

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 173/72

URTEIL

Verkündet am
13. März 1975
Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma A [REDACTED] S c h [REDACTED] GmbH & Co.,
Kommanditgesellschaft, vertreten durch ihre persönlich haf-
tende Gesellschafterin, die Firma A [REDACTED] Sch [REDACTED]-
[REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter Haftung, diese vertreten
durch ihren Geschäftsführer, den Grundstückskaufmann
Erich T [REDACTED], B [REDACTED] [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma H [REDACTED] & Co., D [REDACTED]gesellschaft mbH,
vertreten durch ihren Geschäftsführer, Kaufmann Erwin
K [REDACTED], B [REDACTED] [REDACTED] (C [REDACTED]), M [REDACTED]weg [REDACTED] a,

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. März 1975 durch die Richter Dr. Girisch, Erbel, Meise Doerry und Bliesener

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 1. Juni 1972 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Zahlungsklage überhaupt und die Feststellungsklage wegen Schäden an der Parkgeschoßdecke abgewiesen worden sind.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat in B[REDACTED]-Schö[REDACTED], Do[REDACTED]-str. [REDACTED]/Ecke Ha[REDACTED]str. [REDACTED]/[REDACTED] ein Büro- und Geschäftshaus mit einer Tiefgarage unter der Hoffläche und einer Parkgeschoßetage bauen lassen. Die Revisionsbeklagte verlegte auf den Betondecken eine Wärmedämmschicht und darüber eine Abdichtung aus Bitumendachpappe. Dem Vertrag

lugen die Bestimmungen der VOB (B) zugrunde. Auf der Abdichtung trug die Firma O. eine Schutzbetonschicht und darüber den Fahrbahnbeton für die Parkflächen auf. Nach Beendigung der Arbeiten drang durch die Parkgeschoßdecke in die darunter befindlichen Läden Feuchtigkeit.

Die Klägerin hat den Architekten Bo., die Revisionsbeklagte, die Firma O. sowie die Firma Kl. und Ha., die die Entwässerungsleitungen verlegt hat, als Gesamtschuldner - zuletzt - auf Schadensersatz von 121.720,22 DM nebst Zinsen sowie auf Feststellung verklagt, daß sie ihr allen weiteren Schaden aus den Mängeln der beiden Decken zu ersetzen verpflichtet seien.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klage gegen die Revisionsbeklagte abgewiesen, das Kammergericht die Berufung der Klägerin insoweit zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Verurteilung der Revisionsbeklagten (im folgenden Beklagte genannt) gemäß der Zahlungs- und Feststellungsklage. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Hofkellerdecke

Das Berufungsgericht entnimmt der Klageschrift, daß die Klägerin auch Schäden an der Decke über der Tiefgarage ersetzt verlangt. Die Klägerin hat jedoch nach seiner Ansicht in den Vorinstanzen weder dargelegt, welche Schäden an dieser Decke entstanden sind, noch inwiefern die Beklagte dafür verantwortlich sein soll. Die Stellen in den Schrif-



sätzen, in denen die Klägerin die Hofkellerdecke erwähnt, hat es angeführt.

Auch die Revision vermag keinen schlüssigen Sachvortrag der Klägerin für einen Anspruch gegen die Beklagte wegen Feuchtigkeitsschäden an der Hofkellerdecke oder der darunter befindlichen Tiefgarage nachzuweisen.

1. Die Klageschrift enthält lediglich die Behauptung, durch eine - von der Firma O[REDACTED] - im Beton angelegte Dehnungsfuge sei Wasser in den Keller gedrungen. Inwiefern die Beklagte hierfür verantwortlich sein soll, ist nirgends dargelegt. Die Klägerin hat im Schriftsatz vom 22. Juni 1972 S. 3, der zwar nur die Beklagte O[REDACTED] betrifft, behauptet, die Firma O[REDACTED] hätte die Fugen nur durch den Fahrbahnbeton und nicht auch durch die Schutzbetonschicht bis auf die Abdichtung anlegen dürfen; da die Fugen bis auf die Abdichtung durchgingen, könne die Dichtung durch den arbeitenden Beton - nachträglich - beschädigt worden sein. Dafür wäre die Beklagte nicht verantwortlich.

