

2072 095

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 638

Liefert ein Unternehmer auf Grund des Bauplans und einer von ihm angefertigten statischen Berechnung hergestellte Fertigbauteile sowie einen Verlegungsplan, so handelt es sich auch dann, wenn er nicht selbst den Einbau vornimmt, um Arbeiten bei einem Bauwerk, für die die 5-jährige Verjährungsfrist des § 638 BGB gilt.

BGH, Urt. v. 18. März 1968 - VII ZR 142/66 - OLG Bamberg  
LG Würzburg

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 142/66

URTEIL

Verkündet am

18. März 1968  
Horn,  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Hellmut O [REDACTED], Betonwerke, O [REDACTED], M [REDACTED]-  
[REDACTED] Straße, alleiniger Inhaber der Kaufmann und Fabrikant  
Hellmut O [REDACTED]

Beklagter, Berufungsbeklagter und  
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Arthur K [REDACTED], L [REDACTED], F [REDACTED] Straße,

Kläger, Berufungskläger und  
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] - .

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshof hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Februar 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Bamberg vom 5. Juli 1966 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung von 7.400 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

2. Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.
3. Von den Kosten der Revision hat der Beklagte 2/3 zu tragen. Die Entscheidung über das restliche Drittel wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

**Tatbestand:**  
-----

Der Kläger ließ 1958/1959 auf seinem Grundstück in Lengfeld ein Zweifamilienhaus errichten. Für Keller-, Erd- und Obergeschoß bestellte er bei dem Beklagten am



15. November 1958 Fertigdecken, System "Dendl", die in dem Bestellschein als Opas-Decken, Spannbeton, Typ 13, bezeichnet wurden. Auf der Rückseite des Bestellscheins befinden sich die "Lieferungs- und Zahlungsbedingungen", in denen es u.a. heißt:

".....

3. Das Deckenwerk (Bekl.) garantiert fach- und sachgerechte Herstellung des bestellten Materials und die Verwendung nur bester Rohstoffe.

.....

6. Die Verrechnung der Decke erfolgt auf Grund des Verlegeplans nach VOB. Alles nach Fertigstellung der Decke übrigbleibende, nicht eingebaute Material bleibt Eigentum des Lieferanten, eine Vergütung erfolgt nicht.
7. Reklamationen müssen schriftlich erfolgen und können nur bis vor dem Verarbeiten der Decke geltend gemacht werden.

.....

10. Der Kunde ist verpflichtet, die Verlegeordnung lt. Verlegezeichnung im Rahmen der bestehenden DIN-Vorschriften genau einzuhalten.
11. Gerichtsstand für beide Teile ist Ochsenfurt.

....."

Die statische Berechnung der Geschoßdecken erstellte vereinbarungsgemäß der Beklagte. In der Zeit von November 1958 bis Sommer 1959 wurden die Decken von dem Maurermeister B., der von dem Kläger mit der Errichtung des Rohbaus beauftragt war, eingebaut. Am 9. September 1959 war der Rohbau fertiggestellt. Der Hausbau wurde nicht vollendet, weil an den eingebauten Decken Risse auftraten, die Zweifel an ihrer Festigkeit auslösten. Mit Schreiben vom 18. November 1960 ließ der Kläger die Mängel rügen. Am 2. Februar 1961 setzte er eine letzte Mängelbeseitigungsfrist von 10 Tagen. Eine Nachbesserung erfolgte nicht.

Der Kläger begehrt Schadensersatz gemäß § 635 BGB.

Mit seiner am 16. Juni 1961 erhobenen Klage hat er vor dem Landgericht zuletzt beantragt, den Beklagten zu verurteilen,

1. das Haus bis zur gleichen Baustufe zu errichten,
2. dem Kläger ab 1. November 1960 bis zur Fertigstellung (wie zu 1.) einen Mietausfall von monatlich 150 DM zu ersetzen,
3. an den Kläger 585,34 DM nebst Zinsen (Kosten eines vorprozessualen Sachverständigengutachtens) zu zahlen;  
hilfsweise (statt zu 1.) des Klageantrags), an den Kläger 4.516 DM nebst Zinsen, 6 3/4 % Zinsen aus 3.000 DM vom 1. November 1960 bis 31. Dezember 1962 (Kreditzinsen) und einen angemessenen Betrag für die Wertminderung des Hauses zu zahlen.

