

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 124/69

URTEIL

Verkündet am

1. April 1971
Jodas,
Justizangestellter
**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

des Dachdeckermeisters Walter W [REDACTED],
B [REDACTED], J [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

die Bundesrepublik D e u t s c h l a n d , vertreten durch
den Oberfinanzpräsidenten der Oberfinanzdirektion B [REDACTED],
B [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. April 1971 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Erbel, Dr. Finke, Schmidt und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Kammergerichts Berlin vom 18. Februar 1969 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte hat in den Flugzeughallen Tempelhof die Fußböden und Wandflächen der für das Flugpersonal bestimmten Brauseräume und andere Räume gegen Wasser isoliert. Die Klägerin nahm die Leistungen des Beklagten am 12. Oktober 1965 ab. Die Brauseräume wurden am 8. November 1965 in Gebrauch genommen. Im Dezember 1965 zeigten sich an den Wänden und den Flurböden der anschließenden Unterkunftsräume und an den Decken unter den Brauseräumen Wasserflecken. Versuche des Beklagten, diese

- 3 -

Mängel zu beseitigen, hatten keinen Erfolg; weitere Nachbesserungsarbeiten lehnte er trotz Nachfristsetzung ab. Die Klägerin ließ die Fliesen und den Schutzbeton über den isolierten Flächen entfernen und die Isolierungen erneuern. Von den hierfür aufgewandten Kosten hat sie 17.597,21 DM nebst Zinsen eingeklagt. Landgericht und Oberlandesgericht haben den Beklagten zur Zahlung dieses Betrags verurteilt.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß es auf die nach Abnahme der Leistung die Klägerin treffende Beweislast für das Vorhandensein von Mängeln nicht ankommt, weil das Ausmaß der Wasserdurchlässigkeit der Isolierungen unbestritten und nach dem Beweis des ersten Anscheins bereits als bewiesen anzusehen ist, daß die Mängel der Isolierung, die die Wasserdurchlässigkeit zur Folge hatten, schon im Zeitpunkt der Abnahme vorhanden waren.

Zwar habe, so führt das Berufungsgericht aus, die Wasserdurchlässigkeit der Wände und Fußböden erst nach Inbetriebnahme der Brauseräume, also einige Wochen nach



der Abnahme festgestellt werden können. Deshalb lasse sich die Möglichkeit, daß die Isolierschichten in den Wänden und Böden erst nach der Abnahme wasserdurchlässig geworden sein könnten, nicht mit völliger Sicherheit ausschließen. In Anbetracht des kurzen Zeitraums zwischen der Abnahme und dem Auftreten feuchter Stellen müßten aber diese als typische Folge schon bei Abnahme vorhanden gewesener Mängel der Isolierung angesehen werden.

Die vom Beklagten genannten Einwirkungsmöglichkeiten auf die fertiggestellten Isolierschichten erachtet das Berufungsgericht nicht für geeignet, den gegen ihn sprechenden Anscheinsbeweis zu entkräften.

1. Die Revision meint zu Unrecht, dem angefochtenen Urteil sei nicht eindeutig zu entnehmen, ob nach Ansicht des Berufungsgerichts die Isolierschichten im Zeitpunkt der Abnahme bereits wasserdurchlässig waren oder ob sie erst danach wasserdurchlässig geworden seien. Das Urteil (S. 17/18) ergibt jedoch klar, daß bei der Abnahme die Fehler in den Isolierungen schon bestanden, daß sich aber als Folge davon die feuchten Stellen erst später gezeigt haben.

2. Es besagt nichts, wenn sich bei der Abnahme die Mängel noch nicht gezeigt haben. Daß bei diesem Anlaß die Duschen in Betrieb gesetzt worden sind, hat der Beklagte nicht behauptet. Das entspricht auch nicht, wie die Revision meint, der Lebenserfahrung. Es ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß man vor dem Verlegen der Fliesen die Brausen in Gang gesetzt hat.

Ob man alsbald nach der Verfließung die Brausen betätigt hat, ist ebenfalls nicht vorgetragen worden. Falls das aber geschehen ist, müssen sich trotzdem keineswegs sofort feuchte Stellen unter dem Boden und an den Wänden der anschließenden Räume gezeigt haben, denn es handelte sich um Sickerwasser, das erst nach der Inbetriebnahme der Räume nach und nach den Boden und die Wände durchfeuchtet hat.

3. Daß bei der Abnahme noch keine feuchten Stellen vorhanden waren, schließt somit, entgegen der Ansicht der Revision, die Anwendung der Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins nicht aus. Dem Berufungsgericht ist vielmehr zuzustimmen, daß in Anbetracht der kurzen Zeit zwischen Abnahme und Auftreten der feuchten Stellen letztere als Folge schon im Zeitpunkt der Abnahme vorhanden gewesener Mängel an den Isolierungen angesehen werden können.

