BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 183/05

Verkündet am:
8. November 2007
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

BGB § 633 Abs. 2 Satz 1

a) Auch nach der Änderung des § 633 BGB durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts entspricht ein Werk nicht der vereinbarten Beschaffenheit, wenn es nicht die vereinbarte Funktionstauglichkeit aufweist.

b) Beruht der Mangel der Funktionstauglichkeit auf einer unzureichenden Vorleistung eines anderen Unternehmers, wird der Unternehmer auch nach dem durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts geänderten Werkvertragsrecht von der Mängelhaftung frei, wenn er seine Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt hat.

c) Der Unternehmer trägt die Darlegungs- und Beweislast für die Erfüllung der Prüfungs- und Hinweispflicht.

d) Zur Mängelhaftung des Unternehmers für eine Heizungsanlage, die deshalb nicht funktioniert, weil das von einem anderen Unternehmer errichtete Blockheizkraftwerk keine ausreichende Wärme erzeugt.

BGH, Urteil vom 8. November 2007 - VII ZR 183/05 - OLG München
LG München II

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 2007 durch die Richter Dr. Kuffer, Prof. Dr. Kniffka, Bauner, Dr. Eick und Halfmeier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin wird das Urteil des 28. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 28. Juni 2005 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zahlung restlichen Werklohns für den Einbau einer Heizungsanlage in Anspruch. Mit der Widerklage verlangt der Beklagte Rückzahlung des bereits gezahlten Werklohns.

2 Der Beklagte bewohnt das Forsthaus D., das nicht an das öffentliche Stromnetz angeschlossen ist. Er beabsichtigte im Jahre 2002 die Errichtung eines Blockheizkraftwerkes, das den gesamten Strom- und gleichzeitig auch den Wärme- und Warmwasserbedarf des Forsthauses decken sollte. Er wandte sich an die G. GmbH, die ihm ein Angebot über die Errichtung eines Blockheiz-

kraftwerkes mit einer thermischen Leistung von 30 kW unterbreitete. Auf Veranlassung der G. GmbH wurde die Klägerin hinzugezogen, die ein Angebot über die Errichtung einer Heizungsanlage (Pufferspeicher, Rohrleitungen, Verteiler, Armaturen, Warmwasserbereiter, Heizkörper, Wärmedämmung) und deren Anschluss an das Blockheizkraftwerk abgab. Die Klägerin errechnete den Wärmebedarf des Forsthauses mit 25 kW. Der Beklagte beauftragte im Oktober 2002 die G. GmbH mit der Errichtung eines Blockheizkraftwerkes, das eine thermische Leistung von 12 kW hatte. Dieses Blockheizkraftwerk ist errichtet worden.

3 Der Beklagte beauftragte im November 2002 die Klägerin mit der Errichtung der Heizungsanlage. Deren Abnahme lehnte er wegen verschiedener behaupteter Mängel ab und auch deshalb, weil das Forsthaus nicht ausreichend erwärmt werde. Im Laufe des Rechtsstreits hat sich gezeigt, dass die Beheizung des Forsthauses allein durch ein Blockheizkraftwerk auch dann nicht möglich ist, wenn dieses eine höhere thermische Leistung erbringen kann. Denn der dazu notwendige Stromverbrauch wird nicht abgerufen. Der Beklagte legt der Klägerin u.a. fehlende Aufklärung darüber und über die unzureichende thermische Leistung zur Last. Er erklärte den Rücktritt vom Vertrag. Auch gegenüber der G. GmbH rügte der Beklagte, die Leistung sei nicht vertragsgemäß. Nach seiner Darstellung ist ihm infolge fehlender Aufklärung durch die G. GmbH nicht bewusst gewesen, dass das Blockheizkraftwerk mit einer niedrigeren Leistung ausgelegt ist, als sie ursprünglich angeboten worden war, und es mangels ausreichender Stromabnahme nicht in der Lage ist, den Wärme- und Warmwasserbedarf des Forsthauses zu decken.

4 Die Klägerin, die die Abnahmeverweigerung und den Rücktritt für unberechtigt hält, macht mit der Klage restlichen Werklohn von 10.152,68 € geltend. Der Beklagte verlangt mit der Widerklage Rückzahlung des von ihm bereits gezahlten Werklohns von 19.280,00 €.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

5 Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen und im Übrigen die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte die zweitinstanzlichen Anträge. Die Klägerin hat Anschlussrevision mit dem Ziel einer Verurteilung des Beklagten zur Zahlung eingelegt.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision des Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Das Berufungsgericht hält den Rücktritt des Beklagten unter Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil für unbegründet. Das Landgericht hatte ausgeführt, die Leistung der Klägerin sei mangelfrei. Der Klägerin könne nicht angelastet werden, dass das Blockheizkraftwerk keine ausreichende Wärme erzeuge. Der Beklagte habe auch kein Rücktrittsrecht wegen unterlassenen Hinweises auf die Unterdimensionierung des Blockheizkraftwerkes. Anwendbar sei nicht § 323 BGB, sondern § 324 BGB, denn eine Hinweispflichtverletzung sei als Verletzung einer Verhaltenspflicht im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB einzuordnen. Die Klägerin habe eine Hinweispflicht jedoch nicht verletzt. Sie habe sich mit der G. GmbH dahin abgestimmt, dass ein Wärmebedarf von 25 kW zu decken gewesen sei. Sie habe darauf vertrauen dürfen, dass der Beklagte kein

Kraftwerk in Auftrag geben werde, das die erforderliche Heizleistung nicht bereitstellen könne.

