

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB Teil B § 7 Nr. 1

Der Diebstahl von Heizkörpern, die bereits eingebaut, jedoch vorübergehend zwecks Anstrichs abgelöst worden sind, ist als Beschädigung oder Zerstörung der Bauleistung zu behandeln.

Der Auftragnehmer muß die Voraussetzungen für die Anwendung des § 7 Nr. 1 darlegen und beweisen.

BGH, Urt. v. 24. Juni 1968 - VII ZR 43/66 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 43/66

Versäumnis-
URTEIL

Verkündet am
24. Juni 1968
Horn
Justizhauptssekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der W [REDACTED]-B [REDACTED] und G [REDACTED]
Gesellschaft H. D [REDACTED] & Co. KG,
D [REDACTED], E [REDACTED] str. [REDACTED], vertreten durch den
persönlich haftenden Gesellschafter Hermann D [REDACTED],
D [REDACTED],
2. des Kaufmanns Hermann D [REDACTED], ebenda,

Beklagter, Berufungskläger
und Revisionskläger,

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

gegen

den Klempner und Installateur Johann K [REDACTED],
W [REDACTED]-E [REDACTED], B [REDACTED] str. [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte II. Instanz: Rechtsanwälte [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] in [REDACTED]

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juni 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 21. Januar 1966 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die beklagte Kommanditgesellschaft beauftragte den Kläger durch schriftlichen Vertrag vom 24. Mai 1962, die Heizungsanlage in 16 Häusern für 112.520 DM herzustellen. Im Vertrag war vereinbart, daß die VOB gelten solle.

Anfang September 1962 war die Heizung angelegt. Der vom Architekten der Beklagten bestellte Bauleiter P. besichtigte die Anlage am 20. September 1962. Der Kläger verließ damals die Baustelle. Er sollte später die Heizkörper nochmals ablösen, damit diese und die Heizkörpernischen angestrichen werden konnten.

Gemäß einer Aufforderung P. löste der Kläger die Heizkörper Ende November 1962 ab. Im März 1963 teilte ihm P. mit, zwischenzeitlich seien einige der Heizkörper gestohlen worden, und forderte ihn auf, insoweit



neue Radiatoren, Heizplatten und Ventile einzubauen. Der Kläger führte diese Arbeiten aus.

Er macht geltend, über diese Arbeiten habe P [REDACTED] ihm für die Beklagte einen neuen selbständigen Auftrag erteilt. Die früheren Arbeiten habe die Beklagte durch P [REDACTED] schon im September 1962 als vertragsmäßig anerkannt und abgenommen.

Mit der Klage hat der Kläger für die nachträglichen Leistungen 4.502,40 DM nebst Zinsen beansprucht.

Die Beklagte bestreitet, die Heizungsanlage im September 1962 abgenommen zu haben, und meint, der Kläger sei verpflichtet gewesen, die gestohlenen Heizkörper ohne zusätzliche Vergütung zu ersetzen.

Die Vorinstanzen haben der Klage, abgesehen von einem Teil des Zinsanspruchs, stattgegeben.

Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision beantragt die Beklagte, die Klage ganz abzuweisen, und zwar durch Versäumnisurteil gegen den im Revisionsverfahren nicht vertretenen Kläger.

Entscheidungsgründe:

I.

Da der Kläger zum Verhandlungstermin vom 24. Juni 1968 ordnungsgemäß geladen worden, aber nicht erschienen ist, bestehen keine Bedenken, über die Revision nach dem Antrag des Beklagten gemäß §§ 557, 331 ZPO durch Versäumnisurteil zu entscheiden.

II.

Ohne Rechtsfehler geht das Berufungsgericht davon aus, daß dem Kläger die nachträglich gelieferten und eingebauten Heizkörper zusätzlich zu vergüten sind, wenn die Gefahr, daß sein Werk zufällig unterging, auf die Beklagte übergegangen war. Diesen Ausgangspunkt erkennt auch die Revision als richtig an.

In der Regel geht die Gefahr mit der Abnahme vom Auftragnehmer auf den Auftraggeber über (§ 12 Nr. 6 VOB Teil B). Den Streit der Parteien darüber, ob die Beklagte die Bauleistung des Klägers vor dem Diebstahl abgenommen hat, entscheidet das Berufungsgericht nicht.

III.

Es meint, auch ohne Abnahme sei der Gefahrübergang auf Grund des § 7 Nr. 1 VOB Teil B zu bejahen.

