

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 204/74

URTEIL

Verkündet am

22. Mai 1975

Horn,

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Franz V [REDACTED] KG, L [REDACTED], V [REDACTED]straße [REDACTED],
vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter
Franz V [REDACTED] sen., ebenda,

Klägerin, Widerbeklagten, Beru-
fungsbeklagten, Anschlußberufungs-
klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

Frau Anita W [REDACTED], L [REDACTED]-G [REDACTED],
B [REDACTED]straße [REDACTED] a,

Beklagte, Widerklägerin, Berufungs-
klägerin, Anschlußberufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED]

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Mai 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Kuhn

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 8. Mai 1974 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Gemäß Auftrag vom 22. April 1969, in dem die Geltung der VOB vereinbart wurde, führte die Klägerin für den Neubau der Beklagten Bauarbeiten aus. Die von ihr angebrachte Klinker-Verblendung blühte nach einiger Zeit in erheblichem Umfang aus. Die Beklagte zahlte deshalb auf die Schlußrechnung vom 1. September 1970 einen Rest von 16.798,27 DM nicht. In dieser Höhe ließ die Klägerin die Vormerkung für eine Bauwerksicherungshypothek im Grundbuch eintragen.

Die Klägerin hat auf Zahlung von 16.798,27 DM nebst Zinsen geklagt Zug um Zug gegen Bewilligung der Löschung der Vormerkung. Die Beklagte hat mit einem Anspruch auf

- 3 -

Kostenvorschuß zur Mängelbeseitigung, u.a. zur Erneuerung der Verblendung, aufgerechnet. Im Wege der Widerklage hat sie beantragt, die Klägerin zur Bewilligung der Löschung der Vormerkung zu verurteilen und ihre Verpflichtung zum Ersatz des über den Aufrechnungsbetrag hinausgehenden Schadens festzustellen.

Das Landgericht hat der Klägerin 11.798,27 DM nebst Zinsen zugesprochen, die weitergehende Klage und die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Widerklage hat es die Klägerin zur Bewilligung der Löschung verurteilt und u.a. festgestellt, sie habe der Beklagten alle weiteren aus der fehlerhaften Verblendung erwachsenen Kosten zur Hälfte zu erstatten, soweit dieser Anspruch nicht durch die Aufrechnung gegenüber der Klageforderung erloschen sei.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer - zugelassenen - Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht erachtet die unstreitig entstandene Klageforderung als durch die Aufrechnung mit einem Kostenvorschußanspruch der Beklagten aus § 13 Nr. 5 VOB (B) erloschen. Die Ausblühungen an der Klinker-Verblendung beruhten sowohl auf fehlerhafter Planung des Architekten als auch auf fehlerhafter chemischer Zusammensetzung der von der Beklagten verwendeten Verblender. Die Klägerin



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

habe die Beseitigung der Mängel ernsthaft verweigert, so daß eine Fristsetzung entbehrlich gewesen sei.

Diese Feststellungen werden von der Revision nicht angegriffen. Sie lassen Rechtsfehler auch nicht erkennen.

II.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat die Klägerin für die Ausblühungen mit einzustehen. Sie habe zum einen die Planung der Verblenderschale durch den Architekten der Beklagten als fehlerhaft erkennen und diesen oder die Beklagte auf den Fehler hinweisen müssen. Zum anderen habe die Klägerin für die Art der verwendeten Verblender Gewähr zu leisten, da die Voraussetzungen für ihre Freistellung gemäß § 13 Nr. 3 VOB (B) nicht gegeben seien. Dadurch, daß der Architekt das von der Beklagten ausgesuchte Muster der Klägerin fernmündlich durch Angabe der Bestellnummer, der Farbe und der Bezugsquelle bezeichnet habe, habe die Beklagte der Klägerin nicht eine bestimmte Art von Verblendern aus einer bestimmten Bezugsquelle im Sinne von § 13 Nr. 3 VOB (B) vorgeschrieben.

Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Das Berufungsgericht geht zu Recht davon aus, daß der Bauunternehmer für Mängel seines Werkes, die ihre Ursache in einer fehlerhaften Planung des Architekten haben, gemäß §§ 4 Nr. 3, 13 Nr. 3 VOB (B) dann haftet, wenn er die Planung als unsachgemäß erkannt und eine schriftliche Mitteilung seiner Bedenken unterlassen hat oder doch hätte erkennen müssen (BGH, Urteil vom 3. Dezember 1964 - VII ZR 61/63 = VersR 1965, 245, 246; NJW 1973, 518).

