

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

des Bäckermeisters Eugen T [REDACTED] in M [REDACTED], W [REDACTED]
Straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Streithelfer: Bauingenieur Eduard K [REDACTED], M [REDACTED],
G [REDACTED]straße [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte 2. Instanz: Rechtsanwälte [REDACTED],
[REDACTED] und [REDACTED] in [REDACTED]

gegen

die Firma Baugeschäft August B [REDACTED] oHG in M [REDACTED]
[REDACTED], Am S [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

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 des Klägers wird das Urteil
des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm
vom 27. Juni 1962 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1953 beabsichtigte der Kläger, auf seinem Grundstück eine Großbäckerei mit 3 Öfen zu errichten. In seinem Auftrage fertigte der Architekt Sch[REDACTED] die Pläne und bereitete die Ausschreibung vor. Auf Grund dieser Unterlagen erteilte der Kläger den Erben des Bauunternehmers August B[REDACTED], an deren Stelle später die Beklagte getreten ist (im folgenden "die Beklagte"), den Auftrag, die Erd-, Maurer- und Betonarbeiten zu übernehmen; dazu gehörte insbesondere die Errichtung der Fundamente für die Backöfen und den Schornstein. Die Backöfen und den Schornstein selbst hatten andere Firmen zu erstellen.

Während der Ausführung der Arbeiten ergab sich die Notwendigkeit, den Schornstein an eine andere Stelle zu verlegen, als dies vorgesehen war; Pläne hierfür wurden nicht gefertigt. Auch die statische Berechnung für das ganze Vorhaben erfolgte erst, als die Arbeiten schon weit fortgeschritten waren.

Der Kläger ließ zunächst nur einen Backofen aufstellen. An diesem und an anderen Stellen des Gebäudes zeigten sich bald große Risse.

Der Kläger behauptet, die Beklagte habe die Arbeiten mangelhaft ausgeführt. Die Fundamente stünden nicht auf gewachsenem Boden, hätten eine zu geringe Stärke und enthielten eine unzureichende Betonmischung. Die Sockelmauer für den Kamin ruhe exzentrisch und überdies nur zum Teil auf der Fundamentplatte. Für die Beseitigung dieser Fehler sei ein Kostenaufwand von mindestens 50.000 DM zu erwarten. Die schlechten Fundamente seien nicht geeignet gewesen, die Last für die beiden weiteren geplanten Öfen zu tragen; um

- 3 -

das Leistungsvermögen der übrigen Einrichtung mit einem Ofen auszunutzen, hätten Überstunden geleistet werden müssen, für die er, der Kläger, bis zum 15. Oktober 1958 15.300,05 DM aufgewendet habe. Diese Beträge müsse die Beklagte ihm erstatten.

Er hat demgemäß beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 65.300,05 DM nebst Zinsen zu verurteilen sowie festzustellen, daß ihm die Beklagte allen weiteren Schaden zu ersetzen habe. Hilfsweise hat er gebeten, die Beklagte zur Beseitigung der Mängel zu verurteilen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat bestritten, sachwidrig gehandelt zu haben. Insbesondere hat sie geltend gemacht, daß sie die Arbeiten stets auf Anweisung oder mit ausdrücklicher Billigung des vom Kläger bestellten Architekten ausgeführt habe.

In einem Vorprozeß hatte sie ihre restliche Werklohnforderung von 8.500 DM eingeklagt, ist jedoch mit ihrer Klage abgewiesen worden, und zwar mit der Begründung, daß dem Kläger wegen der festgestellten Mängel ein Zurückbehaltungsrecht zustehe.

Das Landgericht hat die vorliegende Klage abgewiesen. Dieses Urteil hat das Oberlandesgericht bestätigt.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Ansprüche weiter. Die Beklagte bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Entscheidungsgründe:

A.

