

VII ZR 118/61

Verkündet
am 2. Juli 1962
[redacted], Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2195 057

I m N a m e n d e s V o l k e s
In dem Rechtsstreit

des Klempner- und Installateurmeisters Wilhelm H. [redacted] in
B. [redacted], B. [redacted] str. [redacted],

Klägers, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

gegen

1. den Baumeister Gerhard M. [redacted],
 2. Kurt M. [redacted],
- beide in B. [redacted], S. [redacted] Straße [redacted],

Beklagte, Berufungskläger und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 2. Juli 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle
vom 25. April 1961 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Gerhard M. [REDACTED] GmbH hat im Winter 1954/55 am Neubau des Klägers die Holzbalkendecken verlegt. Entsprechend dem Fortschreiten der Maurerarbeiten waren die Balken im ersten Geschoß am 12. November, im zweiten Geschoß am 2. Dezember 1954 eingefügt. Am 16. Dezember 1954 wurde das Dachgerüst errichtet und um Weihnachten das Dach gedeckt. Anfang April 1955 ließ der Kläger auf die Einschub Bretter zwischen den Deckenbalken den Lehm einschütten. Am 12. April 1955 legte sein Architekt wegen Meinungsverschiedenheiten mit ihm die Bauleitung nieder. Anfang Mai 1955 nagelte der Baumeister Off die Fußbodenbretter auf die Balken. Der Neubau war am 1. Juni 1955 bezugsfertig.

Vom Mai 1956 an zeigten sich an den Fußböden Schäden. Infolge von Pilzbildung waren die Deckenbalken und aufliegenden Fußbodenbretter angefault. Die vom Kläger verlangte Nachbesserung hat die M. [REDACTED] GmbH abgelehnt. Der Kläger hat im Juni 1958 die Holzdecken durch Massivdecken ersetzen lassen.

Der Kläger führt die Fäulnis auf die Verwendung saftfrischen Holzes für die Balken zurück. Von seinem auf über 60.000 DM errechneten Schaden hat er 20.000 DM gegen die M. [REDACTED] GmbH eingeklagt.

Diese hat Klagabweisung beantragt. Sie hat behauptet, die von ihr eingebauten Balken seien safttrocken gewesen; die Pilzbildung sei durch die während des Winters von außen in die Balken eingedrungene Nässe verursacht; auch sei der eingebrachte Lehm naß gewesen. Statt das Holz aus-

- 3 -

trocknen zu lassen, habe der Kläger bereits Anfang Mai 1955 die Fußbodenbretter aufnageln lassen.

Das Landgericht hat am 17. Februar 1958 durch Teilurteil der Klage in Höhe von 15.000 DM entsprochen.

Am 19. Februar 1958 wurde im Handelsregister eingetragen, daß die Gerhard M. [REDACTED] GmbH durch Gesellschafterbeschuß vom 28. Juni 1957 nach dem Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 12. November 1956 mit Wirkung vom 1. Januar 1957 in eine von den beiden jetzigen Beklagten gebildete Gesellschaft bürgerlichen Rechts umgewandelt und die Firma der GmbH erloschen ist.

Namens der GmbH wurde am 3. April 1958 Berufung eingelegt. Ihr Prozeßbevollmächtigter hat erklärt, daß er die beiden Beklagten vertrete.

Das Oberlandesgericht hat die Klage, soweit ihr das Landgericht durch das Teilurteil stattgegeben hatte, abgewiesen.

Mit seiner Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Gerhard M. [REDACTED] GmbH ist, so stellt das Berufungsgericht fest, gemäß §§ 1, 24, 21 18, 5 des Gesetzes



über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 12. November 1956 (BGBI I S. 844) aufgelöst worden; mit der Eintragung im Handelsregister am 19. Februar 1958, also 2 Tage nach Verkündung des landgerichtlichen Teilurteils, ist die aus den jetzigen Beklagten bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts entstanden.