Insoweit erhebt die Revision auch keine Bedenken.

2. Zu der Auswahl der Verblendklinker stellt das Berufungsgericht fest, die Beklagte habe sich seinerzeit im Büro ihres Architekten unter den dort ausliegenden Mustern die ihr gefallenden Verblender ausgesucht; dabei sei es vor allem um die Farbe gegangen. Danach habe der Architekt die Bestellnummern der ausgewählten Verblender, deren Farbe und die Firma H[REDACTED] als Bezugsquelle telefonisch an die Klägerin durchgegeben. Anhaltspunkte dafür, daß die Beklagte oder ihr Architekt es beanstandet hätten, wenn die Klägerin die Steine nicht von der Firma H[REDACTED], sondern anderswoher bezogen hätte, lägen nicht vor.

Diese Feststellungen werden von der Revision nicht angegriffen. Sie rügt jedoch die Wertung dieser Umstände durch das Berufungsgericht dahin, der Klägerin seien die Verblender nicht nach Art und Bezugsquelle im Sinne des § 13 Nr. 3 VOB (B) vorgeschrieben worden.

Die Rüge ist nicht begründet.

a) Zutreffend sieht das Berufungsgericht Sinn und Zweck des § 13 Nr. 3 VOB (B) darin, die Haftung des Auftragnehmers auszuschließen, wenn er keinen Einfluß auf die Auswahl des Baustoffs hat (vgl. BGH NJW 1973, 754). Dies setzt aber eine eindeutige, die Befolgung durch den Auftragnehmer heischende Anordnung des Auftraggebers voraus, die dem Auftragnehmer keine Wahl läßt (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juni 1969 - VII ZR 67/67 = Schäfer/Finnern Z 2.414 Bl. 219). Das bloße Einverständnis des Auftraggebers mit einem bestimmten Baustoff genügt nicht.

Dafür, die Ausnahmeregelung des § 13 Nr. 3 VOB (B) entgegen den allgemeinen Auslegungsregeln weit auszulegen, besteht kein Bedürfnis. Die Gewährleistung nach § 13 VOB entspricht der gesetzlichen Regelung der §§ 633 ff BGB und geht dem Umfang nach nicht wesentlich darüber hinaus (vgl. Ingenstau/Korbion VOB, 7. Aufl., B § 13 Rn. 27 - 30).

b) Die tatrichterliche Würdigung der Aussage des Architekten R. [REDACTED] und der sonstigen Umstände ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Das dem Bauauftrag zugrunde liegende Leistungsverzeichnis enthält außer der Angabe "I. Sorte, Bundesdünnformat" keine Vorschrift über eine bestimmte Art oder Herkunft der Verblender.

Nach der Aussage des Architekten R. [REDACTED], der das Berufungsgericht folgt, gab dieser der Klägerin telefonisch die Stein-Nummer und die Farbe der von der Beklagten ausgewählten Verblender durch und fügte dabei dem Sinne nach hinzu, sie könne diese Steine bei der Firma H. [REDACTED] bestellen. Später übergab er die nummerierten Klinkermuster dem Bauführer der Klägerin.

Unter diesen Umständen durfte das Berufungsgericht in der fernmündlichen Mitteilung des Architekten eine bloß beispielhafte Beschreibung von Farbe und Lasur der gewünschten Klinker anhand von Mustern sehen und eine bindende Anweisung zur Verwendung bestimmter Klinker verneinen. Bei einem Ferngespräch liegt es nahe, für die Beschreibung eines Musters den fehlenden optischen Eindruck durch die Mitteilung der Bestellnummer des Musters zu ersetzen.

