

BUNDESGERICHTSHOF 2081 074

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 103/66

URTEIL

Verkündet am

7. Oktober 1968
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Anneliese H [REDACTED], B [REDACTED], H [REDACTED] Str. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Maurermeister Heinrich H [REDACTED], B [REDACTED],
B [REDACTED]weg [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklag-
ten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Oktober 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Braunschweig vom 14. Juni 1966 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte hat im Jahre 1958 die Erd-, Maurer- und Putzarbeiten für ein Wohnhaus der Klägerin in Braunschweig ausgeführt. Die Klägerin hat mit der Klage von ihm zuletzt 45.172,65 DM nebst Zinsen als Schadensersatz verlangt und die Feststellung begehrt, daß er ihr allen weiteren Schaden aus der mangelhaften Ausführung des Bauauftrags zu ersetzen habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat der Klägerin als Entschädigung für entgangene Nutzung zweier Räume im Keller 4.388,40 DM und zweier Wohnräume im Erdgeschoß 598 DM nebst Zinsen zugesprochen; die weitergehende Berufung der Klägerin hat es zurückgewiesen.

- 3 -

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung weiterer 38.423,45 DM nebst Zinsen und verfolgt sie das Feststellungsbegehren weiter. Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Klägerin hat den Anspruch auf Ersatz eines Minderwerts des Hauses von 25.000 DM u.a. darauf gestützt, daß die Decken nicht die Betongüte B 225 besäßen und daß als Schallisolierung schwächere als 2000 g/qm starke Sillan-Matten verlegt worden seien. Das Berufungsgericht hat der Klägerin diesen Anspruch versagt.

1.) Es hält nicht für erwiesen, daß der Beklagte der Klägerin die Betongüte B 225 für die Decken des Hauses zugesichert habe. Die Klägerin habe das nicht verlangt und der Beklagte das nicht vertragsgemäß zugesichert. Zwar sei in der vom Beklagten erstellten statischen Berechnung Beton der Güteklasse B 225 genannt. Die Klägerin habe aber die statische Berechnung nicht gesehen.

Die in der Ausschreibung der Klägerin verwendete Formel " $q_E + N = 800 \text{ kg/qm}$ " lasse keinen Schluß auf die Betongüte 225 zu; zudem sei nicht erwiesen, daß diese Formel vereinbart worden sei.



Die Revision will die Zusicherung der Betongüte B 225 daraus folgern, daß nach dem Auftragsschreiben der Klägerin vom 23. Oktober 1957 Grundlage des Vertrags u.a. der beigelegte Kostenanschlag, der vom Beklagten noch zu erstellende statische Nachweis und die Vorbemerkung zum Kostenanschlag sein sollten. Da der statische Nachweis Beton der Güteklasse B 225 nenne, ergebe sich aus der Vorbemerkung die behauptete Zusicherung.

Darin kann ihr nicht gefolgt werden.

a) Die Zusicherung, daß eine Sache oder ein Werk eine bestimmte Eigenschaft habe oder haben werde, setzt voraus, daß beide Vertragsteile die zusichernde Erklärung als Bestandteil des Vertrags gewollt haben. Mit der Vereinbarung, daß die vom Beklagten erst noch zu erstellende statische Berechnung zu den Grundlagen des Vertrags gehöre, war aber nicht gesagt, eine darin einseitig vom Beklagten vorgesehene Ausführung des Bauwerks habe als von der Klägerin unbesehen gebilligt gelten und der Beklagte ohne weiteres daran gebunden sein sollen. Jedenfalls ist die Auslegung des Berufungsgerichts, die unter den gegebenen Umständen eine vertraglich gegebene und angenommene Zusicherung verneint, rechtlich nicht zu beanstanden.

Die Revision verweist auf die "Vorbemerkung" zum Kostenanschlag, worin der Beklagte die Garantie für die einwandfreie Beschaffenheit von der Klägerin gelieferter, von ihm verwendeter Baumaterialien übernommen hat. Mit dieser Bestimmung ist jedoch nur gesagt, daß der Beklagte von der Klägerin zur Verfügung gestellte Baumaterialien

auf ihre Geeignetheit zu prüfen und alsdann für ihre Beschaffenheit ebenso einzustehen habe, wie für von ihm selbst geliefertes Material. Wieso hieraus die Zusage der Güteklasse B 225 hinsichtlich des für die Decken verwendeten Betons folgen soll, ist nicht einzusehen.

b) Die Feststellung des Berufungsgerichts, die von dem Bauingenieur Barth in der Ausschreibung verwendete Formel " $q E + N = 800 \text{ kg/qm}$ " lasse nicht auf die Betongüte B 225 schließen, greift die Revision nicht an. Die Klägerin hat das in ihrem Schriftsatz vom 7. Februar 1964 Bl. 5) auch selbst eingeräumt.

