

BUNDESGERICHTSHOF 2036 092

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 67/67

URTEIL

Verkündet am

9. Juni 1969

Horn,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Installationsmeisters und Heizungsbauers Hans  
K [REDACTED], G [REDACTED] über W [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und  
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die S [REDACTED] und E [REDACTED] bau GmbH, Fr [REDACTED],  
F [REDACTED]straße, gesetzlich vertreten durch ihren  
Geschäftsführer Architekt Willi Si [REDACTED], ebenda,

Beklagte, Berufungsbeklagte und  
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Juni 1969 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Erbel, Dr. Vogt, Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Teilurteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main vom 12. Januar 1967 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat in den Jahren 1962/63 Heizungsanlagen in Häusern eingebaut, die die Beklagte in K[REDACTED] und Kr[REDACTED] hatte errichten lassen. Den Werklohn für die Anlagen in Kr[REDACTED] in Höhe von 29.888,53 DM nebst Zinsen hat er eingeklagt.

Das Landgericht hat die Klage wegen Aufrechnung der Beklagten mit einer Schadensersatzforderung aus dem Vertrag über die Heizungsanlagen in K[REDACTED] abgewiesen.

- 3 -

Im Berufungsverfahren hat der Kläger zusätzlich eine Restforderung für die Heizungsanlagen in K[REDACTED] über 19.911,89 DM nebst Zinsen geltend gemacht und insgesamt 49.800,42 DM nebst Zinsen, abzüglich zweier von der Beklagten gezahlten Beträge von 7.662,28 DM und 667,37 DM verlangt.

Die Beklagte hat in Höhe von 266 DM die Werklohnforderung für die Anlagen in K[REDACTED] bestritten. Gegenüber der weiteren Klageforderung von  $(49.800,42 - (7.662,28 + 667,37) - 266 =)$  41.204,77 DM nebst Zinsen hat sie wiederum mit der Schadensersatzforderung aus dem K[REDACTED] Vertrag aufgerechnet.

Das Oberlandesgericht hält in seinem Teilurteil die Forderung des Klägers für die Heizungen in K[REDACTED] in Höhe des von der Beklagten bestrittenen Teils von 266 DM für unbegründet. Die von der Beklagten zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung bejaht es in Höhe von 31.060,59 DM. Demgemäß sieht es die Forderung des Klägers für die Anlagen in Kr[REDACTED] über 29.888,53 DM als erloschen an. Von der Werklohnforderung des Klägers für die Anlagen in K[REDACTED] über  $(19.911,89 - 266 =)$  19.645,89 DM setzt es die beiden Zahlungen der Beklagten von 7.662,28 DM und 667,37 DM ab. Die demnach verbleibende Forderung des Klägers von 11.316,24 DM erachtet es durch die Aufrechnung mit der restlichen Gegenforderung der Beklagten von 1.172,06 DM in dieser Höhe ebenfalls für erloschen. Die Entscheidung über die weitere Forderung des Klägers von 10.144,18 DM nebst Zinsen hat es dem Schlußurteil vorbehalten, weil die Begründetheit von Gegenforderungen der Beklagten



in gleicher Höhe noch geprüft werden müsse. Demnach hat es im angefochtenen Teilurteil die Berufung des Klägers insoweit zurückgewiesen, als das Landgericht die Klage in Höhe von 29.888,53 DM (Forderung Kriftel) abgewiesen und der Kläger im Berufungsverfahren weitere (266 + 1.172,06 =) 1.438,06 DM ,jeweils nebst Zinsen eingeklagt hat.

Mit der Revision verfolgt der Kläger den Klageanspruch in Höhe von 31.326,59 DM weiter. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision wendet sich dagegen, daß das Berufungsgericht dem Kläger 266 DM aberkannt und die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung der Beklagten für begründet erachtet hat. Dieser Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde.

