BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 41/06

vom

25. Januar 2007

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 633; VOB/B § 13 Nr. 1

Zum Vorliegen eines Mangels, wenn eine automatische Rollladenanlage im Winter wegen Vereisung blockiert und anschließend die Gurte reißen können.

BGB § 478 Abs. 1 a.F; VOB/B § 13 Nr. 5 Abs. 1

Eine mündliche Anzeige reicht zur Erhaltung der Mängeleinrede trotz Verjährung des Gewährleistungsanspruchs auch dann aus, wenn die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart haben. Eine schriftliche Rüge ist dazu nicht notwendig (Bestätigung von BGH, Urteil vom 10. April 1969 - VII ZR 27/67, SF Z 2.13 Bl. 33; Urteil vom 15. Dezember 1969 - VII ZR 148/67, BGHZ 53, 122, 125 ff.).

BGH, Beschluss vom 25. Januar 2007 - VII ZR 41/06 - OLG Koblenz
LG Koblenz

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 25. Januar 2007 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Dr. Wiebel, Dr. Kuffer, Prof. Dr. Kniffka und die Richterin Safari Chabestari

beschlossen:

Der Beschwerde der Beklagten wird stattgegeben.

Das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 18. Januar 2006 wird gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufgehoben.

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

Gründe:

I.

1 Die Klägerin verlangt aus abgetretenem Recht der Fa. F. restlichen Werklohn für den Einbau von Wohndachfenstern nebst elektrischen Außenrollläden in ein Anwesen der Beklagten. Der Werklohn von 26.919,07 € ist unstreitig. Die Beklagte rügt eine mangelhafte Ausführung, weil nach ihrer Behauptung im Winter, wenn die Lamellen einfrieren, der Elektromotor gleichwohl weiterläuft und deshalb die Zugbänder reißen. Die Beklagte rechnet mit einem Anspruch auf Kostenvorschuss in Höhe von 27.314,59 € auf. Außerdem macht sie in der Berufung einen Schadensersatzanspruch wegen unterlassener Aufklärung über die eingeschränkte Tauglichkeit der Rollladenanlage bei Frost im Wege der Aufrechnung geltend.

2 Das Landgericht hat auf Zahlung des Werklohns erkannt und die Aufrechnung nicht durchgreifen lassen, weil ein Mangel der Anlage nicht bestehe. Die Berufung ist im Ergebnis ohne Erfolg geblieben. Das Berufungsgericht lässt offen, ob ein Mangel der Anlage vorliegt. Ein Anspruch auf Vorschuss sei verjährt. Die Parteien hätten die VOB/B mit einer fünfjährigen Verjährungsfrist vereinbart. Die Verjährung habe mit der Abnahme am 7. November 1994 begonnen. Die mündlichen Rügen und die Nachbesserungsversuche Anfang 1995 und am 24. November 1997 hätten zu keiner ausreichenden Verlängerung der Verjährungsfrist geführt. Nur eine schriftliche Rüge erhalte gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 1 VOB/B den Nacherfüllungsanspruch über die Vollendung der Verjährung nach § 13 Nr. 4 VOB/B hinaus. Mit den Nachbesserungen habe die zweijährige Frist neu zu laufen begonnen. Die Verjährungsfrist sei am 24. November 1999 abgelaufen. Eine schriftliche Rüge sei erst am 15. Dezember 1999 erfolgt. Die Klage sei erst Ende Dezember 1999 erhoben worden.

3 Die Beklagte habe einen Schadensersatzanspruch wegen fehlerhafter Beratung nicht schlüssig dargelegt. Zwar dürfte davon auszugehen sein, dass die Fa. F. darüber hätte aufklären müssen, dass die Rollladenanlage aufgrund ihrer Konstruktionsweise bei bestimmten Wetterlagen außer Betrieb zu nehmen ist, um Schäden zu verhindern. Der Hinweis sei nicht erteilt worden. Die Beklagte habe indessen nicht schlüssig dargetan, dass ihr infolge des unterlassenen Hinweises ein der Höhe nach bestimmbarer Schaden entstanden sei.

4 Das Berufungsgericht hat die Revision nicht zugelassen.

II.

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

5 Die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision hat Erfolg. Das Berufungsurteil beruht auf einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG. Es ist deshalb aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, § 544 Abs. 7 ZPO.

