BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 45/04

Verkündet am:
12. Mai 2005
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/B § 13 Nr. 1 A

Die Übernahme des Risikos einer mangelhaften Leistung des Auftragnehmers durch den Auftraggeber setzt eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung voraus.

VOB/B § 13 Nr. 3 A

Ein Baustoff wird durch den Auftraggeber nicht vorgeschrieben, wenn seine Verwendung auf Drängen des Auftragnehmers vertraglich vereinbart wird.

BGH, Urteil vom 12. Mai 2005 - VII ZR 45/04 - OLG Düsseldorf
LG Krefeld

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Mai 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Hausmann, Dr. Wiebel, Prof. Dr. Kniffka und Bauner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerinnen wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. Januar 2004 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerinnen verlangen vom Beklagten als Insolvenzverwalter über das Vermögen der W.-GmbH Schadensersatz und Vorschuß für die Mängelbeseitigungskosten wegen einer mangelhaft errichteten Halle. Die Parteien streiten insbesondere darüber, ob die W.-GmbH dafür einzustehen hat, daß als Füllmaterial unter der Bodenplatte Müllverbrennungsasche verwendet wurde.

Die Klägerinnen, vertreten durch ihren Streithelfer zu 1 (im folgenden: Architekt), erteilten im Oktober 1994 der W.-GmbH den Auftrag, eine Produktions- und Lagerhalle zu errichten.

Die VOB/B war vereinbart. In dem vom Architekten erstellten Leistungsverzeichnis war als Füllmaterial unter der Bodenplatte Kies vorgesehen. Um die Baukosten zu senken, kam unter im einzelnen streitigen Umständen die Überlegung auf, statt des Kieses Müllverbrennungsasche zu verwenden. Am 1. Februar 1995 erteilte der Architekt der W.-GmbH schriftlich den Nachtragsauftrag, die Verfüllung "mit Recyclingmaterial, MV-Schlacke" auszuführen, wobei er hinzufügte: "Die Zulassung für die Verwendung des Materials hat der AN zu erbringen. Die Herkunft ist nachzuweisen". Die Müllverbrennungsasche wurde von der von der W.-GmbH als Subunternehmerin beauftragten B.-GmbH, der Streithelferin des Beklagten, eingebracht. Diese hatte das Material von der weiteren Streithelferin der Klägerinnen, der S. AG, bezogen.

Die Müllverbrennungsasche war nicht raumbeständig; bei Feuchtigkeitszufuhr vergrößerte sich ihr Volumen. Aus diesem Grund traten an der Halle nach Errichtung erhebliche Schäden auf. Mit Schreiben vom 15. September 1998 führte die W.-GmbH gegenüber den Klägerinnen hierzu aus: "...bestätigen wir Ihnen hiermit wunschgemäß die Anerkennung aller Schäden an Ihrem Bauvorhaben, die durch die von uns erbrachten Leistungen entstanden sind. Die Schadensbeseitigung erfolgt durch uns aus der Gewährleistungsverpflichtung des Bau-Werkvertrages und wird gemäß Sanierungsvorschlag ... ausgeführt. Mit den Arbeiten wird ... nach Vorlage eines Kostenvoranschlags ... und Einverständniserklärung der Versicherungsgesellschaft ... begonnen. Der Leistungsumfang und die damit verbundenen Kosten werden durch ein Sachverständigengutachten, das von uns beauftragt wird, festgestellt." Die W.-GmbH führte keine Sanierungsmaßnahmen durch.

Die Klägerinnen haben mit ihrer Klage Schadensersatz in Höhe von 52.781,09 DM (26.986,54 €), Kostenvorschuß für die Mängelbeseitigung in Höhe von 560.000 DM (286.323,45 €) sowie die Feststellung der Ersatzpflicht der

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

W.-GmbH hinsichtlich weiterer Schäden begehrt. Während des erstinstanzlichen Verfahrens ist über das Vermögen der W.-GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Nach Aufnahme des Rechtsstreits durch den Beklagten haben die Klägerinnen ihr Begehren gegen diesen im Wege der abgesonderten Befriedigung nach § 157 VVG weiterverfolgt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz haben die Klägerinnen zusätzlich den Klageantrag zu 4 gestellt, "die Forderung der Klägerinnen in Höhe von 313.310 € zur Insolvenztabelle ... festzustellen, wenn und soweit die Klägerinnen aus dem Versicherungsvertrag ... keine Entschädigung zur Befriedigung ihrer Forderung erlangen". Die Berufung ist erfolglos geblieben. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerinnen, mit der sie ihre zweitinstanzlichen Anträge weiterverfolgen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Das für die Beurteilung maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

Das Berufungsgericht hält den Klageantrag zu 4 für unzulässig, weil er eine Bedingung enthalte. Bedenkenfrei wäre nur der Antrag gewesen, die volle Forderung unter Geltendmachung des Absonderungsrechts zur Insolvenztabelle festzustellen.

