

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 139/68

URTEIL

Verkündet am
23. März 1970
Horn,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Stadt W [REDACTED], vertreten durch den Magistrat,
dieser vertreten durch den Bürgermeister,

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Diplom-Ingenieur Dr. Max O [REDACTED], K [REDACTED],
H [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. März 1970 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann sowie der Bundesrichter Rietschel, Dr. Vogt, Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 8. Mai 1968 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

In den Jahren 1961 - 1962 ließ die Klägerin die Heizzentrale im städtischen Kurbadehaus einschließlich der Rohrleitungen umbauen und erweitern, auch Rohrleitungen zum Anschluß von Fremdadnehmern verlegen. Mit dem Verlegen und Schweißen der Rohrleitungen betraute sie die Firma O [REDACTED] in W [REDACTED].

Dem Beklagten übertrug die Klägerin durch Ingenieurvertrag vom 27. Februar 1961 die heizungstechnische Bearbeitung dieses Bauvorhabens. Nach § 2 des Vertrages

- 3 -

gelten als Vertragsbestandteil die Gebührenordnung der Ingenieure (GOI) in der Fassung vom 3. April 1956, einschließlich der (als Anhang der GOI abgedruckten) "Vertragsbestimmungen". Der Beklagte verpflichtete sich, die in § 3 des Vertrages, in Anlehnung an Ziff. 11 Abs. 4 GOI, aufgezählten Leistungen zu erbringen, u.a. Vorentwurf und Entwurf, Ausschreibung, Prüfung der Angebote, Oberleitung der Ausführung (§ 11 Abs. 14 GOI) und Abnahme der Leistungen. Die "örtliche Bauleitung" war dagegen nicht Aufgabe des Beklagten; sie ließ die Klägerin durch ihr eigenes Bauamt ausführen (§ 5 des Vertrages; § 11 Abs. 15 GOI).

Nach Beendigung der Arbeiten der Firma O [REDACTED] und des Beklagten stellte sich heraus, daß die Rohre schlecht geschweißt waren, wodurch der Klägerin nach ihrer Behauptung hoher Schaden entstanden ist und noch droht.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat sie vom Beklagten Schadensersatz gefordert, zuletzt mit den Anträgen:

1. den Beklagten zur Zahlung von 35.125,63 DM nebst Zinsen zu verurteilen,
2. festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihr alle weiteren Aufwendungen zu ersetzen, die ihr durch Herausnahme schadhafter Teile der Fernheizanlage und Ersatz dieser Teile sowie durch anderweitige Schäden an dieser Anlage noch entstehen werden.

Der Beklagte hat jede Vertragsverletzung bestritten. Er hat sich auch darauf berufen, daß er gemäß



§ 14 der "Vertragsbestimmungen" (Anhang der GOI) nur subsidiär hafte.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält die Klage für unbegründet, weil der Beklagte der Klägerin gemäß § 14 der "Vertragsbestimmungen" nur subsidiär hafte und sie nicht dargetan habe, daß sie von der Firma O [REDACTED] keinen Schadensersatz erlangen könne. Das ist nicht frei von Rechtsirrtum, wie die Revision zutreffend rügt.

I.

§ 14 der "Vertragsbestimmungen" lautet:

"Ist ein Schaden durch fehlerhafte Arbeiten ausführender Unternehmer verschuldet, so haftet der Ingenieur, wenn ihm die Oberleitung der Bauausführung oder die örtliche Bauleitung übertragen ist, nur sofern er seine Aufsichts- oder Prüfungspflicht vernachlässigt hat, und der Auftraggeber vom ausführenden Unternehmer den Ersatz des entstandenen Schadens nicht erlangen kann".

Für das Revisionsgericht ist diese Vertragsbestimmung frei auslegbar; denn sie ist in einschlägigen Verträgen öfter und über die Grenzen eines einzelnen Oberlandesgerichtsbezirks hinaus vereinbart worden.

1. § 14 ist als Haftungsbeschränkung eng auszulegen. Dabei kann Rechtsprechung und Schrifttum zu ähnlich lautenden Subsidiaritätsklauseln in Architektenmusterverträgen herangezogen werden (vgl. BGH LM Nr. 1 und 2 zu "Architektenvertrag"; Roth-Gaber GOA 9. Aufl. S. 233 ff; Neuenfeld, Handbuch des Architektenrechts 1969 II H b 4).