6 Auf das Schuldverhältnis finden die bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetze Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

7 1. Das Berufungsgericht führt aus, ein aufrechenbarer Schadensersatzanspruch der Beklagten sei unter dem Gesichtspunkt einer culpa in contrahendo nicht anzunehmen, soweit die Mehrkosten eines Frostwächters bei nachträglichem Einbau möglicherweise höher seien als die Mehrkosten eines Frostwächters, wenn dieser bereits 1993 eingebaut worden wäre. Trotz Hinweises des Senats habe die Beklagte auch insoweit einen bestehenden Schadensersatzanspruch nicht beziffert.

8 Damit übergeht das Berufungsgericht die Ausführungen der Beklagten im Schriftsatz vom 17. November 2005 und in der mündlichen Verhandlung vom 14. Dezember 2005.

9 a) Die Beklagte hat im Schriftsatz vom 17. November 2005 ausgeführt, sie habe nach dem Hinweis des Senats vom 5. Oktober 2005 fachmännische Hilfe in Anspruch nehmen müssen. Es habe ein Ortstermin mit Fachleuten stattgefunden. Sie habe sich erkundigt, welche Kosten entstehen, um ein Frostschutzsystem zu installieren. Es gebe ein bestimmtes System eines Herstellers. Dessen nachträglicher Einbau sei allerdings sehr teuer. Ein Preis für das System könne sie noch nicht benennen, weil er von örtlichen Unternehmern ermittelt werden müsse. Sie habe mehrere örtliche Unternehmer angefragt. Weil sie noch keine Antwort habe, könne sie nur ungefähre Angaben machen. Die Kosten für die Installation nur des Frostschutzsystems würden 10.000 € überstei-

gen, wahrscheinlich sogar den Betrag von 15.000 € erreichen. Sie werde so schnell wie möglich ein Angebot, welches sie noch nicht habe einholen können, vorlegen. In der mündlichen Verhandlung vom 15. Dezember 2005 hat die Beklagte vortragen lassen, wenn der Frostwächter bereits bei Installation der Rolladenanlage eingebaut worden wäre, wären Kosten von ca. 2.000 € entstanden. Durch den nachträglichen Einbau würden Kosten in Höhe von mindestens 10.000 € entstehen. Sie hat dies unter Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens gestellt.

10 b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe die Mehrkosten des Einbaus eines Frostwächters nicht beziffert, belegt, dass das Berufungsgericht diesen Vortrag nicht zur Kenntnis genommen hat. Denn aus ihm ergibt sich ohne weiteres, dass Mehrkosten in Höhe von mindestens 8.000 € behauptet werden.

11 2. Dieser Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör kann entscheidungserheblich sein.

12 a) Allerdings ist vorrangig vor einer Aufklärungspflichtverletzung zu prüfen, ob die fehlende Funktionstauglichkeit der Anlage bei Frost als Fehler im Sinne des § 633 Abs. 1 BGB einzuordnen ist. Das ist der Fall, wenn die Anlage nicht die Beschaffenheit aufweist, die für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch erforderlich ist. Im Rahmen der getroffenen Vereinbarung schuldet der Auftragnehmer ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk (BGH, Urteil vom 16. Juli 1998 - VII ZR 350/96, BGHZ 139, 244, 246; Urteil vom 11. November 1999 - VII ZR 403/98, BauR 2000, 411 = NZBau 2000, 74 = ZfBR 2000, 121).

13 aa) Das Berufungsgericht neigt nach seinen Ausführungen dazu, einen Fehler des Werks im Hinblick auf die technische Beschreibung und die darauf gestützte Bewertung der Rollladenanlage durch den Sachverständigen als im Rechtsinne nicht mangelhaft zu verneinen.

14 Der Senat weist darauf hin, dass eine Beurteilung des Sachverständigen, es liege kein Mangel vor, keine geeignete Grundlage für die Entscheidung des Berufungsgerichts sein könnte. Nach dem Gutachten kann es zu einem nachträglichen Reißen der Zugbänder kommen, wenn Rollladenpanzer zunächst blockieren, weil sie ebenso wie die zum Blockierschutz eingebauten Mikroschalter vereisen. In diesem Fall wickeln sich die Zugbänder ab und können von der Bandrolle rutschen. Nach dem Auftauen der Mikroschalter kann eine Fehlbedienung entstehen, wodurch die Zugbänder reißen können. Eine elektronische Steuerung für Eiswarnung, die das Risiko vermindern könnte, ist nicht eingebaut.

