

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 154/69

URTEIL

Verkündet am

14. Mai 1970

Horn,

Justizhauptsekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma Heinrich W [REDACTED], Bauunternehmung,
W [REDACTED]-E [REDACTED], G [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagten, Beru-
fungsbeklagten und Revisions-
klägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Firma Heinrich B [REDACTED], Spedition,
Inhaberin Frau Ottilie B [REDACTED], W [REDACTED]-E [REDACTED],
J [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin, Beru-
fungsklägerin und Revisions-
beklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Mai 1970 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Pinke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 11. April 1969 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Widerklage stattgegeben worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die außergerichtlichen Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Für das Revisionsverfahren werden Gerichtskosten nicht erhoben.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Wegen des Sachverhalts wird auf das Revisionsurteil des erkennenden Senats vom 14. März 1968 - VII ZR 77/65 - verwiesen. Die Klage ist nicht mehr im Streit.

- 3 -

Das Berufungsgericht hat die Widerklage bis auf einen Betrag von 3.000 DM dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und dem mit ihr gestellten Feststellungsbegehren teilweise entsprochen.

Die Klägerin verfolgt mit der Revision ihren Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

1. Verjährung:

Das Berufungsgericht sieht es als nicht erwiesen an, daß die Parteien für die Regelung ihrer vertraglichen Beziehungen die Geltung der VOB vereinbart haben.

Insoweit läßt das Urteil keinen Rechtsfehler erkennen.

a) Soweit sich die Klägerin hierzu auf ein gerichtliches Geständnis der Beklagten berufen hatte, ist das bereits im ersten Revisionsurteil vom 14. März 1968 verneint worden. Das Berufungsgericht ist dem gefolgt. Die Klägerin hat hierzu keine Rüge erhoben.

b) Unstreitig ist die Geltung der VOB nicht schriftlich vereinbart worden.



c) Das Berufungsgericht sieht auch als nicht erwiesen an, daß sie bei Vergabung des Bauauftrags mündlich oder stillschweigend vereinbart worden sei. Es stützt seine Auffassung dabei auch u.a. auf das Ergebnis der Beweisaufnahme in der letzten mündlichen Verhandlung vom 11. April 1969, in der 4 Zeugen vernommen wurden.

Hierzu rügt die Klägerin, das Berufungsgericht hätte das Ergebnis dieser Beweisaufnahme bei seiner Entscheidung nicht verwenden dürfen. Wie das Protokoll vom 11. April 1969 S. 5 unwiderleglich beweise, sei entgegen der Vorschrift des § 285 Abs. 1 ZPO über das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht mehr verhandelt worden.

Diese Rüge ist nicht begründet. Das Protokoll enthält zwar über eine solche Verhandlung nichts; es bringt nach der Niederschrift der Zeugenaussagen sofort die Protokollierung der Urteilsverkündung. Es kann dahingestellt bleiben, ob die mündliche Verhandlung der Parteien zwischen Beweisaufnahme und Urteilsverkündung zu den gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 2 ZPO in das Protokoll aufzunehmenden Förmlichkeiten gehört, das Protokoll also insoweit die unwiderlegbare Vermutung der Richtigkeit für sich hat (§ 164 ZPO). Denn ein etwaiger Verfahrensverstoß gegen § 285 Abs. 1 ZPO müßte im vorliegenden Fall gemäß § 295 ZPO als geheilt angesehen werden. Nach dem Protokoll war die Klägerin bis zum Ende der mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme durch ihren Prozeßbevollmächtigten vertreten. Dieser hatte daher die Möglichkeit, zu der Beweisaufnahme noch Stellung

zu nehmen. Wenn er das nicht getan hat, so hat die Klägerin damit ihr Rügerecht verloren.

Anders würde es sich verhalten, wenn das Gericht der Klägerin das rechtliche Gehör versagt hätte, ihrem Prozeßbevollmächtigten also etwa das Wort abgeschnitten oder in anderer Weise die Möglichkeit genommen hätte, sich noch zu äußern. Dafür geben aber weder das Protokoll noch der Vortrag der Klägerin in ihrer Revisionsbegründung einen Anhaltspunkt.

d) Was die Klägerin im übrigen zur Frage der Geltung der VOB in ihrer Revisionsbegründung vorgetragen hat, richtet sich in unzulässiger Weise gegen die rechtsfehlerfreie Beweiswürdigung des Berufungsgerichts.

e) Das Berufungsgericht ist somit ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, daß für die mit der Widerklage erhobenen Ansprüche die 5 jährige Verjährungsfrist des § 638 BGB gilt mit der von der Klägerin jetzt nicht mehr in Frage gestellten Folge, daß der Anspruch der Beklagten dann noch nicht verjährt ist.

