

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 66/78

URTEIL

Verkündet am
8. Februar 1979
Henco,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Ermando R [REDACTED],
2. des Kaufmanns Bruno W [REDACTED],
3. des Kaufmanns Arndt K [REDACTED],
4. des Kaufmanns Arnulf M [REDACTED].

sämtlich geschäftsansässig: Wil [REDACTED], B [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Ba [REDACTED]-F [REDACTED], Gesellschaft für Fertigbau-Elemente
mbH & Co KG, vertreten durch die Gesellschaft für Fert [REDACTED]-
El [REDACTED] mbH, diese vertreten durch ihre Geschäftsführerin
Eleonore Pa [REDACTED], Kr [REDACTED]straße [REDACTED], F [REDACTED]

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Februar 1979 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Meise, Dr. Recken, Doerry und Obenhaus

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 13. Januar 1978 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 7. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin lieferte und montierte 1972/73 auf Bestellung der Beklagten bei sechs Häuserblocks in H. u.a. Aluminiumfensterbänke. Die Geltung der VOB/B war vereinbart. Die Klägerin verlangt mit der Klage Restwerklohn in Höhe von 44.875,29 DM nebst Zinsen. Die Beklagten haben mit einem Anspruch auf Erstattung von Nachbesserungskosten in Höhe von 103.909,62 DM aufgerechnet, die sie zur Beseitigung von Mängeln bei den Aluminiumfensterbänken aufgewendet haben wollen.

- 3 -

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage im wesentlichen - bis auf einen Teil der Zinsen - stattgegeben.

Mit ihrer - angenommenen - Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Klägerin bei allen sechs Häuserblocks die Aluminiumfensterbänke nicht, wie im Verträge vorgesehen, durch Einschieben in die dafür eingefräste Unterschneidung (Nut) unter den unteren Rahmenhölzern angebracht, sondern unsachgemäß vor die unteren Rahmenhölzer und zudem ohne eine Dichtung angeschraubt hat. Es beurteilt die Werkleistung der Klägerin deshalb als mangelhaft.

Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Das Berufungsgericht meint jedoch, die Klägerin müsse den Beklagten für diesen Mangel gleichwohl keine Gewähr nach § 13 Nr. 1 VOB/B leisten. Bei den Fenstern der Blöcke I und II habe nämlich der Bauleiter Ma[REDACTED] der Beklagten die Anbringung der Fensterbänke vor den unteren Rahmenhölzern und unter Weglassen einer zusätzlichen Dichtung ausdrücklich angeordnet, und zwar deswegen, weil der Fensterbauer zuvor die Fenster zu tief eingesetzt habe. Daraus,



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

daß die Klägerin nach der Anweisung Ma[REDACTED] verfahren sei, könne ihr kein Vorwurf gemacht werden.

Bei den Blöcken III - VI sei allerdings ein fachgerechtes Anbringen der Fensterbänke möglich gewesen, weil hier die Fenster in richtiger Höhe eingebaut gewesen seien. Da der Klägerin aber eine entsprechende Weisung nicht erteilt worden sei, habe sie gemäß den für die Blöcke I und II erteilten früheren Weisungen des Bauleiters Ma[REDACTED] auch für die weiteren Blöcke III - VI die Fensterbänke nach den für die Blöcke I und II ermittelten Maßen fertigen lassen und sie dann ebenso wieder vor den Rahmenhölzern und ohne Dichtung anbringen dürfen.

Die Klägerin habe ihre Bedenken gegen diese Art des Einbaus der Fensterbänke dem mit allen Kompetenzen ausgestatteten Bauleiter Ma[REDACTED] der Beklagten mitgeteilt. Damit sei sie auch der Hinweispflicht gemäß §§ 13 Nr. 3, 4 Nr. 3 VOB/B nachgekommen. Die Beklagten könnten deshalb nicht gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B die Erstattung der Nachbesserungskosten fordern.

Diese Ausführungen halten der Revision nicht stand.

