

15  
-40

VII ZR 134/59

Verkündet

am 3. November 1960

Woitscheck,

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

2219 041

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

In dem Rechtsstreit

des Zahnarztes Dr. med. dent. Heinz Ho[REDACTED], D[REDACTED],  
P[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Baugesellschaft E[REDACTED] mbH., vertreten durch den Ge-  
schäftsführer Dipl.-Ing. u. Regierungsbaumeister a.D. Hans  
E[REDACTED], in D[REDACTED]-Lü[REDACTED], Pr[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-  
liche Verhandlung vom 3. November 1960 unter Mitwirkung des  
Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Winkel-  
mann, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil  
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm  
(Westf.) vom 19. Juni 1959 im Kostenpunkt und inso-  
weit aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung von  
mehr als 4.420 DM nebst 10 % Zinsen hiervon seit dem  
10. August 1956 verurteilt ist.

In diesem Umfange wird die Sache zur neuen Ver-  
handlung und Entscheidung, auch über die Kosten der  
Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision des Beklagten wird  
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Klägerin steht gegen den Beklagten für Maurer-, Beton-, Putz- und Schreinerarbeiten an dessen Haus eine restliche Werklohnforderung zu, die in Höhe von 16.553,17 DM vom Beklagten nicht bestritten wird. Hiervon hat sie 10.000 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Der Beklagte hat mit Schadensersatzansprüchen wegen mangelhafter Ausführung der Arbeiten, die nach seiner Behauptung die restliche Werklohnforderung übersteigen, aufgerechnet.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfange, das Oberlandesgericht hat ihr nur in Höhe von 6.250 DM nebst Zinsen hiervon stattgegeben.

Mit seiner Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt der Beklagte die volle Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

1) Das Berufungsgericht stellt fest, daß nach dem Willen der Parteien Gegenansprüche des Beklagten zunächst mit dem nicht eingeklagten Teil der restlichen Werklohnforderung der Klägerin (= 6.553,17 DM) und nur diesen Betrag übersteigende Schadensersatzansprüche des Beklagten mit der eingeklagten Teilforderung der Klägerin verrechnet werden sollen. Diese Feststellung greift die Revision nicht an.

2) Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß dem Beklagten Schadensersatzansprüche in Höhe von 10.303,17 DM zustehen, daß er deshalb - nach Verrechnung mit dem nicht eingeklagten Betrag von 6.553,17 DM - der eingeklagten Teilforderung von 10.000 DM noch eine Forderung von  $(10.303,17 - 6.553,17 =) 3.750$  DM entgegensetzen könne und die Klageforderung somit in Höhe von  $(10.000 - 3.750 =) 6.250$  DM begründet sei.

## II.

Die Revision greift das angefochtene Urteil insoweit an, als das Berufungsgericht einige Schadensersatzforderungen des Beklagten nicht oder nicht in voller Höhe für begründet erachtet hat.

1) Die Rauch- und Entlüftungsrohre sind undicht. Aus ihnen tritt in einem das tragbare Maß übersteigenden Umfang Rauch aus. Ursache hierfür ist einmal, so stellt das Berufungsgericht fest, daß die Klägerin die Rohre nicht vollfugig gemauert und sie auch nicht verfugt hat; die mörtelschwachen Stoßfugen lassen Rauch durch. Die mangelhafte Dichte beruht weiter darauf, daß die Rohre mit einer Seite an vorhanden gewesenes altes Mauerwerk "angeklebt", also nicht vier-, sondern nur dreiwangig gemauert sind. Zwecks besserer Bindung hat jedoch die Klägerin jeden zweiten oder dritten Stein in ein in die alte Wand gestemtes Loch eingesetzt.

a) Für das ungenügende Verfugen hat nach der Ansicht des Berufungsgerichts die Klägerin einzustehen. Gegen trägt die Verantwortung für das "Ankleben" der Rauch- und Entlüftungsrohre nach Ansicht des Berufungsgerichts der Beklagte, weil sein Architekt die Weisung hierzu gegeben habe (§§ 254,

