

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: _____ ja

VOB/B § 6 Nr. 1

- a) Der Auftragnehmer hat in der Behinderungsanzeige anzugeben, ob und wann seine Arbeiten, die nach dem Bauablauf nunmehr ausgeführt werden müßten, nicht oder nicht wie vorgesehen ausgeführt werden können.
- b) Die Behinderungsanzeige dient der Information des Auftraggebers über die Störung. Er soll gewarnt und es soll ihm die Möglichkeit gegeben werden, die Behinderung abzustellen.

BGB §§ 278, 642; VOB/B § 6 Nr. 6

- a) Ob und welche Verbindlichkeit den Auftraggeber gegenüber dem Nachunternehmer trifft, ist nach der jeweiligen vertraglichen Gestaltung zu beurteilen. Geht es um Fristüberschreitungen, bedürfen die Vertragsbestimmungen der Auslegung, ob der Auftraggeber die Verpflichtung übernommen hat, das Bauwerk zu den vereinbarten Fristen als für die Nachunternehmerleistung geeignet zur Verfügung zu stellen. Allein die Vereinbarung von Vertragsfristen reicht dazu nicht aus.
- b) § 642 BGB ist bei aufrechterhaltenem Vertrag neben § 6 Nr. 6 VOB/B anwendbar.
- c) Der Auftraggeber kann dem Nachunternehmer aus § 642 BGB haften, wenn er durch das Unterlassen einer bei der Herstellung des Werkes erforderlichen und ihm obliegenden Mitwirkungshandlung in den Verzug der Annahme kommt (abweichend von BGH, Urteil vom 27. Juni 1985 - VII ZR 23/84, BGHZ 95, 128).

BGH, Urteil vom 21. Oktober 1999 - VII ZR 185/98 - OLG München
LG München I



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 185/98

Verkündet am:
21. Oktober 1999
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Oktober 1999 durch die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Haß, Hausmann, Dr. Wiebel und Dr. Kuffer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 10. März 1998 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen Behinderung in der Bauausführung.

Der Klägerin wurden am 10. Juli 1986 die Wärmedämmarbeiten zum Neubau des Verwaltungszentrums der Beklagten in M. übertragen. Vertragsgrundlage waren neben der VOB/B unter anderem die Zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZV-VOB) und die Besonderen Vertragsbedingungen (BV-VOB) der Beklagten. Diese wurde bei Vertragsschluß und Vertragsausführung von

ihrer Projektmanagerin, der Streithelferin zu 2, vertreten, die teilweise die Streithelferin zu 1 hinzuzog. Die Vertragsklauseln regeln unter anderem die "Ablaufplanung und -steuerung" sowie "Vertragstermine, -fristen". Die Klägerin begann im November 1986 mit ihren Arbeiten. Am 7. Januar 1988 wurde sie von der Streithelferin zu 2 auf die Fertigstellungsfrist zum 31. März 1988 hingewiesen. In Schreiben vom 19. Januar 1988 und vom 21. Februar 1988 wies die Klägerin auf Behinderungen wegen nicht fertiggestellter Vorgewerke hin und meldete Zusatzkosten an. Die Arbeiten der Klägerin dauerten bis Ende Juni 1988, einige Restarbeiten bis September 1988.

Die Klägerin verlangt wegen behaupteter nicht rechtzeitiger Fertigstellung der Vorarbeiten Ersatz von Mehrkosten für Löhne, Geräte sowie "aus Beschleunigung" Baustellengemeinkosten, sonstige Kosten, allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und wegen der Höhe den Rechtsstreit an das Landgericht zurückverwiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Klägerin könne Ersatz des ihr nachweislich entstandenen Schadens gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B verlangen. Es sei zu erwarten, daß jedenfalls ein eventuell auch gewisser Betrag als zu ersetzender Mehraufwand verbleibe. Daß die Klägerin erst mit Schreiben vom 11. Februar 1988 die Behinderung angezeigt habe, sei unerheblich. Für die Zeit vorher sei die Anzeige entbehrlich gewesen, weil die Baustelle bereits im September 1987 "in Verzug" gewesen sei.