II.

Es kommt deshalb darauf an, ob die Isolierungen nach ihrer Fertigstellung Einwirkungen unterworfen waren, die sie wasserdurchlässig gemacht haben können, denn damit wäre der Beweis des ersten Anscheins entkräftet.

Das, was der Beklagte in dieser Hinsicht vorge-
tragen hat, ist nach Ansicht des Berufungsgerichts
nicht geeignet, dem Anscheinsbeweis die Grundlage zu
entziehen.

Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe haben keinen Erfolg.

1. Die Erdungsleitungen an den Brausetassen:

Nach Ansicht des Berufungsgerichts behauptet der Beklagte nicht, die Erdungsleitungen seien nach Fertigstellung seiner Arbeiten an den Brausetassen angebracht worden. Das hat der Beklagte in der Tat nicht vorgetragen. Waren sie aber vorher angebracht worden, so mußte der Beklagte, worin dem Berufungsgericht zuzustimmen ist, sie in die Isolierung einbeziehen. Insoweit greift die Revision das Urteil nicht an. Es ist deshalb davon auszugehen, daß die von der Klägerin als erste Ursache für die Undichtigkeit des Bodens angeführte ungenügende Abdichtung der Stellen, an denen die Erdungskabel durch die Fußbodenisolierungen gehen, vom Beklagten zu vertreten sind, und die an der darunter befindlichen Decke entstandenen feuchten Stellen auf dieser ungenügenden Abdichtung beruhen.

2. Das Durchnageln der Wandisolierung:

Im Zusammenhang mit der ungenügenden Abdichtung an den Erdungskabeln hat das Berufungsgericht zuletzt von § 529 Abs. 2 und 3 ZPO Gebrauch gemacht (BU S. 19 Ziff. 1 a.E.). Unter der folgenden Ziff. 2 sagt es, Entsprechendes gelte für die Behauptung des Beklagten, die Fliesenleger hätten die Isolierung der Wände durchnagelt. Der Revision ist zuzustimmen, daß das Berufungsgericht somit auch die Behauptung des Beklagten, die Isolierung der Wände sei von den Fliesenlegern durch-

nagelt worden, nach § 529 Abs. 2 und 3 ZPO unbeachtet läßt.

Das beanstandet die Revision jedoch zu Unrecht. Es spricht nichts für ihre Ansicht, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Beklagten im ersten Rechtszug übersehen, die Fliesenleger hätten gelöste Isolierpappe und Rabitzgewebe mit Nägeln befestigt, denn diese Behauptung ist im Tatbestand des angefochtenen Urteils (S. 11 Abs. 2) angeführt.

Die Begründung, mit der das Berufungsgericht diese Behauptung nach § 529 Abs. 2 und 3 ZPO unberücksichtigt läßt, ist vielmehr so zu verstehen, der Beklagte habe, was zutrifft, erst im Berufungsverfahren im einzelnen dargelegt und durch u.a. Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt, daß von den Fliesenlegern durch die Isolierung der Wände geschlagene Nägel für die Wasserflecken ursächlich seien. Hierüber hätte das Berufungsgericht Beweis durch Sachverständigen erheben müssen, dies umso mehr, als der Beklagte selbst es als handwerksgerecht bezeichnet hatte, wenn Rabitzgewebe mit Nägeln an der Isolierschicht befestigt werde. Durch Einholung eines Gutachtens zwecks Ausräumung des Anscheinsbeweises in diesem Punkt wäre die Entscheidung des Rechtsstreits verzögert worden.

Als Ursache für die Wasserdurchlässigkeit der Wandisolierung kommt übrigens nicht nur die Durchnagelung, sondern auch die ungenügende Abdichtung der Rohrdurchführungen der Kalt- und Warmwasserrohre

in den Wänden und der Heizrohrdurchführungen vom Mannschafts- in den Brauseraum in Betracht. Der Beklagte hat nichts vorgetragen, was den gegen ihn sprechenden Anscheinsbeweis in diesem Punkt ausräumen könnte.

3. Zu hohe Wassertemperatur:

a) Daß Wasser mit einer Temperatur von 74 ° C verwendet worden sei, wodurch die Dichtungsmasse sich gelöst haben soll, hält das Berufungsgericht nicht für erwiesen. Nach den Betriebsaufzeichnungen habe die Wassertemperatur 60 ° nicht überstiegen. Das sei eine für Brauseräume normale Temperatur.

b) Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob die Leistungsbeschreibung der Klägerin, wie der Beklagte behauptet hat, voraussetzte, daß die Temperatur des in den Brauseräumen verwendeten Wassers an den Mischbatterien nicht höher als 40 ° und die Temperatur des in die Abflußleitungen eintretenden Wassers nicht höher als 30 ° sein werde. Die Revision meint, der Beklagte habe auf Grund der Ausschreibung von diesen Temperaturen ausgehen dürfen. Das Berufungsgericht sagt jedoch, der Beklagte sei, wenn er wirklich diese Temperaturen der Ausschreibung entnommen habe, gemäß § 4 Ziff. 3 VOB (B) verpflichtet gewesen, die Klägerin darauf hinzuweisen, daß dann die in der Leistungsbeschreibung geforderte Art der Isolierung nicht ausreiche; denn als Fachmann habe er wissen müssen, daß höhere Temperaturen erreicht würden. Darin liegt kein Rechtsfehler. Der Beklagte kann sich deshalb nicht darauf berufen, er habe von Temperaturen zwischen 30 ° und 40 ° ausgehen dürfen.

c) Das Berufungsgericht stellt fest, die Klägerin habe im Leistungsverzeichnis die Verwendung eines erst bei 85 ° weich werdenden Bitumenklebers vorgesehen (Pos. 3 und 4 des Leistungsverzeichnisses).

Die Ansicht der Revision, diese Wärmefestigkeit gelte nur für die Isoliermasse, ist durch nichts belegt. Die Wände wurden mit 2 Pappschichten beklebt. Es versteht sich von selber, daß, wenn die Klebmasse bis 85 ° fest bleiben muß, dies auch für die "Isoliermasse" gilt, von der die Revision spricht.

4. DIN 18337 unrichtig im Leistungsverzeichnis angeführt.

Zu den angeblich maßgeblichen Unterschieden zwischen den Abschnitten 3.31 und 3.221 der DIN 18337 hat der Beklagte erst in der Berufungsbegründung Tatsachen vortragen. Diesen Vortrag durfte das Berufungsgericht nach § 529 Abs. 2, 3 ZPO zurückweisen, weil ein Gutachten hätte eingeholt werden müssen und die Entscheidung dadurch verzögert worden wäre.

III.

Die Begründung des Berufungsgerichts dafür, daß der Beklagte als Fachmann die Klägerin darauf hätte hinweisen müssen, falls im Leistungsverzeichnis eine nicht ausreichende Isolierung vorgesehen war, läßt keinen Rechtsfehler erkennen (§§ 4 Ziff. 3, 13 Ziff. 3 VOB (B)).

Die Revision verweist auf S. 3 des vom Beklagten vorgelegten Ergänzungsgutachtens W [REDACTED], wonach je nach Lage des Einzelfalles in der Leistungsbeschreibung besondere und ungewöhnliche Anforderungen an die Widerstandsfähigkeit der Abdichtung z.B. gegen Dauertemperaturen von mehr als 30 ° anzugeben sind.

Daß sich der Beklagte hierauf im einzelnen berufen und die erforderlichen Tatsachen vorgetragen habe, weist die Revision nicht nach. Es spricht auch nichts dafür, daß hier eine Dauertemperatur über 30 ° in Betracht kam.

IV.

1. Die Klägerin trifft nach Ansicht des Berufungsgerichts selbst dann, wenn ihre Leistungsbeschreibung mangelhaft war, kein mitwirkendes Verschulden, weil es bei der Abdichtung um Fragen ging, die der Fachmann beherrschen muß. Auf § 9 Ziff. 5 VOB (A) kann sich die Revision schon deshalb nicht berufen (vgl. BGH VII ZR 191/63 vom 22.11.1965, LM VOB/A Nr. 1).

2. Ein mitwirkendes Verschulden sieht das Berufungsgericht auch nicht darin, daß die Klägerin die Isolierung der Wände, bis die Fliesen verlegt wurden, also eine Zeitlang ungeschützt ließ, und zwar auch dann nicht, wenn sich die Isolierschicht inzwischen von der Unterlage gelöst haben sollte. Es sei Sache des Beklagten gewesen, die Klägerin auf die Notwendigkeit hinzuweisen, sofort eine Schutzschicht aufzubringen.

Dieser tatrichterlichen Erwägung kann die Revision nicht mit Erfolg entgegenhalten, nach der Lebenserfahrung sei anzunehmen, die Bauleitung der Klägerin habe gewußt, daß eine ungeschützte Isolierung sich von der Wand lösen könne.

V.

Der Anspruch der Klägerin auf Erstattung der Malerkosten ergibt sich aus § 13 Ziff. 7 Abs. 1 VOB (B) ("Schaden an dem Bauwerk"). Das Berufungsgericht stellt auch hier darauf ab, daß der Beklagte keine anderen Ursachen für die Entstehung der feuchten Stellen darge-
tan habe als eine nach dem Beweis des ersten Anscheins in Betracht kommende mangelhafte Ausführung der Isolierung.

Nach § 97 ZPO hat der Beklagte die Kosten seiner
somit unbegründeten Revision zu tragen.

Glanzmann

Erbel

Finke

Schmidt

Girisch