278 BGB). Da die Klägerin die von ihr erkannte Gefahr durch Einbinden jeder zweiten oder dritten Schicht in die vorhandene Wand verringert habe, sei das Mitverschulden des Beklagten mit 2/5 anzusetzen.

b) Der Beklagte greift die Feststellung an, das "Ankleben" sei im Einvernehmen und auf Weisung seines Architekten erfolgt.

aa) Das Berufungsgericht hat sich hierfür auf die Gutachten des Sachverständigen B. berufen. Im Gutachten vom 10. April 1959 (S. 4) hat der Sachverständige bestätigt, daß den Zeichnungen des Architekten M. - wie es in dessen Brief vom 13. Februar 1959 an den Prozeßbevollmächtigten der Klägerin heißt - "weder im Positiven noch im Negativen" zu entnehmen sei, die Kamine hätten in die vorhandene Wand eingefügt werden sollen. Auch die Ausschreibung des Architekten sei nicht eindeutig gewesen. Beide Unterlagen hätten aber zweifelsfreie Weisungen enthalten müssen. "Da die papiernen Unterlagen des Architekten nicht klar waren", habe die Ausführung besprochen werden müssen. Die Ausführung mit teilweisem Einbinden könne dem Architekten nicht entgangen sein, da er doch die Arbeiten beaufsichtigt habe. Also müsse "eine Duldung der Ausdeutung der Zeichnung oder gar - wie auf dem Ortstermin unwidersprochen vom Kläger mitgeteilt - eine mündliche Weisung des Architekten vorliegen". Im Gutachten des Sachverständigen vom 13. Dezember 1958 (S. 8) heißt es ferner, die Ausführung der Kamingruppen durch Einbinden von Schichten "soll nach Äußerung des (Klägers) mit dem Architekten besprochen worden sein".

bb) Der Revision ist zuzugeben, daß die Ausführungen des Sachverständigen in den Gutachten nicht die Feststellung des Berufungsgerichts tragen, der Architekt des Beklagten habe die Klägerin angewiesen, die Kamin- und Entlüftungsröhre nur dreiwangig zu mauern und als vierte Wange die vorhandene Wand zu verwenden. Einmal war es nicht die Aufgabe des Sachverständigen, festzustellen, welche Weisungen der Architekt mündlich erteilt hatte, sondern er sollte klären, wie die Klägerin dessen Zeichnungen verstehen konnte. Zum anderen ist der Ansicht des Gutachtens, die Ausführung des Kamins könne dem Architekten nicht entgangen sein, "da er doch die Arbeiten beaufsichtigt" habe, nichts Entscheidendes zu entnehmen. Hat der Architekt fahrlässigerweise das "Ankleben" nicht wahrgenommen, so ist die Folgerung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe "im Einvernehmen und auf Anweisung des Architekten" gehandelt, nicht gerechtfertigt.

cc) Unter diesen Umständen rügt die Revision mit Recht, das Berufungsgericht habe den Architekten nicht entsprechend dem Antrag des Beklagten darüber vernommen, daß er keine Weisung gegeben habe, die Kamine und Entlüftungen nur dreiwangig zu mauern.

dd) Im angefochtenen Urteil heißt es weiter, es fehle jeder Anhalt für die Annahme, die Klägerin habe damit rechnen können, dem Architekten sei die Gefährlichkeit eines solchen Verfahrens nicht bewußt gewesen. Die Klägerin habe bei der besonderen Sachlage ohne weiteres davon ausgehen dürfen, der Architekt sei sich über die möglichen Auswirkungen völlig klar - deshalb habe sich ein besonderer Hinweis der Klägerin auf die gegen diese Bauweise bestehenden Bedenken erübrigt.