8 Das Berufungsgericht fügt dem hinzu, die Klägerin hafte nicht für das Konzept der gesamten Blockheizkraftwerksanlage und deren Mangelfreiheit und Tauglichkeit. Die Klägerin habe nur für Mängel der von ihr selbst zugesagten Leistung einzustehen. Es sei davon auszugehen, dass die Klägerin Hinweispflichten nicht verletzt habe. Die Mangelhaftigkeit des Blockheizkraftwerks folge aus dem zu geringen Strombedarf des Beklagten; wegen zu geringer Stromabnahme produziere die Anlage keine ausreichende Abwärme für Heizung und Warmwasser. Nach Einschätzung der Sachverständigen seien die zur Beurteilung einer Kraft-Wärme-Koppelungsanlage erforderlichen Sonderkenntnisse bei einer Fachfirma für Heizung und Sanitär nicht standardmäßig vorauszusetzen und habe die Klägerin nicht erkennen können, wie viel Bedarf an elektrischer Energie im Anwesen des Beklagten bestanden habe. Somit habe der Beklagte nicht den ihm obliegenden Beweis geführt, dass die Klägerin das Anlagenkonzept überblickt habe und Bedenken hätte anmelden müssen. Da nach der Beweisaufnahme offengeblieben sei, ob die Klägerin sich auf die Tauglichkeit des Konzepts habe verlassen dürfen, könne ihr nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie weder eine genaue Erläuterung des Konzepts noch die Einschaltung eines Fachplaners verlangt und den Beklagten nicht darauf hingewiesen habe, dass die vorgesehene Anlage nicht seinen Bedarf decken würde.

9 Die Klage auf Zahlung des Werklohns sei als derzeit unbegründet abzuweisen, weil die Klägerin bisher keinen tauglichen Anschluss an eine Heizquelle hergestellt habe und der Beklagte zur Abnahme des Werkes nicht verpflichtet sei. Das vorgesehene Blockheizkraftwerk sei unbrauchbar, so dass der Beklagte eine andere Energiequelle installieren müsse, damit die Klägerin ihre Ver-

tragsleistung erbringen könne. Die Klägerin müsse die Voraussetzungen für die Abnahme des Werkes schaffen bzw. dafür sorgen, dass sich der Beklagte so behandeln lassen müsse, als habe er ihr Werk abgenommen. Danach könne festgestellt werden, inwieweit die verlangte Vergütung fällig sei.

II. Die Revision des Beklagten

10 Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand, soweit zu Lasten des Beklagten entschieden worden ist. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht einen wirksamen Rücktritt des Beklagten abgelehnt hat, ist nicht tragfähig. Zu Unrecht wird ein Sachmangel der von der Klägerin erstellten Heizungsanlage verneint (1.). Das Berufungsgericht verkennt zudem die Beweislast zur Verletzung der Prüfungs- und Hinweispflicht des Unternehmers (2.).

11 1. Ist ein Werk mangelhaft, kann der Besteller unter den Voraussetzungen der §§ 323, 636 BGB vom Vertrag zurücktreten, § 634 Nr. 3 BGB. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht einen Mangel des Werkes verneint.

12 a) Nach § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB ist das Werk frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat.

13 aa) Ohne Rechtsfehler geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Klägerin nicht für Mängel des Blockheizkraftwerkes einzustehen hat. Der Unternehmer hat dem Besteller sein Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen, § 633 Abs. 1 BGB. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Klägerin und die G. GmbH weder eine Bietergemeinschaft gebildet haben noch sonst ein Zusammenschluss dieser beiden Unternehmer in einer Weise erfolgt ist, die eine gemeinschaftliche Verantwortlichkeit für die Errichtung des Block-

heizkraftwerkes und der Heizungsanlage rechtfertigen würde. Vielmehr hat der Beklagte beide Unternehmer mit unterschiedlichen Leistungen beauftragt. Der Umstand, dass diese Leistungen in einem gewissen Maße aufeinander abzustimmen waren, rechtfertigt nicht die Annahme des Beklagten, beide Unternehmer seien gemeinschaftlich verantwortlich, so dass die Klägerin auch für Mängel des Blockheizkraftwerkes einzustehen habe (vgl. BGH, Urteil vom 16. Mai 1974 - VII ZR 35/72, BauR 1975, 130, 131; MünchKommBGB/Busche, 4. Aufl., § 631 Rdn. 40).

