

Verkündet am 9. Januar 1964
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. der Frau Hubertine P., A., K. str. ,
2. der Frau Maria K., A., J. str. ,
3. des Josef R., A., K. str. ,

Kläger, Berufungskläger, Berufungsbeklagter und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

den Architekten Franz S c h., A., W. str. ,

Beklagten, Berufungskläger, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 9. Januar 1964 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-
Trosien, Rietschel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des
3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom
9. April 1962 im Kostenpunkt und insoweit aufge-
hoben, als es die Kläger mit dem Anspruch auf
Zahlung von 7.469 DM nebst Zinsen abgewiesen hat.

In diesem Umfange wird die Sache zur neuen Ver-
handlung und Entscheidung, auch über die Kosten der
Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger sind Eigentümer des Grundstücks K[REDACTED]straße [REDACTED] in A[REDACTED]. Das darauf stehende Haus, das im Kriege zerstört worden war, ist in den Jahren 1954/55 wiederaufgebaut worden. Die Planungen sowie die örtliche Bauaufsicht für den Wiederaufbau übertrug der Malermeister Gottfried P[REDACTED] - der am 14. Januar 1955 verstorben ist - in Vollmacht der Kläger dem Beklagten für ein Honorar von 9.000 DM.

Der Beklagte beauftragte namens der Kläger den Bauunternehmer Friedrich G[REDACTED], den Bau zum Festpreis von 96.960 DM schlüsselfertig zu errichten. Dem Auftrag wurden die Bestimmungen der VOB zugrundegelegt.

Der Wiederaufbau war im Mai 1955 abgeschlossen, und das Haus wurde bezogen. Die vereinbarte Bausumme ist ausgezahlt worden.

Die Kläger haben behauptet, der Bau sei mangelhaft ausgeführt worden. Wegen der Mängel haben sie den Bauunternehmer G[REDACTED] und den Beklagten, dem sie Planungsfehler, unzureichende Beaufsichtigung der Bauarbeiten und unberechtigte Auszahlung von Baugeldern vorwerfen, auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Sie haben zunächst beantragt, den Bauunternehmer G[REDACTED] und den Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 15.000 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klage gegen den Bauunternehmer mit der Begründung abgewiesen, daß die Ansprüche gegen ihn nach den Bestimmungen der VOB verjährt seien. Das Teilurteil ist nicht rechtskräftig geworden; der Rechtsstreit gegen G[REDACTED] ist durch Konkurs unterbrochen worden; danach ist G[REDACTED] verstorben.

- 3 -

Durch Schlußurteil hat das Landgericht sodann den Beklagten zur Zahlung von 5 103 DM nebst Zinsen verurteilt und die weitergehende Klage gegen ihn abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Die Kläger haben im Berufungsverfahren außer dem vom Landgericht ihnen zugesprochenen Betrag weitere 4.104 DM, insgesamt also 9.207 DM nebst Zinsen verlangt.

Das Oberlandesgericht hat die Klage gegen den Beklagten in vollem Umfange abgewiesen.

Die Kläger verfolgen mit der Revision den Anspruch auf Zahlung von 9.207 DM nebst Zinsen weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht führt aus, der Bau sei nicht mit Fehlern behaftet, für die der Beklagte einzustehen habe. Das Haus sei zwar in manchen Einzelheiten unzweckmäßig geplant und gebaut worden. Solche Eigenschaften eines Hauses seien aber nicht unter allen Umständen Baumängel. Wenn sie die behördliche Baugenehmigung und Bauabnahme nicht unmöglich machten oder gefährdeten und zudem vom Bauherrn gebilligt oder in Kauf genommen würden, so beständen ihretwegen keine Ansprüche gegen den Architekten. Im vorliegenden Falle habe Gottfried P., der von den Klägern für den Wiederaufbau und alle damit zusammenhängenden Verhandlungen bevollmächtigt gewesen sei, alle Unzweckmäßigkeiten erkannt und in Kauf genommen, ja sogar gebilligt. Die Unzweckmäßigkeiten seien zum größten Teil so offenkundig, daß sie jedem, erst recht P., der Bauhandwerker (Malermeister) war, "auffallen mußten".



Die Revision hält diese Ausgangspunkte des Berufungsgerichts für falsch. Grundsätzlich ist dessen Standpunkt aber im Ergebnis nicht zu mißbilligen.

