

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB Teil B (1952) § 13; ZPO §§ 256, 756

- a) Zum Umfang der Nachbesserungspflicht des Werkunternehmers, der rechtskräftig zur Zahlung von Werklohn Zug um Zug gegen Nachbesserung verurteilt worden ist.
- b) Zur Frage, wann der Werkunternehmer auf Feststellung klagen kann, daß er zu weiterer Nachbesserung nicht verpflichtet ist.

BGH, Urt. v. 23. September 1976 - VII ZR 14/75 - OLG Zweibrücken
LG Zweibrücken

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 14/75

URTEIL

Verkündet am
23. September 1976
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Firma K [REDACTED] & S [REDACTED] KG,
Schuhfabrik, vertreten durch ihre persönlich haftenden
Gesellschafter, die Beklagten zu 2 und 3,
2. des Schuhfabrikanten August S [REDACTED]
in P [REDACTED], St [REDACTED]allee [REDACTED],
3. seiner Ehefrau Karoline S [REDACTED] geb. H [REDACTED],
wohnhaft ebenda,

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma H. K ü [REDACTED], Bauunternehmung, vertreten
durch deren persönlich haftende Gesellschafter Helmut und
Kurt K ü [REDACTED] in W [REDACTED], So [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. September 1976 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Meise, Doerry, Bliesener und Obenhaus

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Zweibrücken vom 18. Oktober 1974 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

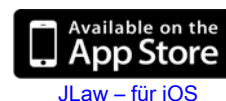
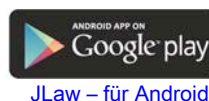
Tatbestand:

In den Jahren 1967/68 führte die Klägerin für die Beklagte zu 1, deren persönlich haftende Gesellschafter die Beklagten zu 2 und 3 sind, verschiedene Arbeiten, darunter an einem Parkplatz und einer angrenzenden Straße aus. Die Geltung der VOB/B war vereinbart.

In einem Vorprozeß (1 O 77/70 LG Zweibrücken) verlangte die Klägerin restlichen Werklohn. Die Beklagten beriefen sich auf Mängel. Das Landgericht verurteilte sie am 30. Dezember 1970 gesamtschuldnerisch, unter anderem



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



"an die Klägerin weitere 6.000 DM abzüglich 3 % Skonto zu zahlen, und zwar Zug um Zug gegen das Neuverlegen der losen Platten an der Straßenrinne am Parkplatz der Beklagten zu 1 in ... und das Ausgießen der Fugen mit Gußasphalt."

Das Urteil wurde rechtskräftig.

Im Herbst 1972 verlegte die Klägerin zum Zwecke der Nachbesserung die Platten neu und goß die Fugen aus. Die Beklagten verweigerten aber auch danach die Zahlung der Urteilssumme, weil die Nachbesserung fehlgeschlagen sei. Der mit der Zwangsvollstreckung beauftragte Gerichtsvollzieher gab der Klägerin daraufhin auf, die ordnungsgemäße Mängelbeseitigung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen (§ 756 ZPO).

Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin die Feststellung begehrt, daß den Beklagten kein Recht mehr auf Neuverlegung der Platten und Ausgießen der Fugen zustehe. Sie habe fachgerecht nachgebessert. Für etwaige Frostschäden brauche sie nicht zu haften. Die im Leistungsverzeichnis vorgesehene 30 cm starke Kiesfilterschicht habe sie, was unstreitig ist, bereits 1968 eingebracht.

Die Beklagten haben vor allem erwidert, daß Platten und Asphaltanschlüsse sich nach Frosteinwirkung gehoben hätten; ein Teil der Platten sei später gebrochen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstreben die Beklagten weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Feststellungsklage ist zulässig. Davon geht das Berufungsgericht zutreffend aus; die Revision greift das auch nicht an. Die Klägerin kann wegen ihrer Restforderung aus dem Urteil des Vorprozesses nur vollstrecken, wenn sie durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden beweist, daß sie die ihr nach jenem Urteil obliegende Nachbesserung ausgeführt hat oder die Beklagten sich insoweit im Verzuge der Annahme befinden (§ 756 ZPO). Die Prüfung, ob der Gläubiger die von ihm Zug um Zug geschuldete Gegenleistung erbracht, ob er insbesondere die Mängel ordnungsgemäß beseitigt hat, gehört zwar grundsätzlich in das Zwangsvollstreckungsverfahren (BGHZ 61, 42, 46); ergeben sich aber hinsichtlich der Tragweite des Urteils Zweifel, so kann der Gläubiger auf Feststellung des Urteilsinhalts klagen (BGH NJW 1972, 2268; Stein/Jonas, ZPO, 19. Aufl., § 322 Anm. IX 1 c).