1. Zwar ist die Berufung am 3. April 1958 noch im Namen der GmbH eingelegt worden. Darin hat das Berufungsgericht jedoch mit Recht lediglich eine unrichtige Bezeichnung der beklagten Partei gesehen (RGZ 68, 390, 391, die damals gemäß § 5 des Umwandlungsgesetzes bereits aus den beiden, die Gesellschaft bürgerlichen Rechts bildenden Beklagten bestand.

2. Das Verfahren war auch durch das Erlöschen der GmbH nicht mit der Wirkung unterbrochen, daß die Berufung der Beklagten gemäß § 249 Abs. 2 ZPO keine rechtliche Wirkung gehabt hätte. Zwar steht bei einer Umwandlung nach dem angeführten Umwandlungsgesetz das Erlöschen einer juristischen Person dem Tode einer natürlichen Person gleich (Wieczorek ZPO § 239 D III b); das Verfahren wurde jedoch hier nicht nach § 239 Abs. 1 ZPO unterbrochen, weil die GmbH damals noch durch die erstinstanzlichen Rechtsanwälte vertreten war (§ 246 ZPO).

II.

Nach dem Leistungsverzeichnis war trockenes Holz zu liefern. "Trocken" bedeutet nach der Auslegung des Berufungsgerichts, daß das Holz nicht "saftfrisch" sein, und zwar gemäß den gleichfalls zum Vertragsinhalt gehörenden

Gütebedingungen für Bauholz DIN 4074 nicht mehr als 20 % Saftfeuchtigkeit enthalten durfte. Daß von außen einwirkende Nässe, insbesondere durch Regen bedingte Feuchtigkeit, ausgeschlossen sein sollte, folgt nach der näher begründeten Auslegung des Berufungsgerichts nicht aus dem Wort "trocken".

Die eingebauten Balken haben, so führt das Berufungsgericht weiter aus gemäß § 12 Nr. 5 VOB (B) als abgenommen zu gelten. Der Kläger habe deshalb zu beweisen, daß sie dem Vertrag nicht entsprechen. Er habe jedoch nicht dargetan, daß die Beklagten ihrer vertraglichen Verpflichtung zuwider für die Balken saftfrisches Holz verwendet hätten. Falls die von Regen stark durchnäßt gewesen Balken nicht wieder trocken waren, als der Kläger die Fußbodenbrätter habe aufnageln und versiegeln lassen, so brauchten dafür die Beklagten nicht einzustehen. Dem Kläger stehe deshalb der von ihm teils aus § 13 Nr. 5 Abs. 2, teils aus § 13 Nr. 7 VOB (B) hergeleitete Anspruch nicht zu.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe nicht ausschließlich darauf abstellen dürfen, ob das eingebaute Holz noch saftfrisch gewesen sei. Die Beklagten hätten nicht bloß die Balken, sondern deren sachgemäßen Einbau geschuldet und hierfür nach § 13 Nr. 1 VOB (B) die Gewähr übernommen. Deshalb hätten sie durch Regen feucht gewordenes Holz nicht einbauen dürfen. Zumindest hätten sie auf Grund ihrer sich aus § 4 VOB (B) ergebenden Belehrungspflicht den Kläger auf die gegen die Verwendung der Balken bestehenden Bedenken hinweisen müssen.

Dieser Ansicht der Revision kann nicht gefolgt werden.

