

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Versäumnis-

VII ZR 121/71

URTEIL

Verkündet am

28. September 1972

Horn,

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kraftfahrers Kurt R [REDACTED], W [REDACTED], T [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma L [REDACTED] und Co., oHG, U [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED],
vertreten durch ihre Gesellschafter Kaufmann Karl Heinz P [REDACTED],
U [REDACTED] Nr. [REDACTED], und Steinholzverleger Werner L [REDACTED], M [REDACTED],
V [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte
im zweiten Rechtszug:

Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
[REDACTED] in [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. September 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Vogt und der Bundesrichter Dr. Finke, Schmidt, Meise und Dr. Recken

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 7. Mai 1971 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 7. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte führte im November 1965 die Estricharbeiten im Neubau des Klägers aus. Hierbei verwandte sie Teerpappe zur Abdeckung zwischen Dämmung und Estrich. In ihrem Angebot, auf Grund dessen sie den Auftrag erhalten hatte, war Bitumenpappe vorgesehen. Auch in der Rechnung gab die Beklagte an, Bitumenpappe verwandt zu haben. Die Firma S■■■■■■, der die Klägerin den Streit verkündet hat, verlegte auf dem Estrichboden Eichenfurnier-Parkett und versah es mit einer Polyesterschicht (Versiegelung).

- 3 -

Der Kläger bezog das Haus noch vor Weihnachten 1965 und zahlte den Werklohn an die Beklagte.

Im Jahre 1966 begann sich das Parkett in mehreren Räumen stellenweise dunkel zu verfärben.

Der Kläger führt, gestützt auf ein von ihm - im Einvernehmen mit der Firma S [REDACTED] - eingeholtes Gutachten, die Verfärbung des Parketts auf die Teerpappe zurück. Er meint, die Beklagte habe durch deren Verwendung mangelhafte Arbeit geliefert und müsse dafür nach §§ 633, 635 BGB einstehen. Er hat von der Beklagten zuletzt gefordert, den Estrich- und Parkettboden in den von ihm bezeichneten Räumen zu beseitigen und einen für einen Parkettboden geeigneten Estrich, sowie einen dem bisher verlegten Parkett qualitativ entsprechenden Parkettboden neu zu verlegen, hilfsweise: statt der Neuverlegung des Parkettbodens die dafür erforderlichen Kosten zu zahlen.

Die Beklagte hat vorgetragen, die Verfärbung des Parketts sei nicht auf die Teerpappe, sondern darauf zurückzuführen, daß die Firma S [REDACTED] das Parkett ohne vorherige Isolierung auf dem noch nicht genügend ausgetrockneten Estrich verlegt habe. Im übrigen könne ihr aus der Verwendung der Teerpappe nicht der Vorwurf gemacht werden, gegen anerkannte Regeln der Bautechnik verstoßen zu haben.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision verfolgt der Kläger seine Klageansprüche weiter.



Er beantragt, gegen die im Revisionsrechtszug nicht vertretene Beklagte Versäumnisurteil zu erlassen.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, daß der Kläger den ihm obliegenden Beweis eines Werkmangels oder einer positiven Vertragsverletzung seitens der Beklagten nicht erbracht habe. Hierzu führt es aus:

Die Tatsache allein, daß die Beklagte, abweichend vom Vertrag, bei der Herstellung des Estrichbodens Teerpappe und nicht Bitumenpappe verwendet habe, reiche nicht aus, um die Annahme eines Werkmangels zu rechtfertigen. Bei Gleichwertigkeit der Pappen liege keine wesentliche Vertragsabweichung vor, aus der irgend welche Rechte hergeleitet werden könnten. Von Bedeutung sei, daß die Verwendung der Teerpappe nicht gegen die allgemeine technische Vorschrift über die Abdeckung der Dämmschicht bei Estrichböden (DIN 4109 Nr. 4.2) verstoße. Der Gebrauchswert der Pappen sei allerdings dann nicht gleichwertig, wenn die verwendete Teerpappe für die aufgetretenen Schäden allein- oder mitursächlich wäre. In dem Falle läge ein Mangel des von der Beklagten hergestellten Werkes vor. Für die Ursächlichkeit sei der Kläger beweispflichtig. Daran ändere auch die Vertragsabweichung nichts. Der Beweis sei nicht erbracht.

Die Revision hat Erfolg.

1. Eine vom Vertrag abweichende Ausführung des Werkes stellt einen Mangel dar, wenn sie den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder mindert. Das kann nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hier nicht verneint werden. Es stellt nämlich fest, daß die Ursächlichkeit oder Mitursächlichkeit der Teerpappe für die Schäden an dem Parkett einerseits möglich, andererseits wegen einer anderen, außerhalb des Estrichbodens liegenden möglichen Ursache (Gerbstoffe im Eichenparkett) nicht gewiß sei. Allein die in der Teerpappe liegende Gefahr, das "Risiko" einer späteren Parkettverfärbung bei Verwendung von Teerpappe statt Bitumenpappe muß dazu führen, daß die vertragswidrige Verwendung der Teerpappe hier als mangelhafte Werkleistung der Beklagten anzusehen ist. Daß die vertragsgemäße Verwendung von Bitumenpappe diese Gefahr nicht in sich geborgen hätte, ergeben, worauf die Revision zutreffend hinweist, die Darlegungen der beiden vom Berufungsgericht gehörten Sachverständigen. Das Berufungsgericht, das den Gutachten der Sachverständigen gefolgt ist, hat diesen Umstand rechtsirrtümlich nicht beachtet.

2. Der vorstehend aufgezeigte Rechtsirrtum zur Frage des "Mangels" kann sich auch bei der Verneinung der "Ursächlichkeit" durch das Berufungsgericht ausgewirkt haben.

Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß der Besteller den Mangel und die Ursächlichkeit für den Schaden zu beweisen hat, während der Unternehmer beweisen muß, daß er den Mangel nicht zu vertreten hat

(vgl. BGH LM Nr. 18 zu § 282 BGB mit weiteren Nachweisen). In einem Fall wie hier dürfen aber die Anforderungen an den Beweis der Ursächlichkeit nicht überspannt werden. Trägt die Verwendung eines bestimmten Werkstoffes das Risiko eines bestimmten Schadens in sich, das bei Verwendung des im Vertrage vorgesehenen Werkstoffes nicht bestehen würde, so kann es für den Nachweis der Ursächlichkeit genügen, wenn eben dieser Schaden eintritt, auch wenn dessen Verursachung durch andere Umstände nicht mit letzter Sicherheit auszuschließen ist. Ob ein solcher Fall hier vorliegt, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben.

3. Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Die Sache muß an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, wobei der Senat von der Bestimmung des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht hat.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 3 ZPO.

Vogt

Finke

Schmidt

Meise

Recken