

Nachschlagewerk: ja zu a,b,u.c

Amtliche Sammlung: ja zu c

Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B § 13 Nr. 5,6
BGB §§ 634, 472

- a) Zur Frage, ob der Besteller nach der Abnahme im Falle des § 13 Ziff. 5 VOB (B) auch dann Ersatz der Mängelbeseitigungskosten verlangen kann, wenn diese Mängelbeseitigung einer Neuherstellung gleichkommt;
- b) Zur Auslegung des Begriffs der Unmöglichkeit in § 13 Ziff. 6 VOB (B);
- c) Ist das gelieferte Werk bei der Abnahme schlechthin wertlos, so kann der Besteller auch im Wege der Minderung die Herausgabe des gesamten Werklohns verlangen.

BGH, Urt.v. 29. Oktober 1964 - VII ZR 52/63 - OLG Hamm -
IG Essen

Verkündet am 29. Oktober 1964
Pohl, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Dachdeckermeisters Erich P [REDACTED], G [REDACTED],
B [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

Jakob L [REDACTED], G [REDACTED], R [REDACTED] Straße [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 8. Oktober 1964 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-
Trosien, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das
Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts in Hamm vom 18. Dezember 1962
wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision
zu tragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger ließ im Jahre 1956 ein Haus errichten. Die Dachdeckerarbeiten übertrug er dem Beklagten, der die dazu erforderlichen Ziegel zu liefern hatte. Der Werklohn betrug 1.185,19 DM. Für das Vertragsverhältnis sollte die Verdingungsordnung für Bauleistungen - VOB (B) - gelten.

Der Beklagte führte die Arbeiten im April 1956 aus, worauf der Kläger den gesamten Werklohn bezahlte.

Am 2. Oktober 1956 ließ der Kläger durch seinen Architekten dem Beklagten mitteilen, daß die Dachpfannen nicht wasserdicht seien. In der Folgezeit wiederholte er die Beanstandungen. Schließlich erschien der Beklagte im April 1960 mit 2 Gesellen, um 60 bis 80 Dachziegel auszuwechseln. Der Kläger untersagte jedoch diese Arbeit mit der Begründung, daß eine Neueindeckung erforderlich sei.

Da der Beklagte diese Neueindeckung verweigerte, hat sie der Kläger von der Firma W. ausführen lassen. Mit der Klage hat er den dafür aufgewandten Betrag von 1.344,81 DM einschließlich 61,90 DM Reinigungskosten verlangt.

Der Beklagte hat Klageabweisung erbeten. Er ist der Ansicht, daß der Kläger kein Recht gehabt habe, die Neueindeckung zu verlangen. Vorsorglich hat er sich darauf berufen, daß die Forderung verjährt sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr in Höhe von 1.185,19 DM nebst Zinsen stattgegeben und im übrigen das Urteil des Landgerichts bestätigt.



Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision bittet der Beklagte um vollständige Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Der Kläger beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Dachziegel ausnahmslos wasserdurchlässig und daher unbrauchbar waren. Diesen Mangel habe der Beklagte aber, so meint es, nicht verschuldet, weil er ihn nicht habe erkennen können. Deswegen könne der Kläger keinen Schadensersatz gemäß dem § 13 Ziff. 7 VOB (B) verlangen.

Jedoch sei der Beklagte nach § 13 Ziff. 5 aaO an sich zur Nachbesserung verpflichtet gewesen. Durch bloße Nachbesserung könne jedoch das Dach nicht dicht gemacht werden; dazu sei eine völlige Neueindeckung erforderlich. Zur Neuherstellung des Werkes könne der Unternehmer aber nur vor der Abnahme verpflichtet sein. Da der Kläger hier das Werk abgenommen habe, sei er nicht berechtigt, gemäß dem § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) von dem Beklagten den Ersatz der für die Neueindeckung aufgewendeten Kosten zu verlangen.

Die dem Besteller in einem solchen Falle zustehenden Gewährleistungsansprüche seien in der VOB nicht geregelt. Es müsse daher, um zu einem brauchbaren Ergebnis zu gelangen, auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die unverschuldete Unmöglichkeit zurückgegriffen werden; die Aussichtslosigkeit der Nachbesserung stehe der Unmöglichkeit gleich. Das bedeute, daß der Kläger gemäß den entsprechend anzuwendenden § 323 Abs. 3 BGB den von ihm gezahlten Werklohn von 1.185,19 DM zurückfordern könne.

Dieser Begründung vermag der Senat nicht zuzustimmen. Er gelangt jedoch auf anderem Wege zu demselben Ergebnis wie das Berufungsgericht.

1.) Nach dessen Feststellungen hat der Beklagte dem Architekten des Klägers zugesichert, er garantiere für die Güte der Ziegel auf die Dauer von 5 Jahren.