Das Oberlandesgericht stellt fest, daß die von der Beklagten geleisteten Arbeiten Fehler aufweisen; es meint aber, daß sie diese Mängel nicht zu vertreten habe.

Die Revision wendet sich dagegen mit der Begründung, daß der Unternehmer auf Erfüllung auch ohne Verschuldung haften muß.

Das liegt neben der Sache. Denn der Kläger kann hier nur noch eine Schadensersatzforderung geltend machen, die ein Verschulden der Beklagten voraussetzt.

Allerdings hat er seinen Anspruch auch auf den § 633 Abs. 3 BGB gestützt und ferner hilfsweise die Nachbesserung gemäß dem § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB verlangt. Diese Rechte stehen ihm aber, wie das Oberlandesgericht rechtlich zutreffend ausführt (S. 15 d. Urt.), gemäß dem § 634 Abs. 1 Satz 3, 2. Halbs. BGB nicht mehr zu. Mit Schreiben vom 18. Februar und 26. März 1954 hatte er der Beklagten bereits Fristen zur Erledigung der Arbeiten gesetzt; in seinem Schreiben vom 26. September 1957 hat er selbst den Standpunkt vertreten, daß er auf diese Weise den Erfüllungsanspruch verloren habe. Ob dies zutrifft, kann dahinstehen; denn das Schreiben des Klägers vom 23. November 1957 enthält eine neue Fristsetzung und nunmehr die unzweideutige Erklärung, daß er nach deren Ablauf eine weitere Tätigkeit der Beklagten ablehnen werde. Gemäß den §§ 634 und 635 BGB kann er danach nur noch Wandlung, Minderung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder wegen positiver Vertragsverletzung verlangen; demgemäß entfällt auch sein Selbstbeseitigungsrecht gemäß dem § 633 Abs. 3 BGB (Staudinger § 633 Rdn. 28 Anm. 6 a).

Ansprüche auf Wandlung oder Minderung hat der Kläger nicht geltend gemacht. Die ihm verbliebenen Ansprüche aus § 635 BGB und wegen positiver Vertragsverletzung setzen beide ein Verschulden der Beklagten voraus.

B.

Das Oberlandesgericht greift an mehreren Stellen des Urteils auf die Vorschriften der Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B (VOB -B-) zurück. Die Revision übernimmt dies und rügt deren Verletzung.

Aus dem von dem Berufungsgericht ausdrücklich oder durch Bezugnahme festgestellten Vortrag der Parteien ergibt sich jedoch nicht, daß sie die Geltung der VOB (B) als maßgebend vereinbart haben. Im Vorprozeß hatte sich der Kläger (damaliger Beklagter) zwar im Schriftsatz vom 24. März 1955 S. 3 auf den § 15 Nr. 6 VOB (B) berufen; die Beklagte (damalige Klägerin) hatte aber deren Anwendbarkeit ausdrücklich bestritten (Schriftsatz vom 15. August 1955 S. 5). Demgemäß ist das Oberlandesgericht in seinem früheren Urteil davon ausgegangen, daß die VOB (B) nicht Gegenstand des Bauvertrags war (S. 14 d. Urt.v. 10. Juli 1957). Die Behauptungen der Parteien im vorliegenden Prozeß ergeben nichts, was eine abweichende Beurteilung rechtfertigen könnte.

Auf die Bestimmungen der VOB (B) durfte das Berufungsgericht also nicht zurückgreifen. Ob der Kläger hierdurch beschwert ist, kann aber dahinstehen; denn das Urteil ist ohnehin aus den nachfolgend aufgeführten Gründen aufzuheben.

C.

Der Kläger behauptet, daß die von der Beklagten ausgeführten Arbeiten in folgenden Punkten fehlerhaft seien:

- I. Die Fundamente für die Backöfen und den Schornstein stünden nicht auf gewachsenem Boden;
- II. Sie hätten zu geringe Stärke;
- III. Sie enthielten eine unzureichende Zementmischung;
- IV. Die Sockelmauer für den Schornstein ruhe exzentrisch und nur zum Teil auf der Fundamentplatte.

