

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB B § 13 Nr. 3

Zum Begriff des vom Auftraggeber "vorgeschriebenen"  
Baustoffes.

BGH, Urt. v. 1. März 1973 - VII ZR 82/71 - OLG Hamburg  
LG Hamburg

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 82/71

## URTEIL

Verkündet am

1. März 1973

Horn,  
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma N [REDACTED] T [REDACTED] Gesellschaft zur F [REDACTED]  
des W [REDACTED] mit beschränkter Haftung, vertreten  
durch ihre Geschäftsführer Otto B [REDACTED] und Arnold B [REDACTED],  
H [REDACTED], A [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und  
Revisionsklägerin,

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

gegen

den Dachdeckermeister Heinz K [REDACTED], M [REDACTED],  
W [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und  
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. März 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Erbel, Schmidt, Dr. Girisch und Meise

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 19. März 1971 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

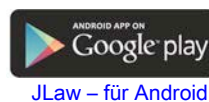
Die Klägerin ließ in den Jahren 1962/63 in B-  
S- M-, nach der Planung und unter der Bauleitung ihres Architekten Dipl. Ing. K-  
32 Reihenhäuser errichten. Die Dachdeckerarbeiten führte der Beklagte aus. Dem Vertrag der Parteien lagen die Bestimmungen der VOB zugrunde.

Unter Pos. 1 des vom Architekten erstellten Leistungsverzeichnisses hieß es:

"Dacheindeckung aus Flachdachpfannen braun engobiert - Ziegelei J- - Tonwerke, B-  
Kreis D- - liefern und  
..... eindecken".



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



Der Beklagte gab hierzu ein Angebot ab. Als der Architekt erfuhr, daß die Firma J. [REDACTED] die Dachpfannen im Jahre 1962 nicht mehr liefern konnte, und er sich darauf nach einem anderen Hersteller erkundigte, wurden ihm Flachdachziegel der Dachziegelwerke Gebr. L. [REDACTED] in B. [REDACTED] / [REDACTED] angeboten. Für diese Ziegel entschied er sich, weil sie nach Preis, Qualität, Form und Art den ursprünglich vorgesehenen Dachpfannen der Firma J. [REDACTED] entsprachen und Erzeugnisse der Firma L. [REDACTED] einen guten Ruf hatten. Der Beklagte bestellte darauf die Dachziegel der Firma L. [REDACTED] über seine Einkaufsgenossenschaft und rechnete mit dieser den Kaufpreis ab.

Die Ziegel erwiesen sich nicht als frostbeständig. Der Beklagte lehnte eine Haftung für die Frostschäden ab. Die Klägerin hat beantragt, ihn zu verurteilen, 26 der 32 Häuser neu einzudecken. Der Beklagte hält sich für die Güte der vom Architekten ausgewählten Ziegel nicht verantwortlich; erkennbare Mängel hätten die Ziegel nicht gehabt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Klageanspruch weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Beklagte nach dem Vertrag nicht nur die Dächer zu decken, sondern auch die Ziegel zu liefern hatte.

1. Den schriftlichen Vereinbarungen der Parteien entnimmt es jedoch, daß der Beklagte nicht zu entscheiden hatte, mit welchen Ziegeln er die Dächer decken wollte. Schon im Leistungsverzeichnis sei ausdrücklich eine bestimmte Ziegelart der Firma J. [REDACTED] vorgeschrieben gewesen. Auch später, als sich herausstellte, daß diese Ziegel nicht rechtzeitig geliefert werden konnten, sei es dem Beklagten nicht überlassen worden, nunmehr selbst die benötigten Ziegel auszuwählen. Der Architekt habe sich vielmehr darum bemüht, eine andere Ziegelei zu finden, die Ziegel der ursprünglich vorgeschriebenen Art herstellte. Auf Grund seiner Erkundigungen habe er dann eine bestimmte Ziegelart der Firma L. [REDACTED] ausgewählt und diese dem Beklagten vorgeschlagen. Diesem Vorschlag habe der Beklagte folgen müssen, denn der Architekt sei nach den Zusätzlichen Vertragsbestimmungen (§ 2 Nr. 2) berechtigt gewesen, ihm mit Wirkung für und gegen die Klägerin als deren Vertreter Anweisungen zu erteilen. Ob der Architekt die Verwendung der Ziegel der Firma L. [REDACTED] nur vorgeschlagen oder ausdrücklich angeordnet habe, sei nicht entscheidend. Selbst wenn seine Äußerung dem Wortlaut nach nur ein Vorschlag gewesen sei, habe er damit dem Beklagten i.S. des § 13 Nr. 3 VOB (B) vorgeschrieben, die Dächer nunmehr mit den von ihm ausgewählten Ziegeln der Firma L. [REDACTED] zu decken. Aus der Sicht des Beklagten habe es sich nicht um eine unverbindliche Empfehlung, sondern um eine bindende Anweisung gehandelt, nach der er sich zu richten hatte.

