

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB B §§ 4 Nr. 7, 8 Nr. 3

Zur Verjährung bei Entziehung des Auftrags nach
§ 8 Nr. 3 VOB (B), wenn der bereits fertig gestellte
Teil des Werks Mängel aufweist.

BGH, Urt. vom 11. Juli 1974 - VII ZR 76/72 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 76/72

URTEIL

Verkündet am

11. Juli 1974

Blust,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Holzbaugesellschaft F [REDACTED] & Co. KG, vertreten
durch die persönlich haftende Gesellschafterin Frau Anna
F [REDACTED], G [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Freistaat B a y e r n , vertreten durch die Bezirks-
finanzdirektion M [REDACTED], M [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

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

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juli 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Erbel, Schölske, Dr. Girisch und Doerry

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München vom 10. Februar 1972 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

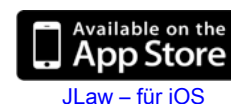
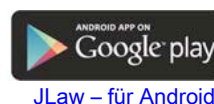
Der Kläger hat der Beklagten durch Vertrag vom 1./16. Juni 1965, dem die Bestimmungen der VOB (B) zugrunde liegen, die Lieferung und Montage von Fensterstöcken für ein Schulgebäude in M. übertragen. Da die Beklagte die vereinbarten Einbautermine trotz Nachfristsetzung wiederholt nicht einhielt, kündigte der Kläger gemäß § 8 Nr. 3 VOB (B) den Vertrag. Er ließ durch andere Unternehmer die noch ausstehenden Leistungen ausführen, sowie die Mängel an den von der Beklagten bereits eingebauten Fensterstöcken beheben.

Der Kläger hat für Kosten der Ersatzvornahme, Schadensersatz und Wertminderung insgesamt 175.810,76 DM

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze (mobile App)
Über 100.000 Urteile



berechnet. Unter Abzug des mit der Beklagten - für die von dieser tatsächlich ausgeführten Arbeiten - vereinbarten Werklohns hat er 33.685,18 DM nebst Zinsen eingeklagt. Die Beklagte hat bestritten, in Verzug geraten zu sein, und sich auf Verjährung berufen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht bejaht die Voraussetzungen der §§ 5 Nr. 4, 8 Nr. 3 VOB (B). Daß die Beklagte in Verzug geraten sei, könne nach dem Schriftwechsel nicht zweifelhaft sein.

1. Die Revision hält dem entgegen, der Beklagten sei entsprechend ihrem Schreiben vom 22. November 1965 vom Kläger durch Schreiben vom 24. November 1965 zuletzt eine Frist bis zum 23. Dezember 1965 eingeräumt worden. Der Kläger habe deshalb nicht bereits am 7. Dezember 1965 eine Nachfrist zum 17. Dezember 1965 setzen und den Vertrag schon am 21. Dezember 1965 kündigen dürfen. Vor dem 23. Dezember 1965 habe die Beklagte nicht in Verzug geraten können.

Dabei übersieht die Revision, daß der Kläger im Schreiben vom 24. November 1965 der Beklagten die von ihr selbst mit Schreiben vom 22. November 1965 vorge-

schlagenen gestaffelten Vertragsfristen für die verschiedenen Positionen festgelegt hat. Danach hatte die Beklagte die Positionen 21 - 24 bis zum 4. Dezember 1965 auszuführen. Da dies am 7. Dezember 1965 noch nicht geschehen war, war die Beklagte "mit der Vollendung in Verzug" geraten (§ 5 Nr. 4 VOB (B)). Mit der "Vollendung der Ausführung" gerät der Auftragnehmer auch dann in Verzug, wenn er einen festen Fertigstellungsplan mit Vertragsfristen nicht einhält. Die Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung hinsichtlich Pos. 21 - 24 am 7. Dezember 1965 zum 17. Dezember 1965 war deshalb berechtigt, desgleichen die Entziehung des ganzen Auftrags am 21. Dezember 1965. Darauf, ob der Kläger der Beklagten schon vorher wirksam eine Nachfrist gesetzt hatte, kommt es nicht an.

2. Unter §§ 5 Nr. 4, 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB (B) fallen die S. 6 des Berufungsurteils aufgeführten ersten drei Beträge, die der Kläger an andere Unternehmer für die Fertigstellung der von der Beklagten nicht mehr ausgeführten Leistungen und für die Behebung der Mängel an den von der Beklagten ausgeführten Arbeiten gezahlt hat.

a) Der Kläger hat nicht, wie die Revision meint, in seiner Berechnung die Angebotssumme von der Rechnungssumme abgezogen und die Differenz erstattet verlangt. Die Angebotssumme betrug 149.012,16 DM. Der Kläger hat aber nur 142.125,58 DM als mit der Beklagten vereinbarten Werklohn eingesetzt. Das ist, wie der Kläger unwidersprochen dargelegt hat, der Betrag, der nach dem Angebot der Beklagten auf die tatsächlich ausgeführten Arbeiten entfallen wäre.

b) Nach § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB (B) darf der Auftraggeber den noch nicht vollendeten Teil der Leistung zu