Zu I.

Das Oberlandesgericht stellt fest, daß die Fundamente nicht auf gewachsenem, sondern auf aufgeschüttetem Boden stehen. Infolgedessen hätten sie nicht die Festigkeit, um die Last des Ofens zu tragen. Die an diesem und dem Gebäude entstandenen Risse seien hierauf zurückzuführen.

Die Beklagte könne aber, so führt das Oberlandesgericht weiter aus, dafür nicht verantwortlich gemacht werden. Es sei Sache des Klägers gewesen, die statischen Berechnungen zur Verfügung zu stellen und den Boden auf seine Tragfähigkeit untersuchen zu lassen. Allerdings hätte auch die Beklagte auf den Baugrund achten müssen. Sie habe aber dessen Unzulänglichkeit nicht zu bemerken brauchen; denn auch der Sachverständige Wucherpfennig habe angenommen, die Fundamente seien bis auf den gewachsenen Boden herabgeführt worden. Die Beklagte treffe kein Vorwurf, wenn sie den gleichen Standpunkt wie dieser Sachverständige vertreten habe; das gelte umsomehr, als in Münster allgemein 1 m unter der Kellersohle gewachsener Boden anzutreffen sei. Schließlich habe auch der Architekt Sch [REDACTED] die Beklagte in ihrem Glauben bestärkt, sie habe tief genug ausgeschachtet; dessen Verschulden habe sich der Kläger anrechnen zu lassen.

Die Revision greift diese Ausführungen mit verschiedenen Rügen an. Sie sind zum Teil begründet.

1. Allerdings ist ihr nicht zuzustimmen, soweit sie ausführt, der Kläger habe nicht die Fehler seines Architekten zu vertreten. Das Oberlandesgericht hat vielmehr Recht, wenn es annimmt, daß dieser Erfüllungsgehilfe des Bauherrn war.

a) Gemäß dem § 254 Abs. 2 S. 2 i.V. mit dem § 278 BGB hat es sich der Geschädigte zurechnen zu lassen, wenn demjenigen, dessen er sich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient, ein Verschulden zur Last fällt.

Eine solche Anrechnungspflicht besteht, wie der Bundesgerichtshof in der Entscheidung BGHZ 3, 46, 49 ff dargelegt hat, im Rahmen jedes vertraglichen Schuldverhältnisses, also auch eines Werkvertrags. Dieser begründet nicht nur die in den §§ 631 ff BGB bezeichneten Rechte und Pflichten; daneben bestehen vielmehr auch gegenseitige Treuepflichten. Zu ihnen gehört beim Bauvertrag die Aufgabe des Bauherrn, dem Unternehmer brauchbare und zuverlässige Pläne zur Verfügung zu stellen, sowie die Entscheidungen zu treffen, die für die reibungslose Ausführung des Baues unentbehrlich sind (OLG Hamm MDR 1957, 419; Hereth-Ludwig-Naschold, Kommentar zur VOB (B) 1954, S. 129 Nr. 74).

Bedient sich der Auftraggeber hierbei eines Architekten, so ist dieser sein Erfüllungsgehilfe mit der Folge, daß es sich der Bauherr im Verhältnis zum Unternehmer gemäß den §§ 254 Abs. 2 S. 2; 278 BGB anrechnen lassen muß, wenn der Architekt die eigenen Interessen des Bauherrn unzureichend wahrnimmt. Daß der Architekt seinerseits dem Bauherrn für eine solche schuldhaftige Vertragsverletzung haftet, schließt die Anwendung der genannten Vorschriften nicht aus (Urteile d. Sen. NJW 1960, 1813 und vom 14. Januar 1960 VII ZR 219/58; OLG Hamm aaO; Roth-Gaber, Kommentar zum Vertragsrecht und zur Gebührenordnung f. Arch. 1962, 165, f; Hereth-Ludwig-Naschold aaO S. 314).

b) Fehlmaßnahmen und selbst bestimmte Anweisungen des Bauherrn und des von ihm bestellten Architekten sind aber nicht ohne weiteres geeignet, den Unternehmer zu entlasten.

