

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 100/63

URTEIL

Verkündet am
4. Februar 1965
Pohl,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Ehefrau Hilde M. [REDACTED] geb. Kl. [REDACTED], K. [REDACTED]-Ka. [REDACTED], J. [REDACTED]-
C. [REDACTED]-Str. [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Bauunternehmer

1. Heinrich Bosen sen., K. [REDACTED]-L. [REDACTED], D. [REDACTED] Str. 205,
2. Bauingenieur Karl-Heinz B. [REDACTED], ebenda,

Beklagte, Widerkläger, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Februar 1965 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 28. Dezember 1962 wird zurückgewiesen.

Jedoch wird die Urteilsformel wie folgt berichtigt:

- 1.) In I 2 treten an Stelle der Worte "im Erdgeschoß" die Worte "im ersten Obergeschoß";
- 2.) II erhält die nachstehende Fassung:

"Es wird festgestellt, daß die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin ein Drittel aller Schäden zu ersetzen, die durch das Höherlegen des Erdgeschoßfußbodens in dem vorgenannten Hause infolge Nutzungsausfalls und wegen notwendiger Schönheitsreparaturen entstehen werden."

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit Schreiben vom 18. Juli 1956 übertrug der Architekt R. im Namen der Klägerin den Beklagten die Erd-, Maurer- und Betonarbeiten für den ersten Bauabschnitt des mehr-

stöckigen Geschäfts- und Wohnhauses in K- Ka-, E-str.-. Dem Auftrag lag das Angebot der Beklagten vom 25. April 1956 zugrunde, das die Einheitspreise enthielt und mit einem Gesamtbetrag von 20.200,72 DM schloß. Den Vertragsbeziehungen wurden die Bestimmungen der VOB (B) zugrunde gelegt. Nach Beginn der Arbeiten ließ die Klägerin, der inzwischen Kredite zugesagt worden waren, durch Schreiben ihres Architekten vom 8. August 1956 den Auftrag für den ersten Bauabschnitt auf das gesamte Keller- und Erdgeschoß ausdehnen. Auch hierfür wurden die Einzelpreise des Angebots vom 25. April 1956 zugrunde gelegt. Die Beklagten und der Architekt hatten die Kosten des erweiterten Auftrags auf ca. 25.000 DM errechnet.

Ende November 1956 nahm die Klägerin den Geschäftsraum im Erdgeschoß die Benutzung. Bald danach rügte sie verschiedene Mängel und verlangte von den Beklagten mit Schreiben vom 5. Februar 1957 deren Beseitigung. Die Beklagten lehnten das ab. Sie erteilten der Klägerin am 14. März 1957 eine Schlußrechnung über 34.427,41 DM, die der Architekt R- nach Prüfung in Höhe von 32.427,97 DM für begründet erklärte.

Unter den Parteien sind Teilzahlungen der Klägerin über insgesamt 21.000 DM unstreitig. Die Klägerin behauptet jedoch, weitere 7.000 DM gezahlt zu haben.

Die Klägerin hat von den Beklagten wegen verschiedener Mängel Schadensersatz verlangt und sie als Gesamtschuldner auf Zahlung von 4.000 DM verklagt, ferner die Feststellung begehrt, daß sie auch weiteren ihr an dem Haus noch entstehenden Schaden zu ersetzen verpflichtet seien.



Die Beklagten haben Klagabweisung beantragt und Widerklage auf Zahlung eines restlichen Werklohns von 7.427,93 DM nebst Zinsen erhoben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage - bis auf einen Teil der Zinsen - stattgegeben.

Die Klägerin hat im Berufungsverfahren die Klage erweitert. Sie hat 7.558,40 DM nebst Zinsen als Ersatz für bestimmte Schäden am Haus und einen weiteren Betrag von mindestens 4.000 DM zum Ausgleich des allgemeinen Minderwerts des Gebäudes verlangt; ferner hat sie beantragt, die Beklagten zu verurteilen, die Kamine nach den Regeln der Baukunst und baupolizeimäßig herzustellen und alle künftigen Schäden zu tragen.

