

Nachschlagewerk: ja II

BGHZ: ja II 3

VOB B § 6 Nr. 5 Abs. 2

Hat der Auftragnehmer wegen Verzuges mit der Ausführung der Arbeiten Schadensersatz zu leisten, so haftet er, jedenfalls bei Fahrlässigkeit, auch dann nur nach § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) für den dem Auftraggeber unmittelbar entstandenen Schaden, wenn der Auftrag wegen des Verzuges entzogen worden ist (Ergänzung zu BGHZ 48, 78).

BGH, Urt. v. 17. Januar 1974 - VII ZR 146/72 - OLG Stuttgart
LG Heilbronn

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 146/72

URTEIL

Verkündet am

17. Januar 1974

Horn,

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Textilkaufmanns Günther F [REDACTED] in G [REDACTED],
K [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Bauunternehmer
Rudolf H [REDACTED] und Fritz H [REDACTED],
beide in E [REDACTED], Kreis B [REDACTED],

Beklagte, Berufungskläger
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Freiherr von [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Januar 1974 durch die Richter Schmidt, Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Doerry

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Teilurteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart vom 24. Mai 1972 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger übertrug den Beklagten durch Bauvertrag vom 8. Juni 1968 die Grab-, Kanalisation-, Maurer-, Beton- und Stahlbetonarbeiten für ein größeres Wohn- und Geschäftshaus in G■■■■■-H■■■■■. Die Geltung der VOB (B) wurde vereinbart.

Der Bau sollte innerhalb von 90 Arbeitstagen von Beginn bis zum Aufrichten fertiggestellt werden. In einem in Abschnitt III des Vertragsformulars eingefügten Zusatz heißt es:

Vom Auftragnehmer verschuldete Überschreitung des Fertigstellungstermins ermächtigt den Auftraggeber, seinen nachweisbaren Schaden vom Auftragnehmer ersetzt zu bekommen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Mit den Arbeiten wurde am 3. Juli 1968 begonnen. Sie verzögerten sich aus Gründen, die unter den Parteien streitig sind. Mit Schreiben vom 12. August 1968 beanstandete der Bauleiter des Klägers, der Architekt B■■■■■, die Arbeitsweise der Beklagten und setzte ihnen zur Erledigung bestimmter Arbeiten eine Frist bis zum 28. August 1968. Gleichzeitig kündigte er an, daß der Auftrag nach fruchtlosem Ablauf der Frist entzogen werden würde.

Die Beklagten entfernten bis zu diesem Tage lediglich den Schlamm aus der Baugrube. Es wurden - was von ihnen weiter gefordert worden war - weder die Fundamente betoniert, noch die Kanalisation verlegt und der Raum zwischen den Fundamenten mit Schotter aufgefüllt.

Mit Schreiben vom 28. August 1968 entzog der Bauleiter des Klägers den Beklagten daraufhin den Auftrag und vergab ihn an eine andere Firma, die den Bau auch fertigstellte.

Mit der Klage verlangt der Kläger Ersatz der ihm entstandenen Mehrkosten in Höhe von 109.538,88 DM sowie Mietausfall in Höhe von 39.954,60 DM, insgesamt also 149.483,48 DM, nebst Zinsen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Klage durch Teilurteil insoweit abgewiesen, als die Beklagten zur Zahlung von 39.954,60 DM nebst Zinsen verurteilt worden waren.

Mit der Revision erstrebt der Kläger in diesem Punkte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Beklagten bitten um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht mißt der in Abschnitt III des Bauvertrages eingefügten Klausel keine selbständige Bedeutung bei. Es sieht in ihr nicht die Aufhebung einer durch die VOB (B) etwa eingeführten Haftungsbeschränkung, sondern eine fast wörtliche Wiederholung des § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B). Zweck jener Vereinbarung sei nur gewesen, die Beklagten an ihre Verpflichtung zur fristgerechten Fertigstellung zu erinnern.

2. Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Das Berufungsgericht hat bei der Auslegung der Klausel alle wesentlichen Umstände bedacht. Es hat insbesondere berücksichtigt, daß in § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) vom unmittelbaren Schaden die Rede ist und daß dort der entgangene Gewinn von der Ersatzpflicht ausgenommen wird. Wenn das Berufungsgericht unter Würdigung des gesamten Vertrages zu dem Ergebnis gelangt, daß die Anwendbarkeit der VOB (B) in diesem Punkt nicht abbedungen sein sollte, so muß die Revision das hinnehmen.