2. Das Berufungsgericht ist weiter der Ansicht, daß es nach § 13 Nr. 3 VOB (B) keinen Unterschied mache, ob der Auftraggeber den Baustoff liefere oder ob er dem

Auftragnehmer einen bestimmten Baustoff vorschreibe und dieser ihn dann beschaffe. Es sei auch unerheblich, ob die Ziegel der Firma L. [REDACTED] allgemein nicht frostbeständig seien oder ob - wie es nach seiner in anderem Zusammenhang getroffenen Feststellung hier der Fall war - gerade die dem Beklagten gelieferten und von diesem verwendeten Ziegel infolge eines Herstellungsfehlers ausnahmsweise nicht die übliche Güte gehabt hätten. Der Beklagte sei in beiden Fällen von der ihn nach § 13 Nr. 1 VOB (B) grundsätzlich treffenden Gewährleistungspflicht gemäß § 13 Nr. 3 dieser Bestimmung freigesewesen, es sei denn, daß er seiner Prüfungs- und Mitteilungspflicht aus § 4 Nr. 3 VOB (B) nicht nachgekommen wäre. Das sei nicht der Fall. Es beständen keine Anhaltspunkte dafür, daß der Beklagte die mangelnde Frostbeständigkeit der Ziegel erkannt oder angezweifelt hätte. Es lasse sich auch nicht feststellen, daß der Beklagte fahrlässig eine Prüfung der Ziegel auf ihre Frostbeständigkeit unterlassen hätte.

## II.

Die Revision hält die Voraussetzungen des § 13 Nr. 3 VOB (B) nicht für gegeben.

Sie meint, nur allgemein oder der Gattung nach vorgeschriebene Stoffe oder Bauteile fielen nicht darunter. "Vorgeschrieben" seien Baustoffe lediglich dann, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer keine Auswahlmöglichkeit hinsichtlich der Stoffe und auch der Lieferfirma offen lasse. Mit der Benennung einer Bezugsquelle werde noch nicht die Verwendung eines bestimmten Baustoffs angeordnet. Die Angabe im Leistungsverzeichnis "Flachdachpfannen braun engobiert"

sei nur eine Gattungsbezeichnung. Als sich herausgestellt habe, daß die im Leistungsverzeichnis genannten Ziegel der Firma J. [REDACTED] damals nicht erhältlich waren, habe der Architekt lediglich vorgeschlagen, Ziegel der Firma L. [REDACTED] zu beziehen. Die Bekundung des Architekten ergebe, daß der Beklagte deren Ziegel nicht habe kaufen müssen.

Diesen Ausführungen der Revision kann nicht gefolgt werden.

1. Nach § 13 Nr. 1 VOB (B) hat der Auftragnehmer für seine Bauleistungen Gewähr zu leisten. Bauleistungen sind Bauarbeiten mit oder ohne Lieferung von Stoffen oder Bauteilen (§ 1 Nr. 1 VOB (A)). Die Gewährleistung soll jedoch nur so weit gehen, wie der Auftragnehmer für seine Leistungen verantwortlich ist. Nach § 13 Nr. 3 VOB (B) ist er von seiner Gewährleistungspflicht frei und trägt der Auftraggeber das Risiko, wenn Mängel zurückzuführen sind auf vom Auftraggeber "gelieferte oder vorgeschriebene Baustoffe oder Bauteile".

