

Nachschiagewerk: ja

5

BGHZ: nein

VOB/B §§ 4 Nr. 7 Satz 1, 13 Nr. 5 - 7

Hat der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung bereits vor der Abnahme endgültig verweigert, so braucht der Auftraggeber ihn nicht nach der Abnahme erneut unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufzufordern, bevor er die Mängel durch Dritte beseitigen läßt.

BGH, Urt. v. 20. April 1978 - VII ZR 166/76 - Kammergericht
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 166/76

URTEIL

Verkündet am
20. April 1978
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Bundesrepublik D e u t s c h l a n d , vertreten durch
den Bundesminister der Finanzen, dieser vertreten durch die
Oberfinanzdirektion B [REDACTED] (Bauamt Süd), F [REDACTED]straße [REDACTED],
B [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin,
Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Franz S [REDACTED] & Co GmbH, vertreten
durch ihre Geschäftsführer Karl A [REDACTED] und Kurt G [REDACTED],
A [REDACTED]straße [REDACTED]-[REDACTED], B [REDACTED] [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte,
Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. April 1978 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Obenhaus

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 2. Juli 1976 aufgehoben.

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

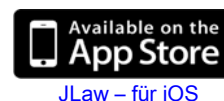
Von Rechts wegen

Tatbestand:

In den Jahren 1972/73 stellte die Klägerin im Auftrag der Beklagten die Heizung der von der US-Armee benutzten An[REDACTED]-Ba[REDACTED] in B[REDACTED]-L[REDACTED] von Koks- auf Ölfeuerung um. Der Auftrag umfaßte die Verlegung von Rohrleitungen, die Feuerungsanlagen für vier anderweit bezogene Heizkessel sowie die Elektroanlage samt Regelung und Steuerung. Für Lieferung und Montage der Feuerungs- und der Elektroanlagen bediente die Klägerin sich zweier Subunternehmer; den



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



Rohrleitungsteil führte sie selber aus. Die Zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZVB) der Finanzbauverwaltung für die Ausführung von Bauleistungen 1968 sowie die VOB/B (1952) sind Bestandteile des Vertrages.

Am 28. März 1973 trat im Brennraum des bereits zeitweise mit Öl betriebenen Heizkessels Nr. 1 nach Umschaltung auf automatische Steuerung eine "Verpuffung" ein, die zu einer Verformung des Kessels, zum Reißen von Rohren sowie zur Beschädigung des Brenners und der Elektroanlage führte. Für diesen Schaden machte die Beklagte mit Schreiben vom 21. Juni 1973 die Klägerin verantwortlich. Diese lehnte jede Kostenerstattung ab und besserte später nur die beschädigten Rohrleitungen nach. Die Beklagte wandte im Herbst 1973 für die Wiederbeschaffung eines Kessels 132.569 DM, für die Instandsetzung des Brenners 1.150 DM und für die Elektroanlage 872,79 DM auf.

Die Klägerin hat auf Zahlung von Restwerklohn geklagt. Die Beklagte hat mit Schadensersatzansprüchen aufgerechnet und im Wege der Widerklage 134.521,79 DM nebst Zinsen geltend gemacht.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Beklagte hat ihre Berufung auf die Widerklage beschränkt. Das Kammergericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der - angenommenen - Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Widerklageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht findet für den mit der Widerklage geforderten Kostenersatz keine Anspruchsgrundlage. Es sieht in der "Vorläufigen Abnahmebescheinigung" vom 8. August 1973 die nach Nr. 21 ZVB erforderliche förmliche Abnahme der Werkleistung der Klägerin. Wegen der somit erst nach der Abnahme durchgeführten Erneuerungsarbeiten sind nach seiner Ansicht hier Kostenersatzansprüche weder aus § 4 Nr. 7 noch aus § 13 VOB/B gegeben. Ein Schadensersatzanspruch aus § 4 Nr. 7 VOB/B hätte substantiiert vor der Abnahme geltend gemacht werden müssen. Die Kesselreparatur hätte die Beklagte allenfalls dann zu Lasten der Klägerin durch Dritte ausführen lassen dürfen, wenn sie nach Fristsetzung und Androhung gemäß §§ 4 Nr. 7 Satz 3, 8 Nr. 3 VOB/B der Klägerin den Auftrag entzogen hätte. Da sie ihr nach der Abnahme nicht Frist gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B gesetzt habe und diese Fristsetzung auch nicht entbehrlich gewesen sei, könne sie weder nach dieser Bestimmung Erstattung der Nachbesserungskosten noch nach § 13 Nr. 7 VOB/B Schadensersatz verlangen. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag kämen ebenfalls nicht in Betracht.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum. Die Revision wendet sich dagegen mit Erfolg.

I.

Falls die Klägerin die Verpuffung vom 28. März 1973 zu vertreten hat - was für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist -, schuldet sie der Beklagten Schadensersatz für die Wiederbeschaffung des nicht von ihr gelieferten Heizkessels. Dies folgt aus § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B sowie, falls die Beklagte bereits Eigentümerin des anderweit gelieferten Kessels war, auch aus § 823 Abs. 1 BGB (BGHZ 61, 203).