Ihm obliegt es vor allem, ein mangelfreies Werk herzustellen und abzuliefern. Wird dieses Ziel in irgend einer Weise gefährdet, so hat er im Rahmen des ihm Zumutbaren für die Beseitigung etwaiger Fehlerquellen zu sorgen. Daraus folgt, daß er auch Anordnungen des Bauherrn nicht blind ausführen darf; vielmehr hat er sie auf ihre Zweckmäßigkeit zu prüfen und den Besteller auf Bedenken hinzuweisen. Das wird vor allem dann in Betracht kommen, wenn der Unternehmer über Sonderkenntnisse verfügt, die der Bauherr und sein Architekt nicht haben; in einem solchen Falle wird es dem Unternehmer unter Umständen sogar zuzumuten sein, den Bauherrn unmittelbar zu benachrichtigen, wenn sich der weniger sachkundige Architekt den berechtigten Einwendungen verschließt (Urt. d. Senats NJW 1960, 1813; sowie vom 26. Oktober 1956 - VII ZR 5/56 -; v. 16. Januar 1958 - VII ZR 100/57-; v. 2. Mai 1963 - VII ZR 221/61 -).

Unterläßt der Unternehmer die danach erforderliche Prüfung und macht er den Besteller nicht auf erkennbare Bedenken aufmerksam, so fällt ihm ungeachtet des etwaigen Verschuldens des Architekten auch ein eigener Verstoß gegen die ihm aus dem Bauvertrag erwachsenen Pflichten zur Last.

2. Das Oberlandesgericht hat sich zwar an diese Rechtsgrundsätze gehalten. Dem Beschwerdeführer ist aber zuzugeben, daß es bei seiner tatsächlichen Würdigung wesentliche Umstände außer acht gelassen hat.

a) Die Tatsache, daß der Sachverständige Wucherpfennig nach Entnahme von 6 Bodenproben zu dem Ergebnis gelangt ist, die Fundamente stünden auf gewachsenem Boden, bildet

keinen entscheidenden Maßstab für die Haftung der Beklagten (später scheint Wucherpfennig seine Ansicht übrigens geändert zu haben, wie den Feststellungen S. 6 des Vorprozeßurteils zu entnehmen ist).

Das Berufungsgericht übersieht nämlich, daß die Bedingungen, unter denen die Beklagte gearbeitet hat, nicht mit den Möglichkeiten vergleichbar waren, die dem Sachverständigen zur Verfügung standen. Dieser war auf nachträgliche Bohrungen an einzelnen Stellen angewiesen. Demgegenüber hatte die Beklagte die gesamten Ausschachtungsarbeiten zu besorgen und damit weit zuverlässigere Erkenntnisquellen als Wucherpfennig. Das Oberlandesgericht hat dies nicht beachtet. Dazu hätte umso mehr Veranlassung bestanden, als auch die Augenscheinseinnahme vom 17. September 1956 durch das Gericht des Vorprozesses nach einem etwas umfangreicheren Aufgraben deutlich zum Nachweis der Nahtstellen führte, die aus den früheren Aufschüttungen herrührten. Auch der Sachverständige Wrede hatte im Vorprozeß die Erkennbarkeit für die Beklagte S. 9 seines Gutachtens vom 25. Januar 1957 bejaht.