Das gilt allerdings nicht, wenn der Auftragnehmer Bedenken, die er gegen die vorgesehene Art der Ausführung, d.h. auch gegen das vom Auftraggeber vorgeschriebene Material (vgl. Ingenstau-Korbion, VOB, 5. Aufl. B § 4 Rn. 90, 91) hat oder haben muß, dem Auftraggeber nicht unverzüglich schriftlich mitteilt (§ 4 Nr. 3 VOB (B)).

2. Anhaltspunkte dafür, daß der Beklagte die mangelnde Frostbeständigkeit der Ziegel erkannt hat oder hätte erkennen können, oder daß er die Ziegel durch geeignete Versuche auf ihre Frostbeständigkeit hätte

prüfen oder prüfen lassen müssen, hält das Berufungsgericht nicht für gegeben. Diese tatrichterliche Feststellung greift die Revision nicht an. Es verbleibt somit nicht schon deshalb bei einer Gewährleistung des Beklagten, weil er einer Verpflichtung aus § 4 Nr. 3 VOB (B) nicht nachgekommen wäre.

3. Nicht zu beanstanden ist aber auch die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Klägerin durch ihren Architekten die Verwendung von Flachdachziegeln der Firma L [REDACTED] i.S. des § 13 Nr. 3 VOB (B) "vorgeschrieben" hat. Wenn das Berufungsgericht den schriftlichen Vereinbarungen der Parteien sowie der Bekundung des Architekten in tatrichterlicher Würdigung entnimmt, daß der Architekt die Verwendung einer bestimmten Art von Ziegeln der Firma L [REDACTED] angeordnet hat, so kann das aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Pos. 1 des Leistungsverzeichnisses ergab für einen sich um die Arbeiten bewerbenden Dachdecker, daß nicht er zu entscheiden hatte, mit welchen Ziegeln er die Dächer decken wollte, sondern daß ihm von vornherein die Verwendung braun engobierter Flachdachpfannen der Ziegelei J [REDACTED] vorgeschrieben war. Mit der Abgabe seines Angebots und der Erteilung des Auftrags war der Beklagte insoweit gebunden. Dafür spricht auch die Bekundung des Architekten vom 16. Januar 1969, wonach Pos. 1 des Leistungsverzeichnisses nicht einen Vorschlag, sondern eine bindende Anweisung enthielt.

Als sich dann herausstellte, daß die Ziegel der Firma J [REDACTED] nicht lieferbar waren, hat der Architekt nach seiner Bekundung dem Beklagten nicht mehrere andere Lieferanten zur Auswahl gestellt, sondern ihn auf Ziegel gleicher Art der Ziegelei L [REDACTED] ver-

wiesen. Die Ansicht des Berufungsgerichts, damit habe sich an der Bindung des Beklagten nichts geändert, kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden.

Nach der Bekundung des Architekten werden die aus-  
geschriebenen Dachpfannen nicht von jeder Ziegelei an-  
gefertigt, weshalb er Ziegel der Firma L. wählte.  
Auch das ließ erkennen, daß dem Architekten an den  
Ziegeln der Firma L. genauso gelegen war, wie  
vorher an Ziegeln aus der Ziegelei J. Wenn des-  
halb der Architekt dem Beklagten die Verwendung von  
Ziegeln aus der Ziegelei L. "vorgeschlagen" hat,  
war das Berufungsgericht nicht gehindert, darin eine  
den Beklagten ebenso bindende Anordnung zu sehen, wie  
sie sich aus Pos. 1 des Leistungsverzeichnisses ergab.

4. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon  
aus, daß nach § 13 Nr. 3 VOB (B) die Anordnung des  
Auftraggebers, bestimmte Baustoffe oder Bauteile zu  
verwenden, der Lieferung solcher Baustoffe oder Bau-  
teile durch den Auftraggeber gleichsteht. Demgegenüber  
meint die Revision, die Freistellung des Auftraggebers  
von der Gewährleistung sei zwar im Falle der Lieferung  
der Baustoffe durch den Auftraggeber gerechtfertigt;  
schreibe jedoch der Auftraggeber einen bestimmten  
Baustoff nur vor, so bestehe zwischen den Vertrags-  
parteien ein Lieferungsverhältnis, aus dem der Auftrags-  
nehmer Gewinn ziehen könne, das aber auch die Grund-  
lage für Gewährleistungsansprüche gegen ihn wegen  
Mängeln der Baustoffe bilde.