Der Anspruch aus § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B ist hier ein Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung. Er bedarf zu seinem Entstehen oder Fortbestehen weder der mit Fristsetzung verbundenen Aufforderung zur Wiederherstellung noch des Vorbehalts bei der Abnahme noch gar der Auftragsentziehung gemäß §§ 4 Nr. 7 Satz 3, 8 Nr. 3 VOB/B. Allein Werkmängel darf der Auftraggeber vor der Abnahme nicht ohne vorangegangene berechnete Auftragsentziehung durch Dritte beseitigen lassen (BGHZ 50, 160, 168). Die Verformung des Heizkessels durch die Verpuffung stellte jedoch keinen Mangel des Werkes der Klägerin dar; denn sie hatte den später beschädigten Kessel nicht geliefert. Er gehörte nicht zu dem von ihr zu erbringenden Werk.

Durch die spätere Abnahme der Werkleistung verlor die Beklagte den Schadensersatzanspruch aus § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B wegen des Kessels nicht (vgl. den insofern ähnlichen Fall der Senatsentscheidung NJW 1975, 1701). Es war auch nicht notwendig, daß sie den Ausgleich bereits vor der Abnahme substantiiert geltend machte, um ihn sich über die Abnahme hinaus zu erhalten.

- 6 -

II.

Die Klägerin, falls sie für die Verpuffung verantwortlich ist, war verpflichtet, die von ihr und ihren Subunternehmern erbrachten, durch die Verpuffung beschädigten Werkleistungen (Rohrleitungen, Brenner, Elektroanlage) auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen (§§ 4 Nr. 7 Satz 1, 7 Nr. 1 VOB/B 1952). Dazu wurde sie durch Schreiben der Beklagten vom 21. Juni 1973 vergeblich aufgefordert. In der "Vorläufigen Abnahmebescheinigung" vom 8. August 1973 behielt sich die Beklagte ihre Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche vor. Sie hat daher diese Ansprüche durch die Abnahme nicht verloren (§§ 640 Abs. 2 BGB, 12 Nr. 4 Abs. 1 Satz 4 VOB/B).

Die Feststellung des Berufungsgerichts, mit der Erteilung der "Vorläufigen Abnahmebescheinigung" am 8. August 1973 sei das Werk (trotz der vermerkten Vorbehalte) gemäß § 12 Nr. 4 VOB/B, Nr. 21 ZVB abgenommen worden, ist eine tatrichterliche Wertung, die aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist. Auch die Revision geht von diesem Abnahmezeitpunkt aus.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der bis zur Abnahme nicht befriedigte Erfüllungsanspruch aus § 4 Nr. 7 Satz 1 VOB/B werde mit der Abnahme zu einem Gewährleistungsanspruch gemäß § 13 Nr. 5-7 VOB/B (vgl. BGHZ 54, 352, 355 - dort offengelassen - sowie Ingenstau/Korbion (8.) B § 4 Rn. 150 c (zur Verjährungsfrage); Heiermann/Riedl/Schwaab B § 4 Rn. 49; Daub/Piel/Soergel/Steffani B § 4 ErlZ. 4.213; Glanzmann BGB-RGRK Anh. zu §§ 633-635 Rn. 54; Werner/Pastor, Der Bauprozess (2.) Rn. 437). Auch wenn man dieser Auffassung des Berufungsgerichts zustimmt, kann ihm darin

nicht gefolgt werden, daß durch die Abnahme die frühere Aufforderung zur Mängelbeseitigung bedeutungslos geworden sei und nach der Abnahme gemäß § 13 Nr. 5 VOB/B hätte wiederholt werden müssen. Aufgrund des Schreibens vom 21. Juni 1973 und des Vorbehalts bei der Abnahme war klar, was die Beklagte weiterhin forderte, nämlich die Beseitigung der durch die Verpuffung entstandenen Schäden. Von ihr zu verlangen, erneut unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufzufordern, obwohl die Klägerin dies abgelehnt hatte, wäre sinnlos gewesen und kann daher nicht verlangt werden (vgl. Senatsentscheidungen NJW 1971, 798; vom 20. März 1975 - VII ZR 65/74 = BauR 1976, 285). Nachdem die Klägerin auch auf den Vorbehalt bei der Abnahme hin, von der Nachbesserung der Rohrleitungen abgesehen, nichts unternommen hatte, durfte die Beklagte ohne weitere Fristsetzung andere Firmen mit der Instandsetzung des Brenners und der Elektroanlage beauftragen und dann von der Klägerin Erstattung der dadurch entstandenen Aufwendungen verlangen. Ob die Klägerin selbst den Schaden mit geringerem Kostenaufwand hätte beseitigen können, ist unerheblich, da sie zur Mängelbeseitigung nicht bereit war. Klärungsbedürftig ist jedoch noch, ob die Klägerin für die Verpuffung verantwortlich ist und ob die aufgewandten Kosten notwendig waren.

- 8 -

III.

Nach alledem ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Vogt

Girisch

RiBGH Meise ist
in Urlaub und kann
daher nicht unter-
schreiben.

Vogt

Recken

Obenhaus