015, 1515 = NZBau 2015, 477; Urteil vom 12. März 2015 - VII ZR 173/13 Rn. 20 m.w.N., BauR 2015, 1202 = NZBau 2015, 368). Das ist hier der Fall.
- 21 Das Berufungsgericht verneint im Zusammenhang mit der Erörterung eines von der Beklagten zur Aufrechnung mit dem Werklohnanspruch der Klägerin gestellten Schadensersatzanspruchs wegen nicht beseitigter Mängel die Möglichkeit, diesen nach den (fiktiven) Mängelbeseitigungskosten zu bemessen. Hierzu beruft es sich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Werkverträgen, die ab dem 1. Januar 2002 geschlossen worden sind (BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1). Der Auffassung des Bundesgerichtshofs, diese Rechtsprechung sei nicht auf vor dem 1. Januar 2002 geschlossene Verträge anzuwenden (BGH, Urteil vom 27. September 2018 - VII ZR 45/17 Rn. 73, BauR 2019, 246 = NZBau 2019, 235), folge es dagegen nicht. Wegen der letztgenannten - seinem Urteil entgegenstehenden - Entscheidung des Bundesgerichtshofs sei die Zulassung der Revision geboten. Damit sieht das Berufungsgericht den Zulassungsgrund nur in der Rechtsfrage, ob die von ihm angewandte Bemessung des Schadens auch bei Verträgen gilt, die vor dem 1. Januar 2002 geschlossen wurden.
- 22 Diese Frage ist nur für den zur Aufrechnung gestellten Gegenanspruch auf Schadensersatz wegen nicht beseitigter Mängel von Bedeutung, soweit die Beklagte sich hierfür auf notwendige (Netto-)Mängelbeseitigungskosten stützt. Dabei handelt es sich um einen eindeutig abgrenzbaren Teil des Streitstoffs. Die Frage spielt keine Rolle für den Werklohnanspruch selbst und dessen Fäl-

lichkeit und auch nicht dafür, ob die Klägerin in der Berufungsinstanz den Antrag stellen konnte, die vom Landgericht ausgesprochene Zug um Zug-Verurteilung entfallen zu lassen. Betroffen sind auch nicht die Ausführungen dazu, dass ein allgemeiner Vermögensschaden der Beklagten aufgrund eines Mindererlöses bei der Zwangsversteigerung nicht festgestellt werden kann. Unabhängig hiervon sind zudem die vom Berufungsgericht gesondert zu Lasten der Beklagten beschiedenen weiteren Schadensersatzansprüche. Schließlich hat die Frage keinen Einfluss auf die Widerklage, da die Aufrechnung mit dem Betrag von 536.856,47 € nicht dazu führen kann, dass der vom Berufungsgericht titulierte Werklohnanspruch von 1.033.528,52 € unter den Betrag der mit der Vormerkung gesicherten Forderung in Höhe von 282.510,53 € (552.542,57 DM) fällt. Es spricht nichts dafür, dass das Berufungsgericht den Streitstoff auch hinsichtlich der genannten weiteren Teile dem Revisionsgericht zur Überprüfung unterbreiten wollte.

23 2. Diese Beschränkung der Zulassung ist wirksam. Die Zulassung der Revision kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, der Gegenstand eines Teil- oder Zwischenurteils sein oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte (BGH, Urteil vom 21. Mai 2015 - VII ZR 190/14 Rn. 13, BauR 2015, 1515 = NZBau 2015, 477; Urteil vom 12. März 2015 - VII ZR 173/13, Rn. 23 m.w.N., BauR 2015, 1202 = NZBau 2015, 368). Das ist hier der Fall. Ein Revisionskläger könnte seine Revision in gleicher Weise beschränken.

24 In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass ein Urteil, das über die Klageforderung und die hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung sachliche Entscheidungen trifft, insoweit zwei prozessual selbständige Elemente des Streitstoffs enthält. Dementsprechend kann die Über-

wälzung des Streitstoffs in die Revisionsinstanz auf jedes der beiden Elemente beschränkt werden. Dies gilt nicht nur für den Fall, dass Klageforderung und Gegenforderung jeweils bejaht worden sind, also die Hilfsaufrechnung Erfolg hatte und zur Abweisung der Klage führte, sondern auch, wenn die Klageforderung bejaht und die Gegenforderung verneint worden ist (BGH, Urteil vom 30. November 1995 - III ZR 240/94, NJW 1996, 527, juris Rn. 9; vgl. auch BGH, Urteil vom 21. Juni 2018 - VII ZR 173/16 Rn. 6, BauR 2018, 1725 = NZBau 2018, 523; Urteil vom 13. Juni 2001 - VIII ZR 294/99, MDR 2001, 1184 sowie BGH, Urteil vom 21. Juni 1999 - II ZR 47/98, NJW 1999, 2817; jeweils zur Beschränkbarkeit einer Berufung auf eine Aufrechnungsforderung). Das Berufungsgericht hat hier verneint, dass die (hilfsweise) zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung in Höhe von 1.050.000 DM (536.856,47 €) besteht. Auf diesen Teil der Entscheidung kann die Revision beschränkt werden.

