

Aktenzeichen: 7 AZR 893/79

Bundesarbeitsgericht 7. Senat Urteil vom 7. September 1983
- 7 AZR 893/79 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 12. Dezember 1978
Bayreuth - 1 Ca 143/78 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 24. April 1979
Nürnberg - 2 Sa 166/78 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Rechtsfolge des Unterbleibens einer Baustellenbesichtigung

Gesetz: TVG § 1 Tarifverträge: Fliesenleger; Zusatztarifvertrag für
das Fliesen- und Plattenlegergewerbe in Bayern vom 29. Juli
1975 § 12

Leitsatz:

Das in § 12 Nr. 2 des Zusatztarifvertrages für das Fliesen-
und Plattenlegergewerbe in Bayern vom 29. Juli 1975 gere-
gelte Mängelfeststellungsverfahren ist ein Beweissiche-
rungsverfahren besonderer Art. Seine Nichtbeachtung führt
daher nicht ohne weiteres zum Haftungsausschluß der Arbeit-
nehmer.



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



7 AZR 893/79

2 Sa 166/78 Nürnberg

Verkündet am
7. September 1983

Zeuner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES !

U r t e i l

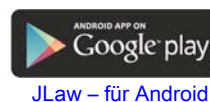
In Sachen

pp.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. September 1983 durch den Vorsitzenden Richter Bichler, die Richter Dr. Becker und Dr. Steckhan sowie die ehrenamtlichen Richter Wagner und Bea für Recht erkannt:



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



-2-

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 24. April 1979
- 2 Sa 166/78 - aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten der Revi-
sion, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Klägerin, die ein Fliesenlegergeschäft betreibt, begehrt
von dem Beklagten Schadenersatz wegen Schlechtleistung. Dieser
und der in einem Parallelrechtsstreit verklagte Herr M sind
Arbeitnehmer der Beklagten; sie verlegten zusammen als Akkord-
partiekollegen auf der Baustelle J in Bayreuth Fliesen für die
Beklagte. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet der am
29. Juli 1975 für allgemeinverbindlich erklärte Zusatztarifver-
trag vom 29. Juli 1975 für das Fliesen- und Plattenlegergewerbe
in Bayern (im folgenden: Zusatz-TV) Anwendung, dessen § 12
(Mängelanzeige und Mängelbeseitigung) lautet:

1. Die Arbeiten im Stücklohn unterliegen bis zu ihrer
Fertigstellung der laufenden Kontrolle durch den
Arbeitgeber.

Die fertiggestellten Arbeiten sind vom Arbeitgeber
oder seinem Vertreter abzunehmen. Sofern und soweit
die Arbeiten nicht sach- und fachgerecht ausgeführt
wurden, hat der Arbeitgeber Mängel unverzüglich zu
rügen. Die Mängelrüge ist mit der Aufforderung zu
verbinden, die Mängel zu beseitigen. Die Rüge ist



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

nach 10 Arbeitstagen ausgeschlossen, gerechnet vom Zeitpunkt, an dem der Mangel vom Arbeitgeber erkannt wurde oder hätte erkannt werden können.

2. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Arbeitgeber und dem Einzelarbeitnehmer oder der Akkordpartie über die Frage, ob Arbeiten sach- und fachgerecht ausgeführt wurden, haben die Beteiligten unter Hinzuziehung je eines Vertreters der Tarifvertragsparteien eine gemeinsame Baustellenbesichtigung zum Zwecke der Feststellung des Zustandes der Arbeit vorzunehmen.

Die Beteiligten sind hierzu von einem der Tarifpartner unter Einhaltung einer angemessenen Frist und unter Angabe der Beanstandungen schriftlich einzuladen. Die Baustellenbesichtigung ist spätestens 4 Wochen nach der Geltendmachung der Beanstandung durchzuführen.

Bei der Baustellenbesichtigung ist über den tatsächlichen Zustand der Arbeit ein schriftliches Protokoll anzufertigen. Nimmt einer der Beteiligten ohne zwingenden Grund an der Baustellenbesichtigung nicht teil, so ist er dennoch an die getroffenen Feststellungen des Protokolls gebunden.

