

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/B (1952) § 8 Nr. 3 Abs. 2

Der Auftraggeber ist durch § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1952) nicht gehindert, den Dritten **b e r e i t s v o r** der Entziehung des Auftrags zu **b e a u f t r a g e n**, muß aber dafür sorgen, daß der Dritte seine Arbeiten erst nach der Entziehung des Auftrags beginnt.

BGH, Urt. v. 30. Juni 1977 - VII ZR 205/75 - OLG Köln

LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 205/75

VERSÄUMNIS- URTEIL

Verkündet am
30. Juni 1977
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Architekten Günter D [REDACTED], P [REDACTED]straße [REDACTED],
K [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers, Beru-
fungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Bauunternehmung Bernhard B [REDACTED] KG,
A [REDACTED] Straße [REDACTED], K [REDACTED], vertreten durch ihren
persönlich haftenden Gesellschafter Bernhard B [REDACTED],
ebenda,

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungs-
beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
[REDACTED] in K [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Juni 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Obenhaus

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Beklagten werden das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 6. Mai 1975 und das Teilurteil der 29. Zivilkammer des Landgerichts in Köln vom 11. Juli 1974 aufgehoben.

Der Widerklageanspruch ist, soweit das Landgericht über ihn entschieden hat, dem Grunde nach gerechtfertigt.

Die Sache wird zur Verhandlung und Entscheidung über den Betrag des Anspruchs an das Landgericht zurückverwiesen. Ihm wird auch die Entscheidung über die Kosten der beiden Rechtsmittelzüge übertragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin führte im Jahre 1970 im Auftrag des Beklagten Außenputzarbeiten an zwei Häusern aus. Die Geltung der VOB wurde vereinbart. Nach Ausführung beanstandete der Beklagte die Arbeiten als mangelhaft. Im April 1971 leitete er deswegen ein Beweissicherungsverfahren ein. Nach Einholung eines Sachverständigengutachtens stritten die Parteien über Art und Kosten der Mängelbeseitigung. Schließlich setzte der Beklagte mit Schreiben vom 2. April 1973 Frist zum 25. April 1973 für die Aufnahme und zum 31. Mai 1973 für die Beendigung der Ausbesserungsarbeiten; für den Fall der Weigerung drohte er der Klägerin die Nachbesserung durch einen anderen Unternehmer an. Nachdem die Klägerin zwar hiergegen protestiert hatte, aber weiterhin untätig geblieben war, teilte ihr der Beklagte in einem der Klägerin am 27. Juni 1973 zugegangenen Schreiben vom 22. Juni 1973 mit, er werde, nachdem sie die gesetzte Frist unbeachtet gelassen habe, eine andere Firma beauftragen. Der Außenputz wurde dann von der Firma Hompesch "gemäß Auftrag vom 16.6.1973" für 56.527,18 DM erneuert.

Die Klägerin hat 10.951,36 DM Restwerklohn nebst Zinsen eingeklagt. Der Beklagte hat Kürzungen, Minderung und Schadensersatz geltend gemacht und widerklagend 38.179,75 DM nebst Zinsen gefordert.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Widerklage in Höhe von 35.402,52 DM abgewiesen. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt der Beklagte den abgewiesenen Widerklageanspruch weiter und beantragt den Erlass eines Versäumnisurteils gegen die nicht durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt vertretene Klägerin.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die von der Klägerin ausgeführten Außenputzarbeiten bis zur Auftragsvergabe an die Firma H[REDACTED] nicht abgenommen worden seien. Die der Klägerin vom Beklagten gesetzte Nachfrist sei spätestens am 31. Mai 1973 abgelaufen.

Diese Feststellungen lassen Rechtsfehler nicht erkennen und werden auch von der Revision nicht in Frage gestellt.