15 Damit ist lediglich der Zustand der Anlage beschrieben. Dieser besagt nichts über die vereinbarte Beschaffenheit der Anlage. Diese wird das Berufungsgericht feststellen müssen. Aus seinem Urteil ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien den Einbau einer Anlage vereinbart haben, die bei Frost nicht automatisch so abschaltet, dass Beschädigungen vermieden werden. Allein der Umstand, dass den Herstellern und möglicherweise Händlern Risiken bekannt waren, rechtfertigt nicht die Annahme, deren Übernahme sei vereinbart.

16 Das Berufungsgericht wird gegebenenfalls auch zu prüfen haben, ob die Beklagte im Rahmen der Gewährleistung Sowieso-Kosten zu tragen hat (BGH, Urteil vom 27. Juli 2006 - VII ZR 202/04, BauR 2006, 2040, 2042 = NZBau 2006, 777; Urteil vom 16. Juli 1998 - VII ZR 350/96, BGHZ 139, 244, 247; Urteil

vom 22. März 1984 - VII ZR 50/82, BGHZ 90, 344, 347). Das ist nicht schon deshalb zwingend der Fall, weil das Leistungsverzeichnis einen Frostwächter nicht enthält. Vielmehr muss durch Auslegung des Vertrages ermittelt werden, ob dessen ungeachtet eine Anlagetechnik zu dem vereinbarten Preis geschuldet ist, die bei Frost automatisch so abschaltet, dass es nicht zu Beschädigungen kommt. Für Letzteres dürfte sprechen, dass die Klägerin eine Beschreibung der geschuldeten Steuereinheit vorgelegt hat, deren Vorteil gerade darin liegen soll, dass bei Widerstand durch Eis und Schnee keine Zerstörung auftritt, weil sie automatisch abschalten soll.

17 Sollte der Vertrag dennoch dahin auszulegen sein, dass eine in bestimmter Weise funktionierende Anlage geschuldet ist, der Vertrag insbesondere durch das Leistungsverzeichnis die zu vergütenden Leistungen jedoch so beschreibt, dass weitere Maßnahmen zur Erhaltung der Funktionstauglichkeit vergütungspflichtig gewesen wären, so bliebe die Klägerin zwar zur Gewährleistung verpflichtet, die für Zusatzaufträge zu zahlende zusätzliche Vergütung wäre jedoch als Sowieso-Kosten zu berücksichtigen (BGH, aaO; vgl. auch BGH, Urteil vom 8. Juli 1993 - VII ZR 176/91, BauR 1993, 722 = ZfBR 1994, 12). Das wäre auch dann der Fall, wenn der zusätzliche Einbau eines Frostwächters notwendig wäre, um die Anlage bei Frost außer Betrieb zu nehmen, und dieser zusätzlich zu vergüten wäre. Der Umstand, dass der Frostwächter seinerzeit nicht auf dem Markt war, hindert die Beklagte nicht, diesen im Rahmen der Gewährleistung zu fordern, wenn er nunmehr verfügbar ist. Sowieso-Kosten kommen auch in Betracht, soweit sich aus dem Vertrag ergeben sollte, dass eine Anlage geschuldet ist, die eine ständige Bewegung der Rollläden ungeachtet der Witterungsverhältnisse gewährleistet, die im Vertrag bestimmte Herstellungsart dies nicht erreicht und die Beklagte den Vorschuss nach den Kosten der Herstellung einer solchen Anlage berechnen sollte.

18 b) Das Berufungsgericht wird die unterlassene Auslegung der Beschaffenheitsvereinbarung nachzuholen haben. Seine Auffassung, die Beklagte könne mit dem Vorschussanspruch nicht aufrechnen, weil dieser verjährt sei, ist rechtsfehlerhaft.

19 aa) Die Beklagte hat bereits in der Klageerwiderung darauf hingewiesen, dass die Aufrechnung auch mit einem verjährten Anspruch möglich sei, §§ 639 Abs. 1, 478, 479 BGB. Das übersieht das Berufungsgericht. Es prüft lediglich, ob der Anspruch verjährt ist. Darauf kommt es jedoch nicht an. Selbst wenn der Anspruch verjährt ist, ist die Aufrechnung möglich, denn die Beklagte hat den Mangel unstreitig mehrfach in unverjährter Zeit angezeigt. Die Anzeigen waren ausreichend, denn es genügt, das Erscheinungsbild des Mangels zu beschreiben (BGH, Urteil vom 23. Februar 1989 - VII ZR 31/88, BauR 1989, 470 = ZfBR 1989, 161).