2. § 14 regelt die Folgen von Verletzungen der Aufsichts- und Prüfungspflichten des Ingenieurs, welche mit den ihm übertragenen Aufgaben der "Oberleitung" oder der "örtlichen Bauleitung" zusammenhängen. Die Haftung für Pflichtverletzungen anderer Art wird dagegen durch § 14 nicht eingeschränkt. Nicht subsidiär haftet der Ingenieur daher z.B. für Pflichtverletzungen, welche mit seinen Aufgaben zur Planung zusammenhängen.

Der § 14 ist bei sinngemäßer Auslegung daher so zu verstehen, als ob er folgenden Wortlaut hätte:

"... so haftet der Ingenieur, wenn er im Rahmen der ihm übertragenen Oberleitung oder örtlichen Bauleitung seine Aufsichts- oder Prüfungspflicht vernachlässigt hat, nur, sofern der Auftraggeber vom ausführenden Unternehmer den Ersatz des entstandenen Schadens nicht erlangen kann."

II.

Das Berufungsurteil ist demnach nicht zu beanstanden, soweit es davon ausgeht, daß der Beklagte für Aufsichts- und Prüfungsfehler im Zusammenhang mit der ihm übertragenen "Oberleitung" nur subsidiär haftet. Dagegen wendet sich die Revision auch nicht.

1. Sie macht aber geltend, der Beklagte hätte nicht zulassen dürfen, daß die Klägerin den Auftrag an die im Dampfheizungsbau unerfahrene Firma O [REDACTED] vergab, sondern hätte der Klägerin davon abraten müssen.

a) Das Berufungsgericht meint, auch insoweit hafte der Beklagte nur subsidiär. Das ist nicht richtig; denn insoweit handelt es sich nicht um Verletzungen von Pflichten, die mit der vom Beklagten auszuübenden "Oberleitung" zusammenhängen. Was dazu gehört, ist in Ziff. 11 Abs. 14 GOI aufgezählt; die Beratung des Auftraggebers bei der Auswahl des Unternehmers ist dort nicht genannt. Nach dem Vertrag der Parteien gehören "Ausschreibung und Vergabe" (§ 3 Nr. 3) nicht zur "Oberleitung" (§ 3 Nr. 1 g). Angesichts dieser vertraglichen Regelung kann hier unerörtert bleiben, ob etwa sonst, namentlich bei Architekten, die Auswahl des Unternehmers zur "Oberleitung" gehören würde oder zur "Massen- und Kostenberechnung" (so Ludwigs, Der Architekt S. 333; Neuenfeld aaO II A c 26).

b) Hilfsweise meint das Berufungsgericht, den Beklagten treffe bei der Auswahl der Firma O [REDACTED] auch kein Verschulden. Das ist ebenfalls nicht frei von Rechtsirrtum, wie die Revision zutreffend rügt.

aa) Die Klägerin hatte unter Beweis gestellt, daß das Bauvorhaben nach Größe und Art aus dem Rahmen des Üblichen herausgefallen sei, sowie, daß es entscheidend darauf angekommen sei, ob die Schweißer der Firma O [REDACTED] den besonderen Schwierigkeiten der ihnen obliegenden Aufgaben gewachsen sein würden (Schrift-

sätze vom 20. Februar 1967 S. 2, 13. April 1967 S. 2 und 12. März 1968 S. 7; Bl. 80, 105, 160 GA).

bb) Die Klägerin hatte weiter unter Beweis gestellt, der Beklagte habe aus Mitteilungen O [REDACTED] gewußt, daß dieser keine Erfahrungen auf dem Gebiete des Dampfheizungsbaus gehabt habe und über keine für solche Arbeiten qualifizierte Schweißer verfügt habe, sowie, daß der Beklagte das der Klägerin verschwiegen habe (Schriftsätze vom 13. Dezember 1966 S. 3, 20. Februar 1967 S. 3, 14. Oktober 1967 S. 5 und 11; Bl. 3, 81, 130, 136 GA).

cc) Da das Berufungsgericht die Beweise nicht erhoben hat, mußte es von der Richtigkeit der Behauptungen der Klägerin ausgehen. Dann konnte es aber eine schuldhaftes Vertragsverletzung des Beklagten mit der von ihm gegebenen Begründung nicht verneinen, zumal die Firma O [REDACTED] das Angebot des Beklagten, ihr tüchtige Schweißer zu vermitteln, schließlich abgelehnt und erklärt hatte, die Arbeiten mit eigenen Leuten ausführen zu wollen. Es liegt nicht fern, daß spätestens damals dem Beklagten Bedenken hätten kommen müssen, ob die Firma O [REDACTED] in der Lage sein werde, die Arbeiten ordnungsgemäß durchzuführen. Wäre das zu bejahen, so hätte er die Klägerin auf diese Bedenken hinweisen müssen; das hätte zu seinen Aufgaben als "heizungstechnischer Berater" der Klägerin bei diesem Bauvorhaben gehört.

