

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: nein

BGB § 812; Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB)
Teil B § 13 Nr. 5

§ 13 Nr. 5 VOB (B) enthält eine abschließende Regelung des Anspruchs des Bauherrn auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten. Ein Bereicherungsanspruch besteht daneben nicht (Abweichung von VII ZR 197/59 vom 20. Februar 1961 = BB 1961, 430).

BGH, Urt. v. 11. Oktober 1965 - VII ZR 124/63 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 124/63

Verkündet am

11. Oktober 1965

Pohl,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

des Hoteliers Hermann K [REDACTED], H [REDACTED], S [REDACTED]
(Hotel Graf M [REDACTED]),

Beklagten, Berufungsbeklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die offene Handelsgesellschaft in Firma Paul E [REDACTED],
Hoch-, Tief- und Eisenbetonbau, vertreten durch die
Gesellschafter Frau Frida E [REDACTED] und Dipl.-Ing. Paul
G [REDACTED], H [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Oktober 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Teilurteil des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 27. März 1963 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit drei Schreiben seines Architekten N. von 14. Juli 1956 übertrug der Beklagte im Rahmen seines Bauvorhabens H. Bo. str. der Klägerin gemäß der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) die Maurer-, Beton-, Stahlbeton- und Zimmererarbeiten für Hotel und Zwischenbau, sowie die Maurer-, Putz-, Estrich- und Stahlbetonarbeiten für Wohnblöcke A und B und Tiefgarage einschließlich Zufahrt.

Die Klägerin führte die Arbeiten aus. Die Wohnblöcke wurden im Januar 1957 bezogen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Mit der Klage hat die Klägerin einen restlichen Werklohn von 79.745,24 DM nebst Zinsen geltend gemacht.

Der Beklagte hat sich auf Mängel berufen, u.a. an den Treppenstufen und den Fenstersohlbänken der Wohnblöcke.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 55.067,84 DM nebst 4 % Zinsen verurteilt. Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil diese Verurteilung bestätigt und den Beklagten verurteilt, an die Klägerin noch weitere 6.996,69 DM nebst Bankzinsen zu zahlen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt der Beklagte seinen Abweisungsantrag weiter, soweit er "zur Zahlung von mehr als 47.060,32 DM nebst gesetzlichen Zinsen verurteilt worden ist", also in Höhe von 15.004,21 DM.

Entscheidungsgründe:

I.

Treppenstufen:

Gemäß der Ausschreibung sollte die Klägerin die Betonstufen "an Ort und Stelle" anbringen und "sämtliche sichtbaren Flächen der Stufen mit einem vollkommen glattgestrichenen Zementestrich als Unterlage für PVC-Belag versehen".

Demgemäß fertigte die Klägerin die Stufen an der Baustelle. Da sie aber nicht gleichmäßig hoch und nicht eben waren, ließ der Beklagte sie im Sommer 1957 von der Firma H mit einer Spezialmasse abspachteln und metallene Winkelschienen an den Kanten anbringen, bevor diese Firma den

PVC-Belag aufbrachte.

Der Beklagte hat deswegen von der Klageforderung 8.000 DM abgesetzt, weil die Klägerin ihre Zusicherung nicht eingehalten habe, daß die Stufen ohne weiteres für PVC-Belag geeignet seien, und weil sie ihre Hinweispflicht nach § 4 Ziff. 3 VOB (B) verletzt habe.

Die Klägerin hat demgegenüber geltend gemacht, bessere Stufen ließen sich an der Baustelle ohne Nachspachteln nicht fertigen. Der Beklagte habe auch etwaige Nachbesserungsansprüche gegen sie durch vorbehaltlose Abnahme und durch Verzicht verloren, ferner dadurch, daß er die Stufen ohne Fristsetzung anderweit habe nachbessern lassen. Für die Kosten der Winkelschienen hafte sie ohnehin nicht.

Das Berufungsgericht hält einen Schadensersatzanspruch nach § 13 Ziff. 7 VOB (B) nicht für gegeben, weil es sich hier nur um die in § 13 Ziff. 5 Abs. 2 behandelten Mängelbeseitigungskosten handele. Es verneint aber auch einen Erstattungsanspruch nach dieser Vorschrift sowie Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigter Bereicherung, weil die Klägerin zur Zeit der Mängelbeseitigung durch den Beklagten nicht mehr zur Nachbesserung verpflichtet gewesen sei. Schon vorher nämlich habe das Werk als abgenommen gegolten (§ 12 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B)), ohne daß der Beklagte sich damals seine Rechte wegen der Mängel vorbehalten habe (§ 640 Abs. 2 BGB). Im übrigen habe der Beklagte weder substantiiert vorgetragen, daß er der Klägerin eine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt, noch, daß die Klägerin eine weitere Nachbesserung verweigert habe.