Die Beklagten haben ihren mit der Widerklage verfolgten restlichen Werklohnanspruch auf 6.572,09 DM nebst Zinsen ermäßigt.

Das Oberlandesgericht hat die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, im Kellergeschoß die Kamine nach den Regeln der Baukunst und baupolizeimäßig herzustellen sowie im Erdgeschoß die Kamintüren zu entfernen, die Kaminlöcher zu vermauern, beizuputzen und beizuarbeiten. Es hat nach dem Inhalt der Urteilsformel festgestellt, daß die Beklagten als Gesamtschuldner der Klägerin alle Schäden zu ersetzen haben, die durch Höherlegen des Erdgeschoßfußbodens infolge Nutzungsausfalls und notwendiger Schönheitsreparaturen entstehen werden. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Der Widerklage hat es nur in Höhe von 4.222,30 DM nebst Zinsen stattgegeben; den geforderten Mehrbetrag hat es abgewiesen, davon 1.646,79 DM auf Grund der Aufrechnung der Klägerin.

Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin den Zahlungsanspruch über 7.558,40 DM nebst Zinsen weiter; sie begehrt ferner eine Erweiterung der Feststellung dahin, daß die Beklagten ihr alle durch das Höherlegen des Erdgeschoßfußbodens entstandenen und noch entstehenden Schäden, einschließlich des Minderwerts, zu ersetzen haben; sie beantragt weiter, die Beklagten zu verurteilen, über die im angefochtenen Urteil angeführten Kaminarbeiten hinaus auch die im Obergeschoß vorhandenen Kaminintüren auszubauen, die Öffnungen zu vermauern, beizuputzen und die hierdurch erforderlich werdenden Schönheitsreparaturen durchzuführen; schließlich erstrebt sie die volle Abweisung der Widerklage.

Die Beklagten bitten um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Zu Unrecht meint die Revision, die Beklagten seien an den in dem Kostenanschlag vom 25. April 1956 errechneten Gesamtbetrag von 20.200,72 DM und ebenso an den in dem erweiterten Bauauftrag vom 8. August 1956 mit ca. 25.000 DM ermittelten Betrag gebunden gewesen. Davon kann nach dem Wortlaut beider Schriftstücke keine Rede sein. Gebunden waren die Beklagten nur an die fest vereinbarten Einheitspreise. Die Höhe der Positionspreise und damit des Gesamtpreises hing von dem Umfang der ausgeführten Leistungen ab. Das kommt in Ziff. 4 (5) des Schreibens der Beklagten vom 8. August 1956 klar zum Ausdruck.

Die Revision erkennt ferner die Bedeutung des § 2 Ziff. 3 VOB (B). Nach dieser Bestimmung soll dann, wenn

die unter einem Einheitspreis zusammengefaßte Menge einer Leistung um mehr als 10 % nach oben oder unten von dem im Vertrag vorgesehenen Umfang abweicht, der Einheitspreis auf Verlangen ermäßigt oder erhöht werden. Eine für die Klägerin günstige Herabsetzung der Einheitspreise würde also voraussetzen, daß im Vertrag unter bestimmten Positionen angesetzte Leistungen tatsächlich in größerem Umfang ausgeführt worden wären und daß die Klägerin deshalb eine Herabsetzung dieser Einheitspreise verlangt hätte. Dahingehende Behauptungen hat sie nicht aufgestellt. Bei der Erweiterung des Bauauftrags wurde sogar in der Vereinbarung vom 8. August 1956 ausdrücklich festgelegt, daß auch sie zu den Einzelpreisen, d.h. zu den Einheitspreisen des Angebots vom 25. April 1956 abgerechnet werden sollte.

II.