Die Klägerin hat keine Anhaltspunkte dafür vorgebracht, daß sie die Mitteilung des Architekten dennoch als verbindliche Anordnung hätte verstehen dürfen. Auch aus der Übergabe des Musterklinkers an den Bauführer brauchte das Berufungsgericht nichts Gegenteiliges zu entnehmen.

c) Die Angabe von Bestellnummern, mit denen der Baustoffhändler seine Muster gekennzeichnet hat, durch den Architekten bezweckt nicht notwendig, den Unternehmer zur Bestellung des Baustoffs bei diesem Händler zu veranlassen. Der Architekt kann durch den Hinweis auf die Bestellnummer auch lediglich bezwecken, das Muster zu beschreiben, ohne damit die Bezugsquelle vorzuschreiben. Das letztere hat das Berufungsgericht hier festgestellt. Somit blieb es der Klägerin unbenommen, entweder die bezeichneten Klinker bei der Firma H [REDACTED] oder farblich gleichartige Klinker bei einem anderen Händler zu erwerben. Diese vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung der Erklärung des Architekten gegenüber der Klägerin verstößt nicht gegen § 133 BGB.

d) Trotz Bestreitens der Beklagten hat die Klägerin keinen Beweis für ihre Behauptung angetreten, für die von ihr bestellten und verwendeten Verblendklinker in der Schlußrechnung keinen Unternehmeraufschlag berechnet zu haben. Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte daraus schließen müssen, die Klägerin habe den Bezug der Klinker als "Fremdgeschäft gemäß Anweisung" verstanden und behandelt. Das Berufungsgericht war jedoch nicht genötigt, diesen Schluß zu ziehen. Die Revision übersieht auch, daß die für den Ausnahmetatbestand des § 13 Nr. 3 VOB (B) beweispflichtige Klägerin Umstände substantiiert hätte dartun und unter Beweis stellen müssen, aus denen Rückschlüsse auf die von

der Revision behauptete Bedeutung der fernmündlichen Mitteilung des Architekten hätten gezogen werden können. Das Leistungsverzeichnis und die Schlußrechnung der Klägerin enthalten aber nur Einheitspreise für die fertige Verblendung, und keinen Anhaltspunkt für den Einstandspreis und die Kalkulation der Klägerin.

e) Auf die - rechtsfehlerhafte (vgl. BGH NJW 1973, 754, 755) - Hilfserwägung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin für zufällige Qualitätsfehler auch dann gehaftet hätte, wenn ihr die Verblendklinker vorgeschrieben gewesen wären, kommt es unter diesen Umständen nicht an.

III.

Die Revision greift die vom Berufungsgericht nach §§ 254, 242 BGB vorgenommene Abwägung an, wonach die Mängel der Verblendung beiden Parteien je zur Hälfte anzulasten sind. Die Rüge geht fehl; denn sie beruht auf der irrigen Annahme, die Voraussetzungen des § 13 Nr. 3 VOB (B) seien hier erfüllt. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten sich im Rahmen rechtsfehlerfreier tatrichterlicher Würdigung (vgl. Urteil des Senats vom 4. März 1971 - VII ZR 204/69 = WM 1971, 682, 685).

Das Berufungsgericht brauchte auch nicht anzunehmen, der zur Aufrechnung gestellte Anspruch der Beklagten auf hälftigen Vorschuß zur Mängelbeseitigung sei im Zeitpunkt der Aufrechnung durch eine frühere Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch gegenüber Gebührenansprüchen ihres Architekten bereits erloschen oder auf diesen gemäß § 426 Abs. 2 BGB übergegangen. Die Aufrechnungserklärung der Beklagten gegenüber der Klägerin ist dieser am

20. November 1973 mit der Berufungsbegründung zugegangen. Die Aufrechnungserklärung der Beklagten gegenüber dem Architekten, auf die sich die Revision beruft, befindet sich dagegen erst in dem im Prozeß der Beklagten mit ihrem Architekten eingereichten Schriftsatz vom 3. Januar 1974. Abweichendes hat die Klägerin nicht vorgetragen.

Der vom Berufungsgericht mit 22.000 DM festgestellte hälftige Vorschußanspruch der Beklagten übersteigt die restliche Werklohnforderung der Klägerin von 17.298,27 DM nebst Zinsen. Das Berufungsgericht hat daher zu Recht die Klage abgewiesen, die Klägerin zur Bewilligung der Löschung der Vormerkung verurteilt und die weitere Ersatzpflicht der Klägerin zur Hälfte festgestellt.

Die Revision der Klägerin ist nach alledem mit der
Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Vogt

Dr. Girisch ist in
Urlaub und kann daher
nicht unterschreiben.

Meise

Vogt

Recken

Kuhn