14 bb) Das bedeutet jedoch nicht, dass sich die Mängel des Blockheizkraftwerkes nicht in einer Weise auf das Werk der Klägerin auswirken können, die dazu führt, dass auch deren Werk als mangelhaft zu bewerten ist. Die Vorinstanzen gehen offenbar davon aus, ein Mangel der von der Klägerin erstellten Heizungsanlage sei allein danach zu beurteilen, ob diese für sich gesehen tauglich ist, das Forsthaus zu beheizen, wenn eine ausreichende Wärmeversorgung vorhanden wäre. Damit legen sie ihrer Entscheidung ein falsches Verständnis der "vereinbarten Beschaffenheit" im Sinne des § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB zugrunde.

15 (1) Welche Beschaffenheit eines Werkes die Parteien vereinbart haben, ergibt sich aus der Auslegung des Werkvertrages. Zur vereinbarten Beschaffenheit im Sinne des § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB gehören alle Eigenschaften des Werkes, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen. Der vertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll. Der Bundesgerichtshof hat deshalb eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit und damit einen Fehler im Sinne des § 633 Abs. 1 BGB a.F. angenommen, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck der

Herstellung eines Werkes nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt (BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 - VII ZR 169/82, BGHZ 91, 206, 212; Urteil vom 16. Juli 1998 - VII ZR 350/96, BGHZ 139, 244, 247; Urteil vom 11. November 1999 - VII ZR 403/98, BauR 2000, 411, 412 = NZBau 2000, 74 = ZfBR 2000, 121; Urteil vom 15. Oktober 2002 - X ZR 69/01, BauR 2003, 236, 238 = NZBau 2003, 33 = ZfBR 2003, 34; Beschluss vom 25. Januar 2007 - VII ZR 41/06, BauR 2007, 700 = NZBau 2007, 243 = ZfBR 2007, 340). Das gilt unabhängig davon, ob die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben oder die anerkannten Regeln der Technik eingehalten worden sind. Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart und ist dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart oder den anerkannten Regeln der Technik nicht zu erreichen, schuldet der Unternehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit (BGH, Urteil vom 16. Juli 1998 - VII ZR 350/96, aaO; Urteil vom 11. November 1999 - VII ZR 403/98, aaO).

16 (2) Dieses Verständnis von der "vereinbarten Beschaffenheit" hat sich durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts nicht geändert. Allerdings knüpft das Gesetz die Mängelhaftung nicht mehr, wie in § 633 Abs. 1 BGB a.F., an den Fehler eines Werks. Vielmehr ist in § 633 Abs. 2 BGB n.F. eine Rangfolge in der Beurteilung des Sachmangels aufgestellt, nach der zunächst zu prüfen ist, ob das Werk die vereinbarte Beschaffenheit hat (Satz 1). Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln, wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte (Satz 2 Nr. 1), sonst für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werks erwarten kann (Satz 2 Nr. 2). Damit wurde die Mängelhaftung des Werkunternehmers der Mängelhaftung des Verkäufers angepasst, vgl. § 434 Abs. 1 BGB n.F. Die Neugestaltung der Mängelhaftung des Verkäufers erfolgte mit

dem maßgeblichen Ziel, die Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG vom 25. Mai 1999 umzusetzen.

17 Zu Recht besteht in der Literatur jedenfalls im Ergebnis Einigkeit darüber, dass die in § 633 Abs. 2 BGB geregelte Rangfolge keinen Anlass gibt, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Verständnis der "vereinbarten Beschaffenheit" in Frage zu stellen (MünchKommBGB/Busche, 4. Aufl., § 633 Rdn. 13 f.; Bamberger/Roth-Voit, BGB, § 633 Rdn. 5; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 11. Aufl., Rdn. 1457; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 2. Aufl., 6. Teil, Rdn. 23; Ingenstau/Korbion-Wirth, VOB-Kommentar, 16. Aufl., § 13 Nr. 1 Rdn. 13 ff.; Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB, 3. Aufl., § 13 Rdn. 27; Kapellmann/Messerschmidt-Weyer, VOB, § 13 Rdn. 32). Gegenteiliges folgt insbesondere nicht daraus, dass nach § 633 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB auf die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung erst dann abzustellen ist, soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist. Der Gesetzgeber hat nicht beabsichtigt, beim Werkvertrag die Vereinbarungen zur Funktionstauglichkeit des Werkes dem Anwendungsbereich des § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB zu entziehen und damit einer Auslegung dieser Regelung den Weg zu öffnen, wonach allein die Vereinbarung der jeweiligen Leistung bzw. der Ausführungsart, wie sie sich z.B. in Leistungsverzeichnissen oder sonstigen Leistungsbeschreibungen dokumentiert, Grundlage für die Beurteilung sein kann, inwieweit die vereinbarte Beschaffenheit eingehalten ist. Eine solche Auslegung des § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB würde dazu führen, dass eine Leistung des Unternehmers als mangelfrei einzuordnen wäre, wenn die im Vertrag vorgesehene Leistung oder Ausführungsart nicht geeignet ist, ein funktionstaugliches Werk zu errichten. Es würde die vereinbarte Funktion aus der Beurteilung der vereinbarten Beschaffenheit ausblenden und damit den Willen der Parteien in einem wichtigen, für die Errichtung eines Werks in aller Regel maßgeblichen Punkt unberücksichtigt

lassen (vgl. Weyer, BauR 2003, 613, 616 f.; Merl, Festschrift für Jagenburg, S. 597, 601; Mundt, NZBau 2003, 73, 76).

