

//4

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 116/74

URTEIL

Verkündet am
4. November 1976
W e r n e r ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Adolf K [REDACTED] , E [REDACTED] , Am F [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] ,

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Bauunternehmung Jakob O [REDACTED] GmbH, KÖ [REDACTED]
N [REDACTED] , Ne [REDACTED] Straße [REDACTED] , vertreten durch ihre Liquidatorin
Frau Beatrix O [REDACTED] , ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. November 1976 durch die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken, Doerry und Obenhaus

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 4. März 1974 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin hat in den Jahren 1968/69 die Maurer- und Betonarbeiten an einem Miethausbauvorhaben des Beklagten in Köln-Ehrenfeld ausgeführt. Die Klägerin hat ihren Restwerklohn eingeklagt, zuletzt in Höhe von 37.578,95 DM nebst Zinsen. Der Beklagte hält diesen Betrag für übersetzt und hat u.a. mit Gegenansprüchen wegen Mängeln am Sichtbeton aufgerechnet, die er zuletzt mit insgesamt 123.418,68 DM beziffert hat. Die Klägerin hat die Feststellung begehrt, daß dem Beklagten diese Mängelansprüche nicht zustehen.

Das Landgericht hat der Zahlungsklage in Höhe von 26.149,99 DM nebst Zinsen und dem Feststellungsantrag insoweit stattgegeben, daß dem Beklagten keine über

- 3 -

8.998,28 DM hinausgehende (vom Landgericht bei der Entscheidung über den Zahlungsanspruch bereits berücksichtigte) Ansprüche wegen Mängeln am Sichtbeton zustünden. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen.

Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht - unter Zurückweisung der Berufung im übrigen - die Klage in Höhe weiterer 11.001,72 DM nebst Zinsen abgewiesen und wegen 5.731,13 DM nebst Zinsen sowie wegen der Kostenentscheidung das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Sache - auch zur Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens - an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter, soweit das Berufungsgericht der Klage stattgegeben und auch, soweit es die Sache an das Landgericht zurückverwiesen hat.

Entscheidungsgründe

I.

Zur Höhe der Restwerklohnforderung der Klägerin streiten die Parteien nur noch darum, ob von ihr aus Massendifferenzen weitere 5.731,13 DM abzusetzen sind.

Die Revision beanstandet erfolglos, daß das Berufungsgericht hierzu keine Sachentscheidung getroffen, sondern unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils in diesem Umfange die Sache an das Landgericht zurückverwiesen hat:



1. Zur (teilweisen) Aufhebung des Urteils erster Instanz war das Berufungsgericht gemäß § 539 ZPO befugt, weil das landgerichtliche Verfahren an einem wesentlichen Mangel gelitten hat. Das ist vom sachlich-rechtlichen Standpunkt des ersten Rechtzuges zu beurteilen (BGHZ 18, 107, 109).

2. Derartige Mängel des LG-Verfahrens hat das Berufungsgericht zutreffend darin gesehen, daß das Landgericht seiner Sachaufklärungspflicht nicht nachgekommen ist.

a) Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, daß der Beklagte in Höhe von 5.731,13 DM den Restwerklohnanspruch der Klägerin bereits in erster Instanz substantiiert bestritten hat. Mit Schriftsatz vom 25. Januar 1971 hat der Beklagte nämlich die Aufstellung des Architekten D. [REDACTED] vom 15. Januar 1971 überreicht, die die beanstandeten Massendifferenzen im einzelnen klar und übersichtlich darstellt. Diese Aufstellung war auch Gegenstand des Vorbringens der Klägerin im Schriftsatz vom 18. März 1971, der zu weiteren Ausführungen des Beklagten dazu im Schriftsatz vom 6. April 1971 geführt hat. Auf einen Auflagenbeschluß des Landgerichts hat der Beklagte dann nochmals mit Schriftsatz vom 15. September 1971 auf diese Aufstellung Bezug genommen.