Gegenüber den erwähnten unmittelbaren Beobachtungsmöglichkeiten der Beklagten kam dem Umstand, daß in Münster sonst allgemein in Tiefen von 1 m unter der Kellersohle gewachsener Boden ansteht, keine ausschlaggebende Bedeutung bei. Das gilt umso mehr, als es der Beklagten nach ihren eigenen Angaben S. 2 des Schriftsatzes vom 21. April 1955 im Vorprozeß bekannt war, daß es sich bei dem Baugrund um eine alte Sandgrube handelte.

b) Das Berufungsgericht stützt seine Entscheidung, wie bereits erwähnt, ferner darauf, daß der Architekt Sch[REDACTED] die Beklagte in ihrer Überzeugung bestärkt habe, sie baue auf gewachsenem Boden.

Das ist zwar nach dem oben Gesagten zu beachten. Denn die Tiefe der Fundamente ist ein Teil der Planung und ist dem Unternehmer von dem Bauherrn anzugeben (so zutreffend OLG Hamm MDR 1957, 419). Falsche Mitteilungen und Erklärungen des Architekten muß sich also der Bauherr gemäß den §§ 278, 254 BGB anrechnen lassen.

Das entthob die Beklagte aber, wie ebenfalls bereits dargelegt worden ist, nicht von der Verpflichtung, auch selbst auf den Baugrund zu achten und auf erkennbare Mängel hinzuweisen. Zudem handelte es sich hier um so entscheidende und für das Gelingen des ganzen Bauvorhabens wichtige Umstände, daß darauf besondere Aufmerksamkeit verwendet werden mußte. Das gilt umso mehr, als die Beklagte wußte, daß auf den Fundamenten mindestens ein Backofen sowie ein Schornstein errichtet werden sollten, die ein nicht unbeträchtliches Gewicht haben würden.

Unter diesen Umständen wäre lediglich eine "Bestärkung" der von der Beklagten vertretenen Auffassung durch Sch [REDACTED] über die Tragfähigkeit des Bodens keinesfalls geeignet, sie voll zu entlasten.

c) Das Urteil muß aus diesen Gründen aufgehoben werden. Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung wird das Oberlandesgericht zu prüfen haben, ob die Beklagte nach den aufgezeigten Grundsätzen nicht doch ein Verschulden trifft. Es wird ferner abzuwägen haben, ob und inwieweit demgegenüber ein etwaiges Mitverschulden des Architekten und des Klägers zu einer Beschränkung ihrer Haftung führt.

Zu II.

Im Termin vom 29. Juni 1960 erklärten die Parteien übereinstimmend, daß die Fundamente ca. 50 und die aufstehenden Wände 38 cm breit seien.

Das Oberlandesgericht meint, wenn diese Breite nicht ausreichen sollte, dann sei das ein Planungsfehler des Architekten, den allein der Bauherr zu vertreten habe. Darauf, ob der Polier H. [REDACTED] der Beklagten die Breite dem Statiker K. [REDACTED] mit 0.80 bis 0.85 cm angegeben habe, komme es nicht an. Denn die Schäden wären nach den Gutachten Burckas und Kaufmann auch bei einer solchen Breite eingetreten.

Die Revision greift diese Würdigung vergeblich an.

1. Aus dem Urteil ist, entgegen der Annahme des Beschwerdeführers, nicht zu entnehmen, daß überhaupt keine Baupläne vorhanden gewesen seien. Das Gegenteil ergibt sich bereits aus den Bauakten. Wie der Sachverständige Wrede S. 9 seines Gutachtens vom 25. Januar 1957 hervorhebt, waren diese von Sch. [REDACTED] aufgestellten Pläne zwar dürftig. Sie lagen aber vor und waren auch Grundlage der Ausschreibung.

2. Die Ausführungen der Revision darüber, daß die Schäden bei stärkeren Fundamenten nicht oder in geringerem Maße eingetreten wären, sind mit der anders lautenden Feststellung des Oberlandesgerichts unvereinbar. Sie sind daher gemäß dem § 561 ZPO unbeachtlich.

Nicht richtig ist schließlich, daß sich die Sachverständigen hierzu nicht geäußert hätten. Das Gegenteil ergibt sich aus S. 55 ff des Gutachtens Burckas.