18 Dass eine derartig weitgehende und tiefgreifende Beschränkung der Bedeutung des Parteiwillens bei der Frage der Beschaffenheitsvereinbarung vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt ist, ergibt sich mit hinreichender Deutlichkeit aus dem Gesetzgebungsverfahren. In der Begründung des Entwurfs zum Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts ist darauf hingewiesen worden, dass die Formulierung des § 434 Abs. 1 BGB und des § 633 Abs. 2 BGB den bisher geltenden subjektiven Mangelbegriff umsetzt (BT-Drucksache 14/6040, S. 212). Auch ist klargestellt, dass in aller Regel eine "vereinbarte Beschaffenheit" der Kaufsache im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB anzunehmen sein wird, wenn die Parteien übereinstimmend einen bestimmten Zweck der Kaufsache voraussetzen (BT-Drucksache 14/6040, S. 213). Damit ist dokumentiert, dass die Beurteilung der "vereinbarten Beschaffenheit" im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB und des gleich lautenden § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB keinen neuen Maßstäben unterworfen werden sollte. Das wird zudem durch die Begründung deutlich, mit der der Gesetzgeber davon abgesehen hat, eine Regelung in das Gesetz aufzunehmen, nach der die anerkannten Regeln der Technik einzuhalten sind. Der Gesetzgeber hat befürchtet, eine solche Regelung könne zu dem Missverständnis verleiten, dass der Werkunternehmer seine Leistungspflicht schon dann erfüllt habe, sobald nur diese Regeln eingehalten seien, auch wenn das Werk dadurch nicht die vertragsgemäße Beschaffenheit erlangt habe (BT-Drucksache 14/6040, S. 261). Diese Begründung nimmt erkennbar auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Bezug, die vor allem dann Bedeutung erlangt, wenn die anerkannten Regeln der Technik die vereinbarte Beschaffenheit deshalb nicht erfüllen, weil sie die vereinbarte Funktion nicht gewährleisten.

19 b) Danach ist die von der Klägerin errichtete Heizungsanlage mangelhaft. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte die Errichtung der Heizungsanlage und deren Anschluss an das Blockheizkraftwerk in Auftrag gegeben, um das Forsthaus D. ausreichend zu beheizen und mit Warmwasser zu versorgen. Diesen vertraglich vereinbarten Gebrauchszweck kann die Anlage nicht erfüllen. Die Heizkörper werden nicht durchgehend ausreichend erwärmt. Ohne Bedeutung ist, dass die von der Klägerin einzubauenden Teile der Heizungsanlage, abgesehen von der noch fehlenden Wärmedämmung, für sich gesehen ordnungsgemäß errichtet sind. Denn das führt nicht dazu, dass die vereinbarte Funktion erfüllt ist. Ohne Bedeutung ist auch, dass die mangelnde Funktion der Heizungsanlage ausschließlich darauf zurückzuführen ist, dass das Blockheizkraftwerk keine ausreichende Wärme zur Verfügung stellt. Denn ein Werk ist auch dann mangelhaft, wenn es die vereinbarte Funktion nur deshalb nicht erfüllt, weil die vom Besteller zur Verfügung gestellten Leistungen anderer Unternehmer, von denen die Funktionsfähigkeit des Werkes abhängt, unzureichend sind. Der Unternehmer kann in diesen Fällen allerdings der Verantwortlichkeit für den Mangel seines Werks durch Erfüllung seiner Prüfungs- und Hinweispflicht entgehen (vgl. unten 2.). Liegen die Voraussetzungen dazu nicht vor, bleibt er für den Mangel der Funktionstauglichkeit verantwortlich. Er muss deshalb seine Leistung nachbessern, bis die vereinbarte Funktionstauglichkeit erreicht ist. Sind dazu Leistungen notwendig, die von der vereinbarten Leistung oder Ausführungsart nicht erfasst sind, ist zu prüfen, ob der Besteller deren Kosten im Rahmen der Vorteilsausgleichung unter dem Gesichtspunkt der Sowiesokosten zu übernehmen hat (BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 - VII ZR 169/82, BGHZ 91, 206, 211; Beschluss vom 25. Januar 2007 - VII ZR 41/06, BauR 2007, 700 = NZBau 2007, 243 = ZfBR 2007, 340 m.w.N.). Allerdings kann der Unternehmer seine Vertragspflicht regelmäßig nur erfüllen, wenn der Besteller ihm die geeignete Vorleistung zur Verfügung stellt. Der Besteller muss

deshalb im Rahmen der ihm obliegenden Mitwirkung dafür sorgen, dass die ungeeignete Leistung des vorleistenden Unternehmers ihrerseits in einer Weise verändert wird, dass der Unternehmer in der Lage ist, sein Werk vertragsgerecht herzustellen.

