

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

VOB/B §§ 4 Nr. 7 A, 13 Nr. 6, 7 C, D, E

Nicht erledigte Mängelbeseitigungsansprüche gemäß
§ 4 Nr. 7 VOB/B setzen sich mit der Abnahme in
Gewährleistungsansprüche gemäß § 13 VOB/B fort.

BGH, Urt. v. 25. Februar 1982 - VII ZR 161/80 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 161/80

URTEIL

Verkündet am
25. Februar 1982

■,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma D ■ Grundstücksverwaltung GmbH, G ■ Straße 42,
M ■, vertreten durch ihren Geschäftsführer, den
Kaufmann Fritz Ma ■, ebenda,

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte
Dres. B ■ und K ■ -

gegen

die Firma W ■ AG, N ■ Straße 59,
F ■, vertreten durch ihre Vorstandsmitglieder
Hans Bi ■, Heinrich Br ■, Erich J ■ und Sebastian
Sch ■, ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte
Dres. Br ■ und O ■ -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Februar 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Doerry, Bliesener und Dr. Walchshöfer für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26. März 1980 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit Schreiben vom 9. Dezember 1971 übertrug die D [REDACTED] GmbH der Klägerin die Planbearbeitung für den Neubau eines Verwaltungsgebäudes in So [REDACTED]. Grundlage des Auftrags war ein von der Klägerin veranlaßter Vorentwurf der Architekten [REDACTED] [REDACTED] HPP. Danach hatte die Klägerin sämtliche Bauvorlagen zu liefern, die für baupolizeiliche und für sonstige Genehmigungen erforderlich waren, ferner die kompletten Ausschreibungsunterlagen zur Abgabe von Angeboten für den schlüsselfertigen Bau des Gebäudes.



Die Beklagte ist eine im Dezember 1972 gegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Sie befaßt sich mit der Verwaltung von Grundstücken und insbesondere mit der Errichtung und Verpachtung von Gebäuden, die den Interessen der D [REDACTED] GmbH dienen. Sie schloß am 21. Dezember 1972 mit der Klägerin einen Bauvertrag über das von der Klägerin ausgearbeitete Projekt. Dabei wurde die Geltung der VOB/B vereinbart.

Nach Errichtung des Rohbaus stellte die Beklagte fest, daß die Höhe der Fensterbrüstungen im 5. Geschoß, zum Teil auch im 4. Geschoß nicht dem öffentlichen Baurecht entsprach. HPP hatten nämlich die Fensterbrüstungen einheitlich auf 80 cm Höhe geplant, während die Fensterbrüstungen vom 5. Geschoß an, unter hier an der Talseite des Gebäudes vorliegenden Voraussetzungen auch schon vom 4. Geschoß an höher, nämlich 90 cm hoch sein müssen.

Die Beteiligten einigten sich dahin, daß die Fensterbrüstungen in der bereits ausgeführten Höhe bleiben sollten. Das Bauaufsichtsamt erteilte auf Antrag am 11. April 1974 einen Dispens, demzufolge die Klägerin an 172 von 806 Fenstern sog. Scherenbeschläge anzubringen hatte, die das vollständige Öffnen der Wendeflügelfenster nur mit einem Spezialschlüssel gestatteten.

Schon vorher, mit Schreiben vom 26. März 1974, hatte die von der D [REDACTED] GmbH vertretene Beklagte erklärt, daß sie sich wegen der "erheblichen negativen Konsequenzen dieses Planungsfehlers weitgehende Minderungsansprüche" vorbehalte. Diesen Vorbehalt wiederholte sie in ihrem Schreiben vom 18. April 1974 und auch noch anläßlich einer Besprechung im Dezember 1974.

Das Verwaltungsgebäude wurde Anfang März 1975 bezogen. Die D[REDACTED] GmbH bestätigte mit Schreiben vom 30. Mai 1975 "formell die Abnahme des Objekts" zum 1. März 1975 und erklärte, daß ihre Ansprüche, soweit sie sich auf die "unzureichende Brüstungshöhe" bezögen, nach Abnahme des Objekts "auf Wertminderung bzw. Schadensersatz gerichtet" seien.

Diese Ansprüche bezifferte die Beklagte später mit 220.000 DM. Sie nahm demgemäß eine Gewährleistungsbürgschaft, welche die Klägerin zur Abwendung eines Sicherheitseinbehalts beigebracht hatte, in Höhe jenes Betrages in Anspruch. Das Konto der Klägerin wurde entsprechend belastet.

