

VII ZR 182/60

Verkündet
am 21. September 1961
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2211 043

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

In dem Rechtsstreit

des Hausmaklers Friedrich G. G. [REDACTED],
H. [REDACTED], O. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungs- und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die N. [REDACTED] Bau- und Montage GmbH., N. [REDACTED],
H. [REDACTED], C. [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihre
Geschäftsführer Dipl.-Ing. Carl-Heinz L. [REDACTED], E. [REDACTED],
S. [REDACTED] Anton V. [REDACTED], N. [REDACTED], K. [REDACTED],

Klägerin, Berufungs- und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 21. September 1961 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Rietschel, Dr. Heimann-Trosien,
Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandes-
gerichts zu Hamburg vom 16. Juni 1960 wird zurück-
gewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu-
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat in den Jahren 1951/52 das Trümmergrundstück des Beklagten in H [REDACTED], O [REDACTED]straße [REDACTED] wieder aufgebaut. Die Baukosten waren auf 345.258 DM festgelegt. Die Gesamtrechnung der Klägerin vom 29. April 1952 lautete über 438.332,43 DM; sie umfaßte auch 18 Nachtragsangebote sowie einige Nebenposten. Der bauleitende Architekt des Beklagten, Willi W [REDACTED], hat nach Prüfung der Massen und Preise einen Gesamtbetrag von 409.944,05 DM als gerechtfertigt bezeichnet. Von diesem Betrag ausgehend hat die Klägerin unter Abzug der vom Beklagten gezahlten 283.891,69 DM noch 126.052,36 DM nebst Zinsen hiervon eingeklagt.

Der Beklagte hat aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen um Abweisung der Klage gebeten.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 124.032,66 DM nebst Zinsen entsprochen.

Im Berufungsverfahren hat die Klägerin ihren Klagantrag auf Grund weiterer Zahlungen des Beklagten auf 79.293,75 DM sowie Zinsen ermäßigt.

Das Oberlandesgericht hat unter Abweisung der weitergehenden Klage den Beklagten zur Zahlung von 39.061,89 DM, sowie von Zinsen hiervon und von höheren Beträgen verurteilt.

Auf die Revision des Beklagten wurde das Berufungsurteil insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht ihn zur Zahlung von mehr als 8.235,78 DM sowie zur Zahlung von Zinsen verurteilt hatte.

- 3 -

Auf Grund der neuen Verhandlung hat das Oberlandesgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und den Beklagten verurteilt, an die Klägerin auf eine mit 80.397,02 DM nebst Zinsen aus höheren Beträgen berechnete restliche Baukostenforderung zu den nach Klageerhebung zum Teil unter Vorbehalt gezahlten 91.433,23 DM noch weitere 7.441,92 DM Zinsen zu zahlen.

Mit seiner Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage in Höhe von insgesamt 24.489,39 DM nebst Zinsen hiervon.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist der Ansicht, das Berufungsgericht habe der Klägerin für Isolierungsarbeiten 8.240 DM, für Gasleitungen 42,17 DM, für Installationsarbeiten 2.308,70 DM und für die Fußböden 13.898,52 DM, insgesamt also 24.489,39 DM zu viel zugesprochen. Von diesem noch im Streit befindlichen Betrag hat der Beklagte laut Berufungsurteil noch 7.441,92 DM zu zahlen. Den Restbetrag hat er auf Grund eines zwischen den Parteien abgeschlossenen Zwischenvergleichs vom 4. Dezember 1952 bereits unter Vorbehalt gezahlt. Das Berufungsurteil ist deshalb dahin zu verstehen, daß wegen diesem Betrags infolge der Verurteilung des Beklagten sein ihm für den Fall der Klageabweisung vorbehaltener Rückzahlungsanspruch entfallen ist. Der Beklagte ist demzufolge durch das angefochtene Urteil nicht nur im Umfang seiner Verurteilung zur Zahlung von 7.441,92 DM, sondern darüber hinaus auch durch den Wegfall des Vorbehalts in Höhe von 17.047,47 DM beschwert.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



I. Die Isolierungsarbeiten

Hierzu hat das Berufungsgericht teilweise andere Feststellungen getroffen als in seinem ersten Urteil. Es stellt nunmehr fest, daß die Klägerin, anders als im Leistungsverzeichnis vorgesehen, keine Isolierungsarbeiten an den Fußböden ausgeführt habe. Gemäß einer nachträglichen Vereinbarung habe sie einen Köropas-Fußboden mit Iporith-Unterlage legen sollen. Dieser Verpflichtung sei sie in vollem Umfang nachgekommen und sie habe auch nur diese Arbeiten mit 8.240 DM, dagegen keine Isolierungsarbeiten berechnet. Lediglich um die Aufteilung im Leistungsverzeichnis beizubehalten, habe sie in ihrer Schlußrechnung vom 29. April 1952 unter Titel III (= Isolierungsarbeiten) Pos. 2 einen Teil des Werklohns für die in Titel II, b (= Estrich- und Fliesenarbeiten) Pos. 7 aufgeführten Fußbodenarbeiten untergebracht.