3. Mängel sind durch einwandfreie Nacharbeit vom Einzelarbeitnehmer oder von der Akkordpartie ohne Vergütung und unter Übernahme der Selbstkosten für zusätzliches Material zu beheben. Mit der Mängelbeseitigung ist innerhalb einer angemessenen Frist nach Zugang der Aufforderung zur Mängelbeseitigung, in den Fällen der Nr. 2 nach Klärung der Meinungsverschiedenheiten, zu beginnen.
4. Werden die Mängel vom Einzelarbeitnehmer oder der Akkordpartie nicht beseitigt, so kann der Arbeitgeber die Mängelbeseitigung durch Dritte vornehmen lassen und die dafür aufgewendeten Kosten dem Einzelarbeitnehmer bzw. der Akkordpartie berechnen. Als Kosten werden dabei berechnet:

- a) Tatsächlicher Lohnaufwand zuzüglich eines angemessenen Zuschlags für lohngebundene Kosten,
- b) tatsächlicher Stoffaufwand zu Einstandspreisen (frei Baustelle).

In einem solchen Falle kann der für die betreffende Baustelle festgestellte Stücklohnüberschuß in Höhe der voraussichtlichen Kosten bis zur Regelung gesperrt werden.

5. Das Rügerecht bei versteckten Mängeln entfällt, wenn seit der Fertigstellung der Arbeit oder einer



-4-

in sich abgeschlossenen Teilleistung mehr als ein Jahr verstrichen ist. Dies gilt nicht, wenn der Mangel auf eine vorsätzliche Handlung des Einzelarbeitnehmers oder der Akkordpartie zurückzuführen ist.

Mit Ausschluß des Rügerechts erlischt der Anspruch auf Mängelbeseitigung und Schadenersatz.

Die Klägerin hat behauptet, durch nicht fachgerechte Arbeitsweise des Beklagten und seines Akkordpartiekollegen sei ihr ein Schaden von insgesamt 12.719,70 DM entstanden, der ihr hälftig vom Beklagten zu ersetzen sei. Die mangelhaften Arbeitsleistungen hätten der Beklagte und sein Arbeitskollege in der Zeit vom 3. Januar bis 11. Februar 1977 ausgeführt. Am 11. Februar 1977 seien die Arbeiten noch nicht abgeschlossen gewesen, sondern erst in der Woche vom 20. Juli 1977. Anfang 1978 habe der Bauherr Schäden an dem vom Beklagten und seinem Arbeitskollegen verlegten Fliesenbelag gerügt, woraufhin am 10. Februar 1978 ein Ortstermin zur Erstellung eines Gutachtens durch einen Architekten durchgeführt worden sei. Am 22. März 1978 habe ein weiterer Ortstermin stattgefunden. Nachdem sie mit Schreiben vom 5. Mai 1978 dem Beklagten und seinem Kollegen die vom Gutachter festgestellten Mängel mitgeteilt und beide zur Nachbesserung aufgefordert habe, sei dies von beiden abgelehnt worden. Da es sich bei den Schäden um versteckte Mängel im Sinne des § 12 Nr. 5 Zusatz-TV gehandelt habe und überdies der Schaden vorsätzlich herbeigeführt worden sei, habe die Rügefrist erst am 20. Juli 1977 zu laufen begonnen. Unschädlich sei, daß das in § 12 Nr. 2 Zusatz-TV vorgesehene Verfahren der Mängelfeststellung nicht durchgeführt worden sei, da an die Unterlassung dieses Verfahrens keine Rechtsfolgen geknüpft seien. Auch habe der Be-



klagte jegliche Haftung abgelehnt; dies habe die Durchführung des Mängelfeststellungsverfahrens ebenfalls überflüssig gemacht.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie 6.359,86 DM nebst 4 % Zinsen seit 20. Juni 1978 zuzüglich 12 % Mehrwertsteuer aus den Zinsen zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat bestritten, schuldhaft mangelhaft gearbeitet zu haben. Vielmehr habe er ausschließlich nach den Weisungen des Juniorchefs der Klägerin gearbeitet. Auch sei ein Schaden in der geltend gemachten Höhe nicht entstanden. Da bereits am 3. oder 4. Februar 1977 die Arbeit abgeschlossen gewesen und im Juli 1977 nur noch Reparaturarbeiten durchgeführt worden seien, sei das Rügerecht der Klägerin verfristet. Auch wegen der unterlassenen Durchführung des tarifvertraglich vorgesehenen Mängelfeststellungsverfahrens sei jeglicher Schadenersatzanspruch der Klägerin ausgeschlossen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet: Zwischen den Parteien sei unstreitig, daß das nach § 12 Nr. 2 Zusatz-TV vorgesehene Mängelfeststellungsverfahren nicht durchgeführt worden sei. Welche Konsequenzen die unterlassene Durchführung dieses Verfahrens habe, sei im Tarifvertrag nicht geregelt. Nach den bei den Tarifvertragsparteien eingeholten Auskünften handele es sich um ein Beweissicherungsverfahren, dessen Unterlassung nach Auffassung der IG Bau-Steine-Erden den Ausschluß einer etwaigen