25 Soweit die Revision auch die Fälligkeit des Werklohnanspruchs sowie die Zulässigkeit des Wegfalls der Zug um Zug-Verurteilung angreift, ist sie daher unzulässig. Gleiches gilt für ihre Angriffe gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts, keinen Mindererlös in der Zwangsversteigerung wegen der Mängel feststellen zu können.

III.

26 Im Übrigen ist die Revision begründet. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Schadensersatzanspruch der Beklagten wegen der behaupteten, nicht beseitigten Mängel des Gebäudes nicht verneint werden.

27

Der Bundesgerichtshof ist in ständiger Rechtsprechung davon ausgegangen, dass unter Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung, die für bis zum 31. Dezember 2001 geschlossene Verträge anzuwenden ist (im Folgenden: BGB a.F.), der Besteller unter anderem die Möglichkeit hat, seinen Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB a.F. wegen Mängeln des Werks auch nach der Höhe fiktiver Mängelbeseitigungskosten zu bemessen. Danach ist der Besteller berechtigt, bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit (§ 251 Abs. 2 Satz 1 BGB) Zahlung in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten - ohne Umsatzsteuer (BGH, Beschluss vom 11. März 2015 - VII ZR 270/14 Rn. 5, BauR 2015, 1321 = NZBau 2015, 419) - zu verlangen, auch wenn diese den Minderwert im Vermögen des Bestellers übersteigen (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 28. Juni 2007 - VII ZR 8/06 Rn. 12 f., BauR 2007, 1567 = NZBau 2007, 580; Urteil vom 10. März 2005 - VII ZR 321/03, BauR 2005, 1014 = NZBau 2005, 390, juris Rn. 11; Urteil vom 10. April 2003 - VII ZR 251/02, BauR 2003, 1211 = NZBau 2003, 375, juris Rn. 13, und Urteil vom 6. November 1986 - VII ZR 97/85, BGHZ 99, 81, juris Rn. 6). Für Ansprüche aus § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B gilt Entsprechendes (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2007 - VII ZR 8/06 Rn. 10 m.w.N., BauR 2007, 1567 = NZBau 2007, 580).

28 Für nach dem 31. Dezember 2001 geschlossene Verträge hat der Bundesgerichtshof unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung dagegen entschieden, dass ein Besteller, der den Mangel seines Werks nicht beseitigen lässt, seinen Schaden nicht nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen kann (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1). Er hat außerdem bereits entschieden, dass diese neue Rechtsprechung nicht auf vor dem 1. Januar 2002 geschlossene Verträge angewandt werden kann (BGH, Urteil vom 27. September 2018 - VII ZR 45/17 Rn. 73, BauR 2019, 246 = NZBau 2019, 235). Hieran hält der Senat fest. Die Entscheidung des Berufungsgerichts gibt keinen Anlass, hiervon abzurücken.

29 Wie der Senat dargelegt hat, ist es nur auf der Basis der ab dem 1. Januar 2002 gültigen Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit seinem Konzept der werkvertraglichen Mängelrechte erreichbar, dass dem Besteller grundsätzlich die Möglichkeit belassen wird, den Mangel selbst zu beseitigen und zugleich eine vollständige, ausreichende Kompensation seines Vermögensschadens zu erlangen, ohne dass es zu einer Überkompensation kommt (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17, insbesondere Rn. 44-52, BGHZ 218, 1). Eine entsprechende Möglichkeit besteht auf der Grundlage des alten Schuldrechts nicht. Beispielsweise ist hiernach für die Möglichkeit, Wandlung, Minderung oder Schadensersatz gemäß §§ 634, 635 BGB a.F. zu verlangen, grundsätzlich die Setzung einer Frist zur Beseitigung des Mangels mit einer Ablehnungsandrohung notwendig. Nach Ablauf dieser Frist erlischt gemäß § 634 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 BGB a.F. der Anspruch auf Beseitigung des Mangels und damit auch das Selbstbeseitigungsrecht des Bestellers gemäß § 633 Abs. 3 BGB a.F. mit der Möglichkeit, Ersatz seiner Aufwendungen und - von der Rechtsprechung als Annex hierzu entwickelt - Vorschuss hierfür zu verlangen. Ein Verständnis einer vor der Schuldrechtsreform getroffenen Vereinbarung der VOB/B, nach der eine andere Schadensbemessung vorzunehmen wäre, kommt nicht in Betracht.

IV.

30 Das Berufungsurteil ist im tenorierten Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache insoweit an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden, § 563 Abs. 3 ZPO, da das Berufungsgericht keine Feststellungen zu den Voraussetzungen der zur Aufrechnung gestellten Scha-

densersatzansprüche und zu ihrer Höhe nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen und unter Berücksichtigung des von den Parteien geschlossenen Zwischenvergleichs getroffen hat.

Pamp

Halfmeier

Jurgeleit

Graßnack

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 25.11.2005 - 310 O 230/99 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 21.12.2018 - 11 U 289/05 -