Die Beklagte habe die Umstände zu vertreten, die die Klägerin an der ordnungsgemäßen Ausführung ihrer Leistungen gehindert hätten. Die mit den Vorleistungen betrauten Unternehmer seien in den vertraglichen Pflichtenkreis der Beklagten eingeschlossen gewesen. Sie habe sich der Streithelferin zu 2 als Projektmanagerin bedient, die den Bauablauf zu planen und koordinieren gehabt habe. Der Bau habe sich durch die verzögerte Planung und nicht ausreichende Koordinierung verzögert. Die Streithelferin zu 1 habe Verzögerungen nicht hinreichend berücksichtigt und Störungen im Bauablauf nicht schnell genug beseitigt.

II.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Feststellungen des Berufungsgerichts reichen nicht für die Beurteilung, ob eine Schadensersatzpflicht der Beklagten aus § 6 Nr. 6 VOB/B oder ein Anspruch auf angemessene Entschädigung gemäß § 642 BGB besteht.

1. Das Berufungsgericht trifft keine Feststellungen, welche die Annahme tragen, die Klägerin sei in der ordnungsgemäßen Ausführung ihrer Leistung behindert und eine Behinderungsanzeige sei entbehrlich gewesen.

a) Der Schadensersatzanspruch nach § 6 Nr. 6 VOB/B setzt voraus, daß eine Behinderung tatsächlich vorlag und sie dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich angezeigt worden ist oder offenkundig bekannt war. Die Vertragsklausel setzt weiter voraus, daß der Stillstand adäquat-kausal durch hindernde Umstände verursacht worden ist, die auf der Verletzung einer vertraglichen Pflicht durch einen Vertragsteil, hier den Auftraggeber beruhen (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 1997 - VII ZR 64/96 = BauR 1997, 1021 = ZfBR 1998, 33, dazu nachstehend 2).

Wird die Behinderung angezeigt, muß die Anzeige alle Tatsachen enthalten, aus denen sich für den Auftraggeber mit hinreichender Klarheit die Gründe der Behinderung ergeben (BGH, Urteil vom 21. Dezember 1989 - VII ZR 132/88, BauR 1990, 210 = ZfBR 1990, 138). Der Auftragnehmer hat Angaben zu machen, ob und wann seine Arbeiten, die nach dem Bauablauf nunmehr ausgeführt werden müßten, nicht oder nicht wie vorgesehen ausgeführt werden können.

Bei unterlassener Anzeige besteht Anspruch auf Berücksichtigung der hindernden Umstände nur, wenn dem Auftraggeber offenkundig die Tatsachen und deren hindernde Wirkung bekannt waren. Unter welchen Voraussetzungen eine Behinderungsanzeige wegen Offenkundigkeit unterbleiben kann, ergibt sich aus dem Zweck der regelmäßig erforderlichen Behinderungsanzeige. Diese Anzeige dient dem Schutz des Auftraggebers. Sie dient der Information des Auftraggebers über die Störung. Der Auftraggeber soll ferner gewarnt und ihm

die Möglichkeit eröffnet werden, Behinderungen abzustellen. Er soll zugleich vor unberechtigten Behinderungsansprüchen geschützt werden. Die rechtzeitige und korrekte Behinderungsanzeige erlaubt ihm nämlich, Beweise für eine in Wahrheit nicht oder nicht im geltend gemachten Umfang bestehende Behinderung zu sichern. Nur wenn die Informations-, Warn- und Schutzfunktion im Einzelfall keine Anzeige erfordert, ist die Behinderungsanzeige wegen Offenkundigkeit entbehrlich.

b) Die Feststellungen des Berufungsgerichts dazu sind nicht ausreichend.

Eine Behinderung ist nicht festgestellt. Die allgemeine Aussage, die Baustelle sei bereits vor der Behinderungsanzeige vom 11. Februar 1988 "in Verzug" gewesen, reicht nicht aus. Es muß gerade der Auftragnehmer, der den Anspruch geltend macht, in der Ausführung seines Werkes behindert sein. Zu den Tatsachen, aus denen sich die Offenkundigkeit der Behinderung der Arbeiten der Klägerin ergeben soll, fehlt es ebenfalls an Feststellungen. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts reicht insoweit nicht eine allgemeine Störung im Bauablauf.