Die Revision kann auch insoweit keinen Erfolg haben, als sie sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht die Quittung der Beklagten vom 2. Oktober 1956 über 7.000 DM auf die Hingabe des Schecks vom selben Tag bezieht und nicht die Behauptung der Klägerin für erwiesen hält, sie habe den Beklagten an diesem Tage außerdem auch 7.000 DM bar gezahlt.

Dabei geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß die Klägerin für die Erfüllung ihrer Zahlungspflicht beweispflichtig ist. (Wenn S. 44 in der ersten und viertletzten Zeile von der "Beklagten" die Rede ist, so handelt es sich um einen offensichtlichen Schreibfehler). Die Quittung der Beklagten: "DM 7.000,-- (siebentausend) à conto Bau-Arbeiten von (Klägerin) erhalten" könnte zwar, so führt es aus, zunächst auf eine Barzahlung hinweisen. Diese Schlußfolgerung hält es jedoch nicht ohne weiteres

für gerechtfertigt, weil die Zahlungsart in der Quittung nicht genannt sei und diese sich deshalb ebenso gut auf den Scheck beziehen könne. Es führt alsdann eine Reihe von Umständen an, die es eingehend würdigt und die nach seiner Meinung dagegen sprechen, daß die Klägerin am 2. Oktober 1956 den Beklagten außer dem Scheck über 7.000 DM auch noch 7.000 DM in bar gegeben habe.

1.) Das Berufungsgericht hat somit nicht, wie die Revision meint, die Beweislast verkannt. Es hat mit Recht von der Klägerin den Beweis für die behauptete Barzahlung von 7.000 DM am 2. Oktober 1956 verlangt. Dabei hat es auch nicht, wie die Revision weiter meint, die Beweiskraft der Quittung verkannt. Als Privaturkunde begründet diese nach § 416 ZPO nur den vollen Beweis dafür, daß die in ihr enthaltene Erklärung von dem Aussteller abgegeben ist. Den Sinn dieser Erklärung zu ermitteln, war Sache des Berufungsgerichts. Die Quittung besagt aber ihrem Wortlaut nach nichts über die Art der Zahlung. Sie enthält nicht einmal, was die Revision übersieht, das Wort "Zahlung". In Anbetracht dieses unbestimmten Wortlauts und der unstreitigen Hingabe des Schecks über 7.000 DM am selben Tag, kann sie sich, wie dem Berufungsgericht zuzugoben ist, ebenso gut auf den Scheck wie auf eine Barzahlung beziehen. Das Berufungsgericht hat deshalb mit Recht die sonstigen Umstände geprüft, ob sie für oder gegen eine Barzahlung der Klägerin von 7.000 DM am 2. Oktober 1956 sprechen.

2.) Daß es unter Würdigung dieser Umstände die von der Klägerin behauptete Barzahlung nicht für erwiesen hält, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Was die Revision dem entgegenhält, richtet sich gegen die dem Tatrichter vorbehaltene Beweiswürdigung und ist daher unbeachtlich. Einer Erörterung bedürfen diese Angriffe nicht.

Das Berufungsgericht hat auch insoweit nicht gegen seine Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) verstoßen.

III.

1.) In der Leistungsbeschreibung des Architekten R. vom 25. April 1956 heißt es unter Pos. 25: "70.- qm Aschebeton über dem I. Obergeschoß im Durchschnitt 20 cm stark nach Angabe im Gefälle zur Aufnahme von Teerpappe ...". So hat auch der Sachverständige Gr. die Ausschreibung in seinem Gutachten wörtlich wiedergegeben. Da das I. Obergeschoß im ersten Bauabschnitt nicht ausgeführt wurde, hat er diese Position sinngemäß auf die Ausbildung des Flachdaches über dem Erdgeschoß angewandt. Demnach hat er, entgegen der Rüge der Revision, nicht übersehen, daß das Flachdach mit Gefälle hergestellt werden sollte. Die Klägerin hat jedoch auf die Eindeckung des Flachdaches mit Teerpappe verzichtet und statt dessen die Betonfläche mit Dachlack streichen lassen. Diese Ausführung hat der Sachverständige als völlig ungeeignet bezeichnet. Dabei hat er dem fehlenden Gefälle neben den anderen Mängeln keine Bedeutung beigemessen. Dem ist das Berufungsgericht gefolgt. Deshalb und aus weiteren Gründen hat es der Klägerin einen Schadensersatzanspruch für die "Feuchtigkeitschäden wegen der Deckendurchbrüche" aberkannt. Darin liegt kein Rechtsfehler.