1. Allerdings ist nicht maßgebend, ob die Baubehörde das Baugesuch entsprechend dem vorgelegten Plan genehmigt und den Bau abgenommen hat. Die Baubehörde prüft den Plan und den ausgeführten Bau darauf, ob sie den im öffentlichen Interesse ergangenen Vorschriften genügen. Die Entscheidung der Behörde, daß diesen Vorschriften genügt sei, besagt noch nicht, daß das Bauwerk vertragsgemäß geplant und ausgeführt ist; es kann vielmehr trotz behördlicher Genehmigung und Abnahme Mängel aufweisen, die Ansprüche des Bauherrn gegen den Bauunternehmer oder gegen den Architekten begründen, das um so mehr, als die Baubehörde auch von ihr zu beachtende Fehler übersehen kann.

2. Es ist aber zu billigen, daß das Berufungsgericht Mängelansprüche gegen den Architekten versagt, sofern ein sachkundiger Bauherr - oder der für ihn handelnde sachkundige Vertreter - sich mit Plan und Ausführung einverstanden zeigt. Ob ein Werk, das ohne solches Einverständnis als mangelhaft angesehen werden müßte, nun kraft des Einverständnisses keine Fehler im Sinne des § 633 BGB hat, wie das Berufungsgericht anscheinend annimmt, kann dahin stehen. Jedenfalls kann dem Einverständnis die vom Berufungsgericht angenommene Rechtsfolge zukommen, sei es deshalb, weil in dem Einverständnis ein Verzicht auf Ansprüche erblickt wird, sei es, daß dem Bauherrn entgegenzuhalten ist, die Erhebung von Mängelansprüchen verstoße, nachdem er zuvor sich mit Plan und Ausführung einverstanden erklärt habe, gegen Treu und Glauben.

Der Verlust der Ansprüche auf diese Weise kann freilich nur dann eintreten, wenn der Bauherr Bedeutung und Tragweite des Mangels erkennt. Sonst darf der Architekt sich nicht damit zufrieden geben, daß der Bauherr Mängel hinnimmt, sondern muß ihn aufklären und belehren. Das Berufungsgericht berücksichtigt aber im vorliegenden Falle die besondere Sachkunde, die P. ■■■■■, der Vertreter der Bauherren, als Bauhandwerker hatte, und folgert aus ihr, daß er sich über die Bedeutung aller Mängel oder, um mit dem Berufungsgericht zu reden, aller "Unzweckmäßigkeiten und Unvollkommenheiten" klar war. Das wird für die meisten jetzt von den Klägern gerügten Fehler des Baus zutreffen. Ob es für alle Mängel einwandfrei festgestellt ist, ist fraglich. Es ist z.B. nicht ersichtlich, woran P. ■■■■■, wenn er auch im allgemeinen sachkundig war, die Fehlerhaftigkeit des Luftführungskanals erkannt haben soll. Die Revision vermißt auch noch bei weiteren Mängeln ausreichende Feststellungen darüber, daß P. ■■■■■ die Fehler erkannt (z.B. bei der Durchgangshöhe der Treppe) oder gebilligt hat (z.B. bei dem an der Giebelwand fehlenden Außenputz); was die Verkleidung der Waschküchendecke mit Holzfaserverplatten angeht, so behauptet die Revision, diese Arbeit sei überhaupt erst nach dem Tode P. ■■■■■ vorgenommen worden.

Jedoch braucht in diesem Rechtszuge nicht näher darauf eingegangen zu werden, ob das Berufungsgericht bei der Erörterung der einzelnen Mängel deren Billigung durch P. ■■■■■ in Kenntnis ihrer Bedeutung jeweils zu Recht angenommen hat.

II.

Auch wenn das zu bejahen ist, muß das Berufungsurteil zum größten Teil aufgehoben werden.

1. Es ist nämlich zu fragen, inwieweit sich der Beklagte überhaupt auf die Billigung durch den Bevollmächtigten P. ■■■■■,

dessen Gesamtverhalten im Berufungsurteil als befremdlich bezeichnet ist, verlassen durfte und ob er nicht die Bauherren selbst aufklären mußte. Das Berufungsgericht ist dieser Frage nachgegangen; die Antwort, die es auf sie gibt, trägt seine Entscheidung nicht.