Ob die vorliegenden Behinderungsanzeigen den vorbezeichneten Anforderungen entsprechen, wird vom Berufungsgericht nicht erörtert. Erwähnt wird nur das Schreiben vom 11. Februar 1988. Nicht beachtet ist das vorhergehende Schreiben vom 19. Januar 1988, in dem die Klägerin zum angemahnten Fertigstellungstermin Stellung nimmt und auf den erforderlichen Abschluß der technischen Vorgewerke Kälte, Lüftung, Heizung und Sanitär verweist. Beide Schreiben bedürfen in der weiteren Verhandlung im Hinblick auf § 6 Nr. 1 VOB/B der Auslegung und Prüfung durch das Berufungsgericht.

2. Die Feststellungen des Berufungsgerichts genügen auch nicht, eine eigene oder fremde, über eingeschaltete Erfüllungsgehilfen zurechenbare, von der Beklagten zu vertretende Vertragsverletzung zu bejahen.

a) Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen reichen nicht aus, eine Verletzung der Planungs- und Koordinierungspflicht zu bejahen.

Das Berufungsurteil enthält keine Tatsachen, aus denen sich eine verzögerte Planung oder Mängel in der Koordinierung ergeben. Gleiches gilt für das der Beklagten angelastete Verschulden der Streithelferin zu 1. Auch hier sind die Ausführungen, die Streithelferin zu 1 habe etwaige Verzögerungen durch Planungs- und Ausführungsänderungen nicht hinreichend berücksichtigt und Störungen im Bauablauf nicht schnell genug beseitigt, nicht mit Tatsachen belegt.

b) Die weitere Annahme des Berufungsgerichts, die mit den Vorleistungen betrauten Unternehmer seien "in den vertraglichen Pflichtenkreis des Auftraggebers eingeschlossen" gewesen und der Auftraggeber habe die Verpflichtung übernommen, die Vorleistungen so zu koordinieren, daß der Auftragnehmer auf vollständig erbrachte Vorleistungen aufbauen könne, ist nicht hinreichend begründet.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 27. Juni 1985 - VII ZR 23/84 = BGHZ 95, 128) können durch fehlerhafte Werkleistung des Vorunternehmers bedingte Verzögerungen dem Auftraggeber im Verhältnis zum Nachfolgeunternehmer regelmäßig nicht zugerechnet werden, weil der Vorunternehmer insoweit nicht Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers ist (vgl. zum Streitstand Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Bd. 1, 3. Aufl. Rdn. 1367). Der Auftraggeber

will sich regelmäßig den einzelnen Nachunternehmern gegenüber nicht verpflichten, notwendige Vorarbeiten zu erbringen. Erfüllungsgehilfe des Bauherrn ist lediglich der Architekt, soweit Planungs- und Koordinierungsaufgaben in Frage stehen (BGH, Urteil vom 27. Juni 1985 - VII ZR 23/84 aaO). Denn der Bauherr hat dem Unternehmer zuverlässige Pläne zur Verfügung zu stellen.

Der Bundesgerichtshof hat bereits in der Entscheidung vom 27. Juni 1985 (VII ZR 23/84 aaO) darauf hingewiesen, daß eine Zurechnung gemäß § 278 BGB dann in Betracht kommen kann, wenn aufgrund besonderer Umstände anzunehmen ist, daß der Auftraggeber dem Nachfolgeunternehmer für die mangelfreie Erfüllung der Vorleistung einstehen will. Eine derartige Einstandspflicht kann bestehen, wenn der Auftraggeber sich vertraglich zu einer Vorleistung verpflichtet. Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluß vom 16. Dezember 1993 eine gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Celle vom 15. Oktober 1992 (veröffentlicht in BauR 1994, 629; "Behelfsbrückenfall") gerichtete Revision nicht angenommen. In dem jener Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hatte sich der Auftraggeber verpflichtet, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Behelfsbrücke zur Verfügung zu stellen. Der Bundesgerichtshof hat ferner im Urteil vom 10. Januar 1991 - X ZR 128/89 = ZfBR 1992, 31) die dem Besteller nicht untergeordnete Deponieverwaltung als dessen Erfüllungsgehilfin angesehen, da sich der Besteller verpflichtet hatte, für den vom Unternehmer geschuldeten Abtransport von Aushub eine Deponie bereit zu halten.