-6-

Haftung des Akkordarbeiters zur Folge habe, während sie nach Ansicht des Verbandes baugewerblicher Unternehmer Bayerns (VBB) die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs nicht berühre. In dieser Situation habe das Gericht selbst die Konsequenzen einer Nichtbeachtung des § 12 Nr. 2 Zusatz-TV zu beantworten. Das tarifvertragliche Mängelbeseitungsverfahren bezwecke, jede Möglichkeit einer Einigung unter den Beteiligten auszuschöpfen, um langjährige Gerichtsverfahren zu vermeiden. Diese Zwecksetzung würde aber nur erreicht, wenn die Unterlassung des Mängelfeststellungsverfahrens Konsequenzen habe, andernfalls das Verfahren keine Bedeutung mehr habe. Soweit daher Streit darüber bestehe, ob eine mangelhafte Arbeitsausführung, ein offener oder versteckter Mangel, eine abgeschlossene Teilleistung oder vorsätzliches Handeln des Akkordarbeiters vorlägen, führe die Unterlassung des Mängelfeststellungsverfahrens zum Ausschluß des Schadenersatzanspruchs. Diese Voraussetzungen seien im Streitfall gegeben. Unschädlich sei, ob der Beklagte nach Mitteilung der Mängel eine Haftung abgelehnt habe, da zu diesem Zeitpunkt eine Durchführung des Mängelfeststellungsverfahrens nicht mehr möglich gewesen sei.

Die von der Klägerin eingelegte Berufung hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren ursprünglichen Klageantrag weiter, während der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Landesarbeitsgerichts.

I. Das Landesarbeitsgericht ist den Entscheidungsgründen des arbeitsgerichtlichen Urteils gefolgt und hat ergänzend im wesentlichen ausgeführt, die Tarifvertragsparteien hätten mit dem Mängelfeststellungsverfahren gemäß § 12 Nr. 2 Zusatz-TV ersichtlich beabsichtigt, daß Grundlage für Schadenersatzansprüche des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer wegen nicht sachgerechter Ausführung der Bauleistungen nur die in den tarifvertraglichen Mängelfeststellungsverfahren festgestellten Mängel sein könnten. Bei Unterlassung des Mängelfeststellungsverfahrens sei der Arbeitgeber daher so zu stellen, als ob keine Mängel festgestellt worden seien. Andernfalls könne der beabsichtigte Friedenszweck des Mängelfeststellungsverfahrens nicht erreicht werden. Da bei Nichtdurchführung des Mängelfeststellungsverfahrens davon auszugehen sei, es seien keine Mängel vorhanden und daher keine Schadenersatzansprüche gegeben, habe es auch keiner Verfallbestimmung wie in § 12 Nr. 5 Zusatz-TV bedurft.

II. Die Rechtsauffassung der Vorinstanzen, die Klägerin könne wegen Nichtdurchführung des tarifvertraglich vorgesehenen Mängelfeststellungsverfahrens gemäß § 12 Nr. 2 Zusatz-TV Schadenersatzansprüche wegen Schlechtleistung gegen den Beklagten nicht mehr geltend machen, trifft nicht zu. Der ihr zugrundeliegenden Auslegung des Zusatz-TV kann sich der Senat schon deshalb nicht anschließen, weil sie außer acht läßt, daß die in § 12 Nr. 2 Zusatz-TV vorgesehene gemeinsame Baustellenbesichtigung nicht nur auf Einladung der Arbeitgeberseite stattfindet, sondern



daß gemäß Satz 2 dieser Vorschrift die Beteiligten hierzu "von einem der Tarifpartner" einzuladen sind.

Diese Regelung, die die Einleitung des Baustellenbesichtigungsverfahrens auch durch die Arbeitnehmerseite vorsieht, setzt voraus, daß auch die Arbeitnehmerseite ein Interesse an der Durchführung der Baustellenbesichtigung haben kann. Dies aber schließt es aus, dem Unterbleiben der Baustellenbesichtigung die von den Vorinstanzen angenommene Bedeutung zuzuerkennen. Denn hätte das Unterbleiben der Besichtigung die Folge, daß davon auszugehen wäre, Mängel seien nicht vorhanden, so hätte die Arbeitnehmerseite nie Anlaß, von sich aus die Durchführung des Besichtigungsverfahrens zu fordern.