Das Berufungsgericht geht somit zu Recht davon aus, daß sich der Widerklageanspruch auf Erstattung der Nachbesserungskosten nur aus § 8 Nr. 3 in Verbindung mit § 4 Nr. 7 VOB/B ergeben kann. Danach kann der Auftraggeber den Vertrag kündigen, wenn die gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung fruchtlos abgelaufen ist. Nach der Entziehung des Auftrags ist er berechtigt, den noch nicht vollendeten Teil der Leistung zu Lasten des Auftragnehmers durch einen Dritten ausführen zu lassen.

II.

Das Berufungsgericht läßt offen, ob das der Klägerin am 27. Juni 1973 zugegangene Schreiben des Beklagten vom 22. Juni 1973 als Kündigung zu werten ist. Es ist nämlich der Ansicht, das Widerklagebegehren scheitere daran, daß der Beklagte in jedem Fall nicht die gebotene Reihenfolge der Maßnahmen nach § 8 Nr. 3 VOB/B eingehalten habe. Aus der Rechnung der Firma H[REDACTED] ergebe sich, daß der

Beklagte ihr den Putzerneuerungsauftrag bereits am 16. Juni 1973, also vor Entziehung des der Klägerin erteilten Auftrags, vergeben habe. Dies habe der Beklagte nicht tun dürfen; die Reihenfolge Fristsetzung-Fristablauf-Kündigung-Auftragsvergabe müsse im Interesse der Rechtssicherheit für alle Beteiligten unbedingt eingehalten werden.

Gegen diese Rechtsauffassung des Berufungsgerichts wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Die Ansicht des Berufungsgerichts findet weder im Wortlaut noch im Sinn des § 8 Nr. 3 VOB/B eine Stütze. Sie entspricht auch nicht höchstrichterlicher Rechtsprechung.

a) Gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B ist der Auftraggeber zwar erst nach Entziehung des Auftrags berechtigt, den noch fehlenden oder mangelhaften Teil der Leistung auf Kosten des Auftragnehmers durch einen Dritten ausführen zu lassen. Dies bedeutet aber nur, daß der Dritte mit der Fortführung oder Nachbesserung der Arbeiten des säumigen Auftragnehmers erst beginnen darf, wenn diesem der Auftrag entzogen ist. Über den Zeitpunkt der Ersatzauftragsvergabe sagt diese Bestimmung nichts aus.

b) Dem Auftraggeber kann nicht verwehrt werden, sich bereits vor Entziehung des Auftrags um einen anderen Unternehmer, der die Arbeiten fortzuführen gewillt ist, zu bemühen und mit diesem feste Absprachen zu treffen. Oft setzt erst eine verbindliche Zusage des Dritten den Auftraggeber in den Stand, ohne unabsehbares Risiko dem säumigen Auftragnehmer den Auftrag zu entziehen. Von der

Gewißheit, die Bauarbeiten alsbald fortführen lassen zu können, hängt es auch ab, ob der Bauherr von der Möglichkeit des § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B Gebrauch machen kann und will, Geräte und Gerüste, Baustoffe und -teile auf der Baustelle in Anspruch zu nehmen.

c) Eine verbindliche Zusage des Dritten, den Auftrag fortzuführen, ist vielfach nicht ohne verbindliche Verpflichtung des Auftraggebers zu erlangen. Dabei trägt dieser das Risiko, zeitweise an zwei Unternehmer gebunden zu sein. Seine Bindung an den Dritten berührt aber die Rechtsstellung des alten, säumigen Auftragnehmers nicht. Es kann daher dahinstehen, ob der Beklagte - wie er behauptet hat - den Vertrag mit der Firma H[REDACTED] nur unter Vorbehalt geschlossen hat.

