

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 4/73

URTEIL

Verkündet am
10. Juni 1974
Horn,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Stadt E [REDACTED], vertreten durch den Rat der Stadt,
dieser vertreten durch den Oberstadtdirektor,

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma I [REDACTED] R [REDACTED] GmbH,
E [REDACTED]-A [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch
ihren Geschäftsführer Otto S [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juni 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Schmidt, Meise, Dr. Recken und Doerry

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 10. Oktober 1972 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat 31.932,13 DM an sich unstreitigen Werklohn nebst Zinsen eingeklagt. Die Beklagte hat mit einer Gegenforderung aufgerechnet. Damit hat es folgende Bewandtnis:

Die Beklagte ließ 1965 bis 1967 in Essen-Steele ein Hallenbad errichten. Hierbei führte die Klägerin im Auftrag der Beklagten die Innen- und Außenbeschichtung des stählernen Schwimmbeckens mit Kunststoff aus. Die Geltung der VOB (B) war vereinbart. Am 5. Mai 1967 nahm die Beklagte die Werkleistungen ab, nachdem die Klägerin die Innenbeschichtung umfangreich nachgebessert hatte.

- 3 -

Einige Tage nach Eröffnung des Hallenbades im Juni 1967 traten erneut Mängel der Innenbeschichtung auf. Die Klägerin besserte mit der Firma S [REDACTED] R [REDACTED] GmbH G [REDACTED] (im folgenden: Firma S [REDACTED]), von der sie die zur Beschichtung verwendeten Kunststoffe bezogen hatte, die Schäden zu Ostern 1968 notdürftig aus und bat die Beklagte, das Bad alsbald für eine längere Zeit zur weiteren Mängelbeseitigung zu schließen. Diese gab dann das Bad vom 23. Dezember 1968 bis 19. Januar 1969 zur Nachbesserung frei. Wegen des nach Entleerung des Beckens festgestellten großen Umfangs der Mängel kam es am 2. und 6. Januar 1969 zwischen den Parteien und der Firma S [REDACTED] zu Gesprächen über eine umfassende Erneuerung der Innenbeschichtung, mögliche Ursachen der Mängel sowie etwaige Kostenbeteiligungen der Beklagten und der Firma S [REDACTED]. Bei der Verhandlung am 6. Januar 1969 verlas der Vertreter der Beklagten ein Schreiben an die Klägerin vom selben Tage. Darin lehnte die Beklagte eine Kostenbeteiligung ab. Zugleich forderte sie die Klägerin auf, die Innenschicht von Grund auf zu erneuern sowie die Arbeiten hierzu am 8. Januar 1969 aufzunehmen und am 20. Januar 1969 abzuschließen. Im Verlaufe des Gesprächs erklärte sich die Beklagte mit dem Wunsch der Klägerin einverstanden, ein Gutachten des Sachverständigen Dr. Grün über die Ursachen der Mängel sowie die Art und Weise der Nachbesserung einzuholen. Bei der gemeinsamen Ortsbesichtigung am 7. Januar 1969 erklärte der Beauftragte Dr. Grün, er könne noch keine verbindlichen Angaben machen, und regte eine gründliche Laboruntersuchung an. Noch bevor das Gutachten Dr. Grün vom 11. Januar 1969 bei den Parteien einging (bei der Beklagten am 14. Januar 1969, bei der Klägerin noch später) nämlich am 10. Januar 1969 beauftragte die Beklagte die Firma S [REDACTED] mit der Neubeschichtung.

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



Die Beklagte meint, wegen der Kosten der von der Firma S [REDACTED] ausgeführten Neubeschichtung einen Ersatzanspruch gegen die Klägerin zu haben, den sie auf 33.368,11 DM beziffert.