bb) Ob und welche Verbindlichkeit den Auftraggeber gegenüber den (Nach)Unternehmer trifft, ist nach der jeweiligen vertraglichen Gestaltung zu beurteilen. Geht es um Fristüberschreitungen, bedürfen die Vertragsbestimmungen der Auslegung, ob der Auftraggeber die Verpflichtung übernommen

hat, das Bauwerk zu den vereinbarten Fristen als für die Nachunternehmerleistung geeignet zur Verfügung zu stellen. Allein die Vereinbarung von Vertragsfristen reicht hierfür nicht aus. Das Berufungsgericht führt nicht aus, worauf sich seine Annahme stützt, der Auftraggeber habe gegenüber dem Nachunternehmer die Verpflichtung übernommen, daß der Vorunternehmer rechtzeitig und mangelfrei leiste. Die vereinbarten Zusätzlichen (ZV-VOB) und Besonderen Vertragsbedingungen (BV-VOB) bedürfen insoweit der Auslegung durch das Berufungsgericht. Die weitere Verhandlung gibt dem Berufungsgericht die Möglichkeit, diese Auslegung nachzuholen.

3. Die Feststellungen genügen auch nicht zu beurteilen, ob der Klägerin ein Anspruch auf angemessene Entschädigung gemäß § 642 BGB zusteht.

Der Bundesgerichtshof hat in der Entscheidung vom 27. Juni 1985 (VII ZR 23/84 = BGHZ 95, 128, 134) eine Haftung des Auftraggebers gegenüber dem Nachunternehmer bei mangelbedingter Verzögerung der Arbeiten des Vorunternehmers aus § 642 BGB abgelehnt. Er hat dies damit begründet, daß es schon an einer gegenüber dem Nachfolgeunternehmer pflichtwidrig unterlassenen Mitwirkungshandlung fehle, weil die Herstellung einer mangelfreien Vorleistung nicht in den Verantwortungsbereich des Auftraggebers falle. Der Bundesgerichtshof hat dabei offengelassen, ob § 642 BGB neben § 6 Nr. 6 VOB/B Anwendung findet. Daß § 642 BGB nicht angewandt worden ist, ist in der Literatur auf Kritik gestoßen (vgl. Kraus, BauR 1986, 17, 22). Andere stimmen der Entscheidung nur mit der Erwägung zu, § 642 BGB werde bei fortbestehendem Vertrag durch § 6 Nr. 6 VOB/B ausgeschlossen (Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Bd. 1, 3. Aufl. Rdn. 1384; Ingenstau/Korbion, VOB, 13. Aufl., B § 6 Rdn. 116 m.w.N.; Staudinger/Peters (1994) § 636 Rdn. 105). Der Bundesge-

richtshof hat die Frage der Anwendung des § 642 BGB erneut geprüft. Es wird nicht daran festgehalten, daß eine Haftung des Auftraggebers aus § 642 BGB bei Verzögerungen wegen mangelhafter Vorunternehmerleistungen ausscheidet. Der Auftraggeber kann dem Nachunternehmer aus § 642 BGB haften, wenn er durch das Unterlassen einer bei der Herstellung des Werkes erforderlichen Mitwirkungshandlung in den Verzug der Annahme kommt. Dies gilt für den BGB- und den VOB/B-Vertrag.

a) Entgegen der teilweise in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLG Düsseldorf BauR 1999, 774; OLG Celle, BauR 1995, 552) und in der Literatur vertretenen Ansicht (Kapellmann/Schiffers aaO Rdn. 1384; Ingenstau/Korbion aaO, B § 6 Rdn. 116; Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Aufl., B § 6.6 Rdn. 39) verdrängt § 6 Nr. 6 VOB/B bei aufrechterhaltenem Vertrag nicht § 642 BGB. § 6 Nr. 6 VOB/B ist keine abschließende Regelung von Leistungsstörungen, die zu Verzögerungen führen (MünchKomm/Soergel, 3. Aufl., § 642 Rdn. 6; Nicklisch/Weick, VOB/B, 2. Aufl., § 6 Rdn. 4).