20 2. Rechtsfehlerhaft meint das Berufungsgericht, es müsse davon ausgegangen werden, dass die Klägerin ihre Prüfungs- und Hinweispflicht nicht verletzt habe, weil der Beklagte den ihm obliegenden Beweis nicht geführt habe.

21 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Unternehmer dann nicht für den Mangel seines Werks verantwortlich, wenn dieser auf verbindliche Vorgaben des Bestellers oder von diesem gelieferte Stoffe oder Bauteile oder Vorleistungen anderer Unternehmer zurückzuführen ist und der Unternehmer seine Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt hat (BGH, Urteil vom 11. April 1957 - VII ZR 308/56, LM BGB § 633 Nr. 3; Urteil vom 23. Oktober 1986 - VII ZR 48/85, BauR 1987, 79, 80 = ZfBR 1987, 32; Urteil vom 12. Mai 2005 - VII ZR 45/04, BauR 2005, 1314, 1316 = NZBau 2005, 456 = ZfBR 2005, 667). In den genannten Fällen von verbindlichen Vorgaben und Vorleistungen ist die Eigenverantwortung des Unternehmers für die Herstellung des Werkes eingeschränkt und deshalb die verschuldensunabhängige Mängelhaftung des Unternehmers nicht uneingeschränkt interessengerecht. Hat der Unternehmer seine weiteren, auf die ordnungsgemäße Vertragserfüllung gerichteten Pflichten erfüllt, entspräche sie auch nicht der Risikozuordnung des Gesetzes, wie sie in § 645 BGB zum Ausdruck kommt (MünchKommBGB/Busche, 4. Aufl., § 634 Rdn. 79; Bamberger/Roth-Voit, BGB, § 633 Rdn. 19; Staudinger/Peters (2003) § 631 Rdn. 76). Es ist deshalb nach Treu und Glauben geboten, den Unternehmer unter der Voraussetzung aus der Mängelhaftung zu entlassen, dass er seine ebenfalls auf die ordnungsgemäße Vertragserfüllung gerichtete Pflicht erfüllt hat, den Besteller auf die Bedenken hinzuweisen, die ihm bei der gebote-

nen Prüfung gegen die Geeignetheit der verbindlichen Vorgaben, der gelieferten Stoffe oder Bauteile oder der Vorleistung anderer Unternehmer gekommen sind oder bei ordnungsgemäßer Prüfung hätten kommen müssen.

22 Entgegen bisweilen missverständlicher Formulierungen in der Literatur und einigen Gerichtsentscheidungen ist die Verletzung der Prüfungs- und Hinweispflicht kein Tatbestand, der die Mängelhaftung begründet. Die verschuldensunabhängige Mängelhaftung kann nur durch einen Sach- oder Rechtsmangel des vom Unternehmer hergestellten Werkes begründet werden. Vielmehr ist die Erfüllung der Prüfungs- und Hinweispflicht ein Tatbestand, der den Unternehmer von der Sach- oder Rechtsmängelhaftung befreit. Das ist deutlich in der Regelung des § 13 Nr. 3 in Verbindung mit § 4 Nr. 3 VOB/B zum Ausdruck gebracht. § 13 Nr. 3 VOB/B setzt voraus, dass das Werk des Unternehmers mangelhaft ist und stellt zunächst klar, dass der Unternehmer, dem Grundsatz der verschuldensunabhängigen Mängelhaftung folgend, auch dann haftet, wenn der Mangel auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers zurückzuführen ist. Sodann wird als Ausnahme von diesem Grundsatz der Befreiungstatbestand formuliert (BGH, Urteil vom 14. März 1996 - VII ZR 34/95, BGHZ 132, 189, 192; Urteil vom 12. Mai 2005 - VII ZR 45/04, BauR 2005, 1314, 1316 = NZBau 2005, 456 = ZfBR 2005, 667; Kapellmann/Messerschmidt-Weyer, VOB, § 13 Rdn. 59). Der Auftragnehmer haftet nicht, wenn er die ihm nach § 4 Nr. 3 VOB/B obliegende Mitteilung gemacht hat. Der Auftragnehmer haftet demnach trotz eines Mangels seiner Leistung nicht, wenn er Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung (auch wegen der Sicherung gegen Unfallgefahren), gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer unverzüglich - möglichst schon vor Beginn der Arbeiten - schriftlich mitge-

teilt hat. Diese Regelungen in § 13 Nr. 3 und § 4 Nr. 3 VOB/B sind eine Konkretisierung von Treu und Glauben, die über den Anwendungsbereich der VOB/B hinaus im Grundsatz auch für den Bauvertrag gelten (BGH, Urteil vom 11. April 1957 - VII ZR 308/56, LM BGB § 633 Nr. 3; Urteil vom 23. Juni 1960 - VII ZR 71/59, NJW 1960, 1813; Urteil vom 23. Oktober 1986 - VII ZR 267/85, BauR 1987, 86, 87 = ZfBR 1987, 34; Hdb. Priv. BauR (Merl), 3. Aufl., § 12 Rdn. 116; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 2. Aufl., 6. Teil, Rdn. 57; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 11. Aufl., Rdn. 1519; Ingenstau/ Korbion-Wirth, VOB, 16. Aufl., § 13 Nr. 3 Rdn. 2; § 4 Nr. 3 Rdn. 2).

