

9
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/B §§ 4 A Nr. 7, 8 Nr. 3

Auch bei Verzug des Auftragnehmers mit der Mängelbeseitigung gemäß § 4 Nr. 7 VOB/B kann der Auftraggeber Ersatz von Fremdnachbesserungskosten regelmäßig nicht verlangen, bevor er den Auftrag nach § 8 Nr. 3 VOB/B entzogen hat.

BGH, Urt. v. 15. Mai 1986 - VII ZR 176/85 - OLG Koblenz
LG Koblenz

BUNDESGERICHTSHOF

9

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 176/85

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
15. Mai 1986
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Fußbodenunternehmers Wilhelm St[REDACTED],
E[REDACTED] Straße [REDACTED], K[REDACTED]-H[REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten,
Anschlußberufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Krankenpflegegenossenschaft der Sch[REDACTED] v[REDACTED] He[REDACTED]
G[REDACTED], M[REDACTED] Straße [REDACTED], K[REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin,
Anschlußberufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Mai 1986 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Bliesener, Obenhaus und Prof. Dr. Walchshöfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers sowie auf seine Anschlußberufung werden die Urteile des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 16. April 1985 und der 9. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz vom 19. April 1983 teilweise aufgehoben und neu gefaßt wie folgt:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 49.327,73 DM nebst folgenden Zinsen aus 49.322,73 DM zu zahlen:

ab 28. Oktober 1980	13 %
ab 22. Oktober 1982	12 %
ab 3. Dezember 1982	11 % und
ab 18. März 1983	10 %.

Im übrigen bleibt die Klage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten und die weitergehende Anschlußberufung des Klägers werden zurückgewiesen.

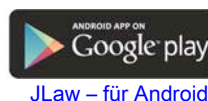
Von den Kosten der beiden ersten Rechtszüge haben der Kläger 3/7, die Beklagte 4/7 zu tragen.

Die Kosten der Revision hat die Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen



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



Tatbestand

Der Kläger hat auftragsgemäß von 1977 bis 1979 in einem Krankenhausneubau der Beklagten in K. Estriche verlegt; die Geltung der VOB/B war vereinbart. In beiden Tatsacheninstanzen hat der Kläger Restwerklohn von 86.905,04 DM (nebst Zinsen und 5 DM Mahnkosten) von der Beklagten verlangt.

Das Landgericht hat ihm nur 41.349,72 DM (nebst Zinsen und Mahnauslagen) zugesprochen. Dagegen haben sich die Beklagte mit der Berufung und der Kläger mit der Anschlußberufung gewandt. Die Parteien streiten inzwischen nicht mehr darüber, daß sich der Restwerklohn auf nur 68.052,92 DM beläuft, und daß dieser Betrag wegen von der Beklagten erklärten Aufrechnung mit einer aus drei Posten bestehenden Gegenforderung von 18.730,19 DM auf 49.322,73 DM zurückgeführt wird. Daraus hat das Berufungsgericht dem Kläger jedoch nur 9.364,55 DM sowie 5 DM Mahnkosten (nebst gestaffelten Zinsen) zugesprochen. Wegen der restlichen 39.958,18 DM (nebst Zinsen) hat es die Aufrechnung der Beklagten mit einer weiteren Gegenforderung durchgreifen lassen und deshalb insoweit die Klage abgewiesen. Dabei geht es um Folgendes:

Schon vor der Abnahme der Werkleistungen des Klägers hat die Beklagte vom Kläger die Beseitigung von Werkmängeln an den Estrichen verlangt. Über den Mängelumfang waren die Parteien sich nicht einig. Ohne dem Kläger zuvor den Auftrag zu entziehen, hat die Beklagte einen Teil der ihrer Ansicht nach mangelhaften Leistungen von der Firma G. nachbessern lassen. Andere Mängel hat der Kläger selbst beseitigt. Für

die von der Firma G. durchgeführten Nachbesserungsarbeiten hat die Beklagte insgesamt 51.003,27 DM aufgewendet. Einen Teilbetrag von 11.045,09 DM, Spachtelungen im ersten Obergeschoß betreffend, hat der Kläger übernommen. Dieser Betrag gehört zu der unstreitigen Aufrechnungsforderung von 18.730,19 DM und ist bei der Zurückführung des Restwerklohns auf 49.322,73 DM bereits berücksichtigt. Die restlichen 39.958,18 DM will der Kläger jedoch nicht tragen. Mit seiner - angenommenen - Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt er deshalb seinen Restwerklohnanspruch in Höhe des vom Berufungsgericht abgewiesenen Teils weiter.

