

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 155/63

URTEIL

Verkündet am

18. Januar 1965

Pohl,

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma J [REDACTED] & Co, Inh. W. M [REDACTED], Braunternehmung,
B [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin, Be-
rufungsbeklagte und Revisionsklä-
gerin

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Kraftfahrzeugmeister Alfred P [REDACTED], B [REDACTED],
B [REDACTED]weg [REDACTED],

2. dessen Ehefrau Martha P [REDACTED], B [REDACTED], B [REDACTED]weg
[REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte, Be-
rufungskläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] - .

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Januar 1965 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Braunschweig vom 25. April 1963 wird zurückgewiesen, soweit das Berufungsgericht die Klage gegen die Ehefrau in vollem Umfang und gegen den Ehemann wegen eines Teilbetrags von 5.000 DM nebst Zinsen abgewiesen und über die Kosten des Rechtsstreits entschieden hat.

Im übrigen wird das Teilurteil aufgehoben und der Ehemann verurteilt, 180 DM an die Volksbank B [REDACTED] eGmbH zu zahlen Zug um Zug gegen Erneuerung des Verputzes an dem Torpfeiler durch die Klägerin.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat auf Grund eines schriftlichen Auftrags vom 8. Juli 1959 auf dem Grundstück der verklagten Eheleute in B [REDACTED], B [REDACTED] weg [REDACTED] ein Mehrfamilienhaus erbaut.

Am 17. August 1960 teilte der mit der Bauleitung beauftragte Architekt E [REDACTED] der Klägerin mit, der Bau sei am 1. Juli 1960 ordnungsgemäß abgenommen worden; da-

mit habe die Gewährleistung der Klägerin begonnen und sie
ende am 30. Juni 1962.

Bei einer am 16. September 1960 durchgeführten Besich-
tigung des Hauses festgestellte Mängel, die der Architekt
Ewald der Klägerin mit Schreiben vom 20. September 1960 be-
kannt gab, ließ diese beseitigen.

Mit Schreiben vom 14. Juli 1961 teilte der Architekt
Ewald der Klägerin mit, ihre Restforderung mache unter Ein-
schluß der einbehaltenen Garantiesumme von 5.400 DM noch
13.916,24 DM aus. Diesen Betrag nebst Zinsen hat die Klä-
gerin eingeklagt.

Die Beklagten haben Klagabweisung beantragt, weil der
Bau weitere Mängel aufweise, deren Beseitigung 14.197,88 DM
kosten werde. Diese Mängel hätten sich erst bei einer er-
neuten Besichtigung am 24. September 1961 herausgestellt.

Das Landgericht hat die Beklagten als Gesamtschuldner
verurteilt, an die Volksbank Braunschweig eGmbH gemäß einer
Abtretung der Klägerin 5.446,24 DM nebst Zinsen zu zahlen;
die weitergehende Klage hat es abgewiesen.

Die Beklagten haben mit ihrer Berufung die volle Ab-
weisung der Klage erstrebt. Die verklagte Ehefrau hat im
Berufungsverfahren auch bestritten, ihrerseits den Bauauf-
trag erteilt zu haben. Die Klägerin hat ebenfalls Berufung
eingelegt, soweit das Landgericht die Klage abgewiesen hat.

Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil die Klage
gegen die Ehefrau ganz, gegen den Ehemann in Höhe von 5.180 DM
nebst Zinsen abgewiesen.



Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin den Klagsanspruch, soweit das Oberlandesgericht darüber entschieden hat, gegen beide Beklagten weiter. Die Beklagten bitten, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Gegen die Zulässigkeit der Revision, soweit sie sich gegen den Ehemann richtet, bestehen keine Bedenken, obwohl die Beschwer des Klägers insoweit 6.000 DM nicht übersteigt (BGHZ 23, 333, 339).

I.

Der Kopf des Schreibens, mit dem der Klägerin am 8. Juli 1959 der Bauauftrag erteilt worden ist, enthält nur den Namen des verklagten Ehemanns. Der Auftrag ist auch nur von diesem unterschrieben. Das Schriftstück trägt ferner den mit Stempel und Unterschrift versehenen Vermerk der Klägerin: "Anerkannt, B [REDACTED], den 9.7.1959".

1. Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß demnach ein etwaiger Wille des Ehemanns, der Klägerin den Bauauftrag zugleich im Namen seiner anwesenden Ehefrau zu erteilen, in der Vertragsurkunde keinen Ausdruck gefunden hat. Das gilt umso mehr, als das Schreiben in der "Ich"-form abgefaßt ist.

Die Klägerin ist für ihre Behauptung, sie habe auch von der Ehefrau den Bauauftrag erhalten, beweispflichtig, denn sie will daraus ihren Vergütungsanspruch gegen diese herleiten. Hinzu kommt, worauf das Berufungsgericht verweist, daß ein schriftlicher Vertrag die Vermutung für sich hat, daß in ihm der maßgebende Vertragswille richtig und vollständig niedergelegt ist. Das muß auch dann gelten,

wenn von den beiden bei Vertragsschluß anwesenden Ehegatten nur der Name des einen in der Urkunde aufgenommen wird und nur dieser sie unterzeichnet. Dann ist ebenfalls zu vermuten, daß nur der unterzeichnende Ehegatte sich verpflichtet wollte.