Die Beklagte hatte in der Ausschreibung für die Heizungsanlagen in den 34 Häusern in K[REDACTED] "gas-beheizte Zentralheizungskessel, Fabrikat ERKA, Type GWR oder gleichwertige" vorgesehen. Entsprechend dem Angebot des Klägers beauftragte sie diesen, 20 Heizungsanlagen mit ERKA-Kesseln zu bauen. Die Firma W[REDACTED] bot Kessel der Firma R[REDACTED] & Co an und erhielt von der Beklagten den Auftrag für 14 Heizungsanlagen mit R[REDACTED]-Kesseln. Die Firma W[REDACTED] bestellte

darauf bei der M[REDACTED] GmbH in O[REDACTED]/[REDACTED] 14 R[REDACTED]-Kessel.

Später bat die Beklagte den Kläger, dessen Angebot billiger war, auch die der Firma W[REDACTED] übertragenen Anlagen zu bauen. Der Kläger willigte ein. Da ERKA-Kessel eine zu lange Lieferzeit hatten, trat er am 17. September 1962 anstelle der Firma W[REDACTED] in deren Kaufvertrag mit der M[REDACTED] GmbH über die Röntgen-Kessel ein. Die Beklagte widersprach dem Einbau der R[REDACTED]-Kessel nicht.

Im Januar 1963 stellte sich heraus, daß die R[REDACTED]-Kessel zu viel Gas verbrauchten. Wiederholten Aufforderungen der Beklagten, den Mangel zu beheben, kam der Kläger nicht nach. Auch deren Androhung, sie werde gemäß § 13 Nr. 5 Satz 2 der den vertraglichen Beziehungen der Parteien zugrunde gelegten Bestimmungen der VOB die Nachbesserungsarbeiten auf Kosten des Klägers durch einen anderen Unternehmer ausführen lassen, beachtete dieser nicht. Darauf ließ die Beklagte 13 R[REDACTED]-Kessel durch ERKA-Kessel ersetzen und gab die R[REDACTED]-Kessel dem Kläger zurück.

Die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung über 41.204,77 DM umfaßt die von der Beklagten mit 38.028,94 DM angegebenen Kosten für das Auswechseln der Kessel, die Kosten der von ihr veranlaßten Prüfung eines R[REDACTED]-Kessels durch die Technische Hochschule Karlsruhe in Höhe von 1.204,95 DM sowie weitere Posten von insgesamt 1.970,88 DM.

II.

266 DM spricht das Berufungsgericht dem Kläger deshalb ab, weil dieser insoweit zu Unrecht ein Entgelt für Arbeiten verlange, zu denen er im Rahmen der Gewährleistung verpflichtet gewesen sei.

Die Verpflichtung des Klägers, der Beklagten die durch den Austausch der Heizungskessel entstandenen Kosten in Höhe von vorerst 31.060,59 DM zu ersetzen, entnimmt das Berufungsgericht dem § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B).

Einen der Ausnahmefälle der Nr. 3 des § 13 VOB (B) hält es nicht für gegeben. Nach seiner Meinung rechtfertigen auch die besonderen Umstände keine abweichende Beurteilung.

Die Revision ist der Ansicht, die rechtliche Würdigung des Berufungsgerichts werde der Regelung in § 13 Nr. 3 VOB (B) nicht gerecht.

Es gehe nicht an, mit dem Berufungsgericht eine "Anordnung" des Auftraggebers im wörtlichen Sinne zu verlangen. Die Beklagte habe die Verwendung der R-  
-Kessel gebilligt, weil andere Kessel nicht rechtzeitig zu beschaffen gewesen seien; sie habe in Kenntnis dieser Zwangslage den Kläger sogar gedrängt, an Stelle der Firma W die Anlagen zu bauen. Sie habe also bewußt veranlaßt, die von der Firma W getroffenen Vorbereitungen zu übernehmen. Diese Sachlage komme einer Anordnung des Auftraggebers im Sinne des § 13 Nr. 3 VOB (B) gleich. Sie sei aber auch so an-

zusehen, als ob die Beklagte die R[REDACTED]-Kessel geliefert hätte. Darauf, daß nicht sie, sondern der Kläger Vertragspartner der M[REDACTED] GmbH als Lieferanten der Kessel gewesen sei, dürfe nicht abgestellt werden.