b) Das Landgericht durfte deshalb das Verteidigungsvorbringen des Beklagten zur Höhe der Restwerklohnforderung nicht als unspezifiziert und infolgedessen unbeachtlich behandeln. Seine Wertung, der Vortrag des Beklagten zur Höhe der Restwerklohnforderung sei

nicht als substantiiertes Bestreiten zu verstehen, ist auch aus seiner sachlich-rechtlichen Sicht unhaltbar. Darin liegt ein wesentlicher Verfahrensverstoß, der hier dazu geführt hat, daß die erforderliche weitere Beweisaufnahme zur Höhe der Restwerklohnforderung unterblieben ist, und, falls das Urteil des Landgerichtes nicht (teilweise) aufgehoben worden wäre, im Berufungsrechtszuge hätte durchgeführt werden müssen. Den Parteien wäre auf diese Weise eine Tatsacheninstanz zur Überprüfung der Werklohnforderung entzogen worden. Insoweit ist das Verfahren des Landgerichtes für eine Entscheidung unbrauchbar. Das Berufungsgericht war deshalb gemäß § 539 ZPO zur (teilweisen) Aufhebung und Zurückverweisung der Sache befugt (vgl. BGH Urteil vom 19. Februar 1957 - VIII ZR 206/56 = LM ZPO § 539 Nr. 6).

3. Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die (teilweise) Zurückverweisung der Sache unterlassen sollen, weil eine zweitinstanzliche Sachentscheidung sachdienlicher gewesen wäre, könnte sie nur Erfolg haben, wenn das Berufungsgericht die ihm nach § 539 ZPO gezogenen Ermessensgrenzen überschritten hätte (BGH aaO). Angesichts des Umstandes, daß das Landgericht zu den vom Beklagten behaupteten Massendifferenzen jegliche Sachaufklärung und nicht nur die Erhebung einzelner Beweise unterlassen hatte, ist die Zurückverweisung der Sache jedoch ermessensfehlerfrei, zumal das Berufungsgericht im übrigen zu einer instanzabschließenden Sachentscheidung gelangt ist.

II.

Zum Aufrechnungseinwand und zum Feststellungsbegehren geht es allein noch um die Gegenansprüche des Beklagten aus den Mängeln der Sichtbetonflächen.

1. a) Das Berufungsgericht hat auf Grund der erstinstanzlichen Beweisaufnahme festgestellt:

Der Sichtbeton der Brüstungsmauern an den Obergeschossen sei nicht fluchtgerecht ausgeführt. An Pfeilern und Stützen seien an den Stoßstellen der Geschosse Ausschmierungen mit Zementschlemme, an anderen Anschlüssen Aufstriche mit Zementschlemme vorhanden, ebenso seien Wachsrückstände von der Schalung und Spritzer von Zementmörtel sichtbar. Auch seien die Bewehrungsstähle nicht an allen Stellen ausreichend überdeckt.

b) Das Berufungsgericht ist deshalb der Auffassung, das Werk der Klägerin sei mangelhaft. Die Beseitigung der Mängel sei unmöglich, weshalb die Beklagte den Werklohn mindern könne. Zur Berechnung des Minderungsbetrages könne jedoch nicht mit dem in erster Instanz tätig gewordenen Sachverständigen L. [REDACTED] von dem Betrage von 8.998,23 DM ausgegangen werden, der für einen die mangelhaften Stellen des Sichtbetons deckenden Anstrich aufgewandt werden müsse. Auch könne man nicht, wie es der Beklagte wolle, die Anstrichkosten für die voraussichtliche Standzeit des Gebäudes (ca. 100 Jahre) zugrundelegen. Abzustellen sei vielmehr allein auf den wegen der mangelhaften Sichtbetonflächen geminderten Verkehrswert des Gebäudes.

Den Minderwert des Gebäudes hat das Berufungsgericht sodann aus eigener Sachkunde mit 10 % der (berichtigten) Rohbaukosten auf 20.000 DM geschätzt. Seine Sachkunde hat das Berufungsgericht daraus hergeleitet, daß es häufiger mit der Bewertung von Mängeln des Sichtbetons befaßt sei. Dementsprechend hat es wegen der Mängel der Sichtbetonflächen die vom Beklagten erklärte Aufrechnung in Höhe von insgesamt 20.000 DM durchgreifen lassen und mit dieser Maßgabe dem Feststellungsantrag der Klägerin stattgegeben.

2. Das hält den Revisionsangriffen stand.

a) Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht aufgrund seiner Feststellungen wesentliche Mängel der Sichtbetonflächen im Sinne des § 13 Nr. 1 VOB/B bejaht und angenommen hat, daß durch Nachbesserung die Herstellung des geschuldeten Werkes (mangelfreier Sichtbeton) nicht erreicht werden könne. Das stellt auch die Revision nicht in Frage.