Der Beklagte hat die von dem Kläger behaupteten Mängel bestritten. Er hat vorgetragen, es lägen allenfalls Schönheitsfehler vor, die die Tragfähigkeit der Decken nicht beeinträchtigten. Die Risse seien durch falsches Lagern von Baumaterial oder durch Fehler während der Bauzeit entstanden, wofür er nicht verantwortlich gemacht werden könne.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 4.500 DM (Nachbesserungskosten), 2.500 DM (Wertminderung), 6.000 DM (Mietausfall) und 585,34 DM (Kosten des Gutachtens) nebst Zinsen verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben der Kläger Berufung und der Beklagte Anschlußberufung eingelegt. Der Kläger hat seine

Anträge zum Teil erweitert. Der Beklagte hat demgegenüber die Einrede der Verjährung erhoben. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten zur Zahlung jeweils weiterer 3.500 DM für Nachbesserungskosten (zusammen also 8.000 DM), 7.500 DM für Wertminderung abzüglich einer unstreitigen Aufrechnungsforderung des Beklagten von 441,76 DM = 7.058,24 DM (zusammen 9.558,24 DM) und 3.000 DM für Mietausfall (zusammen 9.000 DM) verurteilt. Die Anschlußberufung des Beklagten hat es zurückgewiesen.

Der Beklagte verfolgt mit der Revision seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:  
-----

A.

Das Berufungsgericht stellt auf Grund der von ihm eingeholten Sachverständigengutachten fest, daß die gelieferten Decken mangelhaft gewesen seien und der Beklagte diese Mängel zu vertreten habe. Er habe bei seiner statischen Berechnung eine zu geringe Belastung der Decken angesetzt und deshalb eine falsche Type gewählt; die von ihm gelieferten Zwischenbausteine seien noch feucht und nicht abgebunden gewesen. Schließlich habe er in dem Verlegungsplan nicht angegeben, daß für die Decken Verankerungen und Querrippen erforderlich seien, obwohl dies nach dem allgemeinen Zulassungsbescheid der Bayer. Landesgewerbeanstalt Nürnberg für die "Dendl-Decke" erforderlich gewesen wäre. Es hat daher einen Schadensersatzanspruch des Klägers in der zuerkannten Höhe gemäß § 635 BGB bejaht, der noch nicht verjährt sei (§ 638 BGB).

B.

Die hiergegen gerichtete Revision des Beklagten ist nur zum Teil begründet.

I.

Verjährung:

1.) Der Beklagte rügt, das Berufungsgericht habe zu Unrecht die Verjährungsvorschrift des § 638 BGB angewandt. Es habe sich bei der Lieferung der Decken um einen Kaufvertrag gehandelt; die von dem Kläger geltendgemachten Schadensersatzansprüche unterlägen deshalb der kurzfristigen Verjährung von 6 Monaten gemäß § 477 BGB. Diese Frist sei bei Klageerhebung längst abgelaufen gewesen.

2.) Die Rüge ist nicht begründet.

a) Auf Grund des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages hatte der Beklagte die Pflicht übernommen, für ein für den Kläger erstelltes Wohnhaus Zwischendecken als Fertigbauteile zu liefern. Diese hatte er nach dem ihm vorgelegten Bauplan und auf Grund einer von ihm anzufertigenden statischen Berechnung anzufertigen. Ferner hatte er für den Einbau der Decken, der nicht von ihm selbst vorgenommen wurde, den Verlegungsplan zu liefern.

Es handelt sich somit um einen Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen verbunden mit rein werkvertraglichen Leistungen (Statik und Verlegungsplan), für den die Vorschriften des § 638 BGB zu gelten haben.

b) Der Vertrag, der sich aus verschiedenen rechtlichen Elementen zusammensetzt, ist als Einheit anzusehen.