23 Dies gilt auch für Verträge, die seit dem 1. Januar 2002 geschlossen sind und auf die das mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts geänderte Werkvertragsrecht anwendbar ist. Soweit Vorwerk (BauR 2003, 1, 6 f.) die Auffassung vertritt, nach der Schuldrechtsmodernisierung erscheine es konsequent und richtig, die Folgen der Verletzung der Hinweispflicht bei fehlerhafter Leistungsbeschreibung nicht mehr als Mangel zu begreifen, sondern als Folgen der Verletzung der Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB, geht er von dem fehlerhaften Ansatz aus, wonach die Verletzung der Hinweispflicht die Sach- oder Rechtsmängelhaftung begründet. Das ist, wie dargelegt, nicht der Fall. Aus allem folgt, dass die Beurteilung, ob ein Besteller zu Recht vom Vertrag zurückgetreten ist, weil ein Werk mangelhaft errichtet worden ist, auch dann nach § 323 BGB zu erfolgen hat, wenn der Mangel auf unzureichende verbindliche Vorgaben des Bestellers oder unzureichende Vorleistungen anderer Unternehmer zurückzuführen ist. Denn es stellt sich lediglich die Frage, ob die Leistung des Unternehmers vertragsgemäß ist. Insoweit ist für die vom Landgericht befürwortete Anwendung des § 324 BGB kein Raum.

24 b) Der Rahmen der Prüfungs- und Hinweispflicht und ihre Grenzen ergeben sich aus dem Grundsatz der Zumutbarkeit, wie sie sich nach den besonde-

ren Umständen des Einzelfalls darstellt (BGH, Urteil vom 23. Oktober 1986 - VII ZR 48/85, BauR 1987, 79, 80 = ZfBR 1987, 32). Was hiernach zu fordern ist, bestimmt sich in erster Linie durch das vom Unternehmer zu erwartende Fachwissen und durch alle Umstände, die für den Unternehmer bei hinreichend sorgfältiger Prüfung als bedeutsam erkennbar sind (vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 1986 - VII ZR 48/85, aaO; Urteil vom 12. Dezember 2001 - X ZR 192/00, BauR 2002, 945, 946). Steht die Arbeit eines Werkunternehmers in engem Zusammenhang mit der Vorarbeit eines anderen Unternehmers oder ist sie aufgrund dessen Planung auszuführen, muss er prüfen und gegebenenfalls auch geeignete Erkundigungen einziehen, ob diese Vorarbeiten, Stoffe oder Bauteile eine geeignete Grundlage für sein Werk bieten und keine Eigenschaften besitzen, die den Erfolg seiner Arbeit in Frage stellen können (BGH, Urteil vom 23. Oktober 1986 - VII ZR 48/85, BauR 1987, 79 = ZfBR 1987, 32). Auch wenn er den Besteller darauf hingewiesen hat, dass bestimmte Voraussetzungen für sein Werk vorliegen müssen, muss er sich grundsätzlich vor Ausführung seines Werkes vergewissern, ob diese Voraussetzungen eingehalten sind (vgl. BGH, Urteil vom 14. September 1999 - X ZR 89/97, BauR 2000, 262, 264 = NZBau 2000, 196 = ZfBR 2000, 42). Regelmäßig kann er sich auch nicht allein deshalb darauf verlassen, dass diese Voraussetzungen vorliegen, weil er sie mit dem Vorunternehmer besprochen hat, sondern er muss dies im Rahmen des ihm Zumutbaren selbständig prüfen.

25 c) Danach war die Klägerin verpflichtet, auf für sie als Fachunternehmen des Sanitär- und Heizungsbaus erkennbare, die Funktionsfähigkeit der Heizungsanlage beeinträchtigende Mängel des Blockheizkraftwerkes hinzuweisen. Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob das Blockheizkraftwerk bereits fertiggestellt war, als die Klägerin mit ihrer Leistung begann und sie dessen Eigenschaften deshalb möglicherweise besser beurteilen konnte. Auch wenn das Blockheizkraftwerk nahezu gleichzeitig mit der Heizungsanlage er-

richtet wurde, war die Klägerin verpflichtet, sich darüber zu informieren, ob es in der Lage war, den notwendigen, von ihr mit 25 kW errechneten Wärmebedarf zu befriedigen. Sie konnte sich nicht darauf verlassen, dass das Blockheizkraftwerk in der Weise gebaut wurde, wie es anfangs der Verhandlungen von der G. GmbH angeboten worden war. Vielmehr musste sie sich vergewissern, welche abschließende Planung der Installation des Blockheizkraftwerkes zugrunde lag. Denn nur dann konnte sie gewährleisten, dass auch ihre Leistung funktionstauglich war. Bedenken, die ihr aufgrund der entweder von der G. GmbH oder dem Beklagten erteilten Informationen oder auch aufgrund der eigenen getroffenen oder zumutbaren Feststellungen hätten kommen müssen, hatte sie dem Beklagten mitzuteilen. Die Parteien streiten insoweit im wesentlichen darum, ob die Klägerin hätte feststellen können, dass das Blockheizkraftwerk konzeptionell schon deshalb für die Wärmeversorgung ungeeignet war, weil der Beklagte nicht ausreichend Strom abnahm und deshalb nicht genügend Abwärme produziert wurde. Weiter streiten sie darum, ob die Klägerin frühzeitig hätte erkennen können, dass jedenfalls die Auslegung des Blockheizkraftwerkes mit 12 kW zu gering war, den Wärmebedarf von 25 kW zu befriedigen.

