

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 153/70

URTEIL

Verkündet am

20. Januar 1972

■, ■,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 1) der D ■■■ V ■■■ -K ■■■ -B ■■■ Aktiengesellschaft in
F ■■■ /M ■■■, U ■■■ kai ■■■, vertreten durch die
Vorstandsmitglieder Ministerialdirektor Alois M ■■■ und
Ministerialrat Dr. Heinz Dietrich K ■■■, beide in
F ■■■ /M ■■■,

Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von ■■■ -

- 2) des Architekten Max J ■■■ in E ■■■, J ■■■ str. ■■■,
Streithelfers der Klägerin und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. ■■■
und Dr. ■■■ -

gegen

den Tiefbauunternehmer Robert L ■■■, L ■■■ bei
W ■■■ /H ■■■,

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■■■ -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Januar 1972 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Erbel, Dr. Vogt, Dr. Finke und Meise

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Klägerin und des Streithelfers Jensen wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 17. August 1970 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionen, an den 12. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ließ im Jahre 1964 an der Langenlohe in Elmshorn ein Wohnhaus bauen. Um die Tragfähigkeit des Bodens zu ermitteln, hatte der Geologe Dr. G. ein Gutachten für das gesamte Baugelände erstattet, auf dem 7 Reihen- und 4 Einzelhäuser, darunter das der Klägerin, gebaut wurden. Das Gutachten ergab, daß eine Pfahlgründung erforderlich war. Nach dem vom Architekten J. für das Haus der Klägerin erstellten Leistungsverzeichnis waren 19 Rammpfähle von 9 m Länge zu spitzen, zu liefern und ge-

mäß Rammplan, DIN und VOB zu rammen; für jeden Pfahl war das Rammprotokoll vorzulegen. Die Rammarbeiten für sämtliche Häuser wurden dem Beklagten übertragen.

Kurz vor der Vollendung des Hauses zeigten sich Setzungserscheinungen. Die eingerammten Pfähle hatten nicht die tragfähige Geschiebemergelschicht erreicht. Das Haus begann sich um eine west-östliche Achse zur Seite zu drehen. Risse in den Wänden, schiefe Fußböden und Wände, schlecht schließende Fenster und Türen u.a. waren die Folgen.

Die Klägerin hat 111.749,21 DM nebst Zinsen als Schadensersatz eingeklagt und beantragt festzustellen, daß der Beklagte jeden infolge der mangelhaften Pfahlgründung am Hause noch entstehenden Schaden zu ersetzen habe.

Die Klägerin hat dem Architekten J. [REDACTED] und der Schleswig-Holsteinischen Landesbrandkasse als dessen Bauwesenversicherer den Streit verkündet. Beide sind dem Rechtsstreit als Streithelfer der Klägerin beigetreten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Die Klägerin und ihr Streithelfer Architekt J. [REDACTED] verfolgen mit ihren Revisionen die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche weiter. Der Beklagte beantragt, die Revisionen zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht (S. 22) entnimmt dem vom Architekten erstellten Leistungsverzeichnis (an Hand dessen der Beklagte sein Angebot abgegeben hat) sowie dem hierauf Bezug nehmenden Bauvertrag in Verbindung mit den darin vereinbarten Allgemeinen Vertragsbedingungen, daß das Einrammen der neunzehn 9 m langen Holzpfähle den anerkannten Regeln der Technik zu entsprechen hatte (§ 13 Ziff. 1 VOB (B)). Nach DIN 1054 Ziff. 5.112 sind schwebende Pfahlgründungen nach Möglichkeit zu vermeiden; die Pfähle müssen nach Ziff. 5.25 ausreichend tief im tragfähigen Boden stehen.

1. Das Berufungsgericht stellt fest (BU S. 24), daß das Werk des Beklagten mangelhaft ist (§ 13 Nr. 1 VOB (B)), weil die Pfähle nicht den tragfähigen Geschiebemergel erreicht haben und deshalb statt einer stehenden nur eine schwebende Gründung des Hauses erzielt worden ist, was zu den Setzungserscheinungen geführt hat.