Entscheidungsgründe

I.

Anders als das Landgericht meint das Berufungsgericht zunächst, bei Verzug des Auftragnehmers mit der Mängelbeseitigung könne der Auftraggeber eines VOB-Vertrages auch ohne zuvorige Entziehung des Auftrages einen anderen Unternehmer mit der Beseitigung der schon vor der Abnahme erkannten Werkmängel beauftragen und aus §§ 633 Abs. 3, 634 Abs. 1 Satz 2 BGB vom Auftragnehmer die Fremdnachbesserungskosten ersetzt verlangen.

Das hält den Angriffen der Revision nicht stand.

1 a) Für einen VOB-Vertrag enthalten die §§ 4 Nr. 7 und 8 Nr. 3 VOB/B eine abschließende Regelung der Ansprüche des Auftraggebers aus Mängeln, die sich schon vor Vollendung und vor Abnahme des Baus gezeigt haben. Der Auftraggeber ist danach auch bei Verzug des Auftragnehmers mit der Mängelbeseitigung jedenfalls im Regelfall nicht ohne Einhaltung des in § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B vorgeschriebenen Weges befugt, die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers durch einen anderen Unternehmer beseitigen zu lassen. Ohne Setzung einer angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung unter der Androhung, nach fruchtlosem Fristablauf den Auftrag zu entziehen, und vor der Auftragsentziehung kann er die ihm aus der Beauftragung eines anderen Unternehmers entstandenen Mängelbeseitigungskosten deshalb regelmäßig nicht vom Auftragnehmer ersetzt verlangen (BGHZ 50, 160, 168, 169; NJW 1977, 1922, 1923; Urt. v. 20. April 1978 - VII ZR 166/76 = BauR 1978, 306, 307). Dem stimmen zu z.B. Kaiser (Das Mängelhaftungsrecht der VOB, 5. Aufl., Rdn. 30), Schmitz (BauR 1979, 195, 196, 200, 202), Korbion/Hochstein (VOB-Vertrag, 3. Aufl., Rdn. 207), Vygen (Bauvertragsrecht, Rdn. 508), Clemm (BauR 1986, 136, 137, 138), Nicklisch (Nicklisch/Weick, VOB Teil B, § 4 Rdn. 90, 112), Riedl (Heiermann/Riedl/Schwaab, VOB, 3. Aufl., Rdn. 52 b) und Kiesel (VOB Teil B, § 4 Rdn. 24). Mit dem Senat sehen diese Autoren in §§ 4 Nr. 7, 8 Nr. 3 VOB/B eine abschließende Regelung, die ein Zurückgreifen auf andere Bestimmungen grundsätzlich ausschließt.

b) Soweit ersichtlich meint nur Korbion (Ingenstau/Korbion, VOB, 10. Aufl., B § 4 Rdn. 157 a, erstmals seit der 9. Auflage), dem sich das Berufungsgericht und das Oberlandesgericht Celle (BauR 1984, 409, 410) angeschlossen haben, auch innerhalb eines VOB-Bauvertrages dürfe

der Auftraggeber schon vor der Abnahme wegen der Nachbesserung von Mängeln den Weg aus § 633 Abs. 3 BGB gehen und bei Verzug des Auftragnehmers mit der Mängelbeseitigung ohne Auftragsentziehung fremdnachbessern lassen und Ersatz der Fremdnachbesserungskosten von diesem verlangen.

Damit wird jedoch die Sonderregelung verkannt, die in §§ 4 Nr. 7, 8 Nr. 3 VOB/B ihren Niederschlag gefunden hat. Diese Regelung hat ihren guten Grund und ist auch interessengerecht.

Denn wenn ein Zweitunternehmer innerhalb eines bestehenden Werkvertrages dem Erstunternehmer angelastete Mängel beseitigt, muß das in vielen Fällen geradezu zwangsläufig zu Streitigkeiten zwischen den nunmehr drei Beteiligten führen, die jeweils eine andere Sicht bezüglich Art, Umfang und Erforderlichkeit der Beseitigung der Mängel haben können und vielfach auch haben. Nicht selten greifen zudem Mängelbeseitigungs- und Fertigstellungsarbeiten ineinander oder sind zumindest schwierig abzugrenzen, so daß es zu weiteren Verwicklungen oder sogar gegenseitigen Behinderungen kommen kann (vgl. auch Senatsurteil NJW 1977, 1922, 1923). Das alles will die VOB/B mit der hier in Rede stehenden Regelung gerade vermeiden, die für die Bauabwicklung klare Verhältnisse schafft: Ohne zuvoriges Ausscheiden des Auftragnehmers aus dem Vertrage darf gegen dessen Willen ein Zweitunternehmer jedenfalls nicht auf seine Kosten nachbessern. Es soll möglichst nichts "ineinandergehen" (vgl. auch Kiesel u. Clemm aaO). Das liegt im Interesse aller Beteiligten und ist deshalb für Bauverträge sachlich gerechtfertigt. Dabei muß es für den Regelfall bleiben.