2. Was die Revision im übrigen aus dem Tatsachenvortrag der Klägerin aufgreift, betrifft überwiegend die Parkgeschoßetage. Auch die beiden Gutachten des Sachverständigen Westermann beziehen sich, wie die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vorgebracht hat, nur auf die Parkgeschoßdecke. Im Schriftsatz vom 31. August 1971, Bl. 49 hat sie auch eingeräumt, daß die Verfolgung der Schäden an der Hofkellerdecke bis dahin zurückgetreten sei. Ihr weiterer Vortrag in diesem Schriftsatz ergibt jedoch ebenfalls keinen Anspruch wegen von der Beklagten zu vertretender Feuchtigkeitsschäden an der Hofkellerdecke.

3. Das Berufungsgericht hat somit, was Schäden an der Hofkellerdecke angeht, ohne Rechtsfehler sowohl den Zahlungs- als auch den Feststellungsanspruch als unbegründet abgewiesen.

II. Die Parkgeschoßdecke

Das Berufungsgericht unterscheidet zwischen Mängeln, die die Klägerin schon vor dem Landgericht und solchen, die sie erst im Berufungsverfahren gerügt habe.

1. Als bereits vor dem Landgericht gerügt behandelt das Berufungsgericht den Vorwurf, die Beklagte habe die Abdichtung nicht auf einer ebenen, sondern nur auf einer Betondecke mit Gefälle verlegen dürfen. Hierin sieht es mit dem Landgericht keinen Ausführungsfehler. Die Klägerin habe auftragsgemäß gehandelt. Es sei auch technisch vertretbar, statt der Betondecke die Fahrbahndecke über der Abdichtung, wie hier geschehen, mit Gefälle anzulegen. Zudem sei die Beklagte nicht für den Gesamtaufbau der Decke verantwortlich gewesen.

Das Berufungsgericht entnimmt der Berufungsbegründung die Behauptung der Klägerin, die Gefälleanordnung über der Abdichtung sei zwar möglich, doch dürfe dann keine Bitumenpappe als Abdichtungsmaterial verwendet werden, weil sie auf der ebenen Betondecke verrotte, was, wie der Sachverständige W[REDACTED] festgestellt habe, auch eingetreten sei. Das Berufungsgericht hält diese durch Sachverständigengutachten unter Beweis gestellte Behauptung zwar für erheblich, weil die Beklagte dann nach § 4 Nr. 3 VOB (B) auf die gegen die vorgesehene Ausführung bestehenden Bedenken hätte hinweisen müssen,

jedoch hat es sie nach § 529 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen, weil die Klägerin nicht vorgetragen habe, warum sie sie erst im Berufungsverfahren aufgestellt habe und weil durch Einholung eines Sachverständigengutachtens die Erledigung des Rechtsstreits verzögert worden wäre. Die Klägerin habe nicht dargetan, daß sie dieses neue Vorbringen weder in der Absicht den Prozeß zu verschleppen, noch aus grober Nachlässigkeit in erster Instanz unterlassen habe.

Hiergegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

a) Zwar kann sie nicht damit gehört werden, daß zwischen dem Eingang der Berufungsbegründung am 8. April 1974 und der mündlichen Verhandlung vor dem Kammergericht vom 1. Juni 1972 mehr als ein Jahr vergangen sei und deshalb gemäß § 272 b ZPO noch vor dem Verhandlungstermin ein Sachverständigengutachten hätte eingeholt werden können. Das Landgericht hat zuvor noch das die Klage gegen die Firma O■■■■ abweisende Teilurteil vom 15. Februar 1972 erlassen und die Akten sind, soweit ersichtlich, erst am 5. Mai 1972 beim Kammergericht eingegangen.

b) Es spricht jedoch nichts dafür, daß die Klägerin das neue Vorbringen aus Verschleppungsabsicht oder grober Nachlässigkeit im ersten Rechtszug unterlassen hätte. Wenn auch § 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO dem Berufungsgericht gestattet, nach freier Überzeugung, also ohne Beweiserhebung, diese Voraussetzungen der Nichtzulassung im Berufungsverfahren zu prüfen, so muß es doch die Nichtzulassung unter Angaben von Tatsachen ausreichend begründen. Hieran fehlt es. In der nicht haltbaren Annahme einer groben Nachlässigkeit liegt ein vom Revisionsgericht nachprüfbarer Verfahrensverstoß (BGHZ 12, 49, 52).