2. Der Architekt hatte auf Grund der Bodenuntersuchungen des Geologen Dr. G. [REDACTED] und der statischen Berechnung (BU S. 28 unten) die Länge der Pfähle im Leistungsverzeichnis angegeben. Daß die Pfähle keinen tragfähigen Grund erreicht haben, ist somit auf die Leistungsbeschreibung zurückzuführen (BU S. 24). Der Beklagte ist deshalb nach § 13 Ziff. 3 VOB (B) von der Gewährleistung für den Mangel frei, außer wenn er die ihm nach § 4 Ziff. 3 obliegende Mitteilung über zu befürchtende Mängel unterlassen hat (BU S. 28).

3. Für den Architekten Jensen hatte dessen Angestellter Bauingenieur Bormeister am 16. September 1968 mit dem Prokuristen des Beklagten, dem Dipl. Ing. Gö■■■■, an Hand des geologischen Gutachtens die Rammarbeiten besprochen. Beide hatten erkannt, daß die von Dr. Gehrke durchgeführten Bohrungen nicht den sicheren Schluß rechtfertigten, die 9 m langen Pfähle würden in tragfähigen Geschiebemergel eindringen (BU S. 30/31). Das Berufungsgericht (S. 31) entnimmt ihren Bekundungen, daß sie sich jedoch darüber einig wurden, die 9 m langen Pfähle würden deshalb ausreichen, weil man bei den anderen Grundstücken mit 7 m langen Pfählen zufriedenstellend gearbeitet hatte und weil man bei den letzten Hitzten (eine Hitze sind jeweils 10 Rammschläge) "im schlimmsten Falle" merken würde, wenn die Pfähle nicht in tragfähigem Grund ständen. Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß der Beklagte keine Mitteilungspflicht verletzt habe (BU S. 29), weil sein Dipl. Ing. Gö■■■■ die Bedenken mit dem für den Architekten Jensen handelnden Bauingenieur Bormeister besprochen, dieser also die Bedenken gekannt habe (BU S. 33). Daß Gö■■■■ die Bedenken nicht schriftlich mitgeteilt habe, sei unerheblich; der Bauunternehmer könne zu seiner Entlastung dem Bauherrn auch eine mündliche Mitteilung entgegenhalten (§ 254 BGB).

Mit diesen Ausführungen wird das Berufungsgericht dem von ihm festgestellten Sachverhalt nicht gerecht.

a) Um dem erforderlichen Hinweis des Auftragnehmers auf bestehende Bedenken gegen die vom Auftraggeber vorge-sehene Ausführung das notwendige Gewicht zu verleihen, schreibt § 4 Nr. 3 VOB (B) die Schriftform vor. Diese hat der Beklagte nicht gewahrt.

Als der Bauingenieur Bormeister und der Dipl. Ing. Götze sich entschlossen, 9 m lange Pfähle einzurammen, wußten sie jedoch auf Grund des geologischen Gutachtens, daß es nicht sicher war, ob die Pfähle den tragfähigen Geschiebemergel erreichen würden. Beide fachkundigen Vertreter gingen insofern gleichermaßen bewußt ein Risiko ein in der Hoffnung, daß 9 m lange Pfähle ausreichen würden. Dieses gegebene Risiko eines Mißerfolgs haben somit die Parteien in ihre vertraglichen Beziehungen eingeschlossen. Aus diesem Grunde bestand in der Tat keine zusätzliche Mitteilungspflicht des Beklagten mehr. Den Auftraggeber unmittelbar - wie das nach § 4 Ziff. 3 VOB (B) unter Umständen geboten sein kann - schriftlich auf dieses Bedenken hinzuweisen und ihn entscheiden zu lassen, hatte der Beklagte schon deshalb keinen Anlaß, weil damals noch der Architekt J. [REDACTED] für den noch nicht feststehenden Bauherrn die Rammarbeiten durchführen ließ (BU S. 2, 21).

b) Der Prokurist des Beklagten, der Dipl. Ing. Gö[REDACTED], hat jedoch bei der Besprechung mit dem Bauingenieur Bormeister auch erklärt, man werde es schlimmstenfalls bei den letzten Hitzten merken, falls die Rammpfähle nicht im tragfähigen Grunde ständen (BU S. 34 Mitte, 35 unten). Dieser Erklärung mißt das Berufungsgericht, was die Revision der Klägerin mit Recht rügt, nicht die ihr zukommende Bedeutung bei.