Ob diese Formel überhaupt Vertragsinhalt geworden ist, was das Berufungsgericht in Anbetracht der Bekundungen der Zeugen B. [REDACTED] und Ba. [REDACTED] für nicht erwiesen hält, ist deshalb in diesem Zusammenhang unerheblich.

c) Die Abrechnung vom 3. November 1958, aus der sich nach der Behauptung der Revision ergeben soll, daß der Beklagte Beton der Güteklasse B 225 in Rechnung gestellt habe, hat die Klägerin nicht zu den Akten gereicht. Zudem hat sie auch nicht die Behauptung des Beklagten (Schriftsätze vom 24. Januar 1961 (S. 15) und vom 12. Mai 1961 (S. 7)) widerlegt, daß die Verwendung einer geringeren Betongüte hier keine Ersparnis begründet habe.

d) Die Parteien haben unstreitig die Bestimmungen der VOB (B) ihren vertraglichen Beziehungen zugrunde gelegt. In Ziff. 5 ihres Auftragsschreibens vom 23. Oktober 1957 hat die Klägerin auf § 13 Ziff. 5, 6 und 7 VOB (B)

noch besonders hingewiesen. Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin richtet sich deshalb nach § 13 Ziff. 7 VOB (B). Nach deren erstem Absatz ist der Auftragnehmer zum Ersatz eines Schadens am Bauwerk nur verpflichtet, wenn die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der Ziff. 5 oder Ziff. 6 gegeben sind und außerdem ein auf ein Verschulden des Auftragnehmers zurückzuführender, die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigender wesentlicher Mangel vorliegt. Das Berufungsgericht stellt, dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Zerna folgend, fest, daß die Verwendung von Beton geringerer Güteklasse keinen wesentlichen Mangel des Hauses begründet; die Sicherheit, Standfestigkeit und Lebensdauer des Hauses sind dadurch nicht beeinträchtigt. Mit dem Sachverständigen verneint es auch eine Minderung des Gebäudewertes. Diese Feststellungen greift die Revision nicht an. Die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs wegen Fehlen der Betongüte B 225 sind somit nicht gegeben.

2.) Die Revision vermag keine Behauptung der Klägerin nachzuweisen, daß die Parteien eine Tragfähigkeit der Decken von 800 kg/qm im Bauvertrag als zugesicherte Eigenschaft vereinbart hätten. Es kann daher dahinstehen, ob diese Tragfähigkeit erreicht ist.

Zudem würde nach der abweichend von den Werkvertragsvorschriften des BGB in § 13 Ziff. 7 VOB (B) getroffenen Regelung auch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft einen Schadensersatzanspruch nur dann begründen, wenn infolgedessen das Bauwerk einen wesentlichen, dessen Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigenden Mangel aufwiese (Ingenstau-Korbion, VOB 5. Aufl. § 13 Rdn. 99a mit

Nachweis der Rechtsprechung des erkennenden Senats).
Das verneint das Berufungsgericht.

3.) Die Klägerin kann nach Ansicht des Berufungsgerichts eine Wertminderung auch nicht damit begründen, daß der Beklagte nicht Sillan-Matten von 2000g/qm verlegt habe und deshalb das Haus hellhörig sei. Zwar seien sie in der Ausschreibung vorgesehen gewesen. Nach der Bekundung des Mitinhabers M. [REDACTED] der von dem Beklagten mit den Asphaltarbeiten beauftragten Firma seien solche Matten jedoch technisch ungeeignet gewesen und er habe deshalb gemäß einer Weisung des Beklagten mit dem - von der Klägerin als Bauleiter eingesetzten - Bauingenieur B. [REDACTED] vereinbart, daß dünnere Sillan-Matten verwendet werden sollten. Die Verlegung dünnerer Matten müsse deshalb als von der Klägerin durch ihren Bauleiter genehmigt angesehen werden.

a) Die Revision verweist auf Ziff. 8 des Auftragschreibens der Klägerin vom 23. Oktober 1957. Danach hatte der Auftragnehmer, um vor Regressansprüchen geschützt zu sein, bei Bedenken gegen die vorgesehene Ausführung oder die Eignung ausgewählter Werkstoffe diese dem Auftraggeber oder dessen Beauftragten vorher schriftlich mitzuteilen.