Mit der Klage verlangt die Klägerin die 220.000 DM nebst Zinsen. Die Beklagte hat im ersten Rechtszuge entgegnet, daß sie in diesem Umfange zur Minderung des auf 18.500.000 DM vereinbarten Festpreises berechtigt gewesen sei.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen geringfügigen Zinsbetrag stattgegeben. Mit der Berufung hat die Beklagte erklärt, daß sie nunmehr in erster Linie mit einem Anspruch auf Schadensersatz aufrechne, und vorsorglich den Anspruch auf Minderung aufrechterhalte. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der - angenommenen - Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte weiterhin die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß das von der Klägerin errichtete Verwaltungsgebäude einen Mangel aufweist, weil die Fensterbrüstungen der obersten Geschosse nicht die vom Bauordnungsrecht vorgeschriebene Höhe gehabt hätten.

Das ist jedoch nicht der Mangel, auf den die Beklagte ihre Ansprüche stützt. Die Parteien haben sich, wie die Revision zutreffend hervorhebt, nachträglich darauf geeinigt, daß die nun einmal vorhandene Brüstungshöhe beibehalten und dafür ein Dispens erwirkt werden solle. Nach der Darstellung der Beklagten besteht der Mangel vielmehr darin, daß 172 von 806 Fenstern nicht vollständig geöffnet werden können. Dieser Mangel hätte zwar durch Änderung der Brüstungshöhe beseitigt werden können. Da die Parteien einverständlich davon abgesehen haben, ist diese Möglichkeit hier aber ohne Belang. Ausschlaggebend ist für die Beklagte allein, daß die Fenster nur eine "stark eingeschränkte Funktionsfähigkeit" besitzen. Die Beklagte sieht denn auch ihren Schaden nicht in den Kosten, die zur Herstellung der nach dem Bauordnungsrecht erforderlichen Brüstungshöhe aufgewendet werden müßten. Sie führt zur Darlegung ihres Schadens lediglich an, daß die oberen Büroräume nur unzureichend gelüftet werden könnten, sich bei der Fensterreinigung Schwierigkeiten ergäben, der mit der Kontrolle der Putzkolonnen beauftragte Hausmeister bezahlte Überstunden machen müsse und für die Fenster die Gefahr vorzeitigen Verschleißes bestehe

(Berufungsbegründung S. 5 f; GA I 195 f). Ob die "eingeschränkte Funktionsfähigkeit" der Fenster wegen der dafür erreichten einheitlichen Fassadengestaltung letztlich einen Mangel darstellt, kann freilich - auch im Hinblick auf den einen Mangel bestreitenden Vortrag der Klägerin (Berufungserwiderung S. 5; Schriftsatz vom 23. Juli 1979 = GA I 216 f, 221) - zweifelhaft sein. Für das Revisionsverfahren ist jedoch von einem Mangel auszugehen.

II.

Für die eingeschränkte Funktionsfähigkeit der Fenster hat die Klägerin grundsätzlich einzustehen.

1. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist es unerheblich, daß die Klägerin die Planung nicht selbst ausgearbeitet hat. Es läßt auch offen, ob die Klägerin im Bauvertrag vom 21. Dezember 1972 die Alleinverantwortung für die Planung übernommen hat. Sie sei nämlich - jedenfalls zunächst - zur Gewährleistung verpflichtet gewesen, weil sie die Beklagte gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B (1952) auf die fehlerhafte Planung der Fensterbrüstungen hätte hinweisen müssen, das aber unterlassen habe.

Das ist richtig und der Beklagten auch günstig.

Darüber hinaus erstreckt sich die Verantwortlichkeit der Klägerin auf den - hier zu unterstellenden - Mangel, der in der eingeschränkten Funktionsfähigkeit der

Fenster besteht. Dieser Mangel beruht auf der von der Klägerin zu vertretenden Ausführung des Planungsfehlers. Er hätte zwar, wie bereits erwähnt, durch nachträgliche Änderung der Brüstungshöhe vermieden werden können; er ist aber ersichtlich von beiden Parteien als das unter den gegebenen Umständen kleinste unvermeidliche Übel betrachtet worden.

2. Für den von der Beklagten in erster Linie geltend gemachten Anspruch auf Schadensersatz kommt nach Ansicht des Berufungsgerichts zwar § 4 Nr. 7 VOB/B in Betracht; es nimmt aber an, daß diese Bestimmung hier nicht eingreift.

