

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 287/82

URTEIL

Verkündet am

22. November 1984
Henco,
Justizangestellte

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Kreisstadt S [REDACTED], vertreten durch ihren Ober-
bürgermeister, S [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

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

gegen

den Bauunternehmer Edgar H [REDACTED], Hü [REDACTED]straße [REDACTED],
S [REDACTED]-F [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. November 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Doerry, Obenhaus und Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Saarbrücken vom 17. September 1982 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger betrieb bis Mitte 1977 ein Bauunternehmen, das in erheblichem Umfang Bauleistungen für die beklagte Stadt erbrachte. Unter anderem führte der Kläger von 1974 bis 1975 im Auftrag der Beklagten Kanalbauarbeiten in S- -L- durch, die von der Beklagten am 2. Oktober 1975 abgenommen wurden. Diese Arbeiten hatte der Kläger für 511.778,82 DM übernommen. Grundlage der Auftragserteilung war das von der Beklagten erstellte Leistungsverzeichnis mit Vorbemerkungen. Die Geltung der VOB/B war vereinbart.

Für andere vom Kläger durchgeführte Bauarbeiten steht unstreitig noch eine Restwerklohnforderung in Höhe von

- 3 -

98.698 DM aus. Diesen Betrag zuzüglich Zinsen und Mehrwertsteuer auf die Zinsen hat der Kläger mit der Klage geltend gemacht.

Die Beklagte beruft sich demgegenüber auf Gewährleistungsansprüche aus dem Auftrag S- -L- und verlangt für Mängelbeseitigung einen Kostenvorschuß in Höhe der Klageforderung. Bei einer Mitte März 1977 durchgeführten Untersuchung des vom Kläger erstellten Kanals wurden nämlich Undichtigkeiten an den Rohrleitungen und am Schachtmauerwerk sowie Risse im Schachtmauerwerk festgestellt. Hierfür macht die Beklagte den Kläger verantwortlich. Einen entsprechenden Kostenvorschuß hat sie mit Schreiben vom 24. Juni 1977 verlangt, ohne dem Kläger zuvor Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben zu haben.

Unmittelbar nachdem sie die Mängel festgestellt hatte, setzte die Beklagte sämtliche Zahlungen an den Kläger aus. Sie begründete das mit einem Zurückbehaltungsrecht wegen der Mängel und kündigte Aufrechnung mit dem Anspruch auf Kostenvorschuß an. Kurz darauf sperrte auch die Sparkasse S- den Kredit des Klägers, so daß er seine Zahlungen einstellen mußte. Die am 26. Mai 1977 durch die AOK des Saarlandes beantragte Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Klägers wurde am 23. Juni 1977 mangels Masse abgelehnt. Kurz zuvor hatte der Kläger alle Arbeiter entlassen und seinen Betrieb geschlossen. Er ist seither im Ausland berufstätig.

Der Kläger bestreitet seine Verantwortlichkeit für die Mängel, die er auf Planungsfehler der Beklagten zurück-

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

führt. Hinweispflichten hat er nach seiner Auffassung nicht verletzt, weil der örtliche Bauleiter der Beklagten mündliche Hinweise unbeachtet gelassen habe und weil er meint, auch ein schriftlicher Hinweis hätte nichts genützt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben.

Mit der - angenommenen - Revision, die der Kläger zurückzuweisen bittet, erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Mehrwertsteuer auf Zinsen fordert der Kläger nicht mehr.

Entscheidungsgründe:

Nach Auffassung des Berufungsgerichts kann die Beklagte Vorschuß wegen der Kosten der Mängelbeseitigung schon deshalb nicht verlangen, weil sie den Kläger nicht unter Fristsetzung zur Beseitigung der Mängel aufgefordert hat. Da das Werk des Klägers am 2. Oktober 1975 abgenommen worden sei, richte sich seine Haftung für Mängel nach § 13 VOB/B. Danach habe die Beklagte nur dann einen Anspruch auf den mit Aufrechnung geltend gemachten Vorschuß, wenn sie entweder fruchtlos eine Frist zur Nachbesserung gesetzt habe oder wenn ausnahmsweise eine solche Fristsetzung entbehrlich gewesen sei. Eine Frist zur Beseitigung der Mängel habe die Beklagte unstreitig nicht gesetzt. Fristsetzung sei auch nicht wegen der Besonderheiten der Fallgestaltung entbehrlich gewesen. Der Kläger habe nämlich seine Verantwortlichkeit für die Mängel nicht mit dem notwendigen Nachdruck bestritten. Eine Fristsetzung

sei deshalb nicht von vornherein sinn- und zwecklos gewesen. Auch die Betriebseinstellung ändere daran nichts. Der Kläger habe die Mängel nicht persönlich beseitigen müssen. Mit der noch ausstehenden Werklohnforderung in Höhe von rund 100.000 DM habe er die Nachbesserung durch einen Subunternehmer finanzieren können. Deshalb sei auch durch das Konkursverfahren und durch die anschließende Einstellung des Betriebs eine Fristsetzung nicht entbehrlich geworden.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts brauchte die Beklagte dem Kläger hier keine Frist nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B zu setzen, weil der Kläger die Nachbesserung ernsthaft und endgültig verweigert hat.