Es kann daher für die daraus hergeleiteten Ansprüche auch nur eine einheitliche Verjährung in Betracht kommen (BGHZ 45, 223, 230). Somit kommt es darauf an, ob der Vertrag, in seiner Gesamtheit gesehen, Leistungen bei einem Bauwerk zum Gegenstand hat; davon hängt es ab, ob die daraus erwachsenen Gewährleistungsansprüche der 5-jährigen oder 6-monatigen Verjährung unterliegen.

Der Senat ist in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht der Auffassung, daß die 5-jährige Verjährung Platz zu greifen hat.

Die Lieferung von Baumaterial für ein Bauwerk ist allerdings, wenn - wie hier - der Lieferant den Einbau nicht selbst vornimmt, nicht als Werkleistung bei einem Bauwerk anzusehen (OLG Nürnberg in MDR 1963, 499). Der Beklagte hatte aber durch die Bemessung und Auswahl der Bauteile nach dem Bauplan, die statische Berechnung ihrer vorgesehenen Belastung und den Verlegungsplan weitere Leistungen übernommen, die sich, ebenso wie die berechnende und planende Tätigkeit eines Statikers und Architekten, in dem Bauwerk selbst verkörperten und damit Leistungen bei einem Bauwerk im Sinne des § 638 BGB waren. Diese Leistungen waren auch so wesentlich, daß sie, von der Gesamtschau aus gesehen (BGHZ aaO.), dem Vertrag ihr wesentliches Gepräge gaben. Ohne sie konnte eine ordnungsgemäße Anfertigung und Lieferung der Bauteile und ihr fehlerfreier Einbau in das Bauwerk nicht gewährleistet werden.

Es muß somit nach den von dem Senat u.a. in BGHZ 32, 206 und 48, 257 aufgestellten Grundsätzen von einer 5-jährigen Verjährungsfrist ausgegangen werden.

2.) a) Die Auffassung des Beklagten, er könne sich im Hinblick auf Nr. 6 seiner Lieferungsbedingungen auf die kurze Verjährungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB (B) berufen, geht fehl.

Das Berufungsgericht legt die Nr. 6 dahin aus, daß der Hinweis auf die VOB nicht die Bedeutung habe, es solle für die Gewährleistungsansprüche des Bestellers die Bestimmung des § 13 Nr. 4 VOB (B) gelten. Diese Auslegung ist frei von Rechtsfehlern und für das Revisionsgericht bindend. Es kann die Lieferungsbedingungen nicht frei nachprüfen; denn sie sollten nur im Bezirk des Berufungsgerichts gelten, wie sich aus der Vereinbarung des ausschließlichen Gerichtsstandes Ochsenfurt ergibt.

b) Auch aus dem Schreiben des Beklagten vom 31. Oktober 1960 kann nicht hergeleitet werden, daß die Parteien die Geltung des § 13 Nr. 4 VOB (B) vereinbart haben.

Diesem Schreiben konnte der Kläger nicht entnehmen, daß der Beklagte die gesetzliche Verjährungsfrist des § 638 BGB ändern wollte. Dazu hätte es angesichts der Tragweite einer solchen Vertragsänderung einer ausdrücklichen Erklärung bedurft. Daran fehlte es.

3.) Die von dem Kläger erhobenen Ansprüche sind demnach gemäß § 638 BGB noch nicht verjährt. Die Lieferung und Abnahme der Decken erfolgten frühestens im November 1958. Der von dem Kläger mit Schriftsatz vom 9. Mai 1963 (also vor Ablauf von 5 Jahren) gestellte Hauptantrag auf Naturalherstellung deckte hinsichtlich der Verjährung auch alle Ansprüche auf Ersatz der Nachbesserungskosten und des Minderwerts, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt.

II.