Auch insoweit greift die Revision das Urteil mit Recht an. Die Klägerin mußte, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, als Bauunternehmerin die sich aus dem "Ankleben" der Kamine und Entlüftungen ergebende Gefahr erkennen. Nach der Feststellung im angefochtenen Urteil hat sie diese auch erkannt und deshalb jede zweite oder dritte Schicht in die vorhandene Mauer eingebunden. Alsdann hätte sie gemäß §§ 13 Ziffer 3, 4 Ziffer 3 VOB (Teil B) dem Beklagten oder dessen Architekten ihre Bedenken vorher schriftlich mitteilen müssen (vgl. BGH in NJW 1960, 1813). Dieser Verpflichtung war sie nicht, wie das Berufungsgericht meint, schon dann enthoben, wenn sie annehmen konnte, der Architekt sei sich der ergebenden Gefahren bewußt. Die Unterlassung der schriftlichen Mitteilung hat zwar nicht zur Folge, daß der Klägerin jede Berufung auf ein Mitverschulden des Beklagten oder seiner Hilfspersonen versagt wäre; doch ist bei der Abwägung nach § 254 BGB auch zu berücksichtigen, daß in der Unterlassung der schriftlichen Warnung eine Vertragsverletzung liegt (BGH aaO).

c) Die Rauchdurchlässigkeit der Kamine und Entlüftungen läßt sich, so stellt das Berufungsgericht fest, dadurch beheben, daß 10 Rohre ausgeschlemmt werden. Die Kosten hierfür beliefen sich im Jahre 1959 vor Abschluß des Berufungsverfahrens auf 3.500 DM. Das Berufungsgericht geht jedoch von den Instandsetzungskosten im Jahre 1956 in Höhe von 3.200 DM aus. Es meint, der Beklagte habe seitdem den erforderlichen Geldbetrag zur Ausbesserung der Rohre zur Verfügung gehabt. Die Aufrechnung des Beklagten habe nämlich nach § 389 BGB auf den Zeitpunkt zurückgewirkt, zu dem sich seine Schadensersatzforderungen und der Werklohnanspruch der Klägerin aufrechenbar gegenüber gestanden hätten. Von da an sei seine Schuld erloschen, und deshalb habe er auch das zum Ausbessern der Kamine erforderliche Geld gehabt. Um die durch das An-

steigen der Preise und Löhne entstandenen höheren Kosten zu vermeiden (§ 254 BGB), habe er schon 1956 die Kamine ausbessern lassen müssen.

Diese Ausführungen greift die Revision ebenfalls mit Recht an. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Beklagte 1956 schon deshalb über das zum Ausbessern der Kamine erforderliche Geld verfügte, weil er einen entsprechenden Betrag der Werklohnforderung einbehalten durfte. Hierauf allein kann es nicht entscheidend ankommen. Die Klägerin hat, bis die Gutachten des Sachverständigen B. vorlagen, bestritten, daß durch die Kamine und Entlüftungsröhre Rauch dringe. Durch diese Gutachten ist auch erst die Ursache für die Rauchdurchlässigkeit der Kamine endgültig geklärt worden. Dem Beklagten war nicht zuzumuten, vor einwandfreier Feststellung des von ihm beanstandeten Mangels und seiner Ursache, sich die Beweisführung dadurch zu erschweren, daß er den Mangel behob.

d) Die Revision ist demnach begründet, soweit das Berufungsgericht dem Beklagten nur eine Gegenforderung von 3/5 von 3.200 DM, also 1.920 DM zugebilligt hat. Als Gegenforderung kommen die vollen Ausbesserungskosten des Jahres 1959 in Betracht, also der Betrag von 3.500 DM, gegen dessen Höhe die Revision keinen Einwand erhebt. Das angefochtene Urteil ist somit insoweit aufzuheben, als der Beklagte verurteilt ist, an den Kläger (3.500 - 1.920 DM =) 1.580 DM zu zahlen. Ob sich der Betrag von 3.500 DM gemäß § 254 BGB ermäßigt, muß der Tatrichter erneut prüfen.

