

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 635; VOB/B (1973) § 13 E Nr. 7

Ein Schadensersatzanspruch, den der Besteller/Auftraggeber daraus herleitet, daß er einen Anlieger hat entschädigen müssen, weil der Unternehmer/Auftragnehmer Gelände außerhalb des ihm zugewiesenen Arbeitsstreifens gerodet hat, besteht unabhängig davon, ob der Unternehmer/Auftragnehmer (gegebenenfalls unter Fristsetzung) zur Mängelbeseitigung aufgefordert worden ist (im Anschluß an Senatsurteil BGHZ 96, 221).

BGH, Urt. v. 16. März 1989 - VII ZR 23/88 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

8

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 23/88

URTEIL

Verkündet am
16. März 1989
Werner
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

(Schlußentscheidung)

in dem Rechtsstreit

der Stadt K[REDACTED], R[REDACTED]straße 1,
K[REDACTED], vertreten durch den Stadtdirektor,
ebenda,

Beklagten, Berufungsklägerin,
Revisionsklägerin und Revisions-
beklagten,

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

g e g e n

die Firma Sch[REDACTED] Bauunternehmung GmbH, Ru[REDACTED],
N[REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer
Ulrich Sch[REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Revisionsklägerin und Revisions-
beklagte,

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

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. März 1989 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Bliesener, Prof. Dr. Walchshöfer, Dr. Thode und Dr. Haß

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. Dezember 1987 aufgehoben, soweit der Klägerin in Ziffer 1 des Urteilsspruchs mehr als 1.056,03 DM nebst Zinsen und Zinsen aus mehr als 104.653,51 DM für die Zeit vom 16. September 1981 bis 17. September 1985 zugesprochen worden sind.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die gesamten Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

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 Beklagte erteilte der Klägerin 1980 den Auftrag zum Bau eines Transportsammlers. Dem Vertrag liegt die VOB/B zugrunde. Bei der Ausführung der Arbeiten kam es zu erheblichen Schwierigkeiten mit der Wasserhaltung. Schließlich kündigte die Beklagte den Vertrag fristlos mit Schreiben vom 20. Mai 1981.

Die Klägerin hat daraufhin - entsprechend ihrer Schlußrechnung vom 12. Juni 1981 und der weiteren Rechnung vom 3. August 1982 - die Zahlung von 714.522,56 DM nebst Zinsen gefordert. Die Beklagte hat die Schlußrechnung zunächst auf 104.580,78 DM gekürzt und darüber hinaus mit Gegenansprüchen aufgerechnet. Später hat sie 103.597,48 DM gezahlt.

Mit Grund- und Teilurteil vom 21. Februar 1984 hat das Landgericht die Klage in Höhe von 42.911,13 DM abgewiesen und sie im übrigen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Berufungsgericht hat durch Urteil vom 22. Oktober 1984 auf die Berufung der Klägerin das landgerichtliche Urteil im wesentlichen bestätigt, die Klage wegen eines weiteren Betrages von 11.935,29 DM aber dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die dagegen eingelegte Revision der Beklagten (und ihrer damaligen Streithelferin) ist nicht angenommen worden (Senatsbeschluß vom 13. Februar 1986 - VII ZR 299/84).

Im anschließenden Verfahren hat das Landgericht die Beklagte mit Teilurteil vom 20. Januar 1987 zur Zahlung von

591.998,68 DM abzüglich der inzwischen gezahlten 103.597,48 DM nebst Zinsen verurteilt, in Höhe eines weiteren Betrages von 85.584,85 DM die Klage abgewiesen und die Entscheidung im übrigen dem Schlußurteil vorbehalten.

Das Berufungsgericht hat dagegen der Klägerin lediglich 3.923,23 DM nebst Zinsen zugesprochen (und die Klage wegen eines Betrages von 0,49 DM abgewiesen), das landgerichtliche Urteil in Höhe eines weiteren Betrages von 484.477,48 DM aufgehoben und den Rechtsstreit insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.