Mängel:

Das Berufungsgericht stellt als Ursachen für die aufgetretenen Mängel fest:

1. Eine unrichtige statische Berechnung, die insbesondere die Mehrbelastung durch den Holzfußboden und den Dachaufbau nicht berücksichtigt hat,
2. Lieferung zu frischer, noch nicht abgebundener Zwischenbausteine,
3. Fehlenden Hinweis im Vorlegungsplan auf die Notwendigkeit von Deckenverankerungen und Querrippen.

Es bejaht in allen drei Fällen ein Verschulden des Beklagten.

Die hiergegen gerichteten Revisionsrügen des Beklagten sind nicht begründet:

1.) Unrichtige statische Berechnung:

a) Das Berufungsgericht stützt seine Auffassung, daß der Beklagte eine unrichtige statische Berechnung aufgestellt habe, u.a. auf das Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. Fichtner.

Der Beklagte rügt hierzu, das Berufungsgericht habe seinem Antrag auf mündliche Anhörung des Sachverständigen nicht stattgegeben.

Die Rüge ist nicht begründet.

Der Beklagte hatte im Verhandlungstermin vom 12. Oktober 1965 beantragt, einen neuen Sachverständigen zu hören,

hilfsweise, den Sachverständigen Fichtner sein Gutachten vor dem Prozeßgericht erläutern zu lassen. Das Gericht hat ihm im selben Termin zur Auflage gemacht, binnen drei Wochen die an den Sachverständigen zu stellenden Fragen näher darzulegen. Mit den Schriftsätzen vom 18. November und 7. Dezember 1965 ist der Beklagte dem nachgekommen. Daraufhin hat das Berufungsgericht ein Nachtragsgutachten des Sachverständigen veranlaßt, das am 12. März 1966 in ausführlicher Weise erstattet wurde. Hierzu hat der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 6. Mai 1966 Stellung genommen und S. 4 aaO ausdrücklich den Antrag wiederholt, einen anderen Gutachter zu hören. Dagegen hat er in diesem Schriftsatz den Hilfsantrag, den Sachverständigen Fichtner vor dem Prozeßgericht zu vernehmen, nicht wiederholt, ist auch in der nachfolgenden letzten mündlichen Verhandlung auf diesen Antrag nicht mehr zurückgekommen.

Das wäre aber erforderlich gewesen. Durch die Einholung des Nachtragsgutachtens hatte das Berufungsgericht zwar nicht dem Hilfsantrag des Beklagten entsprochen, hat aber doch seinen Wunsch nach Klärung der von ihm erhobenen Bedenken weitgehend Rechnung getragen. Wenn der Beklagte unter diesen Umständen zwar seinen Antrag auf Vernehmung eines anderen Sachverständigen ausdrücklich wiederholte, nicht aber auf den Hilfsantrag zurückkam, konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler annehmen, daß er diesen habe fallen lassen, und daß deshalb eine mündliche Anhörung des Sachverständigen Fichtner nicht mehr erforderlich sei.

b) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht dem Beklagten als Verschulden angerechnet, daß er bei der Berechnung des Eigengewichts für Deckenputz und Belag nur 50 kg/qm zugrundegelegt hat, statt, wie es für den ver-

wendeten Holzfußboden erforderlich gewesen wäre, eine Belastung von 98 kg/qm anzusetzen. Der Beklagte war, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, verpflichtet, sich, sofern sich das nicht schon aus dem Bauplan ergab, zu vergewissern, welcher Art der Bodenbelag sein sollte.

Es kann dahingestellt bleiben, ob den Unternehmer Maurermeister B. hier möglicherweise auch ein Mitverschulden trifft, weil er den Beklagten über die Art des Fußbodens nicht aufgeklärt hat. Da B. dem Beklagten gegenüber weder Vertreter noch Erfüllungsgehilfe des Klägers war, würde das die Haftung des Beklagten nicht ausschließen.

c) Dem Beklagten wird vorgeworfen, er habe bei der statischen Berechnung nicht beachtet, daß nach dem Bauplan die Decke über dem Obergeschoß durch Stuhlsäulen der Dachkonstruktion belastet wurde. Demgegenüber versucht sich der Beklagte damit zu entlasten, daß er in seiner statischen Berechnung ausdrücklich vermerkt habe "Dachlasten dürfen die Obergeschoßdecke nicht belasten".