2. In der Sache selbst hat das Berufungsgericht die mit der Widerklage erhobenen Ansprüche (abgesehen von einem nicht mehr im Streit stehenden Betrag von 3.000 DM) dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und dem mit der Widerklage gestellten Feststellungsbegehren im wesentlichen entsprochen.

a) Es führt dazu aus, es habe bereits in seinem ersten Urteil vom 31. März 1965 auf Grund umfangreicher

Beweisaufnahme zu dem seiner Zeit hilfsweise geltendgemachten Minderungsbegehren der Beklagten festgestellt, daß die Werkarbeiten der Klägerin infolge Verwendung eines Betons unzureichender Qualität mit erheblichen Mängeln behaftet gewesen seien. Insoweit sei das Urteil durch das Revisionsurteil vom 14. März 1969 nicht aufgehoben worden. Es bestehe daher weder Veranlassung noch Möglichkeit, erneut in eine von der Klägerin beantragte Beweisaufnahme über die von der Beklagten behauptete Mangelhaftigkeit des Bauwerks einzutreten. Das neue Berufungsverfahren dürfe nicht zu einer Verschlechterung der Position der Beklagten führen, da nur diese Revision eingelegt habe.

Das wird von der Klägerin mit Recht gerügt. Die Bindungswirkung des § 318 ZPO erstreckt sich nur auf die Entscheidung selbst - hier also die Abweisung der Klage -, nicht aber auf die tatsächlichen Feststellungen. Der erkennende Senat hatte auf die Revision der Beklagten mit seinem Urteil vom 14. März 1968 das Berufungsurteil zur Widerklage (die hier noch allein im Streit steht) voll aufgehoben. Das hatte zur Folge, daß die Sache neu zu verhandeln, bereits erhobene Beweise neu zu würdigen und neue Tatsachen und Beweisanträge zu berücksichtigen waren. Gebunden war das Berufungsgericht nur an die Rechtsansicht des Revisionsgerichts, die der Aufhebung des ersten Berufungsurteils unmittelbar zugrunde lag; auch hieraus ergibt sich keine Bindung an Tatsachenfeststellungen (§ 565 Abs. 2 ZPO; BGHZ 3, 321).

Das Berufungsgericht hätte sich daher mit dem gesamten Vortrag der Klägerin und auch ihrem Antrag auf Einholung eines "Obergutachtens" setzen müssen.

b) Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin habe die Mängelbeseitigung verweigert (BU S. 19), ist nicht zu beanstanden. Entgegen ihrer mit der Revisionsbegründung aufgestellten Behauptung, hat die Beklagte spätestens in ihrem Schriftsatz vom 24. Oktober 1958 der Klägerin ausdrücklich eine Frist von 2 Monaten zur Beseitigung der Mängel gestellt. Dieser Aufforderung ist die Klägerin unstreitig nicht nachgekommen. Es läßt sich ihren in der Revisionsbegründung angeführten Schriftsätzen vom 7. Dezember 1962 S. 8 und vom 30. Dezember 1968 S. 12 auch nicht entnehmen, daß sie sich bereit erklärt hat, die Mängel zu beseitigen.

c) Die Klägerin rügt schließlich noch, daß das Berufungsgericht hinsichtlich der Aufsichtspflicht des Architekten ein Mitverschulden der Beklagten verneint hat.

Die Rüge ist nicht begründet.

Ein Unternehmer, der mangelhaft arbeitet, kann sich in der Regel nicht darauf berufen, daß er nicht genügend beaufsichtigt worden sei (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 22. April 1965 - VII ZR 237/62 - S. 8). Ein anderes könnte nur dann gelten, wenn der Aufsichtsführende kraft einer besseren, von dem Unternehmer nicht zu erwartenden Sachkunde die Mangelhaftigkeit allein oder jedenfalls leichter feststellen konnte als dieser. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Die Herstellung einer richtigen Betonmischung ist eine Arbeit, die jedem Unternehmer vertraut sein muß.

Die Entscheidung, ob die Beklagte sonst ein Mitverschulden trifft wegen falscher Planung durch ihren Architekten bezüglich der Verschleißschicht und wegen einer Vertiefung der Schäden durch Befahren der Decke mit ungeeigneten Fahrzeugen oder wegen zu früher Belastung der Decke, hat das Berufungsgericht dem Bettragsverfahren überlassen. Das war zulässig (BGHZ 1, 34, 36).

3. Das angefochtene Urteil ist daher aus den zu 2 a) angeführten Gründen aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Der Senat hat von seiner Befugnis Gebrauch gemacht,
gemäß § 7 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GKG anzuordnen, daß für
das Revisionsverfahren keine Gerichtskosten erhoben
werden.

Glanzmann

Rietschel

Bundesrichter Erbel
hat seinen Urlaub
angetreten und kann
deshalb nicht unter
schreiben.

Glanzmann

Vogt

Finke