Diese Vorschrift bezieht sich nicht auf eine nachträgliche Änderung des Vertrags, sondern auf die Verwendung vom Auftraggeber vorgeschriebener, jedoch ungeeigneter Materialien. Den von M. [REDACTED] gegen die technische Geeignetheit der stärkeren Sillan-Matten geäußerten Bedenken hat aber der Bauleiter B. [REDACTED] Rechnung getragen.

b, Daß B. mit der Verlegung der dünneren Sillan-Matten einverstanden war, entnimmt das Berufungsgericht nicht, wie die Revision meint, dessen Bekundung, sondern der des Zeugen M. Diese Beweiswürdigung bindet das Revisionsgericht. Übrigens hat B. bekundet, er habe das Probemuster gesehen und sei beruhigt gewesen, weil es sich nicht habe zusammendrücken lassen.

c) Die Klägerin hat eine Rechnung, aus der hervorgehen soll, daß der Beklagte ihr teurere Sillan-Matten als die verlegten berechnet habe, nicht vorgelegt.

II.

Die Klägerin hat zur Beseitigung von Rissen in den Decken der oberen Räume Rabitz-Decken und Sillan-Matten anbringen und die Decken über dem Untergeschoß im Torkret-Verfahren instandsetzen lassen. Hierfür hat sie nach ihrer Behauptung an die Firmen St., L. und Co sowie H. insgesamt 13.423,45 DM gezahlt. Diese Kosten kann sie nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht von dem Beklagten ersetzt verlangen, weil sie ihn nicht unter Fristsetzung zur Nachbesserung aufgefordert hat.

Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1.) Die Ansicht des Berufungsgerichts findet ihre Rechtsgrundlage in § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B.).

2.) Die Voraussetzungen, unter denen die Klägerin zur Nachbesserung durch den Beklagten kein Vertrauen mehr

zu haben brauchte und deshalb eine Fristsetzung sich erübrigte (BGHZ 46, 242, 245), hält das Berufungsgericht nicht für erwiesen. Die Klägerin habe noch während des ersten Rechtszugs Nachbesserung vom Beklagten verlangt und auch in der Berufungsbegründung den Hilfsantrag angekündigt, ihn zur Nachbesserung gemäß dem Gutachten Zerna zu verurteilen, somit also Vertrauen in seine Arbeitsweise gezeigt.

a) Demgegenüber kommt es nicht darauf an, ob der Beklagte in der Lage war, das Torkret-Verfahren anzuwenden. Das Berufungsgericht führt aus (BU S. 13), daß die Klägerin nach dem Gutachten Zerna auf dieses kostspielige Verfahren keinen Anspruch hatte. Es stellt auch nicht etwa, wie die Revision meint, fest, daß eine Korrosion der Stahleinlagen nur durch das Torkret-Verfahren zu verhindern gewesen sei; es sagt vielmehr, die Korrosionsgefahr sei mit der von der Klägerin veranlaßten Behandlung der Decken im Torkret-Verfahren beseitigt.

Ob das vom Beklagten selbst vorgesehene andersartige Verfahren schon erprobt oder geeignet war, ist unerheblich. Der Sachverständige Prof. Zerna hat ein fachgerechtes Verputzen der Decke, das billiger sei, für sachgemäß erklärt.

b) An die tatrichterliche Feststellung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe keinen berechtigten Anlaß gehabt, zu Nachbesserungsarbeiten der Beklagten kein Vertrauen mehr zu haben, ist das Revisionsgericht grundsätzlich gebunden. Rechtsfehlerhafte Erwägungen, auf denen sie beruhen könnte, sind nicht ersichtlich.

aa) Daß die vom Beklagten gelieferte statische Berechnung fehlerhaft gewesen sei, ist nicht festgestellt. Nach dem Gutachten Zerna kann dem Angestellten des Beklagten, der die Berechnung erstellt hat, nur eine auf Mangel an Erfahrung beruhende unzweckmäßige Bearbeitung der Konstruktion vorgeworfen werden. Die statische Berechnung ist auch nicht von dem Prüfsingenieur beanstandet worden. Aber selbst eine fehlerhafte statische Berechnung würde nichts gegen die handwerklichen Leistungen des Beklagten besagen.

bb) An den von der Revision angeführten Stellen des Gutachtens Zerna ist nicht festgestellt, daß die Decken nicht die Tragfähigkeit von 800 kg/qm aufweisen.

cc) Die Klägerin muß die Umstände beweisen, durch die sie das Vertrauen in die Arbeitsweise des Beklagten verloren haben will. Die Revision kann deshalb nicht geltend machen, es sei nicht festgestellt, daß der Beklagte das Betonieren der Decke ordnungsgemäß beaufsichtigt habe.

dd) Dem in der Berufungsbegründung angekündigten Hilfsantrag der Klägerin, den Beklagten zur Nachbesserung zu verurteilen, durfte das Berufungsgericht entnehmen, daß die Klägerin auch damals noch in seine Arbeitsweise Vertrauen hatte. Daß sie diesen Hilfsantrag dann nicht gestellt hat, steht der Annahme des Berufungsgerichts nicht entgegen.

e) Soweit sich die Klägerin darauf beruft, der Beklagte habe die Nachbesserung verweigert, betrifft dies

die Kellerdecke. Diese hat aber die Klägerin nicht selbst ausbessern lassen.

