

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

5

BGB § 426; VOB/B (1952) § 13 Nr. 5

Der Hauptunternehmer, der wegen Mängeln nicht von seinem Auftraggeber auf Gewährleistung, aber nach § 426 BGB von einem anderen Gewährleistungspflichtigen auf Ausgleich in Anspruch genommen wird, kann in der Regel von seinem Nachunternehmer Gewährleistung nur fordern, wenn er diesen gemäß § 13 Nr. 5 VOB/B zur kostenlosen Mängelbeseitigung aufgefordert hat.

BGH, Urt. v. 23. April 1981 - VII ZR 196/80 - OLG Düsseldorf
LG Wuppertal

5

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 196/80

URTEIL

Verkündet am

23. April 1981

Werner,

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Fliesenlegermeisters Herbert G [REDACTED],
[REDACTED]straße [REDACTED], N[REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma G 1 [REDACTED] AG, Zweigniederlassung
[REDACTED], E[REDACTED] Straße [REDACTED], E[REDACTED]-S[REDACTED],
vertreten durch den Vorstand Dipl.-Ing. A[REDACTED] und
D[REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

5

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. April 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Obenhaus

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 22. April 1980 aufgehoben, soweit zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Wuppertal vom 12. Juni 1979 wird in vollem Umfang zurückgewiesen.

Die Klägerin hat auch die Kosten beider Rechtsmittelzüge zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1973 errichtete die Klägerin als Generalunternehmerin für den Kreis M. ein Behindertenzentrum in R. Die Plattierungsarbeiten des Bauvorhabens übertrug sie dem Beklagten. Dabei wurde die Geltung der VOB/B (1952) vereinbart, jedoch Abnahme und



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gewährleistungsfrist besonders geregelt. Nach dem Leistungsverzeichnis (Titel I Pos. 6) war die Umrandung des Schwimmbeckens in der Sonderschule mit Steinzeugplatten "als Bodenbelag gleitsicher" zu belegen. Aus den vom Beklagten vorgelegten Musterfliesen traf der vom Kreis M. bestellte Architekt K. die Auswahl. Nach Inbetriebnahme der Schwimmhalle stellte sich heraus, daß die vom Beklagten verlegten Platten am Beckenrand nicht gleitsicher waren. Der Kreis verlangte zunächst von der Klägerin kostenlose Mängelbeseitigung. Die Klägerin lehnte dies ab und verwies den Kreis an den Architekten.

Daraufhin beauftragte der Kreis durch entgeltlichen Zusatzvertrag vom 20. Juni 1974 die Klägerin, die untauglichen Platten durch gleitsichere zu ersetzen. Die Klägerin gab auch diesen Auftrag an den Beklagten zum Pauschalpreis von 7.992 DM weiter und erhielt selbst dafür vom Kreis 9.042,25 DM. In Höhe dieses Betrages und weiterer 202,56 DM Gutachtenkosten nahm der Kreis seinen Architekten wegen falscher Plattenauswahl in Anspruch. Dessen Haftpflichtversicherung zahlte 9.244,81 DM und verklagte in einem Vorprozeß die Klägerin auf Erstattung von 2/3 davon = 6.163,20 DM. Durch Urteil des Landgerichts Essen vom 5. November 1976 wurde dort die Klägerin zur Zahlung von 4.621,28 DM nebst Zinsen verurteilt. Die Klägerin nahm dies hin, forderte aber ihrerseits vom Beklagten Ersatz, womit sie in Höhe von 854,37 DM gegen einen Anspruch des Beklagten aufrechnete.

Den Restbetrag von 3.766,91 DM nebst Zinsen hat sie eingeklagt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat der Klägerin nur 1.456,27 DM

nebst Zinsen zugesprochen und es im übrigen bei der Abweisung belassen.

Mit der - zugelassenen - Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht erkennt der Klägerin die Hälfte des von ihr an die Haftpflichtversicherung des Architekten K. gezahlten Betrages zu, weil die vom Beklagten erbrachte Leistung einen wesentlichen Mangel im Sinne des § 13 Nr. 1 und 7 VOB/B aufgewiesen habe. Bei der Auswahl der Fliesen habe sowohl der Beklagte als auch der von der Klägerin bestellte Bauleiter R. die Prüfungs- und Hinweispflicht gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B nicht erfüllt, was zu einem Werkmangel geführt habe.