Das ist der Sache nach auch hier der Fall. Die Parteien streiten sich um die im Vorprozeß unerörtert gebliebene, für die Vollstreckung noch zu beantwortende Frage, ob die Klägerin zum Zwecke der Nachbesserung eine frostsichere Sandfilterschicht einzubringen hat, bevor sie die losen Platten neu verlegt und die Fugen mit Asphalt ausgießt. Daß dabei zugleich geklärt wird, ob die Klägerin auch im übrigen mängelfrei gearbeitet hat, ist aus Gründen der Prozeßwirtschaftlichkeit nicht zu beanstanden.

II.

Das Berufungsgericht hält die Klage auch für begründet. Die Nachbesserungsarbeiten der Klägerin vom Herbst 1972 hätten den Anforderungen entsprochen, die die Beklagten aufgrund jenes Urteils vom 30. Dezember 1971 an die Art der Nachbesserung hätten stellen dürfen. Die Nachbesserung sei mangelfrei.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Nicht durchzudringen vermag sie allerdings mit dem Hinweis, daß das Berufungsgericht zwar die Arbeiten unter Bezugnahme auf das Gutachten des Sachverständigen Becker als "nicht sehr sauber und fachmännisch" bezeichnet, einen die Ordnungsmäßigkeit der Mängelbeseitigung ausschließenden Fehler hierin aber nicht erblickt. Seine Auffassung, der Sachverständige habe damit nur sagen wollen, daß bei größerer Sorgfalt und ebensolchem Geschick eine höhere Qualität der Leistung zu erreichen gewesen wäre, ist rechtlich bedenkenfrei. Demgemäß durfte es feststellen, daß die Gebrauchsfähigkeit der Anlage jedenfalls insoweit nicht beeinträchtigt ist, als allein die Neuverlegung der Platten und das Ausgießen der Fugen, nicht auch die Frostsicherheit der Straßenrinne in Rede steht. Die gegen die Eignung des Sachverständigen gerichteten Rügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet (§ 565 a ZPO). Dasselbe gilt für die Frage, ob das Berufungsgericht die Anhörung des Sachverständigen, die Vernehmung von Zeugen oder die Einnahme des Augenscheins hätte anordnen müssen.

2. Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Klägerin die anerkannten Regeln der Baukunst im Herbst 1972 etwa deshalb außer acht gelassen hat, weil die Platten - wie es unterstellt - nicht auf einem frostsicheren Unterbau verlegt worden sind. Hierzu sei sie nicht verpflichtet gewesen; die Bedingungen des Leistungsverzeichnisses, das nur eine 30 cm tiefe Sandfilterschicht vorsehe, habe sie erfüllt. Dahinstehen könne, ob sie ursprünglich gegen die Art der Ausführung hätte Bedenken bekommen und diese gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B hätte mitteilen müssen. Der Umfang der ihr obliegenden Nachbesserung sei jetzt allein durch das Urteil vom 30. Dezember 1971 bestimmt. Danach habe sie nur die Platten neu zu verlegen und die Fugen auszugießen brauchen; über eine Verstärkung des Unterbaus sei dort nichts gesagt. Die Akten des Vorprozesses enthielten auch keine derartigen Hinweise; die Beklagten hätten damals nicht behauptet, daß die Straßenrinne bereits wegen eines unzureichenden Fundaments mangelhaft sei.

Diese Ausführungen vermögen das Urteil nicht zu tragen; das rügt die Revision mit Recht.

a) Nach den Ausführungen des Berufungsgerichts ist für das Revisionsverfahren als möglich einzubeziehen, daß - solange der Unterbau nicht frostsicher ist - die Platten sich nach jedem etwas strengeren Winter lösen werden und deshalb erneut verlegt werden müssen. Falls das zutreffen sollte, entspräche die Leistung der Klägerin nicht den anerkannten Regeln der Technik; sie wäre dann mit Fehlern behaftet, die ihre Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch aufheben oder mindern

würden (§ 13 Nr. 1 VOB/B). Die Beklagten müßten in einem solchen Fall die Arbeiten vom Herbst 1972 nur dann als Zug um Zug geschuldete Leistung annehmen, wenn die Klägerin wegen des Inhalts der Leistungsbeschreibung nicht dafür einzustehen hat, daß die Sandfilterschicht lediglich 30 cm stark ist (§ 13 Nr. 3 VOB/B).

b) Das Berufungsgericht hätte sich daher nicht mit dem Hinweis begnügen dürfen, daß weder in dem Urteil noch sonst in den zum Zwecke der Auslegung herangezogenen Akten des Vorprozesses von einem nicht frostsicheren Fundament als der eigentlichen Schadensursache die Rede ist. Die Beklagten brauchten in jenem Rechtsstreit nur vorzutragen, daß die Platten sich gelöst hatten. Das reichte zur Bezeichnung des Mangels aus; sie waren nicht genötigt, auch die Gründe seiner Entstehung anzugeben (vgl. BGHZ 48, 108, 110). Sie konnten der Klägerin ohnehin nicht vorschreiben, wie sie die Nachbesserung auszuführen habe; auch das Gericht wäre dazu - jedenfalls grundsätzlich - nicht befugt gewesen (Urteil vom 4. Juni 1973 - VII ZR 112/71 = BauR 1973, 313, 317, insoweit in BGHZ 61, 42 nicht abgedruckt). Der Auftragnehmer trägt das Risiko seiner Arbeit; er muß daher gewöhnlich allein entscheiden können, auf welche Weise er die Mängel beseitigen will (Senatsurteil aaO; Urteile vom 19. März 1964 - VII ZR 137/62 [S. 9] - und 5. Mai 1969 - VII ZR 26/69 [S. 7]). Daß das Urteil die Ausführung der Nachbesserung nicht näher regelt, sondern nur deren - selbstverständlich mangelfreies - Ergebnis bestimmt, vermag den Beklagten mithin nicht zu schaden.