20 bb) Der Senat versteht die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht dahin, dass es für eine Anzeige im Sinne des § 478 Abs. 1 BGB ein schriftliches Beseitigungsverlangen entsprechend § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B verlangt. Das wäre auch unzutreffend. Der Senat hat deutlich gemacht, dass die Schriftform gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B nur für die Frage eine Rolle spielt, ob sich die Verjährung nach dieser Regelung beurteilt. Für die den Eintritt der Verjährung voraussetzende Frage, ob der Aufrechnungseinwand mit der verjährten Forderung möglich ist, gilt hingegen das Bürgerliche Gesetzbuch. Die VOB/B schafft insoweit keine Sonderregelung. Eine mündliche Anzeige reicht aus (BGH, Urteil vom 10. April 1969 - VII ZR 27/67, SF Z 2.13 Bl. 33; Urteil vom 15. Dezember 1969 - VII ZR 148/67, BGHZ 53, 122, 125 ff.). Soweit der Senat im Urteil vom 15. Dezember 1969 dem Berufungsgericht die Prüfung aufgibt, ob Nachbesserungsansprüche wegen rechtzeitig schriftlich angezeigter Mängel bestehen, kann dem nichts anderes entnommen werden. Die Erwähnung der Schriftform

beruht vermutlich auf dem Umstand, dass schriftliche Rügen vorlagen. Auch das von den Beschwerdeerwiderungen angeführte Senatsurteil vom 23. Februar 1989 (VII ZR 31/88, BauR 1989, 470 = ZfBR 1989, 161) belegt nichts Abweichendes. Wenn in diesem Urteil von einer "ausreichenden" Rüge im Sinne des § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B die Rede ist, so ist damit auf den Vortrag zu den Mangelerscheinungen abgestellt, der in diesem Urteil als ausreichend bezeichnet wird, und nicht, wie die Erwiderung der Streithelferin meint, auf eine schriftliche Rüge.

21 c) Käme das Berufungsgericht zu der Auffassung, ein Fehler des Werks der Klägerin liege nicht vor, so käme ein Anspruch der Beklagten wegen einer unterlassenen Aufklärung über die bei Frost eingeschränkte Gebrauchstauglichkeit in Betracht. Es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht ohne den Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör zu einem anderen Ergebnis gelangt.

22 aa) Dem kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeerwiderung der Streithelferin der Klägerin nicht entgegengehalten werden, das Berufungsgericht hätte den übergangenen Vortrag ohnehin nicht berücksichtigen müssen, weil er "ins Blaue" erhoben worden sei. Die Beklagte hatte als nicht fachmännische Partei keine andere Möglichkeit, als die jeweiligen Kosten zu schätzen. Sie konnte sich auf eine solche Schätzung beschränken und war nicht verpflichtet, sachverständige Beratung in Anspruch zu nehmen (BGH, Urteil vom 8. Dezember 1988 - VII ZR 139/87, BauR 1989, 199, 200 = ZfBR 1989, 98; Urteil vom 14. Januar 1999 - VII ZR 19/98, BauR 1999, 631 = ZfBR 1999, 193). Dass sie angekündigt hat, sie werde zur Untermauerung der Kostenangaben Angebote von Unternehmern vorlegen, ist unerheblich. Ob die Schätzung zutrifft, muss durch eine Beweisaufnahme geklärt werden (BGH, Urteil vom 8. Mai 2003 - VII ZR 407/01, BauR 2003, 1247 = NZBau 2003, 501 = ZfBR 2003, 559).

23 bb) Ob, wie die Beschwerdeerwiderungen weiter geltend machen, zu dieser Alternative der Schadensberechnung neuer Vortrag vorliegt und dieser gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen wäre, kann der Senat nicht beurteilen. Dazu fehlen ausreichende Feststellungen. Hinzuweisen ist darauf, dass ein möglicherweise bereits in erster Instanz gebotener Hinweis zu unschlüssigem Vorbringen erst in der Berufungsinstanz erfolgte.

24 3. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, sich mit den weiteren Rügen der Beklagten in der Nichtzulassungsbeschwerde auseinanderzusetzen, soweit es darauf ankommen sollte. Soweit es um die Kosten des Austauschs der zu kurzen Zugbänder geht, hat die Beklagte mit der Beschwerdeerwiderung klar gestellt, dass sie sich insoweit die Ausführungen des Sachverständigen L. zu eigen macht. Damit liegt eine ausreichende Grundlage für eine Schätzung nach § 287 ZPO vor.

Dressler Wiebel Kuffer

Kniffka Safari Chabestari

Vorinstanzen:
LG Koblenz, Entscheidung vom 18.01.2005 - 9 O 581/99 -
OLG Koblenz, Entscheidung vom 18.01.2006 - 1 U 247/05 -