In dieser Zusicherung erblickt es kein selbständiges Garantieversprechen dergestalt, daß der Beklagte für einen über die Vertragsmäßigkeit hinausgehenden Erfolg habe eintreten wollen; das begründet es rechtsfehlerfrei (vgl. hierzu RGZ 165, 41, 46 f). Es verkennt auch nicht, daß sich die Bedeutung einer Garantie nicht hierin zu erschöpfen braucht. Seine dahingehenden Erörterungen sind aber nicht völlig klar.

Eine Garantieübernahme der vorliegenden Art kann verschieden verstanden werden. Sie braucht nicht mehr zu sein als die Zusicherung einer Eigenschaft des Werks, wie sie das Bürgerliche Gesetzbuch im § 633 Abs. 1 und die VOB (B) im § 13 im Auge haben; sie kann ferner bedeuten, daß das Werk die zugesicherten Eigenschaften unbedingt habe, d.h., daß der Unternehmer, wenn sie fehlen, auch ohne Verschulden Schadensersatz zu leisten hat; schließlich kann sie eine Verlängerung der Verjährungsfrist zum Inhalt haben, und zwar allein oder in Verbindung mit den vorerwähnten Wirkungen (u.a. RG aaO; RGZ 65, 119; BGH BB 1961, 228 und 1962, 234; Urt.d.Sen. v. 14. März 1963 VII ZR 215/61; Hereth-Ludwig-Naschold, Kom. zur VOB § 13 (B) Ez 70 ff). Was jeweils gemeint ist, ist im Wege der Auslegung vom Tatrichter zu ermitteln.

S. 10 d.Urt. sagt das Berufungsgericht, die Erklärung des Beklagten könne höchstens bedeuten, daß er für die Ver-

tragsmäßigkeit der Leistung "unbedingt" habe eintreten wollen. Festgestellt hat danach das Oberlandesgericht einen solchen Sinn der Garantie hier nicht; es führt denn auch an anderer Stelle (S. 12 d.Urt.) aus, der Beklagte habe den Mangel nicht zu vertreten, weil ihn kein Verschulden treffe.

Dagegen hat das Berufungsgericht die Garantieabrede unmißverständlich dahin ausgelegt, daß sie jedenfalls eine Verlängerung der 2-jährigen Verjährungsfrist des § 13 Ziff. 4 VOB (B) auf 5 Jahre enthält. Das Revisionsgericht ist an diese Auslegung gebunden, gegen die die Revision zudem keine Rügen erhebt.

Da der Beklagte seine Arbeiten im April 1956 beendet hat, ist die Verjährung durch die Zustellung des Zahlungsbefehls am 30. März 1961 rechtzeitig unterbrochen worden. Es bedarf deswegen keiner Prüfung, ob sie auch durch die Verhandlungen der Parteien über die Beseitigung des Mangels unterbrochen oder gehemmt war.

2.) Der Senat hält es in einem Falle wie dem vorliegenden für unzulässig, auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Unmöglichkeit der Leistung zurückzugreifen.

Die VOB (B) regelt im § 4 Ziff. 6 und 7 sowie im § 13 Ziff. 5, 6 und 7 die Ansprüche, die dem Besteller bei einer mangelhaften Leistung des Unternehmers zustehen. Daneben ist für eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung der §§ 275, 279 - 282 und 323 - 325 BGB kein Raum. Das ergibt sich schon daraus, daß der § 13 Ziff. 6 VOB (B) ausdrücklich die Folgen behandelt, die eintreten, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist (Hereth-Ludwig-Naschold aaO § 13 Rz 53).

Das Urteil des Senats NJW 1958, 217 steht dem nicht entgegen. Es bezieht sich auf einen Fall, der mit der Mängelhaftung nichts zu tun hatte und in der VOB nicht geregelt war; es kann deswegen nicht zum Vergleich herangezogen werden.

3.) Daraus folgt aber nicht, daß der Kläger rechtlos ist, wie das Berufungsgericht für den Fall annimmt, daß man die entsprechende Anwendung des § 323 Abs. 3 BGB ablehnt. Denn der Kläger kann den in der Revisionsinstanz allein streitigen Anspruch auf Rückzahlung des von ihm entrichteten Werklohns entweder auf Grund der Ziffer 5 oder über der Ziffer 6 des § 13 VOB (B) mit Erfolg geltend machen.

a) Nach der Ziffer 5 jener Vorschrift kann der Auftraggeber unter bestimmten, hier gegebenen, Voraussetzungen den Mangel auf Kosten des Auftragnehmers abstellen lassen. Diese Beseitigungskosten waren vorliegend höher als der dem Kläger vom Berufungsgericht zugesprochene Betrag.