Da sich der Preis von 8.240 DM für die Fußbodenarbeiten im Rahmen des im Leistungsverzeichnis festgelegten Preises halte, habe die Klägerin diesen Betrag zu beanspruchen.

Was die Revision hiergegen vorbringt, greift nicht durch.

1.) Durch die Ausführungen im ersten Revisionsurteil war das Berufungsgericht nicht gemäß § 565 Abs. 2 ZPO gehindert, die neue tatsächliche Feststellung zu treffen, daß die Parteien sich nachträglich auf einen Köropas-Fußboden mit Iporith-Unterlage geeinigt haben und daß die Klägerin diese vereinbarte Leistung erbracht hat.

2.) Somit schuldete die Klägerin keine Isolierungsarbeiten an den Fußböden. Sie hat auch keine selbständigen

Isolierungsarbeiten berechnet, sondern nur den Preis für den Köropas-Fußboden mit Iporith-Unterlage verlangt. Die Ausführungen unter I der Revisionsbegründung erweisen sich deshalb als unbegründet, wovon sie sich dagegen wenden, die Klägerin habe zu Unrecht Isolierungsarbeiten berechnet.

3.) Ob das Berufungsgericht die Mängel des Köropas-Fußbodens zu Gunsten des Beklagten berücksichtigen mußte, wird unter IV behandelt.

II. Die Gasleitungen

Nach dem Leistungsverzeichnis waren die Gasleitungen für 43 Wohnungen mit insgesamt 5.081,80 DM berechnet. Obwohl die Klägerin nur für zwei Wohnungen Gasanschlüsse hergestellt hat, hat sie für Gasleitungen 2.974,11 DM in Rechnung gestellt.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß sich aus der Beschränkung der Gasanschlüsse auf zwei Wohnungen an dem vorgesehenen Einbau des Steigleitungsnetzes im ganzen Hause, von dem aus später Anschlüsse in weiteren Wohnungen hergestellt werden konnten, nichts geändert habe. Zudem hätten zusätzliche Steigleitungen für die anfangs nicht geplant gewesene Wohnung im Dachgeschoß eingebaut werden müssen.

Das Berufungsgericht gelangt auf Grund einer eingehenden, von der Revision nicht angegriffenen Berechnung zu dem Ergebnis, daß der Betrag von 2.974,11 DM bis auf einen Restbetrag von 42,17 DM rechnerisch zu Gunsten der Klägerin geklärt sei. Dieser Restbetrag lasse sich aber zwangslos daraus erklären, daß hinsichtlich der weggefallenen 41 Anschlüsse ein mittlerer Wert zugrundegelegt worden sei.

Letzteres beanstandet die Revision; sie meint, damit sei die Begründetheit dieses Betrags nicht nachgewiesen, er müsse deshalb von der Klageforderung abgesetzt werden.

Die Rüge ist unberechtigt. Die Entscheidung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin auch den unbedeutenden Betrag von 42,17 DM zu beanspruchen habe, wird durch § 287 ZPO getragen.

III. Die Installationsarbeiten

Die Klägerin hat statt des für Installationsarbeiten im Leistungsverzeichnis veranschlagten Betrags von 54.460,35 DM insgesamt 63.438,97 DM in Rechnung gestellt. Hiervon hat der Architekt W. 59.601,49 DM für berechtigt erklärt. Von dem Unterschiedsbetrag von 5.141,14 DM hat das Berufungsgericht 2.832,44 DM der Klägerin aberkannt, weil sie nicht nachgewiesen habe, daß sie hierfür Leistungen erbracht habe; dagegen hat es die Mehrforderung in Höhe von 2.308,70 DM für berechtigt erklärt. Hiergegen wendet sich die Revision.

Der Mehrbetrag von 2.308,70 DM ergibt sich daraus, daß die Klägerin statt der vorgesehenen Habitrohre erheblich teurere verzinkte Eisenrohre verwendet hat. Dem vom Beklagten selbst vorgelegten Schreiben der Hamburger Wasserwerke vom 12. Juni 1959 entnimmt das Berufungsgericht, daß im Jahre 1951 Habitrohre kaum zu beschaffen waren und die Wasserwerke deshalb für das Bauvorhaben des Beklagten eine Sondergenehmigung zum Einbau verzinkter Eisenrohre erteilt hatten. Ob der Architekt Wegehaupt, als die verzinkten Eisenrohre eingebaut wurden, noch der bevollmächtigte Vertreter des Beklagten war, läßt das Berufungsgericht offen. Es ist der Meinung, daß ein Widerspruch des

Beklagten gegen die Verwendung dieser Rohre rechtsmißbräuchlich und unbeachtlich gewesen wäre, weil anderenfalls die Fertigstellung des Bauvorhabens, wofür die Klägerin gegenüber dem Finanzierungsinstitut die Garantie hatte übernehmen müssen, unabsehbar verzögert worden wäre.

Auch die hiergegen erhobenen Rügen der Revision sind unbegründet.