aa) Es stellt fest, die Pfähle hätten 17 m lang sein müssen, um eine sichere Gründung zu erreichen (BU S. 31). Es folgt dem Sachverständigen Dr. R. [REDACTED], aus den Beobachtungen während des Rammens sei kein sicherer Schluß darauf zu ziehen gewesen, daß die Pfähle

fest genug saßen. Sie hätten möglicherweise wegen des Reibungswiderstandes oder weil ihre Spitzen am Schluß der Rammung in eine dichte Zwischenschicht gerieten, nur den Anschein erweckt, genügend fest gefahren zu sein.

bb) Daß aus den letzten Hitzten nicht mit Sicherheit geschlossen werden konnte, ob die Pfähle festen Grund erreicht hatten, hat der Beklagte selbst in seinen Schriftsätzen vom 18. Oktober 1966, S. 7/8 unter Hinweis auf DIN 1054 Ziff. 5.342 Abs. 2 dargelegt. Auch der Sachverständige Prof. Dr. L. [REDACTED] hat dies in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 6. Februar 1967 S. 3 ausgeführt, und die Klägerin hat sich im Schriftsatz vom 10. März 1967, S. 2 hierauf berufen. Demgemäß hat das Landgericht in seinem Urteil S. 32 darauf hingewiesen, daß nach DIN 1054 Ziff. 5.342 Abs. 2 das Erreichen von zulässigen Eindringtiefen bei den letzten drei Hitzten allein nicht beweise, daß die Pfahlspitzen den tragfähigen Baugrund erreicht haben und daß sich darunter keine nachgiebige Schichten mehr befinden.

cc) Mit der somit nicht gerechtfertigten Erklärung des Dipl. Ing. Gö. [REDACTED], man werde schlimmstenfalls bei den letzten Hitzten merken, falls die Pfähle nicht in tragfähigem Grund ständen, hat der Beklagte, der diese Erklärung gegen sich gelten lassen muß, es unterlassen darauf hinzuweisen, daß beim Einrammen nicht mit Sicherheit festgestellt werden konnte, ob tragfähiger Grund erreicht wurde. Er hat darüber hinaus sogar die Bedenken des Bauingenieurs B. [REDACTED] zumindest teilweise ausgeräumt.

c) Schon im Hinblick auf die vom Berufungsgericht nicht ausreichend gewertete Erklärung des Vertreters des Beklagten, muß das angefochtene Urteil auf die Revisionen der Klägerin und ihres Streithelfers Jensen aufgehoben werden. Es bleibt zu prüfen, ob und inwieweit der Beklagte trotz des an sich auf der Leistungsbeschreibung des Architekten beruhenden und deshalb zu Lasten der Klägerin gehenden Mangels der Pfahlgründung gemäß § 13 Ziff. 3 VOB (B) von der Gewährleistung deshalb nicht frei ist, weil die ausgeführte Erklärung seines Dipl. Ing. Götze nicht gerechtfertigt war.

II.

Der Beklagte haftet auch dann, wenn bei der Durchführung der Rammarbeiten erkannt wurde oder hätte erkannt werden können, daß die Pfähle keinen tragfähigen Boden erreichten.

1. Wie vorstehend ausgeführt, kann den Rammwiderständen während der letzten Hitzten nicht mit Sicherheit entnommen werden, daß die Pfahlspitzen tragfähigen Grund erreicht haben. Wohl aber kann ein nur geringer Widerstand während der letzten Hitzten ergeben, daß der Pfahl noch nicht in tragfähige Bodenschichten eingedrungen ist.

2. Ausweislich des Leistungsverzeichnisses hatte der Beklagte für jeden Pfahl das Rammprotokoll vorzulegen. Er hat jedoch nur für den ersten Pfahl ein Protokoll erstellt und den Architekten im Begleitschreiben zur Rechnung vom 31. Oktober 1963 darauf hingewiesen,

daß dieses Rammprotokoll "stellvertretend für alle übrigen 18 Pfähle, die sich unter der Ramme völlig gleich verhielten", gelte.

3. Das Haus hat sich um eine west-östliche Achse zur Seite gedreht (BU S. 5). Das kann dafür sprechen, daß die 19 Pfähle in Schichten von unterschiedlicher Tragfähigkeit eingerammt worden sind und daß demgemäß entgegen der Behauptung des Beklagten die Pfähle unterschiedliche Rammwiderstände gezeigt haben.