Das Berufungsgericht hat ihn mit dieser Einwendung nicht gehört. Es stellt fest, daß der Kläger die statische Berechnung überhaupt erst nach Errichtung der Dachkonstruktion erhalten hat.

Die hierzu erhobene: Revisionsrüge des Beklagten, es sei nicht ersichtlich, worauf das Berufungsgericht diese Annahme stütze, geht fehl. Sie beruht nämlich auf den Angaben des Sachverständigen Grellmann in seinem Gutachten vom 10. April 1962 Seite 5. Der Beklagte weist in seiner Revisionsbegründung nicht nach, daß er im Verlaufe des Rechtsstreits dieser Angabe widersprochen hat.

Nach dem unter b) Ausgeführten kommt es nicht darauf an, ob der Unternehmer B. ■■■■■ möglicherweise ebenfalls schuldhaft gehandelt hat, weil er, wie der Beklagte behauptet, ohne Unterlagen Baumaßnahmen durchgeführt hat, die für die Tragfähigkeit der Decken von Bedeutung waren.

2.) Lieferung nicht hinreichend abgebundener Steine:

Das Berufungsgericht stellt als eine der Hauptursachen für die Rißbildungen fest, daß die von dem Beklagten gelieferten Zwischenbausteine zu frisch, d.h. noch nicht genügend abgebunden gewesen seien.

a) Der Beklagte rügt, das Berufungsgericht habe seinem Beweisantrag auf Einnahme eines Augenscheins durch das Prozeßgericht nicht stattgegeben (Schriftsätze vom 8. Oktober 1965 S. 2, 18. November 1965 S. 2, 7. Dezember 1965 S. 9 und 6. Mai 1966 S. 4).

Die Rüge ist nicht begründet. Einen angekündigten Antrag auf Augenschein durch das Gericht enthält nur der erstgenannte Schriftsatz vom 8. Oktober 1965. In den weiteren Schriftsätzen hat der Beklagte im wesentlichen beantragt, einen auf dem Gebiet der Materialprüfung sachkundigen Spezialgutachter zu hören, da die Güteeigenschaft der Steine nur von einem solchen beurteilt werden könnte. Damit hat er aber seinem Antrage auf Augenschein durch das Gericht selbst den Boden entzogen; denn es ist nicht ersichtlich, welchen Wert noch der Augenschein durch das Gericht haben sollte, wenn den Richtern, wie der Beklagte selbst ausführt, als Laien die Möglichkeit fehlt, die Qualität der Steine zu beurteilen. Seine Anträge liefen daher in der Tat auch nur darauf hinaus, einen Spezialsachver-

ständigen zu hören. Die Beiziehung eines weiteren Sachverständigen stand aber in dem durch das Revisionsgericht nicht nachprüfbaren Ermessen des Gerichts. In dem angefochtenen Urteil (S. 13) wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß der Sachverständige Fichtner dem Gericht als ein erfahrener und vorsichtiger Gutachter bekannt sei. Wenn es unter diesen Umständen davon abgesehen hat, einen weiteren Sachverständigen zuzuziehen, so läßt das keinen Rechtsfehler erkennen.

b) Auf die Bestimmungen des § 640 Abs. 2 BGB kann sich der Beklagte nicht berufen. Das Berufungsgericht stellt zwar fest, daß der Ehefrau des Klägers beim Abladen der Steine deren Feuchtigkeit aufgefallen sei. Damit ist aber noch nicht festgestellt, daß sie bzw. der Kläger auch die Untauglichkeit zur sofortigen Verwendung erkannt haben. Frau K. stellt dies ausdrücklich in Abrede. Darauf, ob der Unternehmer B. das hätte erkennen können und müssen, kommt es nach dem zu 1 b) Gesagten nicht an.