2.) Das Berufungsgericht hält den Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen des zu tief verlegten Erdgeschoßbodens (§ 13 Ziff. 7 VOB (B)) in Anbetracht des Mitverschuldens des Architekten Röhm und der Klägerin selbst nur zu 1/3 für begründet.

a) Die Revision meint hierzu, die Klägerin könne den Mangel, da die Beklagten mit dessen Beseitigung in Verzug seien, gemäß § 633 Abs. 3 BGB, § 13 Ziff. 5 VOB (B)

selbst beseitigen lassen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen. Diesem Anspruch gegenüber würden sich die Beklagten nicht auf ein sie, die Klägerin, oder ihren Architekten treffendes Mitverschulden berufen können. Deshalb dürften sie es auch gegenüber dem Schadensersatzanspruch aus § 13 Ziff. 7 VOB (B) nicht.

Richtig ist, daß § 254 BGB nur für Schadensersatzfälle gilt und deshalb dem einen Erfüllungsanspruch darstellenden Nachbesserungs- oder Kostenersatzanspruch aus § 633 Abs. 2 und 3 BGB sowie dem Anspruch aus § 13 Ziff. 5 VOB (B) nicht entgegengesetzt werden kann. Jedoch können auch diese Ansprüche, wenn der Auftraggeber oder sein Erfüllungsgehilfe den Mangel des Bauwerks mitverursacht haben, nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine Einschränkung dahin erföhren, daß der Auftraggeber zu den Kosten der Nachbesserung beitragen muß. Das Bedenken der Revision gegen die Anwendung des § 254 BGB auf den Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB, § 13 Ziff. 7 VOB (B) ist deshalb unbegründet (BGH VII ZR 61/63 vom 3. Dezember 1964; VII ZR 197/59 vom 28. Februar 1961 = Betrieb 61, 569).

b) Die Revision wendet sich zu Unrecht dagegen, daß das Berufungsgericht den Architekten als Erfüllungsgehilfen der Klägerin angesehen und sie mit dessen mitwirkendem Verschulden belastet hat.

Wie der Senat im Urteil vom 9. Januar 1964 - VII ZR 171/62 - ausgeführt hat, ist der Architekt jedenfalls dann, wenn es sich um die Aufgabe des Bauherrn handelt, dem Unternehmer brauchbare Pläne und Unterlagen zur Verfügung zu stellen, Erfüllungsgehilfe des Bauherrn. So lag der Fall hier. Daß der Architekt seinerseits dem Bauherrn für eine schuldhaftige Vertragsverletzung haftet,

schließt die Anwendung der §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 BGB nicht aus (vgl. BGHZ 39, 261).

c) Darüber hinaus durfte das Berufungsgericht auch ein persönliches Mitverschulden der Klägerin darin sehen, daß sie die Hinzuziehung eines Vermessungsingenieurs abgelehnt, aber nicht auf den Niveauunterschied gegenüber der Straße, als dieser nach Ausführung der Einschalung für die Decke erkennbar war, geachtet hat. Das Berufungsgericht nimmt ersichtlich an, daß ihre Weigerung, einen Vermessungsingenieur heranzuziehen, eine gesteigerte eigene Sorgfaltspflicht begründet hat. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

d) Worauf sich die Rüge unter 3 d der Revisionsbegründungsschrift bezieht, ist nicht ersichtlich. Aus dem Hinweis auf S. 10 des Berufungsurteils ergibt sich das nicht. Daraus erhellt auch nicht, daß die Klägerin das auf S. 40 des Berufungsurteils gemäß § 529 Abs. 2 ZPO zurückgewiesene Vorbringen schon im ersten Rechtszug vorgebracht hat.