Dem Interesse des Auftraggebers, in geeigneten Fällen den Vertrag mit dem Auftragnehmer fortzusetzen und gleichwohl aufgetretene Mängel durch einen Dritten auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen lassen zu können, trägt die VOB/B dadurch Rechnung, daß sie es ermöglicht, die Entziehung des Auftrags "auf einen in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung" zu beschränken (§ 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2). Dann werden aber auch die bei gleichzeitiger Mängelbeseitigung durch Dritte und Fertigstellung durch den Auftragnehmer zu erwartenden Schwierigkeiten weitgehend vermieden. Bei beschränkter Entziehung des Auftrags auf einen in sich abgeschlossenen Teil der geschuldeten Leistung (§ 12 Nr. 2 a VOB/B) lassen sich Mängelbeseitigung und Fertigstellung besser voneinander trennen (so zutreffend Clemm aaO S. 140).

c) Von der Einhaltung des vollständigen Weges nach §§ 4 Nr. 7, 8 Nr. 3 VOB/B ist der Auftraggeber nur in den schon in BGHZ 50, 160, 166 behandelten Fällen befreit: Er muß dem Auftragnehmer keine Frist zur Mängelbeseitigung (mehr) setzen, wenn dieser die Nachbesserung bereits ernsthaft und endgültig verweigert hat, oder wenn die Nachbesserung gerade durch den Auftragnehmer für den Auftraggeber unzumutbar ist. Das ändert jedoch nichts daran, daß er dem Auftragnehmer den Auftrag zunächst - und wenn ausnahmsweise auch ohne Fristsetzung - (ganz oder teilweise) entziehen muß, bevor er die Mängelbeseitigung durch einen anderen Unternehmer vornehmen und den Auftragnehmer mit den dadurch entstehenden Kosten belasten kann.

2) Soweit das Berufungsgericht mit seiner Hauptbegründung den hier noch in Rede stehenden zur Aufrechnung gestellten Gegenanspruch von 39.958,18 DM als Anspruch auf Schadensersatz aus Verzug mit der Mängelbeseitigung bejaht hat, kann das Berufungsurteil danach keinen Bestand haben.

II.

Das Oberlandesgericht stützt seine Entscheidung weiter "auf besondere Umstände, die abweichend von den durch die VOB gegebenen Möglichkeiten ein solches Vorgehen des Auftraggebers rechtfertigen und die Zahlungsverweigerung des Klägers unter Berufung auf die fehlende Kündigung arglistig erscheinen lassen" würden. Es meint insoweit, der Kläger habe, nachdem er mit den Nachbesserungsarbeiten in Verzug geraten sei, das Vorgehen der Beklagten nicht gerügt, sondern sich alsbald mit der Beklagten und der Firma G. in Verbindung gesetzt, um die Weiterführung der Nachbesserungsarbeiten bemüht und diese nach neun Tagen auch wieder aufgenommen. Das sei nicht verständlich, wenn er ernsthaft der Meinung gewesen sei, für die Fremdnachbesserungskosten nicht aufkommen zu müssen. Die zusätzliche Beauftragung der Firma G. habe dazu gedient, die Schäden niedrig zu halten und habe damit allein im Interesse des Klägers gelegen, der sich im übrigen auch stillschweigend mit dem Abweichen von den Bestimmungen der VOB/B einverstanden erklärt habe.

Auch das hält den Revisionsangriffen nicht stand:

1) Dem Berufungsgericht ist zwar darin zuzustimmen, daß der Kläger mit der Nichteinhaltung der am 12. März 1979 getroffenen Vereinbarung, die Nachbesserungsarbeiten am

13. März 1979 zu beginnen, mit der Mängelbeseitigung in Verzug geraten ist. Wenn er, wovon das Berufungsgericht ausgeht, mit dem Abweichen von den Bestimmungen der VOB/B oder mit der Beauftragung der Firma G. auf seine Kosten einverstanden gewesen sein sollte, könnte er deshalb durchaus zur Erstattung der Fremdnachbesserungskosten verpflichtet sein.