Die Klägerin hat gegen das unfachgerechte Anbringen der Fensterbänke vor den unteren Rahmenhölzern und ohne Einbau einer Dichtung berechtigte Bedenken gehabt. Sie durfte sich jedoch, worauf die Revision zutreffend hinweist, mit der Geltendmachung dieser Bedenken allein gegenüber dem Bauleiter Ma[REDACTED] nicht begnügen:

a) Das Berufungsgericht bezeichnet den Bauleiter Ma[REDACTED] als "Bauleiter der Beklagten". Ma[REDACTED] war aber unstreitig Angestellter des Architekten Ef[REDACTED] der Beklagten, der ihn als seinen örtlichen Bauführer beschäftigt hat (vgl. GA I 44, 130, II 82, S. 11 LG-Urteil). Als örtlicher Bauführer des Architekten der Beklagten war Ma[REDACTED] zwar mittelbar auch "Bauleiter der Beklagten". Anders als deren Angestellter Le[REDACTED] (GA I 239, II 8 Rs, 77, BU 12) war er aber nicht Angestellter der Beklagten.

b) Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß die Beklagten den Bauleiter Ma[REDACTED] mit größeren Befugnissen ausgestattet hätten, als solche regelmäßig einem für den Architekten tätigen örtlichen Bauführer eines Großbauvorhabens zustehen. Die Klägerin kann sich nicht damit entlasten, daß sie ihre Bedenken mündlich gegenüber dem uneinsichtigen örtlichen Bauführer Ma[REDACTED] geäußert hat. Zwar können auch nachdrücklich mitgeteilte mündliche Bedenken gemäß § 242 BGB die Haftung des Unternehmers für Baumängel zum Teil oder in Ausnahmefällen sogar ganz ausschließen. Das gilt aber nur dann, wenn die Bedenken gegenüber dem richtigen Adressaten geltend gemacht werden. Nachdem der Bauleiter Ma[REDACTED] sich den Bedenken der Klägerin verschlossen und den Einbau der Fensterbänke vor den Rahmenhölzern und ohne Einbringung einer Dichtung verlangt hatte, hätte sich die Klägerin, die das trotz dieser Anordnung nicht für fachgerecht halten durfte, an den Architekten Ef[REDACTED] und, falls dieser ebenfalls uneinsichtig gewesen wäre, an die Beklagten selbst wenden müssen (Senatsentscheidungen NJW 1975, 1217 und vom 29. September 1977 - VII ZR 134/75 = BauR 1978, 54). Entgegen der Auffassung des Berufungsge-

richts ist insoweit ohne Belang, daß der Bauleiter Ma[REDACTED] mit seinen Anordnungen den Mängeln der Vorleistung des Fensterbauers Rechnung tragen wollte. Denn die Klägerin hatte jedenfalls erkannt, daß auf die vom Bauleiter angeordnete Weise die Fensterbänke nicht fachgerecht angebracht werden konnten. Da der Bauleiter davon nicht zu überzeugen war, mußte sie den Architekten oder notfalls die Beklagten selbst unterrichten und diesen die Entscheidung überlassen. Es spricht alles dafür, daß die Beklagten ernsthaften Bedenken der Klägerin Rechnung getragen hätten.

c) Bei den Blöcken III - VI waren die Fenster in richtiger Höhe eingebaut. Die Klägerin hätte hier ohne Schwierigkeiten die Fensterbänke fachgerecht einbauen können. Sie durfte daher die Weisung Ma[REDACTED] für die Blöcke I und II nicht auch auf die Blöcke III - VI beziehen. Sie hatte vertragsgerecht zu leisten. Angesichts der bei den Blöcken III - VI veränderten Sachlage mußte sie nunmehr erneut Bedenken gegen den unsachgemäßen Einbau der Fensterbänke anmelden und sich bei Uneinsichtigkeit des Bauleiters auch insoweit an den Architekten selbst oder direkt an die Beklagten wenden. Davon hätte sie auch dann nicht absehen dürfen, wenn sie - was das Berufungsgericht nicht aufgeklärt hat (BU 15) - die Fensterbänke für sämtliche Blöcke damals schon nach den an den Blöcken I und II angetroffenen anderen Verhältnissen bestellt gehabt haben sollte.

d) Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen zum Aufgabenkreis und zu den Befugnissen des Angestellten Le[REDACTED] der Beklagten getroffen. Für das Revisionsverfahren

kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, eine Unterrichtung Le██████ durch die Klägerin hätte die Mitteilung der Bedenken an die Beklagten selbst entbehrlich gemacht.

e) Da die Klägerin nach alledem ihrer Hinweispflicht aus §§ 13 Nr. 3, 4 Nr. 3 VOB/B nicht genügt hat, ist sie von der Gewährleistung für den unsachgemäßen Einbau der Fensterbänke nicht frei geworden. Soweit das Berufungsgericht den auf diese Mängel gestützten und zur Aufrechnung gestellten Anspruch der Beklagten auf Ersatz der Kosten der Beseitigung dieser Mängel (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B) verneint hat, kann das Berufungsurteil deshalb keinen Bestand haben.

2. Das Berufungsgericht geht weiter davon aus, daß in etwa 17 % der Fälle die Klägerin zu kurze Fensterbänke angebracht hat. Es sieht hierin ebenfalls einen Mangel der Werkleistungen der Klägerin, verneint jedoch auch hier deren Verantwortlichkeit. Da nur etwa 17 % der Fensterbänke zu kurz seien, könne der Fehler nicht an einem falschen Aufmaß der Klägerin liegen. Die Behauptungen der Beklagten, die Klägerin habe die zu kurzen Fensterbänke falsch zugeschnitten, sei "ins Blaue hinein" aufgestellt. Sie sei auch verspätet.

Zu diesem Punkt hat die Revision ebenfalls Erfolg:

Die Beklagten haben schon in erster Instanz in das Wissen eines Sachverständigen gestellt, daß die Fensteröffnungen bei allen sechs Blöcken plangerecht hergestellt seien, daß jedoch die von der Klägerin montierten Fenster-

bänke weder in der Tiefe noch in der Breite die Brüstungen vollständig abdecken würden (Schriftsatz vom 8. Februar 1977, GA II 13). Diesen Vortrag durfte das Berufungsgericht deshalb nicht als verspätet zurückweisen.

Sollten entsprechend der Behauptung der Beklagten alle Fensteröffnungen plangerecht, d.h. auch mit gleichen Maßen, hergestellt worden sein, dann müssen - richtiges Aufmaß der Klägerin unterstellt - die zu kurzen Fensterbänke falsch zugeschnitten worden sein. Die entsprechende Behauptung der Beklagten ist somit nicht "ins Blaue hinein" aufgestellt. Das Berufungsgericht hätte ihr also nachgehen müssen.

Auch soweit das Berufungsgericht zu diesem Punkte einen Anspruch der Beklagten auf Ersatz der Fremdnachbesserungskosten verneint, kann das Berufungsurteil deshalb keinen Bestand haben.

3. Keinen Erfolg dagegen hat die Revision, soweit das Berufungsgericht hinsichtlich der Anschlüsse der Rollädenleisten Mängelansprüche der Beklagten verneint.

Das Berufungsgericht stellt insoweit fest, daß der Bauleiter Ma[REDACTED] auf entsprechende Hinweise der Klägerin erklärt habe, an diesen Stellen solle ein Drittunternehmer durch Versiegelung für die Abdichtung sorgen. Diese Feststellungen können sich auf die Bekundungen der Zeugen Be[REDACTED] und Pa[REDACTED] stützen (GA I 229 ff). Gegen die weitere nicht zu beanstandende Feststellung des Berufungsgerichts, die Abdichtung habe auch auf diese Weise fachgerecht erfolgen können, und die Klägerin habe deshalb

zu diesem Punkte keine Bedenken haben müssen, bringt die Revision nichts vor.

II.

Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Die Sache bedarf weiterer Aufklärung und ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, wobei der Senat von seiner Befugnis nach § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch macht. Das Berufungsgericht wird nunmehr zu prüfen haben, welcher Aufwand zur Beseitigung der vorbezeichneten Mängel erforderlich war.

Vogt

Meise

Recken

Doerry

Obenhaus