c) Den Ansprüchen des Klägers steht auch nicht die Ausschlußklausel der Nr. 7 der Lieferungsbedingungen des Beklagten entgegen. Danach konnten zwar Reklamationen nur bis vor dem Verarbeiten der Decken geltend gemacht werden. Der Beklagte hat aber in seinem Schreiben vom 30. Oktober 1960 ausdrücklich die volle Garantie für die von ihm gelieferten Decken übernommen. Das Berufungsgericht legt das dahin aus, daß er aus der Versäumung einer rechtzeitigen Reklamation keine Folgerungen ziehen wolle. Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Ebensowenig ist die Auslegung rechtlich zu beanstanden, daß sich die Nr. 7 der Lieferungsbedingungen nur auf erkannte Mängel beziehen sollte.

d) Der Beklagte meint schließlich, die noch feuchten Steine hätte man nur kurze Zeit liegen lassen müssen, dann hätten sie die erforderliche Festigkeit gehabt. Er hätte sich darauf verlassen dürfen, daß der Unternehmer Böhm dies erkennen und danach handeln würde.

Das ist abwegig. Der Beklagte war verpflichtet, die Steine so zu liefern, daß sie sofort verwendet werden konnten. Zumindest hätte er auf die Notwendigkeit sie noch kurze Zeit liegen zu lassen, ausdrücklich hinweisen müssen. Auf ein etwaiges Verschulden Böhms kann er sich nach dem zu 1 b) Ausgeführten nicht berufen.

### 3.) Fehlende Dachverankerungen und Querrippen:

Das Berufungsgericht stellt fest, daß nach dem allgemeinen Zulassungsbescheid für die "Dendl-Decken" vom 2. Januar 1958 Deckenverankerungen und Querrippen erforderlich seien. Es rechnet es dem Beklagten zum Verschulden an, daß er es unterlassen habe, in seiner statischen Berechnung oder im Verlegeplan auf diese Notwendigkeit hinzuweisen.

Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war im Bauplan diese Bewehrung nicht vorgesehen. Sie war auch nach den bestehenden technischen Vorschriften nicht erforderlich. Erforderlich war sie nur für die "Dendl-Decken", um deren einwandfreie Ausführung sicherzustellen. Ohne Rechtsfehler sieht es daher das Berufungsgericht als Aufgabe des Beklagten an, auf die Notwendigkeit dieser Bewehrung ausdrücklich hinzuweisen. Auf die angebliche Sach-

kenntnis des Maurermeisters B. durfte er sich nicht verlassen.

4.) Das Berufungsgericht stellt fest, daß zum Teil Zwischenwände auf den Decken errichtet worden seien, die ihrer Lage nach von dem Bauplan abwichen. Es ist jedoch der Auffassung, daß das für die Entscheidung ohne Bedeutung sei, weil bei Befolgung des Bauplans die Zwischenwände an anderen Stellen errichtet worden und die Risse dann dort aufgetreten wären.

Die hiergegen gerichtete Revisionsrüge des Beklagten ist nicht begründet. Denn maßgebend ist allein, daß die Schäden auch bei plangerechtem Einbau der Zwischenwände aufgetreten wären.

5.) Der Beklagte meint, er hätte davon ausgehen dürfen, daß die statische Berechnung der Baubehörde vorgelegt werde. Wäre das geschehen, dann wären etwaige Fehler möglicherweise rechtzeitig erkannt und ein Schaden vermieden worden.

Dieser Rüge steht die auf Grund des Sachverständigen-gutachtens Fichtner getroffene Feststellung des Berufungsgerichts entgegen, daß eine solche Vorlage an die Baubehörde angesichts der allgemeinen Zulassung der "Dendl-Decken" nicht erforderlich gewesen sei.

6.) Das Berufungsgericht stellt auf Grund der Sachverständigengutachten Fichtner und Grellmann fest, daß zwar entgegen der Verlegungsvorschrift der Ort beton zum Teil nicht die erforderliche Stärke gehabt habe, daß dies aber nicht als Ursache für die Rißbildungen in Betracht komme.