Diese Vorschrift wäre anwendbar, wenn die Bauleistung "durch höhere Gewalt, Krieg, Aufruhr oder andere unabwendbare vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände beschädigt oder zerstört" worden wäre. Das Berufungsgericht hält diese Voraussetzung für gegeben.

1.) Unbedenklich und von der Revision nicht angegriffen ist die Annahme des Berufungsgerichts, daß die gestohlenen Heizkörper unter den Begriff "Bauleistung" i.S. des § 7 Nr. 1 VOB fallen, weil sie bereits durch Anschluß an die Heizungsanlagen mit den Bauwerken verbunden waren und nur zum Anstreichen nochmals abgenommen wurden.

Mit Recht behandelt es auch einen Diebstahl als ein Ereignis, das die Bauleistung "beschädigt oder zerstört" (ebenso Hereth-Ludwig-Naschold, VOB, Teil B § 7 Ez 23). Diese Auffassung wird den Interessen beider Vertragsteile gerecht. Der Auftragnehmer ist gegen Diebstahlsgefahr ebenso zu schützen wie gegen die Gefahr einer Beschädigung oder Zerstörung. Andererseits fordert es das Interesse des Auftraggebers, daß auch bei Diebstahl die Gefahrtragung dem Auftragnehmer nur ausnahmsweise abgenommen wird, wenn er den strengen Voraussetzungen des § 7 Nr. 1 VOB genügt hat.

2.) Das Berufungsgericht befaßt sich mit der den Kläger nach § 4 Nr. 5 VOB und Nr. II 8 g des Bauvertrags vom 24. Mai 1962 treffenden Pflicht, die von ihm ausgeführte Leistung vor Beschädigung und Diebstahl zu schützen. Hierbei gelangt es zu dem Ergebnis, daß die vertragliche Obhutspflicht zeitweise geruht habe, nämlich von der Loslösung der Heizkörper zwecks Anstrichs bis zur Mitteilung der Beklagten an den Kläger, daß die Anstreicherarbeiten beendet seien. Es begründet diese Ansicht damit, daß der Kläger in dieser Zeit nicht in der Lage gewesen sei, für die Sicherung der Heizkörper zu sorgen, während das die Beklagten gekonnt hätten.

Hierin mag eine tatrichterliche Feststellung über den Inhalt der vertraglichen Pflichten des Klägers liegen, die vertretbar ist und das Revisionsgericht bindet.

Es genügt aber nicht zur Anwendung des § 7 Nr. 1 VOB, daß der Kläger keine vertragliche Obhutspflicht verletzt hat (vgl. Hereth-Ludwig-Naschold

aaO und § 4 Ez 172). Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Vorschrift. Beschädigung oder Zerstörung der Bauleistung durch Umstände, die lediglich vom Auftragnehmer nicht zu vertreten sind, erhalten ihm den Anspruch auf Vergütung der ausgeführten Leistungen nicht. Es muß sich vielmehr um unabwendbare Umstände handeln. Das sind nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs VII ZR 141/60 vom 23. November 1961 (Schäfer-Finnern, Rechtsprechung der Bauausführung, Z 2.413 Bl. 18) "Ereignisse, die nach menschlicher Einsicht und Erfahrung in dem Sinne unvorhersehbar sind, daß sie oder ihre Auswirkungen trotz Anwendung wirtschaftlich erträglicher Mittel durch die äußerste nach der Sachlage zu erwartende Sorgfalt nicht verhütbar oder in ihren Wirkungen bis auf ein erträgliches Maß unschädlich zu machen sind". Daß die Bauleistung durch ein solches Ereignis beschädigt oder zerstört worden ist, hat der Auftragnehmer darzulegen und zu beweisen (vgl. Hereth-Ludwig-Naschold § 7 Ez 42; Ingenstau-Korbion, VOB, 5. Aufl. Teil B §. 7 Rdz. 11).

3.) Das Berufungsgericht führt aus, der Kläger hätte die Entwendung der Heizkörper auch bei größter Sorgfalt und allen ihm zumutbaren Vorkehrungen nicht verhindern können.