Lasten des Auftragnehmers durch einen Dritten ausführen lassen. Außerdem hat der Auftraggeber nach § 4 Nr. 7 VOB (B) das Recht, die Beseitigung von Mängeln an den bis zur Kündigung bereits erbrachten Leistungen zu fordern. Dieser Anspruch bleibt nach Entziehung des Auftrags bestehen (§ 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB (B); vgl. BGH NJW 1974, 646).

c) Der Anspruch aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 verjährt grundsätzlich in 30 Jahren (§ 195 BGB). Soweit er auf § 4 Nr. 7 VOB (B) beruht, verjährt er nach der Abnahme allerdings in der kurzen Frist des § 13 Nr. 4 VOB (B) (BGHZ 54, 352). Ob die endgültige Verweigerung der Abnahme nicht nur die Verjährungsfrist in Lauf setzt (Senatsurteile vom 28. Februar 1974 - VII ZR 127/71 -; 2. Mai 1963 - VII ZR 233/61 - = JZ 1963, 596; 30. November 1967 - VII ZR 111/66 = Schäfer/Finnern Z. 2.331 Bl. 54; NJW 1970, 421 Nr. 5 mit weiteren Nachweisen), sondern auch zur kurzen Verjährungsfrist nach § 13 Nr. 4 VOB (B) führt, braucht hier nicht entschieden zu werden. Der Kläger hat die von der Beklagten erbrachten Leistungen weder abgenommen, noch deren Abnahme endgültig verweigert. Es spricht im vorliegenden Falle nichts dafür, in der Kündigung des Vertrags oder in der Beauftragung der anderen Unternehmer mit der Fertigstellung der Arbeiten eine endgültige Weigerung des Klägers zu erblicken, die von der Beklagten erbrachten Leistungen abzunehmen.

3. Hinsichtlich des Betrags von 2.044,80 DM, den der Kläger ersetzt verlangt, für die Verlängerung der Glasbruchversicherung infolge der von der Beklagten zu vertretenden verzögerten Fertigstellung der Fenster, rügt die Revision lediglich, die Beklagte sei nicht in Verzug gewesen. Diese Rüge ist, wie bereits ausgeführt,

unbegründet. Der Kläger hat sich auch bei den wiederholt gewährten Fristverlängerungen stets die Geltendmachung des durch die Verzögerung der Beklagten bedingten Schadens vorbehalten.

Die kurze Verjährungsfrist gilt - wie bereits ausgeführt - auch insoweit nicht.

4. Den Betrag von 3.772,40 DM verlangt der Kläger als Ersatz dafür, daß die Beklagte das Maß für die von der Firma Kr. gelieferten Isolierscheiben mit 105,2 x 90,5 statt mit 105,2 x 95 angegeben hat. Der Kläger kann den für die unbrauchbaren Scheiben unnütz aufgewendeten Betrag wegen positiver Vertragsverletzung ersetzt verlangen. Auch dieser Anspruch unterliegt nicht der kurzen Verjährung.

5. Die Rüge, das Berufungsgericht habe die Forderung von 2.835,50 DM nicht verständlich begründet, ist nicht gerechtfertigt. Nach den "Zusätzlichen Vorbemerkungen" zum Leistungsverzeichnis mußte der Maurer das Baugerüst auch für den Außenanstrich der Fenster stehen lassen, selbstverständlich nur bei zügigem Fortgang aller Arbeiten. Infolge der von der Beklagten zu vertretenden Verzögerung wurde das Baugerüst abgebaut und der Anstreicher hat den Mehrbetrag von 2.833,50 DM berechnet. Wegen der Verjährung gilt auch hier das oben Gesagte.

6. Das Berufungsgericht stellt fest, daß 47 der vom Beklagten eingebauten Blindzargen wegen schlechter Holzqualität den Wert der von der Beklagten erbrachten Leistungen um 836,60 DM mindern.

a) Zu Unrecht meint die Revision, die Voraussetzungen einer Minderung seien nicht gegeben, weil der Kläger die Leistungen der Beklagten nicht abgenommen habe. Es handelt sich hier nicht um einen Minderungsanspruch aus § 13 Nr. 6 VOB (B), der als Gewährleistungsanspruch die Abnahme der Leistung voraussetzt und der nach erfolgter Abnahme auch nur noch in Betracht käme. Das Berufungsgericht stellt ausdrücklich fest, daß der Kläger die gelieferten und eingebauten Blindzargen nicht abgenommen hat, und davon geht auch die Revision aus. Der Minderwert des verwendeten Holzes ist ein Mangel der Leistungen der Beklagten i.S. des § 4 Nr. 7 VOB (B), der sich schon während der Ausführung gezeigt hat. Der Anspruch auf Behebung dieser Mängel ist deshalb ein Erfüllungs-, kein Gewährleistungsanspruch. Der Kläger kann aber in entsprechender Anwendung des § 13 Nr. 6 VOB (B) für den Minderwert des Holzes einen Ausgleich durch Herabsetzung des Werklohns des Beklagten verlangen (Hereth/Ludwig/Naschold aaO § 4 Rz 225; Ingenstau-Korbion aaO § 4 Rdn. 150). Auch dieser Anspruch ist nicht verjährt (vgl. das oben zu 2 c Gesagte).

7. Nach § 97 ZPO hat die Beklagte die Kosten ihrer unbegründeten Revision zu tragen.

Vogt

Girisch

Erbel

Doerry

Schmidt