Das ist im Ergebnis richtig. Was die Revision dagegen vorbringt, bleibt ohne Erfolg.

a) Nach § 4 Nr. 7 VOB/B hat der Auftragnehmer Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen (Satz 1). Hat er den Mangel oder die Vertragswidrigkeit zu vertreten, so hat er auch den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (Satz 2). Zu diesem zweiten Fall hat der Senat darauf hingewiesen, daß damit zunächst der Schaden gemeint ist, der bei weiterbestehendem Vertrag trotz Mängelbeseitigung verbleibt (BGHZ 50, 160, 165). Während die Mängelbeseitigung gemäß § 4 Nr. 7 Satz 1 VOB/B auf Erfüllung des Vertrages gerichtet ist (BGHZ 51, 275, 277), handelt es sich beim Schadensersatz gemäß § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B - abgesehen von dem hier nicht interessierenden Fall der Vertragsentziehung - um einen dort besonders

geregelten Ausgleich für bereits vor der Abnahme erkannte weitere Nachteile (Senatsurteile NJW 1975, 1701 sowie vom 13. Januar 1972 - VII ZR 46/70 = BauR 1972, 172 - und 20. April 1978 - VII ZR 166/76 = ZfBR 1978, 75, 76 = BauR 1978, 306).

b) Um einen trotz Mängelbeseitigung verbliebenen Schaden geht es hier nicht. Die eingeschränkte Funktionsfähigkeit der Fenster bildet vielmehr, wie ausgeführt, einen selbständigen Mangel der Leistung, dessen Eigenart nur darin besteht, daß die Parteien ihn von vornherein in Kauf genommen haben. Wäre die Beklagte hiermit nicht einverstanden gewesen, so hätte sie mit der Beseitigung des Mangels - mochte dies auch nur durch nachträgliche Änderung der Brüstungshöhe möglich gewesen sein - also lediglich die Erfüllung des Vertrages verlangt. Abgesehen von jener Besonderheit, daß die Parteien die Beseitigung des Mangels übereinstimmend ausgeschlossen haben, ist die eingeschränkte Funktionsfähigkeit der Fenster daher ebenso zu behandeln wie jeder andere bis zur Abnahme nicht erledigte Erfüllungsanspruch.

c) Hieraus folgt, daß die Beklagte ihren Anspruch auf Schadensersatz nur noch nach Maßgabe des § 13 Nr. 7 VOB/B (1952) geltend machen kann.

aa) Rechtsfehlerfrei stellt das Berufungsgericht fest, daß die Leistung der Klägerin seit März 1975, nämlich sechs Werktage nach Bezug des Verwaltungsgebäudes durch die Solvay-Werke GmbH, als abgenommen zu gelten hat (§ 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B).

bb) Ist die Bauleistung abgenommen, so richtet sich die Haftung des Auftragnehmers für Mängel nunmehr nach § 13 VOB/B (BGHZ 50, 160, 163: 54, 352, 355/356; 55, 354, 356).

Welche Anspruchsgrundlage maßgeblich ist, wenn ein zunächst nach § 4 Nr. 7 Satz 1 VOB/B zu beseitigender Mangel bis zur Abnahme nicht behoben ist, hat der Senat noch nicht entschieden. In seinen Urteilen BGHZ 54, 352, 356; 55, 354, 357 und ZfBR 1978, 75, 76 = BauR 1978, 306, 307 mit FN 4 hat er diese Frage ausdrücklich offen gelassen (vgl. auch Korbion/Hochstein, VOB-Vertrag, 2. Aufl., Rdn. 210, Nicklisch/Weick, VOB Teil B § 4 Rdn. 115). Er beantwortet sie jetzt dahin, daß der nicht erledigte Erfüllungsanspruch sich mit der Abnahme in einen Gewährleistungsanspruch nach § 13 VOB/B fortsetzt (vgl. auch Glanzmann in BGB-RGRK, 12. Aufl., Anh. zu §§ 633 - 635 Rdn. 54; Ingenstau/Korbion, VOB, 9. Aufl., Teil B § 4 Rdn. 150 c; Heiermann/Riedl/Schwaab, VOB, 3. Aufl., Teil B § 4 Rdn. 49; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 3. Aufl. Rdn. 705; Jagenburg, NJW 1971, 1425, 1426; Dähne, BauR 1972, 136, 140).

Im Urteil BGHZ 54, 352 hat der Senat ausgesprochen, daß der Anspruch auf Mängelbeseitigungskosten nach der Abnahme des Werks auch im Falle des § 4 Nr. 7 VOB/B nach § 13 Nr. 4 VOB/B verjährt. Zur Begründung hat er auf die neue Lage hingewiesen, die mit der Abnahme der Bauleistung entsteht. Jedenfalls insoweit, wie die aus § 4 Nr. 7 sich ergebenden Ansprüche sich mit denen aus § 13 inhaltlich decken, wäre es kaum zu verstehen, wenn Ansprüche wegen solcher Mängel, die während der Bauausführung nicht nur entstanden, sondern auch schon erkannt worden seien, allein wegen dieses oft zufälligen Umstandes einer unterschiedlichen Verjährung unterworfen sein sollten und

wenn dem einschneidenden Ereignis der Abnahme jeglicher Einfluß auf den Beginn der Verjährung abgesprochen werden könnte (aaO S. 356).