1.) Schon dieser letzte Grund trägt die Abweisung des Anspruchs aus § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B). Ein Unvermögen der Klägerin zur Nachbesserung, worauf die Revision abstellt, lag nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht vor. Dieses brauchte ein solches Unvermögen auch den Aussagen der Zeugen N [REDACTED] und K [REDACTED] nicht zu entnehmen.

2.) Die Begründung, mit der das Berufungsgericht den Schadensersatzanspruch aus § 13 Ziff. 7 VOB (B) verneint, ist nicht unbedenklich; denn sie schließt schlechthin die Möglichkeit aus, daß der Auftraggeber die Kosten seiner Mängelbeseitigung unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes fordern könnte.

Näher braucht jedoch auf diesen Punkt hier nicht eingegangen zu werden. Denn auch wenn man, abweichend vom Berufungsgericht, die Auffassung vertritt, daß der Schadensersatzanspruch des § 13 Ziff. 7 VOB (B) die Mängelbeseitigungskosten umfaßt, so muß doch hier der nur auf die Mängelbeseitigungskosten gerichtete Schadensersatzanspruch aus demselben Grunde verneint werden wie der Erstattungsanspruch des § 13 Ziff. 5 VOB (B), nämlich wegen der vom Beklagten versäumten Fristsetzung. Denn andernfalls würde die Ausschlußwirkung, welche nach § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) an eine solche Unterlassung des Auftraggebers geknüpft ist, vereitelt werden. Hier gilt das gleiche, was unter 4) zum Bereicherungsanspruch näher ausgeführt ist.

3.) Ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683 BGB) kommt hier schon deshalb nicht in Betracht, weil der Beklagte die Voraussetzungen dafür nicht dargelegt hat. Er hat in den Tatsacheninstanzen nichts dafür vorgetragen, es hätte dem wirklichen oder mutmaßlichen

Willen der Klägerin entsprochen, daß er die Mängel durch einen anderen Unternehmer beseitigen ließ.

4.) Ein Bereicherungsanspruch scheidet aus Rechtsgründen aus. Er ist grundsätzlich in den Fällen ausgeschlossen, die durch § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) geregelt werden sollen. Deswegen kann, wenn die notwendige Nachfristsetzung versäumt ist, auch ein Bereicherungsanspruch nicht zuerkannt werden. An der abweichenden Auffassung, die der Senat in seinem Urteil VII ZR 197/59 vom 28. Februar 1961 = BB 1961, 430 vertreten hat, wird nicht festgehalten. (Im Ergebnis ebenso wie das jetzige Urteil Herding-Schmalzl, Vertragsgestaltung und Haftung im Bauwesen, S. 372; dagegen der früheren Entscheidung folgend Ingenstau-Korbion VOB 3. Aufl. B § 15, 5 Rz. 74 a).

Zweck und Ziel der in der VOB (B) getroffenen Regelung ist es, zwischen den Vertragspartnern jederzeit möglichst klare Verhältnisse zu schaffen. Diese Absicht tritt nicht nur in § 13, sondern auch sonst zutage, etwa in den §§ 4 Abs. 3, 6 Abs. 1, 8, 12, 14 und 16 VOB (B). Dem würde es widersprechen, wenn der Auftraggeber, dem nach § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) ein Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten nicht mehr zusteht, weil er die dort geforderte Fristsetzung versäumt und den Mangel vorschnell selbst hat beseitigen lassen, doch über § 812 BGB in gewissem Umfang diese Kosten ersetzt verlangen könnte. Die Zulassung eines solchen Bereicherungsanspruchs würde im Verhältnis der Vertragsparteien Unklarheiten und Schwierigkeiten schaffen. Es würde häufig Streit über Umfang und Schwere der Mängel und über die Angemessenheit der behaupteten Beseitigungskosten entstehen. Da die Mängel schon beseitigt sind, würde eine zuverlässige Nachprüfung oft nicht mehr möglich sein.