c) Wenn sich erweisen sollte, daß die Arbeiten vom Herbst 1972 mangelhaft sind, weil der Unterbau nicht frostsicher ist, steht freilich nicht schon fest, daß die Klägerin auf eigene Kosten einen frostsicheren Unterbau einbringen muß. Der im Vorprozeß einredeweise geltend gemachte Mängelbeseitigungsanspruch ist nicht in Rechtskraft erwachsen und nicht vollstreckbar (Urteil vom 24. Mai 1973 - VII ZR 92/71 = BauR 1973, 321, 322/323 mit Nachw., insoweit in BGHZ 61, 28 nicht abgedruckt). Es ist daher im vorliegenden Prozeß zu prüfen, ob die Klägerin im Wege der Gewährleistung auch für die Verstärkung der Sandfilterschicht zu sorgen hat und sodann die Platten erneut verlegen muß, bevor sie aus dem Urteil vollstrecken kann.

aa) Das Berufungsgericht wird in diesem Zusammenhang zu klären haben, ob die Klägerin entweder bei der ursprünglichen Ausführung der Arbeiten oder jedenfalls bei der Nachbesserung hinsichtlich des ihr vorgeschriebenen Fundaments hätte Bedenken anmelden müssen (§ 4 Nr. 3 VOB/B). Das wäre nicht schon deshalb entbehrlich gewesen, weil sie eine tiefere Auskofferung des Bodens als unwirtschaftlich und ortsunüblich ansah oder das Leistungsverzeichnis von einem Architekten aufgestellt worden ist (Urteil vom 22. Mai 1975 - VII ZR 204/74 = BauR 1975, 421). Die Entscheidung, welche Kosten aufzuwenden seien, war Sache der Beklagten. War die Klägerin zur Mitteilung verpflichtet, müßte sie beweisen, daß die Beklagten sich ihren Bedenken verschlossen haben würden (Urteil vom 10. Juli 1975 - VII ZR 243/73 = BauR 1975, 420, 421). Zu ihren Gunsten könnten dabei erhebliche Mehrkosten sprechen, die

möglicherweise nicht nur für die jetzt allein nachzubessernde Straßenrinne, sondern für den gesamten Parkplatz entstanden wären.

bb) Sollte die Klägerin ihre Mitteilungspflicht verletzt (§ 4 Nr. 3 VOB/B) und daher für die nicht frostsichere Verlegung der Platten einzustehen haben (§ 13 Nr. 3 VOB/B), so würde hieraus jedoch nicht schon folgen, daß sie die Kosten des nunmehr erforderlichen stärkeren und frostsicheren Unterbaus allein aufbringen muß. Sie ist nur im Rahmen der ihr vertraglich obliegenden Werkleistung zur Nachbesserung verpflichtet (Urteil vom 29. November 1971 - VII ZR 101/71 = WM 1972, 800, 802). Die möglicherweise notwendige Verstärkung des Unterbaus von 30 cm auf 80 cm müßten also die Beklagten entweder anderweitig ausführen lassen oder aber der Klägerin übertragen. Verlangen die Beklagten von ihr jetzt eine stärkere Filterschicht als sie nach dem ursprünglichen Vertrag schuldete, so kann sie eine nach den Einheitspreisen des Leistungsverzeichnisses zu ermittelnde Mehrvergütung ("Sowiesokosten") beanspruchen (§ 2 Nr. 6 VOB/B). Nur die mit der Nachbesserung im übrigen verbundenen Kosten hat sie selbst zu tragen (Urteil vom 29. November 1971 aaO). Sollten die Beklagten die Übernahme der auf sie entfallenden Mehrkosten ablehnen, so würde die Klägerin weiteres nicht zu veranlassen brauchen, weil dann die Beklagten die ordnungsgemäße Nachbesserung verhindern (§ 162 Abs. 1 BGB). Das Berufungsgericht muß dann auf Antrag aussprechen, daß die Beklagten sich im Verzuge der Annahme befinden, was nach § 756 ZPO zur Vollstreckung genügt.

III.

Das angefochtene Urteil ist nach alledem aufzuheben und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Vogt

Meise

Doerry

Bliesener

Obenhaus