II.

1. Das Berufungsgericht erörtert nicht, ob der Kläger die Voraussetzungen einer gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB (B) wirksamen Kündigung bewiesen habe; es legt seinen Ausführungen vielmehr zugrunde, daß die Kündigung wirksam ist.

Darauf kommt es indessen nicht an.

a) Eine Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 VOB (B) besteht - wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt - für die Beklagten schon deshalb nicht, weil der Kläger an der Fertigstellung des Bauwerks weiterhin interessiert war. Daß er an einer Ausführung durch die Beklagten kein Interesse mehr hatte, ist unerheblich (BGHZ 50, 160, 168).

b) Aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB (B) können Schadensersatzansprüche - wie das Berufungsgericht gleichfalls mit Recht annimmt - unmittelbar nicht abgeleitet werden (BGHZ 50, 160, 167). Nach dieser Bestimmung bleiben lediglich bereits vorhandene Ansprüche bestehen.

2. Das Berufungsgericht prüft zunächst, ob der Kläger den Mietausfall gemäß § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB (B) ersetzt verlangen könne. Es legt das Schreiben des Architekten B[REDACTED] vom 12. August 1968 dahin aus, daß der Kläger als "Mängel"-Beseitigung innerhalb der Nachfrist nur die Entfernung des Schlammes aus der Baugrube gefordert habe. Selbst wenn die Baugrube eine vertragswidrige Leistung dargestellt habe, seien die Beklagten der Aufforderung des Klägers in diesem Punkte rechtzeitig nachgekommen. Der Kläger habe sich bei der Kündigung denn auch nur darauf berufen, daß der "in § 5 Nr. 4 VOB (B) beschriebene Fall erfüllt sei". Ansprüche aus § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB (B) kämen deshalb nicht in Betracht.

Was die Revision hiergegen vorbringt, greift im Ergebnis nicht durch.

a) Unrichtig ist allerdings, daß das Berufungsgericht den auf § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB (B) gestützten Schadensersatzanspruch schon deshalb versagt, weil die Beklagten den Schlamm innerhalb der Nachfrist aus der Baugrube entfernt hatten. Die Nichteinhaltung der Nachfrist ist nur dafür bedeutsam, ob der Auftrag gemäß § 4 Nr. 7 Satz 3 in Verbindung mit § 8 Nr. 3 VOB (B) entzogen werden kann. Der durch § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB (B) zugebilligte, dem Umfange nach unbeschränkte (BGHZ 50, 160, 164) Schadensersatzanspruch ist allein davon abhängig, ob der Schaden auf einer schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannten Leistung beruht und ob der Auftragnehmer den Mangel oder die Vertragswidrigkeit zu vertreten hat. Das Berufungsgericht hätte deshalb sämtliche in dem Schreiben vom 12. August 1968 aufgeführten Beanstandungen darauf überprüfen müssen, ob sie die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllten.

b) Das ist indessen - von einer unerheblichen Ausnahme abgesehen - nicht der Fall.

Der Architekt B. hatte im wesentlichen bemängelt, daß die Beklagten die Böschungen nicht vor Rutschungen gesichert, nicht für die Wasserhaltung gesorgt und den Kran an der falschen Stelle aufgebaut hätten. Deshalb seien der größte Teil der Kranbahn abgesunken und das Schnurgerüst an einer Seite in die Baugrube gestürzt. Infolge unsachgemäßen Maschineneinsatzes sei außerdem die Grubensohle zerwühlt worden.

Diese Beanstandungen betreffen weder Mängel des Bauwerks noch "Vertragswidrigkeiten" im Sinne des § 4 Nr. 7

VOB (B). Die Beklagten hatten zwar auch Erdarbeiten auszuführen, das von ihnen geschuldete Werk war aber der Rohbau eines Wohn- und Geschäftshauses. War dieses Werk einmal hergestellt, kam es darauf, ob die Baugrube an den Rändern abgerutscht und in der Sohle zeitweise zerwühlt war, nicht mehr an. Von Werkmängeln kann deshalb keine Rede sein. Diese Umstände konnten die Fertigstellung verzögern, eine "vertragswidrige Leistung" stellten sie ebensowenig dar.