2. a) Soweit es sich um Fehler des Beklagten bei der Planung handelt, kommt nach dem oben zu I Gesagten eine nur subsidiäre Haftung des Beklagten nicht in Betracht.

Ob ein durch solche Fehler des Beklagten verursachter Schaden zugleich "auch" auf den unzulänglichen Schweißarbeiten der Firma O [REDACTED] beruht, ist unerheblich. Indem das Berufungsgericht darauf abstellt, verkennt es die Grenzen der Subsidiarität der Haftung, wie sie nach § 14 der "Vertragsbestimmungen" zu ziehen sind.

b) Das Berufungsgericht vermißt eine substantiierte Darlegung der Klägerin, daß "Fehler an Ausdehnungsbögen, fehlende Schlammfänger, Wassersäcke und ähnliche Bauelemente" Schäden verursacht hätten; insoweit handele es sich nur um Vermutungen der Klägerin.

Das greift die Revision an. Näher braucht darauf nicht eingegangen zu werden, da das Berufungsurteil bereits aus den oben genannten Gründen aufgehoben werden muß und die Klägerin daher Gelegenheit hat, in der neuen Berufungsverhandlung ihren Sachvortrag und ihre Beweisantritte zu diesem Punkt zu ergänzen. Sie wird dann auch klarzustellen haben, ob es sich insoweit um Planungsfehler des Beklagten, um Aufsichts- oder Prüfungsfehler oder um beides handeln soll.

3. Nach dem Vertrage der Parteien (§ 3, vgl. auch Ziff. 11 Abs. 4 h GOI) gehört die "Abnahme" (der Leistungen der Unternehmer) nicht zur "Oberleitung"; denn sie ist neben der "Oberleitung" als besondere Vertragspflicht des Beklagten aufgeführt. Auch die Begriffsbestimmung der "Oberleitung" in § 11 Abs. 14 GOI umfaßt die "Abnahme" nicht. Da die "Abnahme" somit nicht Bestandteil der "Oberleitung" ist, wird sie von der Subsidiaritätsklausel des § 14 der "Vertragsbestimmungen" nicht erfaßt.

a) Die Subsidiarität läßt sich, soweit es sich um die "Abnahme" handelt, auch nicht aus Ziff. 11 Abs. 15 GOI herleiten. Dort ist von der "Abnahme der Bau- und Werkstoffe" die Rede, und diese wird nicht der "Oberleitung", sondern der "örtlichen Leitung der Ausführung" zugeordnet, welche dem Beklagten nicht übertragen war. Abgesehen davon handelt es sich hier nicht um die Abnahme der Bau- und Werkstoffe, sondern um die Abnahme der Werkleistungen des Unternehmers, der Firma O[REDACTED].

b) Ziff. 6 Abs. 5 GOI, wonach die Abnahme der Bauarbeiten zur örtlichen Bauleitung gehört, ist ebenfalls nicht anwendbar. Denn die Parteien haben im Verträge eine abweichende Regelung getroffen. Sie haben die "Abnahme" zur Vertragspflicht des Beklagten gemacht, die "örtliche Bauleitung" dagegen nicht; diese hat die Klägerin vielmehr selbst durchgeführt.

c) § 14 der "Vertragsbestimmungen" kann nicht dahin verstanden werden, daß er eine subsidiäre Haftung für jedliche Verletzung von Prüfungs- und Aufsichtspflichten des Ingenieurs anordne, gleichviel, ob diese im Zusammenhang mit dessen Pflichten aus der ihm übertragenen "Oberleitung" oder "örtlichen Bauleitung" erwachsen oder aus anderen ihm übertragenen Aufgaben, z.B. aus der "Abnahme" (soweit diese nicht zur "örtlichen Bauleitung" gehört). Denn andernfalls würde das ungereimte Ergebnis eintreten, daß ein Ingenieur, wenn ihm lediglich die "Abnahme" übertragen ist und nicht zugleich auch die "Oberleitung" oder "örtliche Bauleitung", für Prüfungsfehler bei der "Abnahme" unbeschränkt haften würde, während er nur subsidiär einzutreten hätte, wenn er zugleich "Oberleiter" oder "örtlicher Bauleiter" wäre.