Im übrigen ist das Berufungsgericht (IBR 2004, 196) der Meinung, die W.-GmbH sei gemäß § 13 Nr. 3 VOB/B i.V.m. § 4 Nr. 3 VOB/B von der Gewährleistung frei. Durch den Nachtragsauftrag habe der Architekt im Namen der Klägerinnen die Verwendung von Müllverbrennungsasche vorgeschrieben; nur mit diesem Material hätte die W.-GmbH ihre Vertragspflicht erfüllen können. Dabei könne zugunsten der Klägerinnen unterstellt werden, daß der Vorschlag für die Verwendung von Müllverbrennungsasche von der W.-GmbH bzw. der B.-GmbH gekommen sei und die W.-GmbH auf Verwendung dieses Materials gedrängt habe. Nach dem Hauptvorbringen der Klägerinnen sei davon auszugehen, daß Müllverbrennungsasche für die Verfüllung unter Gebäuden generell ungeeignet sei und daß es sich bei dem verwendeten Material nicht um einen "Ausreißer" gehandelt habe. Die W.-GmbH habe ihre Prüfungs- und Hinweispflicht nach § 4 Nr. 3 VOB/B nicht verletzt. Sie habe offengelegt, daß sie über keinerlei Spezialkenntnisse oder Erfahrungen mit Müllverbrennungsasche verfüge. Beiden Parteien sei klar gewesen, daß es keine allgemeine Zulassung der Müllverbrennungsasche für Hochbauzwecke gegeben habe und die Verwendung jedenfalls nicht risikolos gewesen sei. Die W.-GmbH habe die im Nachtragsauftrag enthaltenen Bedingungen erfüllt. Sie habe die Herkunft des Materials von der S. AG nachgewiesen. Deren Bescheinigung spreche ohne Einschränkung aus, daß die Müllverbrennungsasche volumenbeständig sei. Auch dem beigefügten Prüfzeugnis hätten insoweit keine Bedenken entnommen werden können. Dem Architekten sei ebenfalls bekannt gewesen, daß die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit fraglich gewesen und daß lediglich eine Herstellerbescheinigung und keine Eignungsbestätigung einer unabhängigen Stelle vorgelegt worden sei. Er habe trotzdem die Ausführung freigegeben. Das alles könne nur so verstanden werden, daß er das verbleibende Risiko der Tauglichkeit für die Klägerinnen stillschweigend übernommen habe.

Das Hilfsvorbringen der Klägerinnen, die Müllverbrennungsasche sei nicht schlechthin ungeeignet gewesen, es habe sich bei dem konkret eingebauten Material um einen "Ausreißer" gehandelt, sei nicht zuzulassen. Es sei neu (§ 531 Abs. 2 ZPO) und weitgehend nach Schluß der mündlichen Verhandlung (§ 296 a ZPO) vorgetragen worden.

Eine Haftung der W.-GmbH ergebe sich auch nicht aus ihrem Schreiben vom 15. September 1998. Ein Angebot auf Abschluß eines konstitutiven Anerkenntnisvertrages im Sinne von § 781 BGB sei darin nicht zu sehen. Ob ein deklaratorisches Anerkenntnis oder lediglich eine der Beweiserleichterung dienende Erklärung vorliege, bedürfe keiner abschließenden Klärung. Auch die den Klägerinnen günstigste Auslegung würde es dem Beklagten nicht verwehren, sich darauf zu berufen, daß eine Gewährleistungsverpflichtung nicht bestehe.

Die Revision sei zuzulassen, weil "die Auslegung des Begriffs des Vorschreibens nach § 13 Nr. 3 VOB/B und die Frage der Reichweite der Prüfungs- und Hinweispflichten nach § 4 Nr. 3 VOB/B in solchen Fällen von grundsätzlicher Bedeutung" sei.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Die Zulassung der Revision ist nicht gerechtfertigt. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Die Fragen, ob der Auftraggeber einen Baustoff vorgeschrieben hat und wie weit die Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers reicht, hängen von den Umständen im Einzelfall ab und können daher nicht für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen geklärt werden.

Gemäß § 543 Abs. 2 ZPO ist der Senat an die Zulassung gebunden.

2. Das Berufungsgericht hat den Klageantrag zu 4 verfahrensfehlerhaft als unzulässig behandelt. Der Antrag enthält bei sachgerechter Auslegung keine Bedingung; seine Wirksamkeit wird nicht von einem außerprozessualen Ereignis abhängig gemacht.