26 d) Das Berufungsgericht hat dazu keine Feststellungen getroffen. Es hat gemeint, nach der Beweisaufnahme sei offen geblieben, ob die Klägerin sich auf die Tauglichkeit des Konzepts habe verlassen dürfen. Der Beklagte habe den Beweis einer Hinweispflichtverletzung deshalb nicht geführt. Diese Entscheidung beruht auf einer Verkennung der Beweislast. Es ist Sache des Unternehmers, die Voraussetzungen für den Tatbestand darzulegen und zu beweisen, der ihn nach Treu und Glauben ausnahmsweise von der Mängelhaftung befreit. Der Bundesgerichtshof hat deshalb dem Unternehmer die Darlegungs- und Beweislast dafür auferlegt, dass er seiner Prüfungs- und Hinweispflicht nachgekommen ist (BGH, Urteil vom 4. Juni 1973 - VII ZR 112/71, BauR 1973, 313, 315; Urteil vom 29. November 1973 - VII ZR 179/71, BauR 1974,

128). Diese Darlegungs- und Beweislast ist zu Recht in § 13 Nr. 3 VOB/B 2002 klargestellt worden.

27 3. Das Berufungsgericht hat sich nicht damit befasst, ob die Klägerin den von ihr zu führenden Beweis erbracht hat. Der Senat ist nicht in der Lage, dies selbst zu entscheiden. In der Revision ist davon auszugehen, dass die Klägerin ihre Hinweispflicht verletzt hat, so dass ein Rücktrittsrecht bestehen kann. Das Berufungsgericht hat auch keine Feststellungen dazu getroffen, ob die weiteren Voraussetzungen des Rücktritts vorliegen. Da dies nicht ausgeschlossen werden kann, kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben, soweit zu Lasten des Beklagten entschieden worden ist.

III. Die Anschlussrevision der Klägerin

28 Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung auch nicht stand, soweit die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen worden ist.

29 1. Die Werklohnforderung wird fällig, wenn der Beklagte die Abnahme der Werkleistung erklärt hat, § 641 Abs. 1 BGB. Sie wird aber auch dann fällig, wenn der Beklagte die Abnahme zu Unrecht endgültig verweigert (BGH, Urteil vom 25. Januar 1996 - VII ZR 26/95, BauR 1996, 390, 391 = ZfBR 1996, 156). Das gilt ungeachtet der Regelung des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB grundsätzlich auch dann, wenn der Unternehmer dem Besteller keine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat. Wenn der Besteller die Abnahme endgültig verweigert, so ist die Fristsetzung entbehrlich.

30 2. Das Berufungsgericht geht offenbar davon aus, dass der Beklagte die Abnahme nicht zu Unrecht verweigert hat, weil die Klägerin noch den Anschluss an eine geeignete Wärmequelle herstellen müsse. Zutreffend rügt die An-

schlussrevision, dass sich das Berufungsgericht damit in Widerspruch zu seiner Begründung setzt, mit der es den wirksamen Rücktritt des Beklagten verneint hat.

31 a) Der Besteller verweigert die Abnahme zu Unrecht, wenn der Unternehmer die Leistung vertragsgemäß erbracht hat. Davon hätte das Berufungsgericht auf der Grundlage seiner Auffassung ausgehen müssen. Denn das Berufungsgericht hat eine mangelfreie Leistung der Klägerin angenommen. Dann hat der Beklagte keinen Anspruch gegen die Klägerin auf Anschluss der Heizungsanlage an eine andere Wärmequelle.

32 b) Das Berufungsurteil kann nicht aus anderen Gründen aufrecht erhalten bleiben. Zwar erfüllt die Heizungsanlage die vereinbarte Funktion nicht. Es besteht jedoch die Möglichkeit, dass die Klägerin ihre Prüfungs- und Hinweispflichten erfüllt hat. In diesem Fall ist ihre Leistung ebenfalls als vertragsgemäß zu behandeln, so dass der Beklagte zu deren Abnahme verpflichtet wäre und er diese zu Unrecht endgültig verweigert.

IV.