Somit komme es darauf an, ob der Kläger als Fachmann vor dem Einbau den erst später beim Betrieb der Heizungsanlagen aufgetretenen Mangel der Kessel hätte erkennen müssen. Nur dann entfalle wegen Verletzung der Mitteilungsfrist seine Freistellung von der Gewährleistung (§ 13 Nr. 3 letzter Halbsatz VOB (B)). Daß er den Mangel der R[REDACTED]-Kessel erkannt habe oder habe erkennen müssen, sei nicht festgestellt.

Der Revision kann nicht gefolgt werden.

1. Nach § 13 VOB (B) hat der Auftragnehmer - ohne Rücksicht auf ein Verschulden - dafür einzustehen, daß sein Werk frei von Mängeln ist. Das ist der Sinn der ihm obliegenden Gewährleistung. Sie gilt auch, wenn ein Mangel auf das von seinem Lieferanten bezogene Material zurückzuführen ist. Alle durch Nachbesserung entstehenden Kosten gehen deshalb nach § 13 Nr. 5 VOB (B) zu seinen Lasten. Seine Gewährleistungspflicht entfällt nur in den unter § 13 Nr. 3 VOB (B) aufgeführten Ausnahmefällen. Diesen ist gemeinsam, daß der Leistungsmangel auf Einflüsse aus dem Bereich des Auftraggebers zurückzuführen ist.

2. Im vorliegenden Fall ist keine dieser Ausnahmen gegeben. Der Leistungsmangel ist weder auf

der Verwendung von R[REDACTED]-Kessel dem Kläger nicht erteilt. Sie hat nicht einmal den Wunsch geäußert, der Kläger möge die von der Firma W[REDACTED] bestellten R[REDACTED]-Kessel verwenden. Sie hat lediglich, wie zuvor der Firma W[REDACTED], so auch dem Kläger freie Hand gelassen, R[REDACTED]-Kessel zu verwenden. Diesem Geschehenlassen brauchte das Berufungsgericht auch nicht deshalb die Bedeutung einer Anordnung im angeführten Sinne beizumessen, weil - was die Beklagte wußte - für die alsbaldige Ausführung des Auftrags nur die bestellten R[REDACTED]-Kessel in Betracht kamen, denn dem Kläger stand es frei, den Auftrag abzulehnen, wenn er für die Mängelfreiheit keine Gewähr leisten wollte.

d) Das Berufungsgericht durfte darauf abstellen, daß der Kläger und nicht etwa die Beklagte die R[REDACTED]-Kessel von der M[REDACTED] GmbH gekauft hat. Daraus konnte es folgern, daß die Beklagte die R[REDACTED]-Kessel auch nicht geliefert hat.

3. Da es dem Kläger frei stand, den Zusatzauftrag zu übernehmen oder abzulehnen, kann schließlich auch keine Rede davon sein, daß die Beklagte ihn in eine Zwangslage versetzt habe, und ihn deshalb nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht aus Gewährleistung in Anspruch nehmen dürfe.

4. Hätte die Firma W[REDACTED] den Auftrag ausgeführt, so könnte die Beklagte sie wegen des Mangels der R[REDACTED]-Kessel aus Gewährleistung in Anspruch nehmen. Dasselbe Recht hätte sie gegenüber dem Kläger, wenn er von Anfang an R[REDACTED]-Kessel angeboten hätte.

- 10 -

Daß er die ihm zunächst übertragenen Heizungsanlagen mit ERKA-Kessel ausgestattet, dann aber in die ihm später zusätzlich übertragenen Anlagen die von der Firma W[REDACTED] bestellten R[REDACTED]-Kessel eingebaut hat, rechtfertigt kein abweichendes Ergebnis. Die Übernahme des zusätzlichen Auftrags beruhte auf dem freien Entschluß des Klägers und die Beklagte hat ihm für diesen Auftrag keine Weisung erteilt.

5. Die übrigen Erwägungen des Berufungsgerichts greift die Revision nicht an. Sie lassen ebenfalls keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Klägers erkennen.

IV.

Nach § 97 ZPO hat der Kläger die Kosten seiner unbegründeten Revision zu tragen.

Glanzmann

Erbel

Vogt

Finke

Schmidt