e) Sollte das Berufungsgericht abermals feststellen, daß der Architekt des Beklagten das "Ankleben" der Kamine an die vorhandene Wand veranlaßt hat, so wird es bei der Abwägung nach §§ 254, 278 BGB berücksichtigen müssen, inwieweit

die Rauchdurchlässigkeit der Rohre auf das mangelhafte Verfugen einerseits und das Ankleben der Kamine an die Wand andererseits, zurückzuführen ist. Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß nach dem Gutachten B. [REDACTED] vom 10. April 1959 (S. 3) das "Ankleben" zwar die technischen Schwierigkeiten insofern vergrößert hat, als es leichter zu unvollständigen Stoßfugen führt, daß aber bei sorgfältiger Bauweise trotzdem die Stoßfugen hätten voll verfugt werden können.

2) Als Mängel im Mauerwerk hat der Stukkateurmeister H. [REDACTED] in seinem dem Beklagten erstatteten Gutachten vom 3. Juni 1959 angeführt, Leichtbauplatten seien nicht im Verband verlegt, in den Gitterziegelwänden befänden sich mehrfach Stoßfugen übereinander und der Mörtel sei locker, die Heizungsrohrnischen seien nicht mit Lehm ausgefüllt. Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob der Klägerin insoweit Fehler unterlaufen sind. Der Beklagte könne, so führt es aus, aus solchen mehr als drei Jahre nach Einzug in das Haus gerügten Mängeln keine Rechte mehr herleiten, weil etwaige Gewährleistungsansprüche gemäß § 13 Ziffer 4 VOB verjährt seien und die Klägerin sich hierauf berufen habe. Ob die Mängel erkennbar gewesen seien, berühre die Verjährung nicht.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht geprüft, ob die Handwerker der Klägerin diese Mängel dem Beklagten arglistig verschwiegen haben. Bei der Art der Mängel habe es auf der Hand gelegen, daß sie der Klägerin bekannt gewesen seien. Für arglistig verschwiegene Mängel gälten nicht die kurzen Verjährungsfristen des § 638 BGB und des § 13 Ziffer 4 VOB).

Diese Rüge ist unbegründet. Der Beklagte hat in den Vorinstanzen nicht behauptet, die Handwerker der Klägerin hätten diese Mängel arglistig verschwiegen. Das Berufungsgericht

hatte keinen Anlaß, in dieser Hinsicht den Sachverhalt zu prüfen. Die genannten Mängel, die der Stukkateurmeister H. nach Entfernung des alten Verputzes festgestellt haben will, wären ihrer Art nach vor dem Verputzen der Wand durch die Klägerin ohne weiteres zu erkennen gewesen.

3) Die Mängel des Innenverputzes hat das Berufungsgericht zu 1/3 dem Beklagten zugerechnet, weil dessen Sohn in außergewöhnlicher Weise die Handwerker der Klägerin zur Eile angetrieben habe, ungeachtet der Warnung, daß durch zu frühes Verputzen und Gipszusätze der Verputz leide.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe hierbei nicht die - vorstehend unter 2) behandelten - Mängel im Mauerwerk berücksichtigt. Selbst wenn der Verputz nicht zu früh und ohne Gipszusätze angebracht worden wäre, hätte er anlässlich der Beseitigung der Schäden des Mauerwerks erneuert werden müssen.

Auch diese erst in der Revisionsbegründung aufgestellte Behauptung kann im Revisionsverfahren nicht berücksichtigt werden. Zudem fehlt jede Begründung dafür, daß die unter 2) behandelten Mängel derartig waren, daß sie hätten beseitigt und im Zusammenhang damit der Verputz hätte erneuert werden müssen.