Das Landgericht hat der Klage zunächst gemäß § 302 ZPO unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung stattgegeben. Das - rechtskräftige - Vorbehaltsurteil hat es alsdann durch Schlußurteil für vorbehaltlos erklärt. Die dagegen eingelegte Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren auf die Aufrechnung gestützten Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält den Anspruch der Beklagten gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) nicht für gerechtfertigt. Es führt aus:

Die Beklagte habe wegen der Mängel der Innenbeschichtung zwar einen Nachbesserungsanspruch gegen die Klägerin gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB (B) gehabt. Sie sei jedoch nicht berechtigt gewesen, die Mängel auf Kosten der Klägerin beseitigen zu lassen. Abgesehen davon, daß die der Klägerin gesetzte Frist zur Nachbesserung bis zum 20. Januar 1969 zu kurz gewesen sei, habe die Beklagte den Auftrag an die Firma S [REDACTED] am 10. Januar 1969

jedenfalls voreilig erteilt. Dazu habe sie keinen gerechtfertigten Anlaß gehabt. Sie habe nicht zu befürchten brauchen, die Klägerin werde sich ihrer Pflicht zur Nachbesserung entziehen oder die Erneuerungsarbeiten nicht mit der erforderlichen Zuverlässigkeit und Zielstrebigkeit ausführen. Die Beklagte habe vor weiteren Maßnahmen das Gutachten über die Mängelursachen und die Empfehlungen des Sachverständigen für die Neuherstellung der Innenschicht abwarten dürfen.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Der Auftraggeber kann allerdings auch ohne Fristsetzung den Anspruch aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) dann geltend machen, wenn er mit gutem Grund das Vertrauen zum Auftragnehmer verloren hat (BGHZ 46, 242) oder befürchten muß, der Auftragnehmer werde sich seiner Pflicht zur Mängelbeseitigung entziehen (Urteil des Senats vom 6. Februar 1958 - VII ZR 39/57 = Schäfer/Finnern Z 2.414 Bl. 60 f, insoweit in BGHZ 26, 337 nicht abgedruckt). Dem steht es gleich, wenn diese Voraussetzung zwar erst nach Fristsetzung, aber vor Fristablauf eintritt; auch dann wäre es sinnlos, den Auftraggeber zu zwingen, erst das Ende der Frist abzuwarten.

2. Ein solcher Fall liegt aber hier nach den rechtsfehlerfreien, das Revisionsgericht bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts nicht vor. Danach hatte die Beklagte keinen begründeten Anlaß zu der Annahme, die Klägerin werde sich ihrer Verpflichtung, das Werk in Ordnung zu bringen, nicht zuverlässig unterziehen.

3. Sie kann sich auch nicht darauf berufen, als sie am 10. Januar 1969 den Auftrag zur Neubeschichtung des Beckens anderweitig vergab, habe bereits festgestanden, daß die Klägerin mit ihren Arbeiten keinesfalls bis zum 20. Januar 1969, dem Ende der gesetzten Frist, fertig sein würde. Einmal war die gesetzte Frist zu kurz. Zum anderen hatte die Beklagte sich am 6. Januar 1969 damit einverstanden erklärt, daß zunächst das Gutachten des Sachverständigen Dr. Grün eingeholt werde. Dieses Gutachten trägt das Datum vom 11. Januar 1969 und ist erst am 14. Januar 1969 bei der Beklagten eingegangen. Die Beklagte hat also das Gutachten nicht abgewartet.

4. Die Klägerin war bei der gegebenen Sachlage nicht verpflichtet, mit ihren Arbeiten zu beginnen, bevor das Gutachten Dr. Grün vorlag. Das galt auch für etwaige Vorbereitungsarbeiten, deren Art und Ausmaß erst dann zuverlässig zu übersehen waren, wenn feststand, was zu geschehen hatte, um die Mängel zu beseitigen und ihr erneutes Auftreten zu verhindern.

5. Die Revision hat Verfahrensrügen erhoben. Der Senat hat sie geprüft und sämtlich für unbegründet erachtet (Art 1 Nr. 4 EntlG).

Nach alledem ist die Revision mit der Kostenfolge
des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Vogt

Schmidt

Meise

Recken

Doerry