Diese Erwägungen gelten ganz allgemein für die Frage, nach welcher Bestimmung diejenigen schon vor der Abnahme bekannt gewordenen Mängel (nicht die trotz Mängelbeseitigung verbliebenen Schäden) zu beurteilen sind, die - aus welchen Gründen immer - bis zur Abnahme nicht behoben worden sind. Zwischen diesen Mängeln und denen, die erst bei oder nach der Abnahme entdeckt werden und auf die § 13 VOB/B ohne weiteres anzuwenden ist, besteht sachlich kein Unterschied. Hat der Auftraggeber die Bauleistung abgenommen, sie mithin als im wesentlichen vertragsgemäß anerkannt oder wäre er dazu doch verpflichtet, so ist nichts ersichtlich, was der einheitlichen Behandlung sämtlicher Mängel entgegenstehen könnte.

3. Das Berufungsgericht prüft nicht, ob die Klägerin nach § 13 Nr. 7 VOB/B haftet. Es meint lediglich, daß eine Haftung der Klägerin nach § 4 Nr. 7 VOB/B deshalb entfalle, weil sie hier nur mit den gleichen Einschränkungen in Betracht komme, die für eine Inanspruchnahme der Klägerin gemäß § 13 Nr. 7 VOB/B maßgeblich seien. Es hätten also auch die Voraussetzungen des § 13 Nr. 5 oder Nr. 6 VOB/B erfüllt sein müssen. Das sei aber nicht der Fall.

Dem kann nicht gefolgt werden.

a) War, wie das Berufungsgericht annimmt, die Mängelbeseitigung möglich und hätte sie, wie es feststellt, auch nicht einen unverhältnismäßig großen, die Klägerin

zur Weigerung berechtigenden Aufwand erfordert, setzt der Anspruch auf Schadensersatz nach § 13 Nr. 7 VOB/B allerdings voraus, daß die Beklagte zunächst die Beseitigung des Mangels verlangt hat (Senatsurteil vom 20. April 1978 - VII ZR 94/77 = ZfBR 1978, 77, 78 = Schäfer/Finnern/Hochstein § 812 BGB Nr. 3; Ingenstau/Korbion, aaO § 13 Rdn. 210). Das hat die Beklagte unterlassen.

b) Eine dahingehende Aufforderung war aber auch entbehrlich. Das Berufungsgericht übersieht, daß die Parteien eine Mängelbeseitigung durch nachträgliche Änderung der Brüstungshöhe einvernehmlich ausgeschlossen hatten. Damit war die Herstellung der vollen Funktionsfähigkeit der Fenster schon aus Rechtsgründen unmöglich geworden.

c) In Betracht wäre für die Beklagte daher zunächst ein Anspruch gemäß § 13 Nr. 6 VOB/B (1952) auf Minderung der Vergütung gekommen. Ob sie mit diesem Anspruch ausgeschlossen ist, weil sie ihn, wie das Berufungsgericht hilfsweise erwägt, sich bei der Abnahme nicht gemäß § 12 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B vorbehalten hat, kann offen bleiben.

d) Denn keinesfalls ist die Beklagte gehindert, gemäß § 13 Nr. 7 VOB/B Schadensersatz zu verlangen, wie sie es nunmehr in erster Linie tut. Daß es dazu eines Vorbehalts bei der Abnahme nicht bedarf, hat der Senat in seinem Urteil BGHZ 77, 134 bereits für den Fall entschieden, daß als Schadensersatz solche Mängelbeseitigungskosten gefordert werden, die wegen vorbehaltloser Abnahme nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B nicht mehr verlangt werden könnten. Hier gilt nichts anderes.

III.

Das angefochtene Urteil kann nach alledem nicht bestehen bleiben; es ist aufzuheben, die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird nunmehr zu prüfen haben, ob die eingeschränkte Funktionsfähigkeit der Fenster unter den von der Klägerin vorgetragenen Gesichtspunkten überhaupt einen Mangel bildet und ob sie - gegebenenfalls - dann einen wesentlichen, die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigenden Mangel darstellt (vgl. Senatsurteil NJW 1981, 1448 m. w. N.).

Girisch

Recken

Doerry

Bliesener

Walchshöfer