Was der Beklagte hierzu mit seiner Revision vorbringt, richtet sich in unzulässiger Weise gegen diese Feststellung, die keine Rechtsfehler erkennen läßt.

### III.

#### Schadenshöhe:

##### 1.) Kosten der Nachbesserung:

Das Berufungsgericht stellt auf Grund des Gutachtens Fichtner fest, daß die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten 8.000 DM betragen. Es legt dabei den Preisstand von 1965 zu Grunde.

a) Wegen der Rüge des Beklagten, der Sachverständige Fichtner hätte von dem Prozeßgericht noch mündlich angehört werden müssen, wird auf die Ausführungen zu II 1 a) verwiesen.

b) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß der Kläger im Hinblick auf seine Verpflichtung, den Schaden möglichst gering zu halten (§ 254 Abs. 2 BGB), nicht unbegrenzt mit der Behebung der Mängel zuwarten darf. Es meint jedoch, daß er angesichts der sich widersprechenden Verbesserungsvorschläge der Sachverständigen Arz (Privatgutachter des Beklagten) und Grellmann mit dem Beginn der Arbeiten bis zum Eingang des Obergutachtens Fichtner vom 30. Juli 1965 hätte warten dürfen.

Die Begründung des Berufungsgerichts vermag nicht zu überzeugen.

Unter dem 10. April 1962 hatte der Sachverständige Grellmann bereits ein abschließendes Gutachten über die Möglichkeit und Kosten einer Nachbesserung abgegeben. Mit Schriftsatz vom 16. Mai 1963 hatte sich der Beklagte bereit erklärt, unter Zugrundelegung des Gutachtens Grellmann die Nachbesserung vorzunehmen. Im selben Schriftsatz hatte er darauf hingewiesen, daß bei einem Augenschein der Parteien am 13. Mai 1963 der Bauunternehmer G [REDACTED] dafür vorgesehen war, die erforderlichen Arbeiten auszuführen.

Unter diesen Umständen ist es nicht ersichtlich, warum es dem Kläger nicht hätte zugemutet werden können, schon vor dem Jahre 1965 sich um die Nachbesserung des Hauses zu bemühen. Ihm standen bereits mehrere im wesentlichen übereinstimmende Gutachten zur Verfügung, die eine ausreichende Grundlage für die auszuführenden Arbeiten boten. Auch eine Verschleierung der Schäden und ein Verlust von Beweismitteln wäre, soweit erkennbar, nicht mehr zu befürchten gewesen.

Deshalb bedarf es einer nochmaligen Prüfung durch das Berufungsgericht, ob es tatsächlich vertretbar war, daß der Kläger das Bauwerk nach 1962 unfertig stehen ließ und den ganzen Schaden dem Beklagten aufzulasten suchte, obwohl dieser sich schon vorher zur Beseitigung der von ihm zu vertretenden Mängel bereit gefunden haben soll.

Nach dem Gutachten des Sachverständigen Fichtner vom 30. Juli 1965 S. 17 hätte die Nachbesserung nach dem Preisstand von 1962 6.000 DM gekostet. In dieser Höhe kann deshalb die Verurteilung des Beklagten bestätigt werden. Inwieweit möglicherweise ein höherer Betrag gerechtfertigt ist,

hängt von den vom Berufungsgericht noch zu treffenden Feststellungen ab.

Das angefochtene Urteil ist demnach zu diesem Punkt insoweit aufzuheben, als der Beklagte zur Zahlung von 2.000 DM verurteilt worden ist.

2.) Wertminderung:

Die von dem Berufungsgericht angesetzte Wertminderung von 10.000 DM wird mit der Revision nicht beanstandet.

3.) Mietausfall:

Das Berufungsgericht billigt dem Kläger den Ersatz seines Mietausfalls für die Zeit vom 1. Januar 1961 bis 31. Dezember 1965 in Höhe von monatlich 150 DM = 9.000 DM zu.

a) Es stellt dazu fest, daß das Haus ohne die von dem Beklagten verschuldeten Mängel ab 1. Januar 1961 bezugsfertig geworden wäre.