2. Den Beweis, daß auch die verklagte Ehefrau den Bauauftrag erteilt habe, hält das Berufungsgericht nicht für geführt.

Die Revision meint demgegenüber, den gegebenen Umständen nach sei anzunehmen, daß die Ehefrau den Ehemann stillschweigend bevollmächtigt habe, den Bauauftrag auch in ihrem Namen zu erteilen; sie habe sich an den Finanzierungsverhandlungen beteiligt; sie sei Miteigentümerin des bebauten Grundstücks und deshalb könne ohne ihre Zustimmung das Grundstück nicht bebaut worden sein; bei der kurz zuvor erfolgten mündlichen Auftragserteilung sei sie anwesend gewesen und habe durch ihr Stillschweigen zu erkennen gegeben, daß sie damit einverstanden gewesen sei.

Es spricht jedoch nichts dafür, daß das Berufungsgericht diese von der Revision angeführten Umstände, auch soweit es im angefochtenen Urteil nicht ausdrücklich darauf eingeht, übersehen hätte. Sie zwingen nicht zu der Folgerung, die Ehefrau habe den Ehemann, sei es auch nur stillschweigend, ermächtigt, den Bauvertrag zugleich in ihrem Namen abzuschließen. Insbesondere folgt daraus nicht, daß der Ehemann über den Wortlaut der Urkunde hinaus den Vertrag auch tatsächlich im Namen seiner Ehefrau abgeschlossen hat.

a) Daß die Ehefrau bei der Aufnahme der Hypothekenkredite als Miteigentümerin des Grundstücks mitwirken mußte, hebt die Revision selbst hervor. Deswegen und weil sie als

Miteigentümerin auch mit der Bebauung des Grundstücks einverstanden war, muß sie nicht auch den Bauauftrag erteilt haben.

b) Zwar könnte die verklagte Ehefrau schon vor oder bei Abschluß des schriftlichen Bauvertrags persönlich oder durch ihren Ehemann der Klägerin mündlich den Bauauftrag erteilt haben. Daß sie eine dahingehende Behauptung in der Vorinstanz aufgestellt hätte, legt aber die Revision nicht dar.

In dem von ihr angeführten Schriftsatz vom 28. März 1963 hat die Klägerin behauptet, der Auftrag sei ihr schon vorher mündlich gegeben worden und dabei seien beide Beklagten zugegen gewesen; sie hat aber hinzugefügt, der Auftrag sei rein wörtlich genau so wie der schriftliche Auftrag von dem Ehemann erteilt worden.

Demnach ist also auch nicht mündlich, sei es von der Ehefrau selbst, sei es von ihrem Ehemann, der Klägerin erklärt worden, daß sie auch von der Ehefrau den Bauauftrag erhalte. Warum trotzdem unter den Beteiligten kein Zweifel bestanden haben soll, daß der Ehemann den Auftrag zugleich für seine anwesende Ehefrau erteile, hat die Klägerin nicht dargelegt. Das aber wäre im Hinblick auf den anders lautenden schriftlichen Vertrag erforderlich gewesen.

c) Daß der Architekt E. in dem von ihm entworfenen schriftlichen Auftrag deshalb nur den Ehemann als Auftraggeber aufgeführt habe, weil er von dem Miteigentum der Ehefrau am Baugrundstück keine Kenntnis gehabt habe, hat die Klägerin in den Vorinstanzen nicht behauptet. Aber auch wenn das so gewesen sein sollte, ergibt sich daraus nichts für einen Vertragsschluß zwischen der Klägerin und der verklagten Ehefrau. Eher würde dies für das Gegenteil sprechen; denn

wenn der Architekt von dem Miteigentum der Ehefrau nichts gewußt hat, wird er auch nicht den Willen gehabt haben, sie zu verpflichten.

d) Es kommt nicht nur, wie die Revision meint, auf das an, was die Ehefrau außerhalb der Urkunde gegenüber ihrem Ehemann erklärt hat, sondern namentlich auf die der Klägerin als Vertragsgegnerin gegenüber abgegebenen Erklärungen. Eine der Klägerin gegenüber abgegebene, die Ehefrau verpflichtende Erklärung ist aber nicht dargelegt.

II.