2. Es stellt in diesem Zusammenhang fest: P. habe sich von dem Bauunternehmer G. dafür, daß dieser den Auftrag erhielt, eine "Provision" von rund 5.000 DM gewähren lassen. Infolge dieses Umstands sei P. in Abhängigkeit von dem Bauunternehmer geraten; er habe sich dessen Bestreben, mit möglichst wenig Kostenaufwand zu bauen, nicht widersetzen können und deshalb die unzweckmäßige Ausführung einzelner Bauarbeiten hingenommen.

P. hat durch dieses Verhalten, wie das Berufungsgericht weiter sagt, seine Vollmacht zum Nachteil der Kläger zu seiner persönlichen Bereicherung mißbraucht. Das Berufungsgericht prüft, ob der Beklagte nicht verpflichtet war, das Verhalten des P. den Klägern mitzuteilen und sie auf die möglichen schädlichen Folgen hinzuweisen. Es verneint diese Frage jedoch und führt zur Begründung an: Der Beklagte habe den Mißbrauch der Vollmacht erst erkennen können, als er von der Zahlung der 5.000 DM erfahren habe. Kenntnis hiervon habe er erst "gegen Ende der Bauarbeiten" erlangt. Vorher sei nicht zu erkennen gewesen, daß P. seine Vertrauensstellung mißbraucht habe. Sein Verhalten sei für den, der die Hintergründe nicht gekannt habe, mit einer Wahrnehmung der Interessen der Kläger im Rahmen der zur Verfügung stehenden knappen Baumittel noch vereinbar gewesen.

3. Dem ist entgegenzuhalten:

a) Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Knappheit der Baumittel das "befremdliche" Verhalten P. dem Beklagten verständlich gemacht haben soll. Wie die Revision

mit Recht bemerkt, schuldete der Bauunternehmer nach dem Bauvertrag, den der Beklagte selbst mit ihm abgeschlossen hatte, die vertragsgerechte Ausführung zum festen Preis von 96.960 DM. Andererseits konnten die Kläger eine Senkung dieses Preises nicht beanspruchen. Der Betrag stand zudem, wie sich aus dem Berufungsurteil ergibt, zur Verfügung und ist nach S. 3 BU voll ausgezahlt worden. Bei dieser Sachlage ist die Annahme des Berufungsgerichts nicht verständlich, der Beklagte habe in dem Verhalten des P. lediglich dessen Bestreben erblicken können, im Interesse der Kläger zu sparen.

b) Sobald der Beklagte von der Zahlung der 5.000 DM erfuhr, mußte ihm klar werden, daß P. gegen das Interesse der Kläger handelte, wenn er mangelhafte Arbeit billigte, und daß er seine Vollmacht im Einvernehmen mit dem Bauunternehmer zum Nachteil der Kläger mißbrauchte. Es war dann nicht nur die Pflicht des Beklagten, die Kläger zu unterrichten, sondern auch, den Bauunternehmer anzuhalten, das, was bereits mangelhaft ausgeführt war, noch nachzubessern; denn es war nun auch für den Beklagten offenbar geworden, daß der Bauunternehmer sich auf die Billigung durch P. nicht berufen konnte. Gegebenenfalls waren auch noch nicht ausgezahlte Baugelder einzubehalten (vgl. dazu unter III), um einen Druck auf den Bauunternehmer zur Beseitigung der Mängel auszuüben.

Möglicherweise wäre durch diese vom Beklagten zu treffenden Maßnahmen eine Schädigung der Kläger noch ganz oder zum Teil zu verhüten gewesen. Auszuschließen ist das nach dem Berufungsurteil jedenfalls nicht.

III.

Die Kläger werfen dem Beklagten weiter vor, er habe als treuhänderischer Verwalter der Baugelder die Bausumme

im Hinblick auf die Mängel nicht voll auszahlen dürfen, sondern 10 % der Rechnungsbeträge einbehalten müssen; mit Hilfe des einbehaltenen Betrags hätten dann die vorhandenen Mängel beseitigt werden können; jetzt aber könnten infolge des Verhaltens des Beklagten Ansprüche gegen den Bauunternehmer nicht mehr durchgesetzt werden, da dieser in Konkurs gefallen und ohne Hinterlassung von Vermögen gestorben sei.