§ 642 BGB regelt einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch bei Gläubigerverzug. Er knüpft an die Obliegenheit des Bestellers an, bei der Herstellung des Werkes mitzuwirken (BGH, Urteil vom 16. Mai 1968 - VII ZR 40/66, BGHZ 50, 175, 178). Unterläßt der Besteller diese Mitwirkungshandlung, die in weitem Sinn zu verstehen ist und sowohl in einem Tun wie in einem Unterlassen bestehen kann, und gerät er in Gläubigerverzug (§§ 293 - 299 BGB), so kann dem Unternehmer über den Ersatz für Mehraufwendungen gemäß § 304 BGB hinaus ein Anspruch auf angemessene Entschädigung zustehen. Der Entschädigungsanspruch kann auch dann selbständig und unabhängig neben dem Anspruch auf vereinbarte Vergütung bestehen, wenn der Gläubiger die ihm obliegende Handlung nachholt und das Werk her-

gestellt wird. Er besteht auch neben den Ansprüchen aus §§ 649, 645 Abs. 1 Satz 2 BGB, wenn das Werk infolge Kündigung durch den Besteller oder gemäß § 643 BGB unvollendet bleibt (RG, Urteil vom 21. September 1920 - VII ZR 143/20, RGZ 100, 46, 47). Der Anspruch aus § 642 BGB umfaßt im Unterschied zum Anspruch aus § 286 Abs. 1 BGB nicht entgangenen Gewinn und Wagnis. Denn er besteht wegen Gläubigerverzugs des Bestellers und nicht wegen Verletzung seiner Schuldnerpflicht.

§ 6 Nr. 6 VOB/B regelt den Schadensersatzanspruch einer der Vertragsteile bei zu vertretenden Behinderungen. Der Anspruch ist gegeben, wenn eine Behinderung vorliegt, sie angezeigt worden ist oder offenkundig bekannt war und wenn die Behinderung adäquat-kausal durch Umstände verursacht worden ist, die auf einer schuldhaften Verletzung einer vertraglichen Pflicht eines der Vertragsteile beruht (siehe oben unter II. 1. a). Sein Umfang richtet sich nach § 249 ff BGB. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit gehört zum Schaden auch der entgangene Gewinn.

b) Gemäß § 642 BGB kann der Unternehmer eine angemessene Entschädigung verlangen, wenn der Besteller durch das Unterlassen einer bei der Herstellung des Werkes erforderlichen Mitwirkungshandlung in Verzug der Annahme kommt. Der Annahmeverzug setzt zunächst Nichtannahme der angebotenen Leistung voraus. Nichtannahme der angebotenen Leistung liegt nicht nur vor, wenn der Gläubiger die erforderliche Mitwirkungshandlung überhaupt nicht, sondern auch, wenn er sie nicht rechtzeitig vornimmt. Weiter ist erforderlich, daß der Schuldner leisten darf, zur Leistung bereit und imstande ist (§ 297 BGB) und seine Leistung wie geschuldet dem Gläubiger anbietet (§§ 294 - 296 BGB). Zu einem ordnungsgemäßen Angebot des Schuldners gehört bei einem VOB/B-Vertrag auch, daß er gemäß § 6 Nr. 1 VOB/B anzeigt, wenn er wegen

hindernder Umstände zur Leistungserbringung nicht imstande ist. § 642 BGB setzt weiter voraus, daß der Besteller die zur Herstellung des Werkes erforderliche und ihm obliegende Mitwirkungshandlung nicht vornimmt. Diese besteht bei Bauverträgen darin, daß er das Baugrundstück als für die Leistung des Auftragnehmers aufnahmebereit zur Verfügung stellt (Ingenstau/Korbion aaO, B § 9 Rdn. 6; Kraus, BauR 1986, 22). Das gilt auch, wenn noch andere Unternehmer Vorarbeiten zu erbringen haben. Es ist unerheblich, ob der Besteller einen gänzlich unbearbeiteten Stoff nicht rechtzeitig zur Verfügung stellt oder einen Stoff, an dem schon andere Unternehmer Arbeiten auszuführen hatten (Staudinger/Peters aaO, § 642 Rdn. 17). Die Mitwirkung obliegt dem Besteller gleichermaßen bei Beginn und während der Durchführung des Vertrags.

Thode

Haß

Hausmann

Wiebel

Kuffer