Dagegen haben beide Parteien Revision eingelegt. Die Klägerin hat dabei angestrebt, das landgerichtliche Urteil in Höhe von 478.822,43 DM nebst Zinsen wiederherzustellen, während die Beklagte in Höhe von 447.489,60 DM nebst Zinsen die Abweisung der Klage zu erreichen versucht hat.

Der Senat hat durch Beschluß vom 24. November 1988 das Rechtsmittel der Klägerin überhaupt nicht und die Revision der Beklagten nur angenommen, soweit das Berufungsgericht den aus der gezahlten Aufwuchsschädigung von 2.234,40 DM und aus darauf bezogenen Gutachterkosten von 632,80 DM abgeleiteten Gegenanspruch verneint hat. Insoweit verfolgt die Beklagte ihr Rechtsmittel weiter, während die Klägerin die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

1. Im Gegensatz zum Landgericht geht das Berufungsgericht - rechtsfehlerfrei - davon aus, daß die Beklagte hinsichtlich der von ihr an die Anliegerin R. gezahlten Aufwuchsschädigung in Höhe von 2.234,40 DM ein Fehlverhalten der Klägerin substantiiert vorgetragen habe. Sie habe nämlich insoweit geltend gemacht, daß die Klägerin eine Rodung außerhalb des ihr zuerkannten Arbeitsstreifens durchgeführt habe, so daß die Rodung nicht die zwangsläufige Folge der von ihr zu erbringenden Arbeiten gewesen sei.

Deshalb käme zwar an sich ein Erstattungsanspruch der Beklagten gegen die Klägerin gemäß § 13 Nr. 7 VOB/B in Betracht. Da die Beklagte aber die nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B erforderliche Fristsetzung unterlassen habe, scheitere sie mit diesem Gegenanspruch letztlich doch. Hinsichtlich der Gutachterkosten von 632,80 DM gelte nichts anderes, da ein Anspruch auf Zahlung dieser Position die Erstattungsfähigkeit der "Hauptposition" (= Aufwuchsschädigung) voraussetze.

2. Das rügt die Revision zu Recht.

a) Das Berufungsgericht hat bei seiner rechtlichen Würdigung aus dem Auge verloren, daß die Beklagte den Gegenanspruch aus Rodungsarbeiten herleitet, die die Klägerin außerhalb des ihr zugewiesenen Arbeitsstreifens durchgeführt hat. Damit kommt aber als Anspruchsgrund nur eine positive Vertragsverletzung in Betracht, die keinen nachbesserungs-

fähigen Mangel an dem von der Klägerin herzustellenden Bauteil betrifft. Dann aber scheidet eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung (und damit eine Fristsetzung) von vornherein aus (Senatsurteil BGHZ 96, 221, 224 ff).

Das hat zur Folge, daß auch die Verneinung des auf die Zahlung der Gutachterkosten gestützten Gegenanspruches durch das Berufungsgericht der rechtlichen Nachprüfung nicht standhält. Auf die Revision der Beklagten muß deshalb das Berufungsurteil aufgehoben werden, soweit das Berufungsgericht die Aufrechnung mit dem Gegenanspruch von insgesamt 2.867,20 DM nicht hat durchgreifen lassen.

b) Damit sind der der Klägerin zuerkannte Betrag auf 1.056,03 DM und der Betrag, von dem die Beklagte Zinsen für die Zeit vom 16. September 1981 bis 17. September 1985 zu zahlen hat, auf 104.653,51 DM herabzusetzen. Im Umfang der Aufhebung ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die gesamten Kosten des Revisionsver-

fahrens - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das nunmehr den entsprechenden Beweisangeboten der Parteien zum hier erörterten Gegenanspruch nachzugehen haben wird.

Girisch

Bliesener

Walchshöfer

RiBGH Dr. Haß ist
im Urlaub und kann
deshalb nicht unter-
schreiben.

Thode

Girisch