Die Gewährleistungshaftung des Beklagten entfalle nicht deshalb, weil die Klägerin ihn nicht zur Nachbesserung aufgefordert habe. Zwar hätte sie, falls der Bauherr gegen sie als Hauptunternehmerin Mängelansprüche durchgesetzt hätte, dem Beklagten als Nachunternehmer Gelegenheit zur Nachbesserung geben müssen. Der Kreis M. habe jedoch - anstatt Nachbesserungsansprüche geltend zu machen - der Klägerin den Auftrag erteilt, die fehlerhaften Platten durch rutschfeste zu ersetzen, und die Mängelbeseitigungskosten berechtigterweise von dem Architekten verlangt. Die Klägerin sei der Haftpflicht-

versicherung des Architekten ausgleichspflichtig gewesen und habe sich diesem gegenüber nicht auf ihr Nachbesserungsrecht berufen können, - selbst wenn die Mängelansprüche des Bauherrn inzwischen verjährt oder Haftungsbeschränkungen vereinbart worden wären. Im Verhältnis des Hauptunternehmers zum Nachunternehmer würde es zu einem unbilligen Ergebnis führen, wenn letzterer als eigentlicher Schadensverursacher sich mit Erfolg darauf berufen könnte, nicht zur Nachbesserung aufgefordert worden zu sein, während dem Hauptunternehmer dieser Einwand verwehrt sei. Falls dieser zahlen müsse, müsse er auch berechtigt sein, den Nachunternehmer für die Mangelfolgen verantwortlich zu machen.

Diesen Ausführungen des Berufungsgerichts kann nicht gefolgt werden. Sie widersprechen der rechtlichen Eigenständigkeit des Nachunternehmervertrags.

1. Die Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten können sich, da außervertragliche hier nicht in Betracht kommen, allein aus dem am 4. April 1973 erteilten Auftrag ergeben. Der Vertrag des General- oder Hauptunternehmers mit dem Nachunternehmer ist ein selbständiger Bauleistungsvertrag, aus dem sich die gegenseitigen Rechte und Pflichten unabhängig davon ergeben, welche Ansprüche der Bauherr oder andere Baubeteiligte gegen den Hauptunternehmer besitzen und in welchem Umfang sie davon Gebrauch machen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Dezember 1973 - VII ZR 200/71 = BauR 1974, 134, 135; Ingenstau/Korbion, VOB 9. Aufl., Anh. zu Teil A Rn. 54, 55a, auch 53a (Merkblatt für Generalunternehmer IV, 2 vom 1. Oktober 1951); Locher, Das private Baurecht, 2. Aufl., Rn. 393, 394; ders. NJW 1979 2235; Schmidt MDR 1974, 636, 637). Die Haftung des Hauptunternehmers schlägt nicht ohne weiteres auf sein Vertragsverhältnis zu dem Nachunternehmer durch. Hier sehen weder das Auftragsschreiben noch die Vertragsanlagen eine über

die Gewährleistung hinausgehende Rückgriffshaftung des Nachunternehmers in dem Sinne vor, daß er für Zahlungsverpflichtungen der Generalunternehmerin einstehen müßte, sofern er den Verpflichtungsgrund letztlich zu vertreten hat. Ein solches Rückgriffsrecht der Generalunternehmerin kann auch nicht aus einer allgemeinen Haftung für positive Vertragsverletzung hergeleitet werden. Führt die Verletzung vertraglicher Prüfungs- und Hinweispflichten zunächst zu nichts anderem als einem Werkmangel, so kommt - wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt - eine Haftung des Nachunternehmers allein aus Gewährleistung in Betracht (vgl. §§ 4 Nr. 3, 13 Nr. 3 VOB/B), nicht aber darüber hinaus etwa für die Vernachlässigung der allgemeinen Pflicht, den Vertragspartner vor Schaden zu bewahren (vgl. BGH NJW 1971, 1131; Urteil vom 25. Mai 1972 - VII ZR 165/70 = BauR 1972, 379).