Einer Anwendung des § 13 Ziff. 5 könnte allerdings, wie auch das Oberlandesgericht annimmt, der Umstand entgegenstehen, daß hier die "Nachbesserung" einer Neuherstellung gleichkam; die Rechtsprechung hat für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches (§ 633 Abs. 2) einen so weitgehenden Anspruch nach der Abnahme des Werks verneint (RGZ 57, 275; 95, 329; 107, 339; vgl. auch BGHZ 26, 337, 340). Dem ist der erkennende Senat in dem Urteil vom 24. Mai 1962 auch für den Bereich der VOB gefolgt (LM § 13 VOB (B) § 13 Nr. 5). Immerhin bleibt zu erwägen, ob diese Rechtsmeinung der besonderen Regelung in der VOB wirklich gerecht wird; denn der Anspruch auf Nachbesserung gemäß dem § 13 Ziff. 5 VOB (B) wird - im Gegensatz zu der Rechtslage nach dem § 633 BGB - im Schrifttum mit beachtlichen Gründen als reiner Gewährleistungsanspruch angesehen (so Hereth NJW 1959, 483 in seiner Anm. zu dem Urt.d.Sen. NJW 1959, 142; ferner Ingenstau-Korbion, VOB (B), 3. Aufl. § 13 Anm. 69).

b) Einer Entscheidung dieser Frage bedarf es jedoch nicht. Denn die Klageforderung ist in der zugesprochenen Höhe auch dann gerechtfertigt, wenn man den Anspruch auf Erstattung der Beseitigungskosten (§ 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB -B-) verneint, weil keine Nachbesserung verlangt werden könne, die der Neuherstellung gleichkommt.

In diesem Falle würde nämlich der dem Kläger zuerkannte Anspruch gemäß dem § 13 Ziff. 6 VOB (B) begründet sein, nach dem der Auftraggeber Minderung der Vergütung verlangen kann, wenn die Beseitigung des Mangels nach Lage der Dinge unmöglich ist.

Die Voraussetzungen dieser Ziffer 6 wären dann gegeben. Zwar wird die Ansicht vertreten, daß hier die objektive Unmöglichkeit gemeint ist dergestalt, daß auch kein anderer Unternehmer zur Beseitigung in der Lage ist (Hereth-Ludwig-Naschold, aaO § 13 Rz 247 und Ingenstau-Korbion aaO § 13 Anm. 87). Das hindert aber nicht ein Zurückgreifen darauf in Fällen der vorliegenden Art. Denn wenn die Neuherstellung bereits begrifflich nicht als Nachbesserung angesehen werden könnte, dann wäre eine solche Nachbesserung nicht nur dem Unternehmer unmöglich, der die Arbeiten ausgeführt hat, sondern auch jedem anderen (Hereth-Ludwig-Naschold aaO § 13 Rz 248).

Daraus folgt, daß der Kläger bei dieser Betrachtungsweise befugt ist, Minderung gemäß den §§ 634 Abs. 4 und 472 BGB zu verlangen (§ 13 Ziff. 6 VOB (B)). Der Werklohn ist also in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit der Abnahme der Wert des Werks in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde.

Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich, daß das Werk bereits z.Zt. der Abnahme schlechthin

wertlos war, weil sämtliche verwendeten Ziegel unbrauchbar waren und entfernt sowie durch neue ersetzt werden mußten. In einem solchen Falle kann der Besteller auch im Wege der Minderung die Herausgabe des vollen Werklohns verlangen (RG Holdh.M.Schr. 1903, 164; JW 1926, 1541 mit insoweit zust.Anm. v. Schmidt-Rimpler; RGRK § 472 Anm. 2).

Es mag sein, daß dieses Ergebnis einer Wandelung gleichkommt, die der § 13 VOB (B) nicht als Rechtsbehelf erwähnt. Das ändert aber nichts daran, daß man die Zulässigkeit dieser Minderung auch dann zu bejahen hat, wenn man annimmt, daß die VOB im übrigen das Recht auf Wandelung ausschließt (so Ingenstau-Korbion aaO § 13 Anm. 96 mit weit.Nachw.). Denn der Anspruch des Bestellers ergibt sich nicht aus einer solchen Wandelung, sondern aus der von der VOB ausdrücklich zugelassenen Minderung. Der von dem Reichsgericht JW 1926, 1541 entschiedene Fall lag ähnlich; denn dort war die Wandelung vertraglich ausgeschlossen.

c) Der Kläger hat sich zwar in den Tatsacheninstanzen nicht ausdrücklich auf ein ihm zustehendes Minderungsrecht berufen. Der Senat braucht aber deswegen die Sache nicht an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es den Kläger gemäß dem § 139 ZPO zur Erklärung darüber auffordert. Denn aus seinem Vorbringen ergibt sich, daß er seine Ansprüche nach allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten gewürdigt wissen wollte. Wie er sie im einzelnen bezeichnete, war und ist demgegenüber unerheblich. Der Senat ist somit gemäß dem § 563 ZPO in der Lage, in der Sache zu erkennen.

Die Revision ist daher mit der sich aus dem § 97 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Erbel

Meyer

Vogt