33 Das Berufungsurteil ist deshalb insgesamt aufzuheben. Die Sache ist zur neuen Verhandlung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

34 Für die neue Verhandlung weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin:

35 Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen eines Rücktritts vorliegen. Dazu wird zunächst zu klären sein, inwieweit die Klägerin ihre Prüfungs- und Hinweispflichten erfüllt hat. Nach dem Gutachten der Sachverständigen liegt nahe, dass die Klägerin die konzeptionelle Ungeeignet-

heit des Blockheizkraftwerks infolge unzureichender Stromabnahme nicht erkennen musste. Soweit eine Pflichtverletzung daraus hergeleitet werden kann, dass die Klägerin den Beklagten nicht darauf hingewiesen hat, dass die thermische Leistung des eingebauten Blockheizkraftwerks nicht ausreichend war, den Wärmebedarf von 25 kW zu decken, wird zu beurteilen sein, ob eine solche Pflichtverletzung kausal für die Entscheidung des Beklagten war, die Heizungsanlage gleichwohl errichten zu lassen. War das nicht der Fall, so kann eine Verantwortlichkeit des Unternehmers für diesen Mangel ebenso wenig angenommen werden, wie in dem Fall, dass die Bedenken erteilt und der Besteller sich gleichwohl für die Errichtung des funktionsuntauglichen Werks entschieden hätte (BGH, Urteil vom 10. Juli 1975 - VII ZR 243/73, BauR 1975, 419, 420; Urteil vom 10. November 1977 - VII ZR 252/75, BauR 1978, 139, 142).

36 Sollte eine nicht vertragsgemäße Leistung im Sinne des § 323 Abs. 1 BGB angenommen werden müssen, so hätte das Berufungsgericht zu prüfen, ob der Beklagte die weiteren Voraussetzungen des Rücktritts dargelegt hat. Dabei kann nicht allein darauf abgestellt werden, dass der Beklagte die Klägerin unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufgefordert hat. Denn eine solche Aufforderung ist wirkungslos, wenn der Beklagte diejenigen Mitwirkungshandlungen nicht vorgenommen oder jedenfalls angeboten hat, die einen funktionierenden Anschluss ermöglichen (BGH, Urteil vom 23. Januar 1996 - X ZR 105/93, NJW 1996, 1745). Nach der Behauptung der Klägerin ist die Heizungsanlage für den Anschluss an andere Quellen funktionstauglich. Das Berufungsgericht geht in seiner Entscheidung zur Abweisung der Klage als derzeit unbegründet selbst davon aus, dass der Beklagte eine andere Energiequelle installieren muss, um der Klägerin eine mangelfreie Leistung zu ermöglichen. Der Beklagte kann dem nicht entgegenhalten, nach dem Vertrag schulde die Klägerin allein den Anschluss an ein Blockheizkraftwerk. Denn so wie der Besteller nach dem rechtzeitig erfolgten Hinweis des Unternehmers auf ungeeignete Vor-

leistungen anderer Unternehmer in der Weise durch Änderung der Vorleistung reagieren muss, dass dem Unternehmer die Erfüllung des Vertrages möglich wird, so muss er dem Unternehmer auch die Nacherfüllung durch Änderung der Vorleistung ermöglichen.

37 Sollte der Beklagte sich, worauf seine Stellungnahmen in der Berufung hindeuten, nunmehr endgültig entschlossen haben, keine für die Heizungsanlage geeignete Wärmequelle installieren zu lassen, so wäre durch diese Entscheidung die Erfüllung des Vertrages unmöglich geworden. Macht der Besteller die Erfüllung unmöglich, weil er die geeigneten Vorleistungen endgültig nicht erbringen lässt, so wird der Unternehmer von seiner Leistungspflicht frei. In diesem Fall ist zu prüfen, ob er den Anspruch auf die Vergütung nach § 326 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB behält. Mit einem Anspruch auf Vergütung nach § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB würde der Unternehmer im Übrigen so gestellt, als hätte der Besteller bei einem rechtzeitigen Hinweis von der Durchführung des Vertrages wegen der Ungeeignetheit der Vorleistung Abstand genommen, dem Unternehmer also nach § 649 Satz 1 BGB gekündigt. In diesem Fall hätte der Unternehmer einen Anspruch auf die vertragliche Vergütung nach § 649 Satz 2 BGB gehabt.

38 Dem Unternehmer die Vergütung nach § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB oder § 649 Satz 2 BGB zuzubilligen, ist interessengerecht, wenn die Vertragserfüllung allein daran scheitert, dass die Vorleistung nicht brauchbar zur Verfügung gestellt wird. Der Besteller muss diejenigen Nachteile hinnehmen, die dadurch entstehen, dass er den Unternehmer zu einem Zeitpunkt beauftragt hat, in dem er noch nicht sicher sein kann, dass er die Vorleistung in geeigneter Weise zur Verfügung stellen kann. Dieses Risiko trägt der Unternehmer grundsätzlich nicht. Eine andere Beurteilung ist geboten, wenn der Unternehmer bereits bei Vertragsschluss die Ungeeignetheit der Vorleistung hätte erkennen können. In diesen Fällen kann die Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht vor-

liegen. Der sich daraus ergebende Schadensersatzanspruch kann dazu führen, dass der Besteller so gestellt wird, als wäre der Vertrag nicht geschlossen worden.

Kuffer Kniffka Bauner

Eick Halfmeier

Vorinstanzen:
LG München II, Entscheidung vom 12.08.2004 - 3 O 4414/03 -
OLG München, Entscheidung vom 28.06.2005 - 28 U 4500/04 -