Zu III.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts liegt ein Ausführungsfehler darin, daß das Mischungsverhältnis für den Fundamentbeton nicht, wie vorgesehen, 1 : 8, son-

dern 1 : 11 beträgt (S. 12 d. Urt.). Das Oberlandesgericht läßt es dahingestellt, ob hierdurch die am Bauwerk aufgetretenen Schäden verursacht worden sind. Es meint, der Kläger habe sich diesen Fehler selbst zuzuschreiben, weil er einmal Bauschutt und Ziegelsteine in die Fundamentgrube geworfen und ein anderes Mal frisch eingestampft Betonfundament reichlich mit Wasser eingeschlämmt habe.

Hiergegen wendet sich die Revision mit Recht. Abgesehen davon, daß das Oberlandesgericht nur zwei solche Fälle feststellt, ist nicht ersichtlich, wie dadurch das Mischungsverhältnis des reinen Betons nachhaltig beeinflußt sein soll. Nach dem Untersuchungsergebnis muß angenommen werden, daß die Proben keinen Ziegelschutt, sondern nur den verwendeten Grubenkies und Zement enthalten haben; davon geht ersichtlich auch der Sachverständige Wucherpfennig in seinem 1. Nachtragsgutachten im Vorprozeß aus. Dieses Mischungsverhältnis kann durch die Maßnahmen des Klägers kaum beeinflußt worden sein. Jedenfalls hätte sich das Berufungsgericht damit auseinandersetzen müssen.

Das Urteil ist daher auch wegen dieses Fehlers aufzuheben. Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung wird sich das Oberlandesgericht nicht auf die Prüfung beschränken dürfen, ob die bisher aufgetretenen Schäden am Gebäude durch das unzureichende Mischungsverhältnis verursacht worden sind (vgl. insoweit die Äußerung des Sachverständigen Wrede bei seiner Anhörung vom 13. März 1957 im Vorprozeß). Vielmehr kann dieser Mangel der Fundamente auch für die Entscheidung auf den Feststellungsantrag erheblich sein, weil nämlich dadurch künftige Schäden verursacht werden können.

Zu IV.

Das Oberlandesgericht stellt fest, daß der Kamin lotrecht steht; daraus schließt es, daß die Beklagte das Mauerwerk sachgemäß und handwerksgerecht unterfangen hat. Eine andere Gründung wäre zudem, so meint es, nicht möglich gewesen, weil der Kamin in das Mauerwerk eingebunden werden sollte und die Kaminplatte nicht in das Nachbargrundstück hereinsreichen durfte. Es wäre Sache des Klägers oder seines Architekten gewesen, eine andere Lösung zu finden, die eine zentrische Gründung ermöglicht hätte.

Diese Feststellungen tragen das Urteil hierzu. Die Beklagte mußte die Fundamentplatte auf Grund der Angaben des Architekten an anderer Stelle errichten, als es ursprünglich vorgesehen war. Dabei hat sie sich an die gegebenen Möglichkeiten gehalten. Im übrigen durfte sie sich auf die Mitteilung des Architekten verlassen, daß gegen die Art der Ausführung keine technischen Bedenken bestanden. Die Arbeiten selbst hat sie ordnungsmäßig erledigt und das Mauerwerk handwerksgerecht unterfangen, so daß ein brauchbares Ergebnis erzielt worden ist. Wenn trotzdem ein Mangel verblieben sein sollte, so muß sich der Kläger unter diesen Umständen insoweit an den Architekten halten.

D.

Das Urteil kann daher wegen der zu I und III behandelten Mängel nicht aufrecht erhalten werden. Da für das Revisionsgericht nicht erkennbar ist, welcher Teil der vom Kläger erhobenen Ansprüche darauf entfällt, muß es in vollem Umfange aufgehoben werden.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Meyer

Finke