Die Entscheidung des Senats vom 22. Oktober 1970 in BGHZ 54, 352, 356 steht dem nicht entgegen. Dort hat der Senat allerdings beiläufig bemerkt, daß bei "Vertragswidrigkeiten" im Sinne des § 4 Nr. 7 VOB (B) namentlich an Fälle des Verzugs zu denken sei. Damit ist der Verzug bei der Beseitigung der Mängel angesprochen worden, nicht aber gemeint, daß auch die nicht rechtzeitig erbrachte Bauleistung unter § 4 Nr. 7 VOB (B) fällt.

Als im Sinne des § 4 Nr. 7 VOB (B) mangelhafte Leistung kommt deshalb nur die Betonierung des Schachts am Häuserbach in Betracht. Dafür, daß sie die Höhe des dem Kläger entgangenen Gewinns beeinflußt haben könnte, ist nichts dargetan. Ein auf jene Bestimmung zu stützender Schadensersatzanspruch scheidet nach alledem aus.

3. Das Berufungsgericht erörtert weiter, ob der Kläger den Mietausfall wegen Verzuges der Beklagten mit der Ausführung der Arbeiten fordern könne. Es versagt einen Ersatzanspruch schon deshalb, weil die Haftung der Beklagten durch § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) auf den unmittelbar

entstandenen Schaden beschränkt werde und weil der Mietausfall als entgangener Gewinn hierzu nicht gehöre.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Der Senat hat in seinem Urteil vom 8. Juni 1967 in BGHZ 48, 78 ausgesprochen, daß für den Auftragnehmer, der mit der Ausführung der ihm obliegenden Leistung in Verzug gerate, ein von ihm zu vertretender hindernder Umstand im Sinne des § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) vorliege. Der Auftragnehmer hafte, jedenfalls soweit ihm nur Fahrlässigkeit vorzuwerfen sei, alsdann nach dieser Bestimmung, und zwar lediglich für den dem Auftraggeber durch den Verzug entstandenen unmittelbaren Schaden, nicht aber für entgangenen Gewinn.

Das Berufungsgericht verkennt nicht, daß das Urteil des Senats einen Fall betraf, in dem der Auftraggeber den Verzug des Auftragnehmers nicht zum Anlaß einer Kündigung genommen hatte. Es meint jedoch, daß der vorliegende Sachverhalt ebenso behandelt werden müsse und daß insbesondere die Ausführungen des Senats zu 1 c) jener Entscheidung (BGHZ 48, 78, 80) dem nicht entgegenständen.

Das ist richtig. Mit dem Satz "Eingeschränkt ist dagegen der Anspruch wegen Verzugs des Auftragnehmers (§ 286 BGB), ..." hat der Senat lediglich den Unterschied zu dem zuvor erörterten, weitergehenden Anspruch aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 VOB (B) hervorgehoben. Mit dem Fall, daß der Auftraggeber den Vertrag kündigt, hatte der Senat sich damals nicht zu befassen.

Entgegen der Ansicht der Revision kommt es nicht darauf an, ob der Auftraggeber, der einen Verzugs-schaden geltend machen will, das Vertragsverhältnis kündigt. Nur dann, wenn die Voraussetzungen des § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 VOB (B) erfüllt sind (vgl. BGHZ 50, 160, 168 mit Nachw.), kann der Auftraggeber aus dem Gesichtspunkt des Verzuges vollen Schadensersatz verlangen. Kommt - wie hier - eine Haftung der Beklagten aus dieser Bestimmung schon deshalb nicht in Betracht, weil der Kläger an der Ausführung der Bauarbeiten weiterhin interessiert war, ist die Haftung auf den unmittelbaren Schaden beschränkt. Anderenfalls bestände für den Auftraggeber ein von der Sache her nicht zu rechtfertigender Anreiz zur Kündigung des Vertragsverhältnisses.

4. In seiner Entscheidung BGHZ 48, 78, 81 hat der Senat offen gelassen, ob die Haftungsbeschränkung des § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) bei vorsätzlichem Handeln einer Vertragspartei nach § 276 Abs. 2 BGB nicht gilt. Das Berufungsgericht brauchte hierauf nicht einzugehen; denn es wäre Sache des Klägers gewesen, ein vorsätzliches Handeln der Beklagten darzutun. Einen entsprechenden Sachvortrag vermag die Revision nicht nachzuweisen.

III.

Die Revision ist nach alledem mit der Kostenfolge
aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Schmidt

Girisch

Meise

Recken

Doerry