Die Klägerinnen haben die bezifferte Klageforderung von insgesamt 313.310 € zur Insolvenztabelle angemeldet. Der Beklagte hat als Insolvenzverwalter die Forderung im Prüfungstermin bestritten. Die Klägerinnen haben den Antrag zu 4 damit begründet, wegen dieses Bestreitens müßten sie gemäß § 179 Abs. 1 InsO die Feststellung ihrer Forderung gegen den Insolvenzverwalter betreiben.

Prozeßvortrag ist so auszulegen, wie es nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig und interessengerecht ist (BGH, Urteil vom 23. November 2000 - VII ZR 242/99, BauR 2001, 425, 426 = NZBau 2001, 97 = ZfBR 2001, 106). Danach können Antrag und Vortrag der Klägerinnen nicht dahin verstanden werden, der Antrag zu 4 sollte nur unter der ihn unzulässig machenden Bedingung gestellt sein, daß sie ganz oder teilweise bei der abgesonderten Befriedigung ausfallen würden. Bei interessengerechter Auslegung beschreibt der Antrag unter Hinweis auf § 52 Satz 2 InsO lediglich die Umstände, die eine Feststellung zur Insolvenztabelle gebieten.

Aber selbst von seinem unzutreffenden Standpunkt aus hätte das Berufungsgericht diesen Klageantrag nicht ohne weiteres abweisen dürfen. Es wäre gemäß § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO gehalten gewesen darauf hinzuwirken, daß der nach seiner Ansicht sachdienliche Antrag gestellt wird.

3. Die getroffenen Feststellungen tragen die Ansicht des Berufungsgerichts nicht, die W.-GmbH sei gemäß § 13 Nr. 3 VOB/B i.V.m. § 4 Nr. 3 VOB/B von ihrer Gewährleistungspflicht frei geworden.

a) Gemäß § 13 Nr. 3 VOB/B wird der Auftragnehmer unter anderem dann von der Gewährleistung frei, wenn ein Mangel seines Werks auf Anordnungen des Auftraggebers oder auf von diesem vorgeschriebene Stoffe zurückzuführen ist, außer wenn er die ihm nach § 4 Nr. 3 VOB/B obliegende Mitteilung über die zu befürchtenden Mängel unterlassen hat.

b) Unstreitig ist das Werk der Beklagten mangelhaft. Die von ihr errichtete Halle weist erhebliche Schäden auf, weil die unter der Bodenplatte eingebrachte Müllverbrennungsasche nicht volumenbeständig war. Nach dem Hauptvorbringen der Klägerinnen ist davon auszugehen, daß die fehlende Volumenbeständigkeit nicht nur das tatsächlich unter der Halle eingebrachte Material betraf, sondern daß Müllverbrennungsasche wegen dieser Eigenschaft generell ungeeignet für diesen Zweck ist. Die Klägerinnen haben das in der Berufungsinstanz vorgetragen. Der Beklagte hat sich diesem Vortrag angeschlossen. Die gegenteilige Behauptung der S. AG, der Streithelferin der Klägerinnen, war gemäß § 67 ZPO unbeachtlich.

c) Rechtsfehlerhaft ist das Berufungsgericht der Ansicht, die Klägerinnen, vertreten durch den Architekten, hätten die Verwendung der Müllverbrennungsasche vorgeschrieben.

aa) Die Befreiung von der Gewährleistungspflicht nach § 13 Nr. 3 VOB/B setzt eine eindeutige Anordnung oder ein entsprechendes Vorschreiben durch den Auftraggeber voraus, das dem Auftragnehmer keine Wahl läßt, sondern unbedingt befolgt werden muß (BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 - VII ZR 169/82, BGHZ 91, 206, 214; st. Rspr.). Eine derartige bindende Anweisung liegt nicht

vor, wenn der Auftraggeber einen bestimmten Baustoff nur vorschlägt (BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 - VII ZR 169/82, aaO.) oder mit der Verwendung durch den Auftragnehmer lediglich einverstanden ist (BGH, Urteil vom 22. Mai 1975 - VII ZR 204/74, BauR 1975, 421). Baustoffe, die auf Vorschlag des Auftragnehmers in das Leistungsverzeichnis aufgenommen worden sind, sind nicht in diesem Sinne vorgeschrieben (Hdb. priv. BauR (Merl), 3. Aufl., § 12 Rdn. 123). Gleiches gilt, wenn es sich bei der Leistungsbeschreibung, die dem Auftrag des Auftraggebers beiliegt, um eine bloße Abschrift des Angebots des Auftragnehmers handelt; der Auftragnehmer führt dann nur das aus, was er selbst vorgeschlagen bzw. angeboten hat (BGH, Urteil vom 15. März 1971 - VII ZR 153/69, in Juris dokumentiert).