3.) Die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (S. 28, 38) ergeben eindeutig, daß die Beklagten der Klägerin für die durch das Höherverlegen des Erdgeschoßfußbodens infolge Nutzungsausfalls und notwendiger Schönheitsreparaturen entstehenden Schäden nur zu einem Drittel aufzukommen brauchen. Daß diese Beschränkung auf ein Drittel unter II der Urteilsformel keinen Ausdruck gefunden hat, stellt also eine offenbare Unrichtigkeit dar. Insoweit ist die Formel des angefochtenen Urteils zu II zu berichtigen (§ 319 ZPO). Hierzu ist auch das Revisionsgericht befugt (NJW 1964, 1858).

IV.

1.) Unter I. 2. der Formel des Berufungsurteils heißt es, die Beklagten hätten "im Erdgeschoß" die Kamintüren zu entfernen, die Kaminlöcher zu vermauern, beizuputzen und beizuarbeiten. In den Entscheidungsgründen (S. 37) ist jedoch unter Bezugnahme auf das Gutachten des Sachverständigen Gronack diese Verpflichtung hinsichtlich des "ersten Obergeschosses" ausgesprochen. Das entspricht dem Begehren der Klägerin im Schriftsatz vom 7. April 1960 (S. 1 und 5). Auch die Urteilsformel zu I. 2. enthält somit insoweit eine offenbare Unrichtigkeit, die gleichfalls gemäß § 319 ZPO zu berichtigen ist.

2.) Der weitere Antrag der Revision, in der Urteilsformel auszudrücken, daß zwei Kamine instandzusetzen sind, ist nicht gerechtfertigt, denn es heißt darin, daß die Kamine herzustellen sind.

3.) Die Klägerin hat in den Vorinstanzen nicht verlangt, daß die Beklagten auch die durch Nachbesserungsarbeiten im Obergeschoß entstehenden Kosten für Plattenleger (Bad) und Tapezierer zu tragen hätten. Jedenfalls weist die Revision ein dahingehendes Verlangen nicht nach. Die insoweit beantragte Ergänzung der Urteilsformel kommt somit schon deshalb nicht in Betracht.

4.) Das Berufungsgericht hat, wie bereits ausgeführt, die Ersatzpflicht der Beklagten nur hinsichtlich der Schäden festgestellt, die durch das Höherverlegen des Erdgeschoßfußbodens infolge Nutzungsausfalls und notwendiger Schönheitsreparaturen entstehen werden. Den weitergehenden Feststellungsantrag hat es abgewiesen, weil die Klägerin nicht dargetan habe, daß Spütschäden hinsichtlich weiterer Mängel entstehen können (BU S. 38).

Die Revision verlangt eine Ausdehnung dieser Feststellung auf den Fall, daß die Mieter der Klägerin gegen diese Schadensersatzansprüche stellen werden. Sie weist jedoch nicht nach, daß die Klägerin in den Vorinstanzen solche Schadensersatzansprüche erwähnt hat. Es ist daher nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht insofern einen Sachvortrag der Klägerin übergangen hätte.

Das gleiche gilt für die übrigen Rügen in der Revisionsbegründungsschrift vom 10. Oktober 1963. Soweit darin für den vom Berufungsgericht verneinten Minderwert des Hauses (BU S. 35) neue Tatsachen vorgetragen werden, können diese im Revisionsverfahren nicht berücksichtigt werden.

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

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Meyer

Vogt