Die Vorschrift des § 12 Nr. 2 Zusatz-TV läßt sich daher nur im Sinne eines vereinfachten Beweissicherungsverfahrens verstehen, an dessen Durchführung je nach Sachlage beide Seiten ein Interesse haben können. Hiermit ist zwar vereinbar, daß die Tarifvertragsparteien dieses Verfahren zwingend vorgeschrieben haben, nicht aber die von den Vorinstanzen angenommene Rechtsfolge für den Fall der Nichtdurchführung des Verfahrens. Vielmehr ist nicht ausgeschlossen, daß in einem späteren Rechtsstreit das Vorliegen bestimmter Mängel unstreitig gestellt oder bewiesen wird.

III. Insgesamt erweist sich mithin das tarifvertragliche Mängelfeststellungsverfahren als funktionell mit dem Beweissicherungsverfahren gemäß §§ 485 ff. ZPO vergleichbar, das unter



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



den in § 485 ZPO aufgeführten Voraussetzungen auch von einer Partei allein beantragt werden kann. Von besonderer Bedeutung für den vorliegenden Zusammenhang ist die Vorschrift des § 493 ZPO, nach der jede Partei die Beweisverhandlungen, z.B. die Niederschrift eines Besichtigungsprotokolls, in dem späteren Prozeß benutzen darf. Der in dem Beweissicherungsverfahren erhobene Beweis ist dann so zu behandeln, als wäre er im Hauptprozeß selbst erhoben (vgl. BGH NJW 1970, 1919, 1920). Als Ausnahme hiervon ist in Abs. 2 geregelt, daß die Benutzung der Beweisverhandlung in dem späteren Prozeß nicht zulässig ist, wenn der im Beweistermin nicht erschienene Gegner widerspricht und nicht rechtzeitig geladen war, es sei denn, eine rechtzeitige Ladung des Gegners sei ohne Verschulden des Beweisführers unterblieben. Dieser Regelung entspricht weitgehend die Bestimmung des § 12 Nr. 2 Abs. 3 Zusatz-TV. Der Bindung des bei der Baustellenbesichtigung unentschuldigt fehlenden Beteiligten an die in dem Protokoll getroffenen Feststellungen wird daher bei einem anschließenden Gerichtsverfahren lediglich die Bedeutung zukommen, daß der unentschuldigt fehlende Beteiligte entsprechend § 493 Abs. 2 ZPO eine Verwertung des tarifvertraglichen Mängelfeststellungsverfahrens in dem Gerichtsprozeß nicht widersprechen kann, wobei das Ergebnis der in dem Protokoll getroffenen Feststellungen der freien Beweiswürdigung des Gerichts nach § 286 Abs. 1 ZPO unterliegt.

Im übrigen erscheint zweifelhaft, ob das in § 12 Nr. 2 Zusatz-TV geregelte Mängelfeststellungsverfahren auch bei versteckten Mängeln oder nicht lediglich bei solchen Mängeln durchzuführen ist, die bei Abnahme der fertiggestellten Arbeiten durch



den Arbeitgeber gemäß § 12 Nr. 1 Abs. 2 Zusatz-TV erkannt wurden oder hätten erkannt werden können. Für eine solche Einschränkung des Mängelfeststellungsverfahrens auf offene Mängel spricht einmal die Systematik des § 12 Zusatz-TV, in welchem das Mängelfeststellungsverfahren nach den Regelungen über das Rüge-recht bei offenen Mängeln unmittelbar anschließend, während erst unter Nr. 5 die Voraussetzungen des Rügerechts bei versteckten Mängeln geregelt sind. Vor allem wird bei versteckten Mängeln eine Durchführung des in § 12 Nr. 2 Zusatz-TV geregelten Mängelfeststellungsverfahrens, mit dem eine rasche Mängelfeststellung noch vor Bezug des Bauwerks durch eine gemeinsame "Bau-stellenbesichtigung" ermöglicht werden soll, praktisch erheblich erschwert sein, weil versteckte Mängel dem Arbeitgeber vielfach erst nach Bezug des Bauwerks durch Rügen des Bauherrn bekannt werden. Mangels Entscheidungserheblichkeit bedarf diese Frage hier aber keiner abschließenden Stellungnahme.

IV. Das Berufungsurteil war mithin aufzuheben und der Rechts-streit an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Da sich das Landesarbeitsgericht aufgrund seiner Auslegung des § 12 Nr. 2 Zusatz-TV mit dem klagebegründenden Vortrag der Klägerin und den sonstigen Einwendungen des Beklagten überhaupt noch nicht befaßt hat, sieht der Senat davon ab, hierzu weitere Hinweise zu geben.

Bichler

Dr. Becker

Dr. Steckhan

Wagner

Bea



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)