Dem Berufungsgericht kann aber nicht darin gefolgt werden, die Beklagte habe von einem derartigen Einverständnis des Klägers ausgehen dürfen. Es verkennt das ihm unterbreitete Parteivorbringen:

Der Kläger hatte schon am 13. März 1979 das Beweissicherungsverfahren 15 H 2/79 (AG Koblenz) eingeleitet mit dem Ziel, die Mangelfreiheit der von ihm gefertigten Estriche festzustellen. Noch am selben Tage ist in diesem Verfahren ein entsprechender Beweisbeschluß ergangen und der Beklagten zugeleitet worden (Beweissicherungsakten Blatt 17). Die Beklagte dürfte deshalb schon am 14. März 1979 davon unterrichtet gewesen sein, daß der Kläger ihre Mängelrügen nicht als berechtigt ansah. Daß der Kläger bei dieser Sachlage mit der Beauftragung einer Drittfirma auf seine Kosten einverstanden gewesen wäre, konnte die Beklagte deshalb nicht ohne ausdrückliche Erklärung annehmen. Dem entspricht es denn auch, daß schon bei der Vereinbarung der Parteien vom 21. März 1979 über die Weiterführung der Nachbesserungsarbeiten durch den Kläger die Beklagte sich zwar vorbehalten hat, die Kosten der Fremdnachbesserung geltend zu machen, jedoch auch der Kläger erklärt hat, alle seine Einwendungen zu Grund und Höhe derartiger

Forderungen aufrecht erhalten zu wollen (Anlagenhefter II Seite 70). Das vom Berufungsgericht angenommene - bestrittene - stillschweigende Einverständnis des Klägers zur Abweichung von den Bestimmungen der VOB/B oder zur Übernahme der Fremdnachbesserungskosten ist deshalb gerade nicht belegt.

2) Bei einem solchen vor der Abnahme entstandenen Streit über die Mängelbeseitigungspflicht des Auftragnehmers muß der Auftraggeber grundsätzlich den Weg aus §§ 4 Nr. 7, 8 Nr. 3 VOB/B schon deshalb einhalten, um den Auftragnehmer unzweideutig auf die Folgen seines weiteren Verzuges mit der Mängelbeseitigung hinzuweisen. Der Auftraggeber muß sich auch entscheiden, ob er den Mängelbeseitigungsanspruch gegen den Auftragnehmer durchsetzen oder nach Entziehung des Auftrages einen anderen Unternehmer mit der Mängelbeseitigung beauftragen und die Fremdnachbesserungskosten vom Auftragnehmer erstattet haben will. Die Beklagte hat diese Entscheidung unterlassen und voreilig (auch) die Firma G. mit Mängelbeseitigungsarbeiten beauftragt. Daß sich der Kläger auf das Fehlen der Voraussetzungen aus §§ 4 Nr. 7, 8 Nr. 3 VOB/B beruft, auf die Nichteinhaltung des darin und zu seinem Schutz vorgeschriebenen Weges, kann ihm bei dieser Sachlage entgegen der Wertung des Berufungsgerichtes nicht den Vorwurf der Arglist einbringen. Schließlich hat auch die Beklagte seinerzeit das Verhalten des Klägers nicht als arglistig angesehen, ihn vielmehr trotz seiner Weigerung, die bis dahin entstandenen Fremdnachbesserungskosten in dem hier noch streitigen Umfang zu übernehmen, weitere Nachbesserungsarbeiten ausführen lassen und ihm nicht etwa wegen verlorenen Vertrauens den Auftrag entzogen.

Der Kläger darf sich deshalb auf das Fehlen der Voraussetzungen der §§ 4 Nr. 7, 8 Nr. 3 VOB/B für den zur Aufrechnung gestellten Gegenanspruch berufen.

3) Auch mit der Hilfsbegründung des Berufungsgerichtes läßt sich der noch zur Aufrechnung gestellte Gegenanspruch daher nicht rechtfertigen. Sonstige Anspruchsgrundlagen sind für diesen Anspruch nicht ersichtlich.

III.

Das Berufungsurteil muß danach im angefochtenen Umfange aufgehoben werden.

Das Revisionsgericht kann den Rechtsstreit abschließend selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

Da der Beklagten die nur noch streitbefangene zur Aufrechnung gestellte Forderung von 39.958,18 DM nicht zusteht,

sind dem Kläger abändernd der gesamte unstreitig gewordene Restwerklohnanspruch von 49.322,73 DM (nebst Zinsen) und weitere 5 DM als Mahnkosten zuzusprechen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92, 97 ZPO.

Girisch

Recken

Bliesener

Obenhaus

Walchshöfer