2. Die Klägerin erwarb dadurch, daß der Beklagte am Rand des Schwimmbeckens nicht gleitsichere, also vertragswidrige und untaugliche Fliesen verlegte, ohne zuvor die Klägerin auf die Untauglichkeit der vom Architekten in Anwesenheit des Bauleiters der Klägerin ausgewählten Fliesen hingewiesen zu haben, einen Gewährleistungsanspruch auf Austausch der Fliesen oder - bei Weigerung des Beklagten - Erstattung der Mängelbeseitigungskosten. Sie ist dieses Anspruchs aber dadurch verlustig gegangen, daß sie nicht nur den Beklagten nicht gemäß § 13 Nr. 5 VOB/B zur Nachbesserung aufforderte (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 1965 - VII ZR 124/63 (unter I 1 + 4) = Schäfer/Finnern Z. 2.414 Bl. 146, 147; in NJW 1966, 39 Nr. 4, 40 nur teilweise abgedruckt; NJW 1967, 388, 389 (unter IV 2 b); 1968, 43 Nr. 8; Urteil

vom 10. Februar 1977 - VII ZR 213/74 = BauR 1977, 350, 351), sondern dem Beklagten sogar noch den entgeltlichen Zusatzauftrag erteilte, die Platten auszutauschen (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 1965 - VII ZR 271/63 = Schäfer/Finnern Z. 3.01 Bl. 336; Ingenstau/Korbion B § 13 Rn. 71). Damit ist auch ein Schadensersatzanspruch aus § 13 Nr. 7 VOB/B entfallen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 1965 (unter I 2) = Schäfer/Finnern aaO Bl. 147).

3. Der Hauptunternehmer hat zwar das Verschulden des Nachunternehmers als seines Erfüllungsgehilfen zu vertreten, jedoch sind beide für ihre Gewährleistung nicht Gesamtschuldner des Bauherrn oder anderer Baubeteiligter. Der Nachunternehmer schuldet seine Leistung allein dem Hauptunternehmer, nicht dem Bauherrn, so daß die Voraussetzungen des § 421 BGB nicht erfüllt sind. Ein Ausgleichsanspruch des Architekten des Bauherrn gegen den Hauptunternehmer kann sich daher nicht zugleich gegen den Nachunternehmer richten. Auch die Klägerin erwarb dadurch, daß sie dem Architekten und seiner Haftpflichtversicherung die Hälfte der Mängelbeseitigungskosten erstattete, keinen Ausgleichsanspruch gegen den Beklagten.

4. Die Klägerin kann ihren Anspruch auch nicht auf Billigkeitserwägungen stützen.

a) Billigkeit Gesichtspunkte können zwar gemäß § 242 BGB dazu führen, Ansprüche zu mindern oder gar zu versagen. Sie können jedoch nicht Ansprüche begründen, die nach Gesetz oder Vertrag nicht gegeben sind (BGH NJW 1954, 1524, 1526 a.E.).

b) Die Abweisung der Klage durch das Landgericht ist auch nicht unbillig.

Die Klägerin war, als sie vom Bauherrn den Zusatzauftrag vom 20. Juni 1974 erhielt, nicht gehindert, wegen des offenbaren Werkmangels von dem Beklagten im Wege der Gewährleistung den Austausch der Fliesen zu verlangen (vgl. Ingenstau/Korbion Anh. zu Teil A Rn. 54; Locher aaO). Falls ihr dies angesichts des Zusatzauftrags des Bauherrn unbillig erschien, konnte sie sich zumindest den Rückgriff für den Fall vorbehalten, daß der an der Fehlauswahl beteiligte Architekt vom Bauherrn in Anspruch genommen werden und Ausgleich verlangen sollte. Als Generalunternehmerin mußte die Klägerin damit rechnen, bei vom Architekten mitverursachten Baumängeln nicht selbst vom Bauherrn belangt, sondern vom Architekten zum Ausgleich herangezogen zu werden, falls der Bauherr sich an diesen halten sollte. Gegen dieses Risiko kann sich ein Haupt- oder Generalunternehmer in seinen Verträgen mit den Nachunternehmern angemessen absichern. Versäumt er dies, kann er die Rechtsfolgen nicht als unbillig dem Nachunternehmer anlasten.

Die Klägerin hat als Generalunternehmerin für dieselbe Leistung eine höhere Vergütung erhalten als ihr Nachunternehmer. Der darin enthaltene Generalunternehmerzuschlag rechtfertigt sich nicht zuletzt aus dem höheren Haftungsrisiko des Generalunternehmers als Gesamtschuldners des Architekten und anderer Sonderfachleute.

5. Somit ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts in vollem Umfang zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 97 ZPO.

Vogt

Girisch

Meise

Recken

Obenhaus