4. Das Berufungsgericht (S. 40) läßt dahingestellt, ob den Zeugen Gö[REDACTED] und L[REDACTED] geglaubt werden kann, 18 Pfähle hätten sich beim Einrammen genau so verhalten wie der erste Pfahl, über den die beiden Zeugen ein Rammprotokoll aufgenommen haben. Die Klägerin habe, so führt es aus, jedenfalls nicht bewiesen, daß dem Beklagten während der Rammarbeiten hinsichtlich der erstrebten stehenden Gründung Bedenken hätten kommen müssen. An der Beweislast der Klägerin ändere nichts, daß über 18 Pfähle keine Protokolle erstellt wurden und auch das Notizbuch des Rammführers L[REDACTED] mit dessen Aufzeichnungen über die Rammarbeiten nicht mehr vorhanden sei.

Auch darin kann dem Berufungsgericht nicht gefolgt werden.

a) Die schon in DIN 1054 Ziff. 5.343 niedergelegte Verpflichtung, bei jeder Gründung mit Rammpfählen für die letzten drei Hitzen von je 10 Schlägen das Ziehen (= Eindringen) der Pfähle zu messen und die Schlagarbeit "festzustellen", ist zusätzlich im Leistungsverzeichnis aufgeführt. Dort ist sogar vorgesehen,

7

daß ein "Rammprotokoll" aufzunehmen ist. Der Beklagte selbst versteht die Verpflichtung, ein Rammprotokoll aufzunehmen, dahin, daß nicht nur die Wirkung der letzten drei Hitzten, sondern das Verhalten des Pfahls vom ersten Rammschlag an festgehalten werden sollte (sog. "Großes Protokoll"; BU S. 12).

b) Das Berufungsgericht führt zutreffend aus (BU S. 40 unten), daß durch das Rammprotokoll für späterhin der Rammvorgang eindeutig festgelegt werden sollte. Das Protokoll erleichtert dem Auftraggeber die Beweisführung, falls der Unternehmer die Arbeiten nicht fachgerecht ausgeführt hat. Nimmt der Auftragnehmer kein Protokoll auf, so erschwert er dem Auftraggeber gegebenenfalls die Beweisführung und handelt vertragswidrig. Auch eine fahrlässige Vereitelung oder Erschwerung der Beweisführung führt zur Umkehr der Beweislast (RGZ 105, 255, 259; BGH LM § 282 ZPO Nr. 2). Der vorliegende Fall ist insofern nicht anders zu behandeln als wenn ein Arzt vorgeschriebene Aufzeichnungen über ein Krankheitsbild unterlassen hat (RG HRR 35, 1009). Hier hat der Beklagte eine vertraglich übernommene Beweissicherung nicht vorgenommen.

c) Die für jeden Pfahl vereinbarten Protokolle erhielten für die Beweisführung sogar verstärkte Bedeutung durch die Erklärung des Dipl. Ing. Gö■■■■, bei den letzten Hitzten könne festgestellt werden, ob die Pfähle tragfähigen Boden erreichten.

d) Daß der Architekt bei den Rammarbeiten für die anderen Häuser sich jeweils mit einem Protokoll für einen Pfahl begnügt hatte und dem Schreiben des Beklagten

vom 31. Oktober 1963, das Protokoll über einen Pfahl solle zugleich für die anderen Pfähle gelten, nicht widersprochen hat (BU S. 42) kann einer Umkehr der Beweislast zuungunsten des Beklagten nicht entgegenstehen. Bei den Rammarbeiten für das Haus der Klägerin kam Protokollen über das Verhalten eines jeden Pfahles wegen des gerade hier eingegangenen Risikos besondere Bedeutung zu. Ein Widerspruch des Architekten gegen das Schreiben vom 31. Oktober 1963 hätte nur zur Erstellung nachträglich angefertigter Protokolle führen können, denen die nach DIN 1054 und dem Vertrag der Parteien gewollte Beweiskraft nicht zukommen könnte.

III.

Das angefochtene Urteil ist somit auf die Revisionen des Beklagten und seines Streithelfers aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat hat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Glanzmann

Erbel

Vogt

Finke

Meise