Das Landgericht hat von der Werklohnforderung der Klägerin 5.000 DM abgesetzt, weil Wände und Decken nicht rechtwinklig ausgeführt seien, und 180 DM für die notwendige Erneuerung des Putzes an einem Torpfeiler. Insoweit hat das Oberlandesgericht in seinem Teilurteil die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

1. Das Berufungsgericht stellt fest, fast alle von der Klägerin später eingezogenen Zwischenwände stünden nicht rechtwinklig; die Abweichungen betrügen bis zu 5 cm. Auch die Decken lägen nicht horizontal. Das stelle, namentlich wegen der Vielzahl der schief verlaufenden Wände und Decken, einen wesentlichen Mangel des Hauses dar, der dessen Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtige. Diese Mängel beruhten auf unsachgemäßer Arbeit der Klägerin. Der Schaden an dem Bauwerk bestehe in einer Wertminderung des Gebäudes, die gemäß § 287 ZPO mit 5.000 DM einzusetzen sei. Nach § 13 Ziff. 7 Abs. 1 VOB (B) habe die Klägerin diesen Schaden dem Beklagten zu ersetzen.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind nicht gerechtfertigt.

a) Im Schreiben vom 14. Juli 1961 an die Klägerin hat der Architekt E. [REDACTED] lediglich den Betrag der Schlußrechnung und die bis dahin vom Beklagten verlangten Abzüge einander gegenübergestellt. Ein Verzicht auf Ersatz für künftig sich zeigende Schäden ist ihm nicht zu entnehmen. Zudem ist auch nichts dafür dargetan, daß der Architekt vom Beklagten bevollmächtigt gewesen wäre, die Schlußrechnung anzuerkennen und auf Schadensersatz zu verzichten (BGH in NJW 1960, 859).

b) Schadensersatzansprüche brauchte sich der Beklagte bei der Abnahme des Bauwerks selbst dann nicht vorzubehalten, wenn er die Schäden - was nach dem Gutachten des Sachverständigen H. [REDACTED] (Bl. 5) nicht der Fall ist - schon damals erkannt gehabt hätte. § 640 Abs. 2 BGB erwähnt nämlich nur die in den §§ 633 und 634 BGB behandelten Ansprüche (RGZ 90, 18; BGH VII ZR 174/60 vom 29. Juni 1961 - WM 1961, 1109 -). § 12 VOB (B) macht hiervon keine Ausnahme (Ingenstau-Korbion VOB, 3. Aufl. § 12 Rz 10).

c) Ob der Beklagte, wie das Landgericht angenommen hat, der Klägerin eine Frist zur Beseitigung der Mängel gesetzt hat, ist nicht entscheidend, denn die Klägerin hat eine Nachbesserung im Rechtsstreit verweigert.

2. Der Verputz am Torpfeiler ist, wie das Berufungsgericht feststellt, abgefallen und muß erneuert werden. Die Kosten hierfür betragen 180 DM. die mangelhafte Ausführung des Verputzes hat sich erst nach der Abnahme des Hauses, aber noch vor Ablauf der Verjährungsfrist herausgestellt. Diese Feststellungen greift die Revision nicht an.

a) Zu Unrecht vermißt die Revision die Feststellung, daß der Beklagte die Klägerin gemäß § 13 Ziff. 5 Abs. 1 VOB (B)

schriftlich aufgefordert habe, den Mangel zu beseitigen. Das Landgericht hat diese schriftliche Aufforderung in dem Schriftsatz vom 4. November 1961 gesehen. Das ist unbedenklich, denn ihm war die von dem Architekten E. angefertigte Aufstellung über die am 24. September 1961 festgestellten weiteren Mängel, darunter auch an dem Torpfeiler beigelegt. Zudem hängt die Verpflichtung der Klägerin, den Mangel zu beseitigen, nicht von einem schriftlichen Verlangen des Beklagten ab. Die Bedeutung der Schriftform (§ 13 Ziff. 5 Abs. 1 VOB (B)) erschöpft sich darin, dem Besteller seinen Anspruch über den Ablauf der in § 13 Ziff. 4 VOB (B) bestimmten Verjährungsfrist hinaus zu erhalten (BGH NJW 1959, 142).

b) Dem Berufungsgericht ist darin zu folgen, daß dem Beklagten gegenüber der Klageforderung in Höhe von 180 DM ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, weil die Klägerin ihrer Verpflichtung zur Beseitigung des Mangels nicht nachgekommen ist (§ 320 BGB). Jedoch führt dieses Leistungsverweigerungsrecht nicht zur Abweisung der Klage in Höhe von 180 DM. Eine solche Abweisung wäre nur zulässig, wenn der Beklagte das Werk noch nicht abgenommen hätte. Nach der Abnahme, die hier erfolgt ist, ist der Klage Zug um Zug gegen Ausbesserung des Verputzes an dem Torpfeiler stattzugeben (BGHZ 26, 337, 339; VII ZR 204/60 vom 10. Mai 1962). Dementsprechend war das angefochtene Urteil abzuändern.

III.

Soweit der Beklagte wegen des Betrages von 180 DM insofern unterlegen ist, als er Zug um Zug zur Zahlung dieses Betrages zu verurteilt ist, treffen ihn nach § 92 Abs. 2 ZPO keine Kosten.

Nach § 97 ZPO hat die Klägerin die Kosten ihrer unbegründeten Revision zu tragen.

Heimann-Trosien

Erbel

Meyer

Vogt

Finke