Im angefochtenen Urteil heißt es, der Sohn des Beklagten habe durch ständige Eingriffe in die Bauführung den infolge der Übereilung angerichteten Schaden am Verputz zu 2/3 mitverursacht. Das gelte auch, soweit der Verputz über verkohlten Balkenenden oder Fußleistenklötzen deshalb nicht richtig hafte, weil diese nicht gehörig mit Drahtgewebe überspannt seien.

Zu Unrecht vermißt die Revision insoweit eine Begründung und Beweiswürdigung. Ersichtlich hat das Berufungsgericht auch diese Mängel, die der Sachverständige B. erst in der mündlichen Verhandlung vom 9. Juni 1959 beiläufig erwähnt hat, teilweise auf das Drängen des Sohnes des Beklagten zurückgeführt; das ergibt sich klar aus dem Zusammenhang.

Der Beklagte ist zudem dadurch, daß er nach der Ansicht des Berufungsgerichts auch diesen Schaden zu 1/3 zu tragen hat, nicht belastet. Nach der Äußerung des Sachverständigen B. fallen die darauf beruhenden fehlerhaften Stellen im Verputz mengenmäßig nicht ins Gewicht. Es ist daher nicht anzunehmen, daß sie die Höhe der vom Berufungsgericht gemäß § 287 ZPO auf 8.000 DM geschätzten Kosten für die Erneuerung des Verputzes beeinflußt haben.

4) Bei zwei Fensterbänken im Erdgeschoß klingen die Metallauflagen hohl, eine Fensterbank hat eine krumme Kante. Der Beklagte beansprucht von der Klägerin 250 DM für das Ausbessern und den verbleibenden Minderwert.

Das Berufungsgericht hat dem Beklagten den verlangten Schadensersatz versagt, weil die Klägerin diese Mängel nicht zu vertreten habe. Es stellt fest, der Sohn des Beklagten habe bei der Klägerin nicht etwa drei neue Fensterbänke für das Erdgeschoß - dessen Fenster von den Fenstern der übrigen Geschosse abwichen -, sondern zusätzlich drei gleichartige Fensterbänke wie für die oberen Stockwerke bestellt. Gegenüber der Behauptung der Klägerin, ihr Bauführer P. habe die Bestellung lediglich weitergegeben, habe der Beklagte nichts mehr vorgebracht. Der Beklagte trage deshalb die Verantwortung dafür, daß die Maße der nachträglich bestellten Fensterbänke nicht gestimmt hätten. Die Klägerin habe die nicht maßgerechten Fensterbänke so gut wie möglich hergerichtet.

Mit Recht wendet sich die Revision gegen diese Ausführungen. Wenn der Sohn des Beklagten für das Erdgeschoß "gleichartige Fensterbänke wie für die oberen Stockwerke" bei dem Bauführer der Klägerin bestellte, so bedeutete das nach der Sachlage nicht, daß sie gleich groß sein sollten. Das Erdgeschoß des wieder aufgebauten Hauses war erhalten geblieben. Der Bauführer der Klägerin mußte, bevor er die drei Fensterbänke beim Lieferanten der Klägerin bestellte, prüfen, ob die Fenster des Erdgeschosses mit den Fenstern der übrigen Stockwerke im Maß übereinstimmten. Das hat er nicht getan, und dafür muß die Klägerin einstehen (§ 278 BGB). Die Höhe des von dem Beklagten auf 250 DM bezifferten Schadens muß das Berufungsgericht noch ermitteln.

### III.

Das angefochtene Urteil war somit im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als das Berufungsgericht den Beklagten zur Zahlung von mehr als 4.420 DM (6.250 - (1.580 + 250) ) nebst Zinsen hiervon verurteilt hat. In diesem Um-

fang war die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die weitergehende Revision des Beklagten war zurückzuweisen.

Glanzmann Dr. Winkelmann Erbel Dr. Vogt Finke