3.) Einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB) versagt das Berufungsgericht der Klägerin, weil sie ihn nicht substantiiert habe. Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung steht jedoch dem Auftraggeber, der einen Mangel selbst abstellt, ohne vorher den Auftragnehmer unter Fristsetzung dazu aufgefordert zu haben, schon deshalb nicht zu, weil § 13 Ziff. 5 VOB (B) insoweit eine abschließende Regelung enthält und daneben ein Bereicherungsanspruch nicht gegeben ist (BGH NJW 1966, 39).

III.

1.) Die Auslagen der Klägerin für die Prüfung des Betons durch das Materialprüfungsamt im Betrage von 416,20 DM wertet das Berufungsgericht als Kosten des ersten Rechtszugs, weil sie der Vorbereitung des Rechtsstreits dienten. Es hat deshalb diesen Betrag der Klägerin nicht zuerkannt und sie auf das Kostenfestsetzungsverfahren (§§ 103 ff ZPO) verwiesen.

Das greift die Revision nicht an. Sie bittet nur um Klarstellung, daß der Klägerin der Betrag nicht überhaupt aberkannt ist.

Die Gründe des angefochtenen Urteils (S. 12) ergeben jedoch eindeutig, daß das Berufungsgericht das nicht getan hat. Einer weiteren Klarstellung bedarf es deshalb nicht.

2./ Den Anspruch der Klägerin auf Erstattung von 110,- DM für das von ihr während des Berufungsverfahrens eingeholte Privatgutachten Rohde hat das Berufungsgericht sachlich aberkannt, weil es fehlerhaft zustande gekommen sei. Es hat weiter ausgeführt, dieser Betrag könne auch nicht als Teil der Prozeßkosten geltend gemacht werden.

Letzteren Anspruch rügt die Revision mit Recht. Zu ihm war das Berufungsgericht im Erkenntnisverfahren nicht befugt (§ 104 ZPO).

Den sachlichrechtlichen Anspruch hat das Berufungsgericht im Ergebnis jedoch zu Recht abgewiesen. Die Klägerin kann, wie unter II ausgeführt, den von ihr für die Nachbesserung der Decken über dem Untergeschoß und den oberen Räumen aufgewendeten Betrag vom Beklagten nicht ersetzt verlangen. Alsdann braucht der Beklagte ihr auch nicht den von ihr im Zusammenhang hiermit zur Feststellung des Zustandes der Decke über dem großen Wohnzimmer ausgegebenen Betrag für das Gutachten Rohde zu erstatten (vgl. Schriftsatz der Klägerin vom 30.4.1965 S. 9/10).

IV.

Den Feststellungsanspruch hält das Berufungsgericht nicht für begründet. Die nach dem Sachverständigengutachten allein noch in Betracht kommende Gefahr der Korrosion des Baustahls in den Decken, sei durch die von der Klägerin veranlaßte Torkretierung der Decken beseitigt. Die Möglichkeit, daß die Rabitz-Decken abgenommen

werden müßten und sich dann die Risse in den Decken wieder zeigen würden, hält das Berufungsgericht für völlig fernliegend.

Diese tatrichterlichen Feststellungen binden das Revisionsgericht. Daß aus einer geringeren Belastbarkeit der Decken sich künftig Schäden ergeben könnten, worauf die Revision hinweist, hat die Klägerin in den Vorinstanzen nicht vorgetragen; jedenfalls weist das die Revision nicht nach. Ebenso fehlt die Behauptung, aus der infolge des stärkeren Putzes sich ergebenden geringeren Höhe der Räume könne sich künftig ein Schaden ergeben.

Die Rechtsprechung, wonach die Zulässigkeit einer einmal zu Recht erhobenen Feststellungsklage durch die später eintretende Möglichkeit einer Leistungsklage nicht berührt wird (vgl. BGH in LM Nr. 5 zu § 256 ZPO), betrifft den vorliegenden Fall nicht.

V.

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

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Meyer

Finke