Durch die hier vertretene Auslegung wird die Haftungsbeschränkung des § 14 nicht ausgehöhlt; denn die Prüfungspflicht im Rahmen der Abnahme ist inhaltlich anders als die Aufsichts- und Prüfungspflicht bei der Oberleitung und erst recht anders und wesentlich enger als die bei der örtlichen Bauleitung (vgl. Urteil des Senats VII ZR 44/61 vom 13. Dezember 1962 S. 7).

d) Nach alledem führt eine Verletzung von Prüfungspflichten, die dem Beklagten im Zusammenhang mit der ihm übertragenen Aufgabe oblagen, für die Klägerin die Werkleistungen der Firma O. abzunehmen, hier nicht zu einer subsidiären Haftung der Beklagten.

e) Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen darüber getroffen, welches Ausmaß die Prüfungspflichten haben, die den Beklagten trafen im Zusammenhang mit der ihm obliegenden "Abnahme" der Werkleistungen der Firma O. Es hat insbesondere nicht festgestellt, ob und inwieweit er in diesem Zusammenhang Untersuchungen über die Güte der Schweißnähte an den Rohren durchführen mußte. Es hat das ersichtlich deshalb unterlassen, weil es auch insoweit von einer Subsidiarität der Haftung des Beklagten ausgegangen ist. Da diese Auffassung nach dem oben Gesagten irrig ist, hätte es auf den Vortrag der Klägerin hierzu eingehen müssen. Diese hatte konkrete Behauptungen auf- und unter Beweis gestellt. Sie hatte sich auf einen Sachverständigen dafür berufen, daß im Rahmen der Abnahme eine Röntgenuntersuchung der Schweißnähte, mindestens aber ein "Abdrücken" der Leitungen mit dem höchsten Betriebsdampfdruck erforderlich gewesen sei. Sie hatte Ohlhof als Zeugen dafür benannt, daß das nicht geschehen sei, der Beklagte das "Abdrücken" der Rohrleitun-

gen vielmehr ganz der Firma O [REDACTED] überlassen habe, ohne es selbst zu kontrollieren.

Darin, daß das Berufungsgericht diesem Sachvortrag der Klägerin nicht nachgegangen ist, liegt ein von der Revision mit Recht gerügter Verfahrensverstoß (§ 286 ZPO).

III.

Das Berufungsgericht ist zutreffend der Auffassung, die Klägerin habe sich einer in der Subsidiarität liegenden Haftungsbeschränkung des Beklagten (so weit sie nach dem oben Gesagten hier überhaupt in Betracht kommt) nicht dadurch entziehen können, daß sie die Ansprüche gegen die Firma O [REDACTED] mutwillig verjähren ließ. Diesen Rechtsgedanken hat der Senat bereits in seinem Urteil LM Nr. 2 zu "Architektenvertrag" ausgesprochen. Dagegen wendet sich die Revision auch nicht.

IV.

1. Die Abweisung der Feststellungsklage durch das Berufungsgericht ist von denselben Rechtsfehlern beeinflußt wie die Abweisung der Leistungsklage. In soweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

2. Die Revision macht weiter hilfsweise geltend, der Feststellungsklage hätte das Berufungsgericht auch dann stattgeben müssen, wenn der Beklagte nur subsidiär haften würde.

a) Die Revision beruft sich dafür auf das Urteil BGH NJW 1961, 1165 Nr. 8 = LM Nr. 1 zu "Architektenvertrag", jedoch zu Unrecht. In jenem Urteil hat der Senat ausgesprochen, der Bauherr könne gegen den Architekten auf Feststellung von dessen subsidiärer Schadensersatzpflicht klagen, auch ohne daß bereits feststehe, daß der Bauherr vom Unternehmer keinen Ersatz erlangen könne. Darum handelt es sich hier nicht. Die Klägerin steht vielmehr auf dem Standpunkt, daß der Beklagte ihr nicht nur subsidiär, sondern unbeschränkt hafte. Die von ihr erstrebte Feststellung ging daher nicht auf die Feststellung einer subsidiären, sondern einer unbeschränkten Haftung des Beklagten.

b) Eine andere Frage ist es, ob das Berufungsgericht nach § 139 ZPO, dessen Verletzung die Revision rügt, einen Hilfsantrag der Klägerin auf Feststellung einer subsidiären Haftung des Beklagten hätte anregen müssen. Darauf braucht jedoch nicht näher eingegangen zu werden, da das Berufungsurteil aus anderen Gründen ohnehin aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden muß, womit die Klägerin Gelegenheit hat, in der neuen Berufungsverhandlung weitere Anträge zu stellen.

V.

Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Da die Sache weiterer Aufklärung bedarf, ist sie an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Glanzmann

Rietschel

Vogt

Finke

Schmidt