Diesem Vorbringen der Kläger begegnet das Berufungsgericht zunächst mit der Erwägung, es sei nicht hinreichend dargetan, daß Schadensersatzansprüche gegen dritte Personen nicht realisiert werden könnten. Als Schadensersatzpflichtige kämen nicht nur der Bauunternehmer, sondern auch die Erben des P. in Betracht, weil dieser seine Vollmacht zum Nachteil der Kläger mißbraucht habe.

Diese Erwägung geht fehl. Wenn der Beklagte, was die Auszahlung der Baugelder angeht, schuldhaft gehandelt hat, brauchen sich die Kläger nicht auf ein Vorgehen gegen Gottfried P. verweisen zu lassen. Die Annahme, daß der Beklagte erst subsidiär nach den Erben des P. hafte, entbehrt einer rechtlichen Grundlage.

Das Berufungsgericht verneint jedoch weiter eine Rechtspflicht des Beklagten, 10 % der Rechnungssumme einzubehalten. Zur Begründung führt es an, begründeten Anlaß zur Einbehaltung habe der Beklagte nicht gehabt, weil er gesehen habe, daß alles, was auf der Baustelle geschehen sei, die Zustimmung des Bevollmächtigten der Kläger gefunden habe.

Diese Begründung reicht deshalb nicht aus, weil, wie unter II ausgeführt ist, die Zustimmung des Bevollmächtigten den Beklagten nicht schlechthin entlasten kann.

Daß sich aus dem Architektenvertrag eine Pflicht des Beklagten ergab, grundsätzlich einen Sicherungsbetrag bis

zur Behebung von Mängeln einzubehalten, scheint das Berufungsgericht zu unterstellen; die Verpflichtung wird jedenfalls im Berufungsurteil nicht verneint.

IV.

Aus den Gründen zu II und III ist das Berufungsurteil im wesentlichen aufzuheben. Eine Ausnahme gilt für die Ansprüche, die die Kläger aus der Undichtigkeit der Kaminzüge herleiten. Insoweit verneint das Berufungsgericht weder einen Mangel des Bauwerks noch stellt es auf eine Billigung des Mangels durch P. ab.

Es führt vielmehr aus: Aus der Tatsache, daß einige Kaminzüge undicht seien, könne nicht auf eine schlechte Bauaufsicht geschlossen werden. Der Schornsteinfegermeister P., der die Kamine während des Rechtsstreits untersucht habe, habe mit zwei Gehilfen 5 Stunden benötigt, um festzustellen, welche Züge undicht seien. Es handele sich um verborgene Mängel, die auch bei gehöriger Sorgfalt des bauleitenden Architekten unentdeckt bleiben könnten.

Diese Beurteilung läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

Die Revision wendet gegen sie ohne Erfolg ein, die Undichtigkeit sei doch so klar gewesen, daß die Mieter sie in ihren Wohnungen ohne weiteres festgestellt hätten. Das besagt nichts darüber, ob schon während der Ausführung ein Herstellungsmangel festgestellt werden konnte.

Die Beurteilung durch das Berufungsgericht kann auch nicht deshalb als fehlerhaft angesehen werden, weil es bemerkt, der bauleitende Architekt müsse sich darauf verlassen können, daß die Bauhandwerker sorgfältige Arbeit leisteten. Das Berufungsgericht will mit dieser Bemerkung nur seine Auffassung stützen, daß der Architekt nicht ständig an der

Baustelle zu sein brauche, sondern seiner Sorgfaltspflicht genüge, wenn er sich durch häufige Stichproben von der Art der Durchführung der Bauarbeiten überzeuge und für die Beseitigung von dabei entdeckten Mängeln Sorge. Gegen diese Auffassung ist nichts einzuwenden; das Berufungsgericht stellt insoweit keine zu geringen Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Architekten.

V.

Die Revision kann demnach keinen Erfolg haben, soweit es sich um die Ansprüche wegen der Undichtigkeit der Kaminzüge handelt. Im Berufungsverfahren haben die Kläger hierfür 1.738 DM beansprucht. Die Revision ist somit in Höhe dieses Betrages unbegründet. Im übrigen, d.h. im Betrage von $(9.207 - 1.738 =)$ 7.469 DM kann aber die Abweisung der Klage nicht bestätigt werden. Insoweit ist vielmehr die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Meyer

Finke