Hierzu hebt es in erster Linie hervor, er habe keinerlei Möglichkeiten gehabt, die Heizkörper auf der Baustelle unter Verschuß zu halten, und sei auch dort nicht zu Weisungen befugt gewesen. Die Räume, in denen sich die abmontierten Heizkörper befunden hätten, habe er nicht abschließen können, weil andere Handwerker Zugang haben mußten. Er habe die Heizkörper auch nicht an einem anderen Platz unter Verschuß nehmen können, da sie dann nicht für den Anstrich zur Verfügung gestanden hätten. Dagegen habe die Beklagte bestimmen können, wo die Heizkörper diebstahlsicher

untergebracht werden sollten. Sie habe aber "trotz vorhandener Möglichkeiten die Heizkörper mehr als drei Monate unverschlossen und unbewacht auf der Baustelle gelagert" (S. 13 BU).

a) Dieser letzte Satz läßt erkennen, daß das Berufungsgericht die Möglichkeit, die Heizkörper auf der Baustelle unter Verschuß zu halten, für gegeben hält, sie jedenfalls nicht ausschließt. Dann ergibt sich aber, wie die Revision mit Recht geltend macht, ein gewisser Widerspruch zu seinen vorherigen Ausführungen, daß der Kläger keinerlei Möglichkeit gehabt habe, sie auf der Baustelle unter Verschuß zu bringen.

Mit der Erwägung, der Kläger habe keine Weisungsbefugnis gehabt, ist es nicht getan. Für ihn lag der Gedanke nicht fern, mit der Beklagten abzusprechen, wie die Heizkörper auf der Baustelle vor Diebstahl geschützt werden konnten, und sich von ihr einen Raum zur Aufbewahrung zuweisen zu lassen. Dem brauchte nicht im Wege zu stehen, daß die Heizkörper in dem Zeitpunkt, in dem sie gestrichen werden sollten, den Anstreichern herausgegeben werden mußten; daß der Kläger dafür keine Vorsorge durch Absprache mit der Beklagten hätte treffen können, ist nicht ersichtlich. Das Berufungsurteil und der bisherige Vortrag des Klägers ergeben nicht, daß er sich in irgend einer Weise um den Schutz vor Diebstahl gekümmert und sich überhaupt Gedanken darüber gemacht hat. Bei einem solchen Verhalten des Klägers könnte man von einem unabwendbaren, also einem trotz äußerster Sorgfalt nicht verhütbaren Ereignis nicht sprechen.

b) Das gilt erst recht, wenn die Behauptungen zutreffen sollten, für die die Beklagten auf S. 3 der Berufungsbegründung den Bauführer P. des Architekten

als Zeugen benannt haben. Dort ist vorgetragen:

Die Bauleitung habe nach dem Abnehmen der Heizkörper festgestellt, daß einige von ihnen nicht mehr in den Räumen, sondern auf der Terrasse im Erdgeschoß lagerten. P. habe daraufhin den Kläger auf die drohende Diebstahlgefahr hingewiesen.

Hat sich dieser Vorgang ereignet, so mußte sich der Kläger die Frage vorlegen, ob die Heizkörper nicht wenigstens von der Terrasse im Erdgeschoß wegen erhöhter Diebstahlgefahr an eine andere Stelle zu verbringen waren, und mußte hierfür sorgen. Daß dies nicht möglich gewesen wäre, ist nicht ersichtlich.

4.) Somit hat der Kläger bisher weder dargelegt, daß er außer Stande war, für eine sichere Unterbringung der Heizkörper auf der Baustelle zu sorgen, noch daß er etwas in dieser Richtung unternommen hat. Schon deshalb kann er sich nicht darauf berufen, der Diebstahl sei unabwendbar gewesen. Bei dieser Sachlage kommt es nicht darauf an, ob es für ihn unzumutbar war, die Heizkörper von der Baustelle an einen anderen Ort zu bringen oder sie auf der Baustelle ständig zu bewachen.

5.) Der Hinweis des Berufungsgerichts auf das Urteil des Bundesgerichtshofs in BGHZ 40, 71 rechtfertigt seine Entscheidung nicht. In jedem Falle handelte es sich um einen nicht der VOB unterliegenden Bauvertrag; wäre die VOB anwendbar gewesen, so wäre allerdings § 7 Nr. 1 VOB dem Unternehmer zugute gekommen; denn es handelte sich dort, anders als im vorliegenden Fall, ohne Zweifel um einen für den Unternehmer unabwendbaren Umstand.

IV.

Weil nach den bisherigen Feststellungen § 7 Nr. 1 VOB nicht angewandt werden durfte, ist das angefochtene Urteil aufzuheben. Scheidet § 7 Nr. 1 VOB aus, so kommt es darauf an, ob die Behauptung des Klägers zutrifft, daß die Beklagte die Heizungsanlage am 20. September 1962 abgenommen hat. Das ist vom Tatrichter zu entscheiden. Die Sache ist deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Meyer

Vogt