bb) Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht nicht beachtet. Es stellt auf den unmaßgeblichen Gesichtspunkt ab, daß die W.-GmbH durch den Nachtragsauftrag verpflichtet war, Müllverbrennungsasche zu verwenden. Wie es zu dieser Vertragsänderung kam, läßt es offen. Danach ist auch offen, ob die Klägerinnen durch die Erteilung des Nachtragsauftrages über die Verwendung der Müllverbrennungsasche das Risiko der Verwendung dieses Materials in einer Weise übernommen haben, die es rechtfertigt, die W.-GmbH unter den Voraussetzungen des § 13 Nr. 3 i.V.m. § 4 Nr. 3 VOB/B von der Gewährleistung freizustellen. Das kommt jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn die W.-GmbH auf die Verwendung von Müllverbrennungsasche gedrängt hat.

d) Aber auch dann, wenn die Klägerinnen die Verwendung von Müllverbrennungsasche vorgeschrieben haben, kommt eine Gewährleistungspflicht der W.-GmbH in Betracht.

Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, die Behauptung der Klägerinnen sei ohne Belang, wonach bereits 1995 bekannt gewesen sei, daß der Einsatz

von Müllverbrennungsasche als Füllmaterial schadensträchtig sei und ein Tiefbauunternehmen dies hätte wissen müssen. Denn die W.-GmbH habe offen gelegt, über Müllverbrennungsasche keine Kenntnisse und Erfahrungen zu haben.

Der Auftragnehmer hat für die mangelhafte Herstellung des Werkes ohne Verschulden einzustehen. Von der Haftung wird er nur frei, wenn er die Prüfungs- und Hinweispflicht, wie sie der Regelung des § 13 Nr. 3 VOB/B zugrunde liegt, gewissenhaft erfüllt. Maßgeblich ist, ob dem Auftragnehmer bei der von ihm als Fachunternehmen zu erwartenden Prüfung Bedenken gegen die Eignung des verwendeten Stoffes hätten kommen müssen (vgl. BGH, Urteile vom 12. Dezember 2001 - X ZR 192/00, BauR 2002, 945, 946 und vom 23. Oktober 1986 - VII ZR 48/85, BauR 1986, 79 = ZfBR 1987, 32). In diesem Fall ist er verpflichtet, auf die Bedenken hinzuweisen. Dieser Verpflichtung kann er sich grundsätzlich nicht dadurch entziehen, daß er auf seine fehlenden Erfahrungen und Kenntnisse hinweist. Ein solcher Hinweis könnte Bedeutung nur im Rahmen einer rechtsgeschäftlichen Risikoübernahme erlangen.

Die W.-GmbH hat danach ihre Hinweispflicht verletzt, wenn sie bei der von einem Tiefbauunternehmen zu erwartenden gewissenhaften Prüfung die Gefährdung durch den Einbau der Müllverbrennungsasche hätte erkennen können. Nach dem in der Revision zu unterstellenden, von den Klägerinnen behaupteten Sachverhalt ist es möglich, daß die W.-GmbH ihre Hinweispflicht verletzt hat.

4. Die Feststellungen tragen ferner die Ansicht des Berufungsgerichts nicht, die W.-GmbH sei deshalb von der Mängelhaftung frei, weil der Architekt für die Klägerinnen das verbleibende Risiko der Tauglichkeit der Müllverbrennungsasche stillschweigend übernommen habe. Eine derartige, die gesetzliche

Risikoverteilung beim Werkvertrag abändernde Risikoübernahme setzt eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen den Parteien voraus (BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 - VII ZR 169/82, BGHZ 91, 206, 213). Allein der Umstand, daß das Einbringen von Müllverbrennungsasche Vertragsinhalt war und von dem Architekten freigegeben wurde, nachdem die W.-GmbH die von der S. AG überlassenen Unterlagen vorgelegt hatte, reicht für die Annahme einer derartigen Vereinbarung nicht aus. Bei der Würdigung sind maßgeblich die Umstände einzubeziehen, die zu der Erteilung des Nachtragsauftrags geführt haben.

III.

1. Sollte das Berufungsgericht eine Gewährleistungsverpflichtung der Beklagten verneinen, weist der Senat darauf hin, daß die Ansicht des Berufungsgerichts, die W.-GmbH könne sich trotz ihres Schreibens vom 15. September 1998 auf die fehlende Gewährleistungspflicht berufen, mit der bisherigen Begründung nicht haltbar ist. Das Berufungsgericht hält es für möglich, daß das Schreiben vom 15. September 1998 ein kausales Schuldanerkenntnis enthält. In diesem Fall kann sich die W.-GmbH nicht darauf berufen, sie sei nicht gewährleistungspflichtig.

2. Soweit das Berufungsgericht Hilfsvorbringen der Klägerinnen dahin, der aufgetretene Mangel beruhe auf einem Ausreißer, zurückgewiesen hat, sind die Voraussetzungen der von dem Berufungsgericht genannten Normen bisher nicht nachvollziehbar.

Dressler Hausmann Wiebel

Kniffka Bauner