b) Zutreffend hat das Berufungsgericht bei dieser Sachlage die zur Aufrechnung gestellten und darüber hinaus den Gegenstand der negativen Feststellungsklage bildenden Gegenansprüche des Beklagten nicht aus Kosten einer (zukünftigen) Mängelbeseitigung (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B) hergeleitet. In der Tat kann der Beklagte wegen nicht nachbesserbarer Bauwerksmängel nur Minderung der Vergütung (§ 13 Nr. 6 VOB/B) und/oder Schadensersatz (§ 13 Nr. 7 VOB/B) verlangen. Aus dem Gesamtzusammenhang der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils ergibt sich, daß das Berufungsgericht die dem Beklagten aus den Sichtbetonmängeln zugebilligten 20.000 DM aus diesen

beiden Anspruchsgrundlagen hergeleitet hat. Das Berufungsgericht hat zwar die Vorschrift des § 13 Nr. 7 VOB/B nicht ausdrücklich erwähnt. Es hat jedoch ersichtlich mit dem Betrage von 20.000 DM dem Beklagten einen Ausgleich für alle ihm im Zusammenhang mit den Mängeln am Sichtbeton entstandenen Nachteile zuerkennen wollen. Dabei ist es erkennbar davon ausgegangen, daß der Beklagte das durch die Sichtbetonmängel beeinträchtigte äußere Erscheinungsbild der Fassaden hinnehmen muß und zum Ausgleich der dadurch bedingten Nachteile insgesamt den Betrag von 20.000 DM erhalten soll. Daß das Berufungsgericht dabei die Anspruchsvoraussetzungen des § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B nicht im einzelnen abgehandelt hat, ist unschädlich.

Die Revision beanstandet danach vergebens, das Berufungsgericht habe die Gegenansprüche des Beklagten allein unter dem Gesichtspunkt der Werklohnminderung geprüft und darüber hinausgehende Schadensersatzansprüche des Beklagten außer acht gelassen.

c) Ohne Erfolg wendet sich die Revision schließlich auch dagegen, daß das Berufungsgericht den zum Ausgleich der Sichtbetonmängel bestimmten Betrag ohne die beantragte Hinzuziehung eines Obergutachters aus eigener Sachkunde gemäß § 287 ZPO auf 20.000 DM geschätzt hat.

Art und Umfang der Sichtbetonmängel und die Verantwortlichkeit der Klägerin für diese Mängel hat das Berufungsgericht unter Zuhilfenahme des in erster Instanz erstatteten Gutachtens und der diesem beigefügten Lichtbilder festgestellt. Die Revision greift diese Feststellungen nicht an.

Damit hat das Berufungsgericht in ausreichendem Maße seiner Schätzung zugrundezulegende Tatsachen ermittelt; es durfte nach seinem freien Ermessen auch ohne weitere Beweiserhebung (hier: ohne Einholung eines Obergutachtens) die Höhe des zum Ausgleich bestimmten Betrages schätzen, sei dieser Ausgleich nun als Minderung oder/und als Schadensersatz geschuldet. Das Berufungsgericht hat insbesondere dargelegt, daß es anhand der von ihm ermittelten Tatsachen als mit Fragen der Bewertung von Sichtbetonmängeln häufiger befaßtes Gericht aus eigener Sachkunde zur Ermittlung des Ausgleichsbetrages in der Lage sei. Es hat im übrigen seine Erwägungen zur Ermittlung dieses Betrages hinreichend dargelegt, nämlich auf den Verkehrswert des Gebäudes abgestellt und den Ausgleichsbetrag mit einem Bruchteil des (berichtigten) Rohbauwertes bemessen. Den Ertragswert des Gebäudes hat es als Faktor seiner Schätzung deswegen nicht berücksichtigt, weil der Ertrag eines Miethauses durch Fassadenmängel kaum berührt werde.

Mit diesen Erwägungen hat sich das Berufungsgericht in den Grenzen des ihm nach § 287 ZPO eingeräumten freien Ermessens gehalten. Eine Überschreitung seines Ermessensspielraumes ist angesichts der eigenen Sachkunde des als sogenannter "Bausenat" tätigen Berufungsgerichts weder bei der Ablehnung des Antrages auf Einholung eines Obergutachtens noch bei der Wertung der von ihm bei der Bemessung des Ausgleichsbetrages berücksichtigten und zuvor festgestellten Tatsachen zu erkennen. Die für die Bemessung des Ausgleichsbetrages vom Berufungsgericht angestellten Erwägungen sind deshalb für das Revisionsgericht nicht weiter nachprüfbar (vgl. BGHZ 39, 198, 219).

- 10 -

III.

Nach alledem ist das Rechtsmittel des Beklagten
mit der Kostenfolge aus § 97 Nr. 1 ZPO zurückzuweisen.

Girisch

Meise

Recken

Doerry

Obenhaus