Der Auftragnehmer hat andererseits ein berechtigtes Interesse daran, bei Auftreten von Mängeln diese zunächst prüfen zu können und die Möglichkeit zu erhalten, sie zu beseitigen. Aus diesem Grunde schreibt die VOB - über die Bestimmung des § 633 Abs. 3 BGB hinaus - die Fristsetzung vor, ehe der Auftraggeber die Mängel beseitigen lassen und vom Auftragnehmer die dadurch entstandenen Kosten ersetzt verlangen darf. Der Zweck dieser Vorschrift wäre mindestens teilweise vereitelt, wenn der Auftraggeber bei unterlassener Fristsetzung auf einen Bereicherungsanspruch zurückgreifen könnte. Eine sinngemäße und zweckgerechte Auslegung des § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) muß daher zu der Auffassung führen, daß es sich dort um eine abschließende und erschöpfende Regelung handelt, neben der ein Bereicherungsanspruch nicht bestehen kann.

Ein derartiger Ausschluß des Bereicherungsanspruchs durch abschließende Sonderregelung ist übrigens nichts Außergewöhnliches, sondern kommt auch auf anderen Rechtsgebieten gelegentlich vor (vgl. BGHZ 32, 331, 338; 33, 243, 245, 246; 39, 186; 41, 157). Anerkannt ist ferner, daß gerade die Gewährleistungsvorschriften bei Kauf und Werkvertrag auch sonst gewisse allgemeine Rechtsbehelfe ausschließen (vgl. etwa RGZ 128, 211, 215; BGHZ 16, 54, 57).

Ob und wie dem Auftraggeber geholfen werden kann, wenn er aus zwingenden Gründen an der Fristsetzung gehindert war, braucht nicht entschieden zu werden. Denn so liegt der Fall hier nicht.

5.) Die Revision will einen Schadensersatzanspruch des Beklagten aus § 4 Ziff. 3 VOB (B) herleiten, weil die Klägerin es unterlassen habe, den Beklagten darauf hinzu-

weisen, daß sich an der Baustelle keine (ohne Nacharbeit) für PVC-Belag verwendbare Stufen herstellen ließen.

Der Beklagte hat es jedoch in den Tatsacheninstanzen an dem zur Begründung eines solchen Anspruchs erforderlichen Sachvortrag fehlen lassen. Dazu hätte er behaupten und unter Beweis stellen müssen, daß er bei entsprechendem Hinweis der Klägerin Stufen bestellt haben würde, die nicht an der Baustelle, sondern im Betrieb der Klägerin zu fertigen waren und daher vollkommen glatt hergestellt werden konnten. Da solche Stufen teurer gekommen wären, hätte es auch einer substantiierten Darlegung der Schadenshöhe bedurft. Mit der Revision kann der Beklagte das nicht mehr nachholen. Seine von ihm in diesem Zusammenhang erhobene Rüge aus § 139 ZPO greift nicht durch. Da er durch einen Anwalt vertreten war, mußte er auch ohne Hinweis des Gerichts wissen, was er zur Begründung eines derartigen Schadensersatzanspruchs vorzutragen hatte.

6.) Da schon aus den vorgenannten Gründen der Beklagte keine Ansprüche gegen die Klägerin wegen der Mängel der Treppenstufen hat, kommt es auf die sonstigen Ausführungen des Berufungsgerichts und der Revision hierzu nicht an. Insbesondere kann auf sich beruhen, welchen Umfang die Gewährleistungspflicht der Klägerin ursprünglich hatte, ob der Beklagte gemäß § 12 Ziff. 5 Abs. 2 und 3 VOB (B) die Stufen vorbehaltlos abgenommen hat und ob er sich dabei die Kenntnis seines Architekten N[REDACTED] von den Mängeln der Stufen anrechnen lassen muß.

II.

Fenstersohlbänke:

Gemäß Leistungsbeschreibung und Detailzeichnung des Architekten BÖ [REDACTED] des Beklagten stellte die Klägerin die Sohlbänke aus Flachklinkern her.

Später stellte sich heraus, daß im Bereich dieser Bänke Feuchtigkeit durch die Wände drang. Der Beklagte setzte der Klägerin Frist zur Mängelbeseitigung. Die Klägerin verweigerte das. Der Beklagte ließ darauf einen Teil der Bänke durch eine dritte Firma neu verlegen.