Der Kläger hat in den Vorinstanzen selbst nicht die Meinung vertreten, die Beklagten hätten durch von außen einwirkende Nässe feucht gewordene Balken nicht einbauen dürfen. Die Parteien haben nur darüber gestritten, ob, wie der Kläger behauptet, für die Balken saftfrisches Holz verwendet worden ist oder nicht. Hierauf hat namentlich der Kläger im Schriftsatz vom 19. September 1958 (Bl. 2) als entscheidend abgestellt. Das ist auch nahe-
liegend. Die Balken sind zunächst ungeschützt gegen Nässeinwirkung auf den Mauern verlegt worden. Selbst wenn sie zu dieser Zeit trocken gewesen wären, konnten sie in den Dezemberwochen, bis das Dach gedeckt war, durch Regen oder Schnee naß werden. Auch danach vermochte noch die Winterfeuchtigkeit auf sie einzuwirken. Erst als der Lehm eingefüllt und die Fußbodenbretter aufgenagelt waren, waren sie gegen von außen einwirkende Feuchtigkeit geschützt. Das haben, wie es sich bei einem im Winter ausgeführten Bau von selbst versteht, der Architekt des Klägers nach seiner Bekundung und auch der Kläger selbst den ganzen Umständen nach in Kauf genommen. Die Auslegung des Berufungsgerichts, daß vorliegend die Parteien unter "trockenem" Holz "safttrockenes" Holz verstanden haben, wird daher der gegebenen Lage gerecht. Falls der Kläger, nachdem er inzwischen seinem Architekten den Auftrag entzogen hatte, 5 Monate später, ohne zu prüfen, ob die Balken abgetrocknet waren, die Fußbodenbretter aufnageln ließ, so haben die Beklagten dafür nicht einzustehen. Auf die hiergegen bestehenden Bedenken brauchten die Beklagten den damals noch durch seinen Architekten beratenen Kläger nicht gemäß § 4 VOB (B) hinzuweisen.

III.

Das Berufungsgericht hält aufgrund der Zeugenaussagen und Sachverständigengutachten nicht für erwiesen, daß die Balken im Zeitpunkt des Einbaus noch mehr als 20 % Saftfeuchtigkeit enthielten.

Die Revision erhebt hiergegen mehrere Verfahrensrügen. Davon erweist sich jedenfalls die folgende als berechtigt.

Der Kläger hat im Schriftsatz vom 10. April 1961 (Bl. 5) durch das sachverständige Zeugnis des Professors Dr. Bavendamm unter Beweis gestellt, dieser habe bei der mikroskopischen Untersuchung einer Probe des Kiefernholzes (vgl. Beweissicherungsakten Bl. 33) festgestellt, daß es von einer Ende August/Anfang September 1954 geschlagenen Kiefer herrühren müsse. Diesen Beweisantrag hat das Berufungsgericht - im Gegensatz zu den übrigen in diesem Schriftsatz enthaltenen - nicht beschieden. Darin liegt ein Verfahrensverstoß, auf dem das Urteil beruhen kann (§ 286 ZPO).

Daß Professor Dr. Bavendamm als Sachverständiger von den Beklagten mit Erfolg als befangen abgelehnt worden war, die mikroskopische Untersuchung der Holzprobe aber eine besondere Sachkunde erforderte, stand seiner Vernehmung als (sachverständiger) Zeuge nicht entgegen (§ 414 ZPO). Der Kläger hatte auch einen echten Zeugen-, nicht einen Sachverständigenbeweis angetreten. Professor Dr. Bavendamm sollte nach dem erkennbaren Sinn des Beweisantrags vor allem bekunden, was er durch das Mikroskop wahrgenommen hatte. Das ist Gegenstand einer Zeugenaussage. Ob sich aus ihr

dann ergab, daß das Holz von einer im August oder September 1954 geschlagenen Kiefer herrührte, konnte der Beurteilung eines Sachverständigen überlassen bleiben.

Der vom Berufungsgericht als Sachverständiger vernommene Prof. Dr. Zycha hat zwar zu Beginn seines schriftlichen Gutachtens vom 28. März 1960 erklärt, daß er die im Beweissicherungsverfahren festgestellten Tatsachen als richtig unterstelle. Mit den mikroskopischen Feststellungen hat er sich jedoch soweit ersichtlich, nicht befaßt; auch ist nicht sicher, daß er bei seinen zusätzlichen mündlichen Ausführungen, auf die sich das Berufungsurteil hauptsächlich stützt, bei der Wahrunterstellung verblieben ist.

Der Verfahrensverstoß führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils. Die Sache war deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Meyer

Finke