Auf solche Überlegungen kann es jedoch in Anbe-  
tracht des klaren und eindeutigen Wortlauts des § 13  
Nr. 3 VOB (B) nicht ankommen. Zudem weist das Beru-

fungsgesamt zutreffend darauf hin, daß der Auftraggeber sich rechtzeitig über Brauchbarkeit des Baustoffs und Zuverlässigkeit des Herstellers erkundigen kann, bevor er dem Auftragnehmer die Verwendung eines bestimmten Stoffes vorschreibt, daß dagegen der Auftragnehmer dazu zwischen Lieferung und Verwendung des Baustoffs schon aus Zeitgründen in der Regel nicht in der Lage ist.

5. Die Revision meint schließlich, daß auch dann, wenn die Klägerin durch ihren Architekten dem Beklagten die Lieferfirma und die verwendeten Dachziegel vorgeschrieben habe, § 13 Nr. 3 VOB (B) keine Anwendung finde. Der Auftragnehmer müsse lediglich infolge der Weisung des Auftraggebers einen Baustoff bestimmter Art oder eines bestimmten Herstellers verwenden. Insofern und nur insoweit sei deshalb unter der Voraussetzung des § 4 Nr. 3 VOB (B) seine Freistellung von der Gewährleistung gerechtfertigt. Seine Haftung dafür, daß der tatsächlich gelieferte Baustoff frei von Fabrikationsfehlern sei, werde jedoch durch § 13 Nr. 3 VOB (B) nicht berührt.

Mit diesem Einwand hat sich das Berufungsgericht befaßt. Nach seiner Ansicht ändert sich an der Freistellung des Beklagten von seiner Gewährleistung auch dann nichts, wenn gerade die von ihm beschafften und für die Häuser verwendeten Ziegel infolge eines der Ziegelei Laumans unterlaufenen Herstellungsfehlers ausnahmsweise nicht die übliche Güte hatten und nicht frostbeständig waren.

Dem ist beizutreten. § 13 Nr. 3 VOB (B) enthält keine Einschränkung der Haftungsbeschränkung des Auftragnehmers dahin, daß er für solche Fehler, die einem nach Art und Herkunft vom Auftraggeber genau vorgeschriebenen Baustoff nicht allgemein, sondern nur im Einzelfall anhaften, doch wieder eintreten sollte. Die Befreiung von der Gewährleistungspflicht (Nr. 1) gilt nach Nr. 3 vielmehr nur dann nicht, wenn der Auftragnehmer nicht entsprechend seiner Verpflichtung aus § 4 Nr. 3 VOB (B) auf zu befürchtende Mängel des angelieferten Baumaterials hingewiesen hat. Daß er im vorliegenden Falle eine dahingehende Verpflichtung nicht verletzt hat, stellt das Berufungsgericht, wie schon zu II, 2 ausgeführt, von der Revision unangefochten fest.

### III.

Nach § 97 ZPO hat die Klägerin die Kosten ihrer somit unbegründeten Revision zu tragen.

Vogt

Erbel

Schmidt

Girisch

Meise

# BUNDESGERICHTSHOF

VII ZR 82/71

## BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

der Firma N [REDACTED] T [REDACTED] gesellschaft zur F [REDACTED]  
des W [REDACTED] mit beschränkter Haftung, vertreten durch  
ihre Geschäftsführer Otto B [REDACTED] und Arnold B [REDACTED], H [REDACTED],  
A [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin  
und Revisionsklägerin,

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

gegen

den Dachdeckermeister Heinz K [REDACTED], M [REDACTED]/H [REDACTED],  
W [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten  
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am  
29. März 1973 durch die Richter Rietschel, Erbel, Schmidt,  
Dr. Girisch und Dr. Recken

beschlossen:

In dem Urteil vom 1. März 1973 muß es auf  
Seite 8 der Ausfertigung Ziff. 4, 6. Zeile  
statt "... die Freistellung des Auftraggebers..."  
richtig heißen:

"... die Freistellung des Auftragnehmers ...".

Rietschel

Erbel