Die Rüge des Beklagten, das Berufungsgericht hätte nicht offen lassen dürfen, ob bis zu diesem Zeitpunkt die Abnahme des Bauwerks durch die Baupolizei erfolgt wäre, ist nicht begründet. Denn es fehlt an einem substantiierten Vortrag der Revision zu der Behauptung, daß bis zum 1. Januar 1961 das Bauwerk nicht hätte abgenommen und bezugsfertig sein können.

b) Soweit das Berufungsgericht dem Kläger einen Schadensersatz wegen Mietausfalls bis zum 31. Dezember 1965 zugebilligt hat, begegnet das den gleichen Bedenken, wie sie zu 1.) b) dargelegt worden sind.

Doch braucht das ebenfalls nicht zu einer vollen Aufhebung der Verurteilung des Beklagten zu diesem Punkte zu führen. Es bestehen nach dem oben Ausgeführten keine Bedenken, die Zubilligung eines Ersatzanspruchs für die Jahre 1961 und 1962 zu bestätigen. Wegen der weiteren 3 Jahre wird das Berufungsgericht nach den aufgezeigten Gesichtspunkten die Berechtigung des Ersatzanspruchs neu zu prüfen haben.

Das Urteil ist deshalb hier insoweit aufzuheben als der Beklagte wegen des Mietausfalls in den Jahren 1963 bis 1965 zur Zahlung von 5.400 DM verurteilt worden ist.

c) Der Beklagte hatte vorgetragen, bei der Berechnung des Schadens des Klägers durch Mietausfall müsse berücksichtigt werden, daß dieser dadurch, daß das Haus 5 Jahre lang nicht bewohnt worden sei, Grundsteuern, Gebühren für Kunalbenutzung, Müllabfuhr, Wassergeld und Kaminkehrer erspart habe.

Das Berufungsgericht hat diese Einwendung mit der Begründung zurückgewiesen, daß die Gebühren nach dem Mietvertrag als "ortsüblich" von dem Untermieter Gogler anteilmäßig hätten getragen werden müssen.

Die hiergegen gerichtete Rüge des Beklagten kann schon deshalb keinen Erfolg haben, weil er die Einwendung des Vorteilsausgleichs nicht hinreichend substantiiert hat. Hierfür hätte es ebenso wie bei der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs einer genauen Darlegung der behaupteten Vorteile nach Grund und Höhe bedurft. Die im Schriftsatz des Beklagten vom 19. Januar 1965 S. 11 enthaltene allgemeine Bemerkung, der Kläger habe diese Gebühren erspart, wird dieser Anforderung nicht gerecht.

4.) Ersatz der Kosten des Privatgutachtens Arzt:

Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Kläger dieses Gutachten eingeholt hat, um entscheiden zu können, ob er weiterbauen könne oder nicht. Deshalb fielen die Kosten hierfür unter den Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB.

Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

Der Kläger konnte bei Klageerhebung nicht mit Sicherheit damit rechnen, daß diese Kosten später im Festsetzungsverfahren berücksichtigt würden. Unter diesen Umständen kann, insbesondere auch im Hinblick auf eine etwa drohende Verjährung, ein Rechtsschutzbedürfnis, diesen Anspruch als selbständigen Schadensposten geltend zu machen, nicht verneint werden.

IV.

Das angefochtene Urteil ist deshalb im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als der Beklagte zur Zahlung von 2.000 DM (Nachbesserungskosten) und 5.400 DM (Mietausfall) = 7.400 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist. In diesem Umfang ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Im übrigen ist die Revision zurückzuweisen.

Da der Beklagte mit seiner Revision zu mehr als 2/3 seiner Beschwer keinen Erfolg gehabt hat, sind ihm 2/3 der Kosten der Revision aufzuerlegen (§§ 97, 92 ZPO). Über das restliche Drittel wird das Berufungsgericht zu befinden haben.

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Meyer

Vogt