Er hat behauptet, alle Bänke seien fehlerhaft, insbesondere hätte die Klägerin die Klinker nicht als Läufer-schicht (Längsseite zum Fenster), sondern als Kopfschicht (Schmalseite zum Fenster) verlegen müssen. Die Bänke müßten sämtlich erneuert werden. Er hat deswegen in Höhe von 16.000 DM aufgerechnet.

Die Klägerin hat geltend gemacht, die Mängel der Bänke beruhten allein auf Konstruktions- und Planungsfehlern des Architekten BÖ [REDACTED]. Mindestens müsse sich der Beklagte das Mitverschulden BÖ [REDACTED] anrechnen lassen.

Das Berufungsgericht sieht die Ursachen für das Durchfeuchten der Wände im Bereich der Sohlbänke einmal in schuldhaft fehlerhaftem Verlegen seitens der Klägerin, zum anderen in einem Planungsfehler des Architekten, auf den die Klägerin den Beklagten allerdings hätte hinweisen müssen (§ 4 Ziff. 3 VOB (B)). Da die Klägerin

eine Nachbesserung abgelehnt habe, könne der Beklagte Minderung nach § 13 Ziff. 6 VOB (B) und daneben Schadensersatz nach § 13 Ziff. 7 Abs. 1 und 2 VOB (B) fordern.

Das Berufungsgericht legt dem Beklagten wegen des Planungsfehlers seines Architekten ein Viertel des Schadens auf. So gelangt es, bei der Schadensberechnung dem Sachverständigen Kienzle folgend, zu einem dem Beklagten von der Klägerin zu ersetzenden Betrag von 8.995,79 DM, um den es die Klageforderung kürzt, während es die vom Beklagten begehrte höhere Kürzung um weitere 7.004,21 DM ablehnt.

Gegen das letztere richtet sich die Revision.

1.) Sie meint, dem Beklagten dürfe der - gegenüber den schweren Vertragsverstößen der Klägerin nicht ins Gewicht fallende - Planungsfehler seines Architekten hier nicht als mitwirkendes Verschulden angerechnet werden. Sie beruft sich in diesem Zusammenhang auf die Urteile BGH LM Nr. 1 zu § 633 BGB und Nr. 4 zu § 13 VOB Teil B. Diese Urteile und ebenso das Urteil des Senats vom 2. Mai 1963 VII ZR 221/61 betreffen jedoch keine Fälle, in denen der Architekt dem Unternehmer Pläne geliefert hatte.

a) Soweit es sich, wie hier, um die Aufgabe des Bauherrn handelt, dem Unternehmer brauchbare Pläne und Unterlagen zur Verfügung zu stellen (§ 3 Ziff. 1 VOB (B)), ist der Architekt Erfüllungsgehilfe des Bauherrn. Dieser muß sich daher in solchen Fällen das Verschulden seines Architekten gegenüber dem Unternehmer als Mitverschulden anrechnen lassen (§§ 254, 278 BGB). Das hat der Senat bereits mehrfach entschieden, und daran ist festzuhalten

(vgl. die Urteile vom 9. Januar 1964 VII ZR 171/62; vom 3. Dezember 1964 VII ZR 61/63 und vom 4. Februar 1965 VII ZR 100/63). Soweit Minderung (§ 13 Ziff. 6 VOB (B)) in Betracht kommt, folgt dasselbe zwar nicht aus § 254 BGB, aber aus § 242 BGB (vgl. das letztgenannte Urteil sowie das Urteil vom 28. Februar 1961 VII ZR 197/59 = Betrieb 1961, 569).

b) Die Verletzung der Hinweispflicht aus § 4 Ziff. 3 VOB (B) durch die Klägerin hat das Berufungsgericht nicht außer acht gelassen, sondern die Klägerin aus diesem Grunde mit einem weiteren Viertel des Schadens belastet (außer der Schadenshälfte, den es ihr wegen fehlerhafter Ausführung der Sohlbänke angelastet hat).