Warum die Klägerin beabsichtigt haben sollte, den Prozeß, in dem sie einen hohen Betrag eingeklagt hat, zu verschleppen, ist nicht ersichtlich. Auch eine grobe Nachlässigkeit kann bei dem gegebenen Sachverhalt der Klägerin nicht vorgeworfen werden. Das Landgericht hatte die von ihr vertretene Ansicht, die Dichtungsschicht habe nicht auf der gefällelosen Rohbetondecke verlegt werden dürfen, nicht gebilligt. Es hatte dem Gutachten Westermann entnommen, das verwendete Abdichtungsmaterial sei grundsätzlich geeignet gewesen und es gebe keine Regel, die besage, daß das Gefälle oberhalb oder unterhalb der Abdichtung angelegt werden müsse.

In Anbetracht dieser Ausführungen des Landgerichts war die Klägerin nicht nach § 529 Abs. 2 ZPO gehindert, durch einen Sachverständigen unter Beweis zu stellen, daß als Abdichtung auf der gefällelosen Rohbetondecke nicht verrottbbare Bitumenpappe, sondern fäulnissichere Glasvlies-, Kunststoff- oder Metallbahnen hätten verwendet werden müssen. Damit hat sie nicht etwa vor dem Landgericht mit einer ihr bekannten Tatsache zurückgehalten, sondern im Berufungsverfahren zu der schwierigen Frage der Schadensursachen im Gesamtaufbau der Parkgeschoßdecke eine andere Meinung als das Landgericht vertreten.

c) Das Berufungsgericht hätte deshalb auf die von ihm mit Recht für schlüssig i.S. des § 4 Nr. 3 VOB (B) erachtete Behauptung der Klägerin sachlich eingehen und das von ihm für erforderlich gehaltene weitere Sachverständigengutachten einholen müssen.

2. Die Beklagte hat auftragsgemäß die Abdichtung an den Rändern 15 cm hoch aufgekantet. Die Firma O. hat jedoch, um ein stärkeres Gefälle zu erzielen, die

Schutzbeton- und Fahrbetonschicht über der Abdichtung an höchster Stelle nicht, wie vorgesehen, 12 cm sondern 24 cm stark aufgetragen. Da die Parkfläche damit an dieser Stelle 9 cm über der von der Beklagten 15 cm hochgezogenen Aufkantung lag, konnte Wasser in die Wand eindringen. Das Berufungsgericht verneint mit dem Landgericht eine Schadensersatzpflicht der Beklagten, weil sie sich an das Leistungsverzeichnis gehalten und nicht habe voraussehen können, daß die Parkfläche höher als vorgesehen angelegt werde.

Das Berufungsgericht geht jedoch auch auf die in der Berufungsbegründung unter Beweis gestellte Behauptung der Beklagten ein, der von der Beklagten zwecks Verhinderung von Beschädigungen der Abdichtung während der Betonierungsarbeiten der Firma O. abgestellte Facharbeiter hätte erkennen können und müssen, daß die Oberkante des Fahrbahnbetons über der Abdichtungsaufkantung lag. Es sieht darin einen nach Beendigung der Arbeiten der Beklagten liegenden Vorgang, dem für die Frage, ob die Beklagte gegen die Regeln der Technik verstoßen habe, keine Bedeutung zukommen könne.

Auch darin kann dem Berufungsgericht nicht ohne weiteres gefolgt werden. Wenn der von der Beklagten zwecks Verhinderung von Beschädigungen der Abdichtung während der späteren Betonierungsarbeiten abgestellte Facharbeiter erkennen konnte, daß die Parkfläche höher angelegt wurde, als die Aufkantung der Abdichtung reichte, so war er als Erfüllungsgehilfe der Beklagten (§ 278 BGB) nach Treu und Glauben verpflichtet, auf diese fehlerhafte Ausführung hinzuweisen. Das würde allerdings nicht gelten, wenn er nur die Auftragung der Schutzbetonschicht auf

der Abdichtung zu überwachen hatte, und er dabei nicht erkennen konnte, daß die Firma O. die Parkfläche teilweise höher als die Aufkantung anlegen werde.