d) Erst wenn der ersatzweise beauftragte neue Unternehmer auf der Baustelle die dem säumigen alten Auftragnehmer mangels Kündigung noch obliegende Leistung in Angriff nimmt, greift er in dessen vertragliche Rechtsstellung gegenüber dem Bauherrn ein. Unter Umständen verhindert oder erschwert er dem alten Auftragnehmer die diesem noch gestattete Fortsetzung oder Ausbesserung seiner Leistung oder Aufmaß und Abnahme des ausgeführten Teils der Leistung (§ 8 Nr. 3 Abs. 4 VOB/B (1952); vgl. auch § 8 Nr. 6 VOB/B (1973)), falls der Betroffene diesen Eingriff als Beendigung des Vertragsverhältnisses hinnimmt. Über die Rechtsfolgen eines solchen Vorgangs braucht hier nicht befunden zu werden, weil der Beklagte vor Zugang des Schreibens vom 22. Juni 1973 bei der Klägerin Putzarbeiten, die ihr oblagen, nicht hat durchführen lassen.

e) Die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung wird, soweit ersichtlich, weder von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung noch vom baurechtlichen Schrifttum geteilt (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB (7.) B § 8 Rn. 27; Hereth/Ludwig/Naschold, VOB/B § 8 EZ 85; Heiermann/Riedl/Schwaab, VOB/B § 8 Rn. 21; Jagenburg VersR 1969, 1077, 1078). Das Oberlandesgericht Celle (BauR 1973, 49) hat zwar ausgeführt, unbedingte Voraussetzung für den Anspruch aus § 8 Nr. 3 VOB/B sei, daß der Auftraggeber vor Beauftragung eines anderen Unternehmers den Vertrag schriftlich kündige. Der dem Urteil zugrundeliegende Sachverhalt und die Bezugnahme auf Ingenstau/Korbion und Jagenburg ergeben aber deutlich, daß es sich dabei nur um eine mißverständliche Formulierung handelt. Tragend ist die zutreffende Erwägung, daß der Ersatzvornahme eine schriftliche Kündigung des Vertrages nach Fristablauf vorausgehen muß (vgl. BGH NJW 1973, 1463); der Zeitpunkt der Auftragserteilung zur Ersatzvornahme war in jenem Fall bedeutungslos.

2. Das Berufungsgericht durfte daher nicht davon ausgehen, der Beklagte habe bei seinem Vorgehen gegen die Klägerin die gebotene Reihenfolge der Maßnahmen nicht eingehalten. Es hätte vielmehr feststellen müssen, ob das Vertragsverhältnis der Parteien vor Beginn der Putzarbeiten der Firma H[REDACTED] durch das Schreiben des Beklagten vom 22. Juni 1973 oder einvernehmlich beendet worden war. Wegen dieser Rechtsfehler kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben.

3. Die Auslegung einer Willenserklärung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Da das Berufungsgericht jedoch den Erklärungsinhalt des Schreibens des Beklagten

vom 22. Juni 1973 nicht ermittelt hat und weitere für die Auslegung bedeutsame Umstände hier nicht festgestellt werden können, kann der Senat diese Auslegung auch selbst vornehmen (vgl. BGHZ 65, 107, 112). Sie ergibt, daß der Beklagte den mit der Klägerin geschlossenen Vertrag mit dem ihr am 27. Juni 1973 zugegangenen Schreiben wirksam gekündigt hat.

a) Zwar hat der Beklagte in diesem Schreiben nicht die Worte "kündigen" oder "Auftrag entziehen" gebraucht. Es kommt in dem Schreiben jedoch unmißverständlich zum Ausdruck, daß er eine weitere Tätigkeit der Klägerin nicht wünscht und eine andere Firma beauftragen will.

Am Anfang des Schreibens bestätigt er in Erwiderung des Protestschreibens der Klägerin vom 7. Juni 1973, daß er "eine andere Firma mit der Fassadenerneuerung beauftragen werde", welche "den Murks abreißen und einen anderen, ordentlichen Außenputz herstellen soll". Alsdann hält er der Klägerin vor, er habe sie mehrfach vergeblich aufgefordert nachzubessern. Mit Schreiben vom 2. April 1973 habe er ihr "eine allerletzte Möglichkeit eingeräumt", ihre Leistung nachzubessern und ihre Arbeiten am 31. Mai 1973 abzuschließen. Obwohl sie durch das damals beigefügte Angebotsblankett (erneute Ausschreibung der Außenputzarbeiten) die Nachdrücklichkeit seiner Absicht gekannt habe, habe sie nicht einmal geantwortet. Nunmehr merke sie, daß es für sie einfach zu spät sei. Da er weder zu der Art ihrer Ausführung noch zu ihrer Bereitschaft zur "Überarbeitung der Fassade" Vertrauen habe, werde sie es wohl oder übel dulden müssen, daß eine andere Firma an ihrer Statt zu ihren Lasten nachbessere.