a) Nach gefestigter Rechtsprechung ist die Aufforderung, innerhalb bestimmter Frist Mängel zu beseitigen, entbehrlich, wenn sie nur eine nutzlose Förmlichkeit wäre (Senatsurteile vom 20. März 1975 - VII ZR 65/74 = BauR 1976, 285, 286 und vom 8. Juli 1982 - VII ZR 301/80 = BauR 1982, 496, 497; vgl. auch Senatsurteil NJW 1971, 798 zu § 326 BGB). Das gilt vor allem, wenn der Auftragnehmer seine Pflicht zur Gewährleistung schlechthin bestreitet (Senatsurteile NJW 1983, 1731 und vom 12. Dezember 1968 - VII ZR 18/66 = LM BGB § 459 Nr. 20), oder wenn er die Beseitigung des Mangels in anderer Weise ernsthaft verweigert (Senatsurteil vom 22. Mai 1975 - VII ZR 204/74 insoweit in BauR 1975, 421 nicht abgedruckt).

Aus welchen Gründen er das tut, spielt keine Rolle. Die Frage, ob eine Fristsetzung entbehrlich ist, läßt

sich jeweils nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles beurteilen (Senatsurteil NJW 1983, 1731, 1732 m.w.N.). Dabei ist das gesamte Verhalten des Auftragnehmers zu würdigen, auch seine spätere Einlassung im Prozeß (vgl. Senatsurteil BauR 1982, 496, 497).

b) Das bedeutet im vorliegenden Fall:

aa) Der Kläger hat, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, die Beseitigung der Mängel an den Rohrleitungen von Anfang an abgelehnt, weil er für diese Schäden nicht verantwortlich sei. Daran hat er im vorliegenden Rechtsstreit in allen Rechtszügen uneingeschränkt festgehalten. Seine Auffassung begründet er damit, daß die Ursache der aufgetretenen Schäden in Fehlern der Kanalkonstruktion liege, die eine Betonsohle oder eine Betonummantelung der Rohre nicht vorgesehen habe. Insofern sei die Leistungsbeschreibung ungenügend gewesen. Einer ihn etwa treffenden Hinweispflicht gem. § 4 Nr. 3 VOB/B sei er nachgekommen. Er habe nämlich dem örtlichen Bauleiter gegenüber mündlich entsprechende Bedenken vorgetragen und die Ausführung einer Betonsohle und Betonummantelung verlangt. Der Bauleiter habe das aber abgelehnt. Damit trage die Beklagte die volle Verantwortung für die aufgetretenen Schäden. Das gelte selbst dann, wenn man ihm ein gewisses Mitverschulden anrechnen wollte, das aber gegenüber der ganz überwiegenden Mitverantwortung der Beklagten zu vernachlässigen sei.

Dieses gesamte Verhalten des Klägers kann nach Lage des Falles nur als ernsthafte und endgültige Weigerung verstanden werden, die Mängel an den Rohrleitungen zu beheben,

und zwar unabhängig davon, ob seine Ansicht über die alleinige Verantwortlichkeit der Beklagten für die konstruktionsbedingten Mängel zutrifft. Der Kläger hat damit seine etwaige Gewährleistungspflicht jedenfalls nachhaltig bestritten. Es ist nicht erkennbar, wie er durch eine bloße Aufforderung, die Mängel innerhalb einer bestimmten Frist zu beseitigen, zur Aufgabe seines Standpunkts hätte bewegt werden können. In einem solchen Falle wäre eine derartige Aufforderung, auch wenn insofern strenge Anforderungen zu stellen sind, eine nutzlose Förmlichkeit. Dann aber ist eine Fristsetzung nach der Rechtsprechung des Senats entbehrlich.

bb) Dabei spielt keine Rolle, daß der Kläger - wie die Beklagte einräumt - ursprünglich bereit war, die Mängel an den Kanalschächten durch eine Drittfirma beheben zu lassen. Das war nämlich mit verhältnismäßig geringem Aufwand möglich, während die Nachbesserung der Rohrleitungen nach den Feststellungen des vom Landgericht zugezogenen Sachverständigen mehr als 100.000,-- DM kosten wird. Deshalb ist aus der grundsätzlichen Bereitschaft des Klägers, einen - dem Umfang nach sehr geringen - Teil der insgesamt aufgetretenen Mängel beseitigen zu lassen, nichts dafür herzuleiten, wie er sich bei förmlicher Aufforderung mit Fristsetzung hinsichtlich der übrigen, weitaus schwerwiegenderen Mängel an den Rohrleitungen verhalten hätte. Dabei mußte er wissen, daß die Beklagte allein an der Instandsetzung des vom Kläger erstellten Kanals in seiner Gesamtheit, und zwar in einem Zuge, interessiert sein konnte. Mit der Mängelbehebung an einzelnen Teilen, und das etwa noch vorweg, bevor die Sanierung des ganzen Kanals

in Angriff genommen werden konnte, war ihr nicht gelegen. In einem solchen Falle umfaßt die Weigerung, die weitaus überwiegenden und schwerwiegenderen Mängel zu beseitigen, sämtliche am gesamten Bauwerk aufgetretene Mängel.