3. Die Klägerin hat der Beklagten die festgestellten Beschädigungen der Abdichtung auch deshalb angelastet, weil diese die Betonierungsarbeiten der Firma O., durch die die Abdichtung beschädigt worden sei, nicht genügend überwacht habe.

Ob, wie das Berufungsgericht meint, eine Überwachungs- pflicht der Beklagten zu verneinen ist, weil die Firma O. selbst die erforderlichen Kenntnisse hätte haben müssen, kann dahinstehen. Die Klägerin hat in der Berufungsbegründung durch Vernehmung des mitverklagten Architekten Bo. unter Beweis gestellt, daß dieser von der Beklagten die Gestellung eines Mannes für die Zeit der Estrichbelegung der Parkette angefordert hatte, der darauf achten sollte, daß die Isolierung (= Abdichtung) geschont werde und eintretende Beschädigungen sofort beseitigen sollte. Die Vernehmung des Architekten in der mündlichen Verhandlung hätte nach § 272 b ZPO in dem oben II, 1 a) aufgezeigten Zeitraum angeordnet werden können, ohne daß dadurch die Erledigung des Rechtsstreits verzögert worden wäre. Schon deshalb waren die Voraussetzungen des § 529 Abs. 2 ZPO entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht gegeben.

Das Berufungsgericht geht aber auch offenbar davon aus, daß ein Facharbeiter der Beklagten beim Betonieren tatsächlich die Aufsicht geführt hat. Wenn dies im Einvernehmen mit dem Architekten geschehen ist, so ergab sich daraus die Verpflichtung der Beklagten gegenüber der

24
Klägerin, Beschädigungen der 1.300 m² großen Abdichtung zu verhindern und eingetretene Beschädigungen zu beheben, bevor die Betonierungsarbeiten weitergeführt wurden. Dafür, daß Beschädigungen der Abdichtung beim Betonieren entstanden waren, hat sich die Klägerin in der Berufungsbegründung auf das "Zeugnis J. [REDACTED]" berufen. Das Berufungsgericht hält einen Zeugenbeweis für diese Behauptung für ungeeignet. J. [REDACTED] war aber ersichtlich als sachverständiger Zeuge benannt, weil er bei den Instandsetzungen die Beschädigungen festgestellt haben soll. Auch er hätte nach § 272 b ZPO zum Verhandlungstermin am 1. Juni 1972 geladen werden können, ohne daß dadurch die Erledigung des Rechtsstreits eine Verzögerung zu erfahren brauchte.

4. Das Berufungsgericht verneint einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte wegen verzögerlicher Ausführung von Ausbesserungsarbeiten im Herbst 1969, weil die Beklagte mit diesen Arbeiten erst habe beginnen können, nachdem im September 1969 der Beton über der Abdichtung entfernt worden war. Zudem vermißt es eine Darlegung, welche Schäden infolge einer verzögerten Nachbesserung durch die Beklagte der Klägerin entstanden sein sollen. Darin liegt kein Rechtsfehler. Es kommt deshalb nicht darauf an, daß das Berufungsgericht einen Anspruch auf Ersatz von Verzögerungsschaden auch deshalb verneint, weil es die Arbeiten der Beklagten nicht für mangelhaft ausgeführt erachtet.

III.

Die Revision der Klägerin erweist sich somit als unbegründet, soweit die Feststellungsklage gegen die Beklagte wegen Mängel der Hofkellerdecke keinen Erfolg

hatte. Dagegen ist das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit die Feststellungsklage gegen die Beklagte wegen Mängel der Parkgeschoßetage abgewiesen worden ist.

Mit der Zahlungsklage werden Schäden an beiden Decken ersetzt verlangt. Zwar ist - wie oben I ausgeführt - die Abweisung der Zahlungsklage wegen Schäden an der Hofkellerdecke zu Recht erfolgt. Das angefochtene Urteil sagt jedoch nicht, welcher Teil des eingeklagten Betrags auf die Hofkellerdecke entfällt. Das ist auch nicht den Akten zu entnehmen. Die Abweisung der Zahlungsklage muß daher in vollem Umfang aufgehoben werden, desgleichen die Kostenentscheidung.

Im Umfange der Aufhebung ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuweisen, das auch über die Kosten der Revision zu entscheiden hat.

Girisch

Erbel

Meise

Doerry

Richter Bliesener ist
in Urlaub und kann daher
nicht unterschreiben.
Girisch