b) Diese Sätze bringen die Entziehung des Auftrags deutlich zum Ausdruck. Eine weitere "allerletzte Möglichkeit" der Nachbesserung durch die Klägerin wird ausgeschlossen, die Ersatzvornahme unbedingt angekündigt. Wenn es dann im Schlußsatz des Schreibens heißt, er (der Beklagte) nehme an, daß die Klägerin sich "auch darüber" mit ihm gütlich einigen werde, so bezieht sich das unverkennbar nur auf die sich aus der Ersatzvornahme für die Klägerin ergebenden "Lasten". Einer erneuten Verhandlung mit dem Ziel einer Einigung über die von der Klägerin im Schreiben vom 7. Juni 1973 angebotene "Überarbeitung der Fassade" wird damit aber nicht zugestimmt.

c) Diese Auslegung paßt auch allein zu dem vorangegangenen Schriftwechsel der Parteien und der Interessenlage des Beklagten, wie die Revision zutreffend ausführt. Dem Beklagten konnte ein weiteres Zuwarten weder zugemutet werden noch dienlich sein. Auch die Klägerin hat das Schreiben vom 22. Juni 1973 als Kündigung verstanden. Sie trat zwar mit Antwortschreiben vom 3. Juli 1973 der Rechtsauffassung des Beklagten entgegen und lehnte die Übernahme von Kosten der anderen Firma ab, blieb aber weiterhin untätig und übersandte ohne weiteren Briefwechsel ihre Schlußrechnung vom 7. August 1973.

III.

Da somit der Beklagte den Auftrag gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B mit Recht entzogen hat, steht ihm gegen die Klägerin jedenfalls dem Grunde nach der Schadensersatzanspruch aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B zu, den er u.a. mit der

Widerklage geltend gemacht hat. Denn die Mangelhaftigkeit des Werkes der Klägerin ist nicht mehr streitig. Die Klägerin hat nur noch die Notwendigkeit so hoher Aufwendungen für die Mängelbeseitigung bestritten und sich auf Mitverschulden des Beklagten berufen.

Der Auftragnehmer kann sich allerdings grundsätzlich nicht auf mangelhafte Überwachung durch den Auftraggeber oder dessen Architekten berufen (BGH NJW 1973, 518, 519 mit weiteren Nachweisen). Als Mitverschulden des Beklagten kommt somit nur ein von ihm begangener Planungsfehler in Betracht, den der Sachverständige Kiese Wetter in seinem Gutachten vom 2. Juni 1971 (Seite 12) in einer unzureichenden Ausschreibung gesehen hat. Es ist aber ganz unwahrscheinlich, daß aus diesem Grunde der Widerklageanspruch, soweit das Landgericht ihn abgewiesen hat, völlig entfallen könnte.

Dieser Widerklageanspruch ist somit dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären. Gemäß §§ 538 Abs. 1 Nr. 3, 565 ZPO ist die Sache zur Verhandlung und Entscheidung über den Betrag des Anspruchs an das Landgericht zurückzuverweisen. Diesem wird auch die Entscheidung über die Kosten der beiden Rechtsmittelzüge übertragen.

Der Erlaß eines Versäumnisurteils und die vorläufige Vollstreckbarkeit ergeben sich aus §§ 331, 708 Nr. 3 ZPO.

Vogt

Girisch

Meise

Recken

Obenhaus