c) Wie der Senat in seinem Urteil LM Nr. 4 zu § 13 VOB Teil B ausgesprochen hat, ist der Unternehmer, der einen Hinweis nach § 4 Ziff. 3 VOB (B) unterlassen hat, nicht deswegen gehindert, dem Bauherrn ein mitwirkendes Verschulden gemäß § 254 BGB entgegenzuhalten. In dem Urteil heißt es, das gelte "vor allem" dann, wenn der Unternehmer den Bauherrn wenigstens mündlich belehrt habe. Damit ist aber nicht gesagt, § 254 BGB sei unanwendbar, wenn der Unternehmer jeden Hinweis, auch einen mündlichen, unterlassen habe. Auch in solchen Fällen ist vielmehr ein mitwirkendes Verschulden des Bauherrn und seiner Erfüllungsgehilfen zu seinem Nachteil zu berücksichtigen, allerdings wird es in der Regel weniger schwer wiegen, als wenn wenigstens ein mündlicher Hinweis des Unternehmers erfolgt wäre.

d) Die Verteilung der Verantwortlichkeit im Rahmen der §§ 254 und 242 BGB ist grundsätzlich Sache des Tatrichters

(Urteil des Senats vom 1. April 1965 VII ZR 230/63, ferner: LM Nr. 2 zu § 254 BGB (G); BGH NJW 1952, 1329). Es ist im vorliegenden Fall nichts dafür dargetan, daß dem Berufungsgericht bei seiner Abwägung irrtümliche Rechtsgedanken unterlaufen wären oder daß es nicht alle in Betracht kommenden Umstände berücksichtigt hätte. Das Revisionsgericht ist daher an die vom Berufungsgericht vorgenommene Schadensteilung gebunden.

2.) Die Revision wendet sich weiter dagegen, daß das Berufungsgericht bei der Bemessung der Neuverlegungskosten dem Sachverständigen Kienzle gefolgt ist und nicht dem vom Beklagten überreichten Kostenanschlag der Bau- und M. GmbH, der für diese Arbeit fast das Doppelte einsetzt. Sie beanstandet, daß das Berufungsgericht kein Obergutachten eingeholt und die vom Beklagten hierzu benannten Zeugen nicht vernommen hat.

Die Rügen sind nicht begründet.

a) Der Sachverständige Kienzle hat bei seiner Vernehmung vor dem Berufungsgericht den von ihm angegebenen Preis als die "heutigen Nachbesserungskosten" bezeichnet. Dem konnte sich das Berufungsgericht anschließen, ohne daß es genötigt war, dazu weitere Ausführungen zu machen. Dem von der Beklagten überreichten Kostenanschlag, der übrigens von einer erheblich übersetzten Meterzahl ausgeht, brauchte es demgegenüber keine entscheidende Bedeutung beizumessen.

b) Es hätte für seine Auffassung auch noch anführen können, daß der Sachverständige Lembcke die Kosten der Neuverlegung (allerdings ohne die Treppenhausfenster) in seinem Gutachten vom 8. Oktober 1960 noch um rd. 1.800 DM niedriger veranschlagt hatte.

c) Da bereits mehrere gerichtliche Sachverständige gehört waren, brauchte das Berufungsgericht kein Obergutachten einzuholen (§ 412 ZPO).

d) Die benannten Zeugen brauchte es nicht zu vernehmen, da es sich um eine reine Sachverständigenfrage handelte, die dem Zeugenbeweis nicht zugänglich ist. Überdies hatte der Beklagte seinen erstinstanzlichen Beweisantritt in der Berufungsinstanz nicht wiederholt (BGHZ 35, 103, 106).

3.) Die Revision meint endlich, das Berufungsgericht hätte den merkantilen Minderwert des Hauses wegen der Mängel an den Sohlbänken und der dadurch verursachten Durchfeuchtung der Mauern höher als mit den Mängelbeseitigungskosten bemessen müssen, weil die lange Durchfeuchtung erfahrungsgemäß zu Dauerschäden am Hause geführt habe.

Der Beklagte hatte das jedoch in den Vorinstanzen nicht behauptet. Er kann daher mit dieser neuen Behauptung in der Revisionsinstanz nicht gehört werden.

Das Berufungsgericht war bei solcher Sachlage nicht genötigt, im Rahmen seiner Schätzung nach § 287 ZPO den merkantilen Minderwert des Hauses höher zu veranschlagen, als es getan hat.

III.

Da somit alle Revisionsangriffe erfolglos sind und das angefochtene Urteil auch sonst keinen den Beklagten

beschwerenden materiellen Rechtsfehler erkennen läßt,
ist seine Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO
zurückzuweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Vogt