Allenfalls hätte die Beklagte den Kläger an der Nachbesserung beteiligen müssen, soweit er sich dazu bereitgefunden hatte, wenn sie an die Mängelbeseitigung am ganzen Kanal ging. In diesem Umfang könnte sie dann keinen Voranschuß auf die voraussichtlichen Nachbesserungskosten verlangen, um den es im vorliegenden Verfahren ausschließlich geht. Aber selbst darauf kann sich der Kläger nicht mehr berufen, nachdem er im Anschluß an das vom Landgericht eingeholte, für ihn in diesem Punkt günstige Sachverständigen-gutachten nunmehr auch seine Verantwortlichkeit für die Mängel am Schachtmauerwerk leugnet. Deshalb kann es jetzt nur noch darauf ankommen, inwieweit er insgesamt für die aufgetretenen Mängel am ganzen Kanalbauwerk einstehen muß.

2. Bei dieser Sachlage kann offen bleiben, unter welchen Voraussetzungen die Aufforderung zur Mängelbeseitigung innerhalb einer bestimmten Frist entbehrlich sein kann, wenn der Auftragnehmer aus tatsächlichen oder wirtschaftlichen Gründen zu einer Nachbesserung gar nicht in der Lage ist und der Auftraggeber deshalb mit der Nachbesserung innerhalb der Frist unter keinen Umständen rechnen kann (vgl. dazu Emmerich in MünchKomm § 326 BGB Rdn. 128 m.N.). Das könnte zweifelhaft sein, weil der Auftragnehmer grundsätzlich nicht selbst nachbessern muß (BGHZ 88, 240, 247 m.N.) und auch bei Betriebsaufgabe davon auszugehen ist, daß er nicht ohne weiteres keinen Dritten mehr finden

könne, um einer ihn noch treffenden Gewährleistungspflicht nachzukommen. Doch braucht das nicht näher untersucht zu werden, weil hier die Aufforderung und Fristsetzung schon aus den vorstehend dargelegten Gründen entbehrlich war.

3. Nach alledem kann das angefochtene Urteil nicht bestehen bleiben. Es ist aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das sich nunmehr mit den Einwendungen des Klägers gegen seine - vom Landgericht bejahte - Verantwortlichkeit für die Mängel an dem von ihm erstellten Kanal und gegen die Höhe des von der Beklagten verlangten Kostenvorschusses befassen muß.

Dabei wird das Berufungsgericht zu beachten haben, daß der Auftraggeber für Planungsverschulden und darauf beruhende Mängel des Bauwerks zwar grundsätzlich miteinzustehen hat (Senatsurteil NJW 1984, 1676, 1677, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 90, 344). Andererseits kommt aber der Auftragnehmer seiner Hinweispflicht nach § 4 Nr. 3 VOB/B nur dann voll nach, wenn er seine Bedenken schriftlich mitteilt (Senatsurteil NJW 1975, 1217). Allerdings kann in der Nichtbefolgung einer zuverlässigen mündlichen Belehrung wiederum ein mitwirkendes Verschulden des Auftraggebers liegen (Senat aaO). Doch darf sich der Auftragnehmer, wie hier der Kläger selbst vorträgt, nicht mit einem mündlichen Hinweis gegenüber dem örtlichen Bauleiter begnügen, wenn sich dieser den von ihm geäußerten Bedenken verschließt. Er muß sich dann an den Bauherrn selbst wenden (Senatsurteile NJW 1975, 1217; vom 29. September 1977 - VII ZR 134/75 =

BauR 1978, 54 und vom 10. November 1977 - VII ZR 252/75 = BauR 1978, 139, 142 m.w.N.). Dafür, daß der Auftraggeber sogar schriftlich mitgeteilten Hinweisen nicht gefolgt wäre, ist der Auftragnehmer beweispflichtig (Senatsurteile BGHZ 61, 118, 122/123 und vom 23. September 1976 - VII ZR 14/75 = BauR 1976, 430, 432, j.m.w.N.). Die sog. "Sowieso-Kosten" hat der Auftraggeber freilich in jedem Falle zu tragen (Senatsurteile BGHZ 90, 344, 346, 347; 91, 206 = NJW 1984, 2457, 2458, j.m.w.N.).

Girisch

Recken

Doerry

Obenhaus

Quack