1.) Der Feststellung des Berufungsgerichts, daß Habitrohre kaum zu beschaffen waren, will die Revision entnehmen, daß sie "also zu beschaffen" waren und daß die Klägerin sie deshalb entsprechend ihrem Angebot hätte beschaffen müssen.

Damit verkennt die Revision den Sinn der Feststellung des Berufungsgerichts. Diese geht ersichtlich dahin, daß Habitrohre damals nicht zu beschaffen waren, und die Klägerin deshalb die Sondergenehmigung der Wasserwerke eingeholt hatte, um eine unübersehbare, mit der von ihr im Einverständnis des Beklagten gegenüber der Hamburgischen Landesbank übernommenen Fertigstellungsgarantie nicht zu vereinbarende Verzögerung zu vermeiden. Daß der Beklagte unter diesen Umständen sich nicht auf sein mangelndes Einverständnis berufen darf, hat der Senat bereits im ersten Revisionsurteil (S. 28, Ziff. 14) ausgeführt.

2.) Soweit das Berufungsgericht aus vorstehenden Gründen der Klägerin den Mehrpreis für verzinkte Eisenrohre zugebilligt hat, handelt es sich um die im Angebot vorgesehenen Längen. Für die behaupteten Mehrleistungen gegenüber dem Angebot hat das Berufungsgericht der Klägerin keine Vergütung zugesprochen. Das verkennt die Revision.

Auf die gerügte Übergehung des Beweisantrags, daß die Klägerin die Mehrleistungen nicht erbracht habe, kommt es demnach nicht an.

IV. Die Fußbödenmängel

Daß der Beklagte über die Minderung um 11.562,20 DM hinaus wegen der Mängel des Fußbodens gemäß § 13 Ziffer 7 VOB (B) 13.898,52 DM Schadensersatz verlangen könne, hat das Berufungsgericht verneint. Dem Gutachten Weidmann vom 26. Februar 1955 entnimmt es, daß die Gebrauchsfähigkeit des Fußbodens nicht erheblich beeinträchtigt ist. Außerdem gelangt es zu dem Ergebnis, daß die Klägerin die vorhandenen Mängel nicht zu vertreten habe. Es sei davon auszugehen, welche Anforderungen im Jahre 1951 an einen aus Ersatzmaterial bestehenden Fußbodenbelag mittlerer Art und Güte zu stellen waren und was damals den Fachkreisen der Bauwirtschaft über den Wert von Köropas-Fußböden bekannt war. In dieser Hinsicht stellt es fest, daß Köropas-Fußböden zur damaligen Zeit vielfach verwendet wurden, so in vielen Schulen und Krankenhäusern. Erst später habe man gewisse diesem Material anhaftende Mängel erkannt.

1.) Angesichts dieser Feststellungen ist die Revision zu Unrecht der Meinung, es sei davon auszugehen, daß Köropas-Fußböden völlig unbrauchbar seien.

2.) Der Architekt W. [REDACTED] will nach seiner Bekundung der Klägerin geschrieben haben, er habe gegen Köropas-Fußböden nichts einzuwenden, wenn diese mit dem vorgesehenen gewesenen Ruboleum-Fußboden gleichwertig seien. Deshalb mußte das Berufungsgericht jedoch, entgegen der Meinung der Revision, nicht zu der Feststellung gelangen, die Klägerin habe die volle Verantwortung für die Köropas-Fußböden übernommen. Wenn die Klägerin auf Grund der damaligen

Kenntnis der Fachleute von den Eigenschaften des Köropas-Fußbodens diesen empfahl, so mußte darin nicht, wie die Revision offenbar meint, eine Garantiezusage liegen. Das Berufungsgericht hat deshalb mit Recht gemäß § 13 Ziffer 7 VOB (B) darauf abgestellt, ob die Klägerin wegen der Verwendung eines Materials, das sich später als mangelhaft erwies, ein Verschulden trifft. Das hat es, ohne daß ein Rechtsfehler ersichtlich wäre, verneint.

3.) Für die Entscheidung, ob die Mängel des Fußbodens dessen Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigen (§ 13 Ziffer 7 VOB (B)), durfte sich das Berufungsgericht auf die Beurteilung des Sachverständigen Weidmann stützen, die dieser an Ort und Stelle bei seiner richterlichen Anhörung abgab.

4.) Das Berufungsgericht folgt der Bekundung des Architekten W■■■■■, er habe vor Prüfung der Schlußrechnung die darin enthaltenen Maßangaben am Bau nachgeprüft. Demgemäß geht es davon aus, daß die Fußbodenfläche 2.950 qm und nicht nur, wie der Beklagte behauptet hat, 2.450 qm groß ist. Dieser Beweismwürdigung steht nicht entgegen, daß das Berufungsgericht an anderer Stelle des angeführten Urteils den Architekten nicht für berechtigt erachtet hat, die umfangreiche Schlußrechnung anzuerkennen (BGH NJW 1960, 859). Daß W■■■■■ bei der Abnahme des Hauses erkannt hatte, die Klägerin habe mehr Wasserleitungsrohre berechnet, als sie eingebaut hat, stellt das Berufungsgericht nicht fest.

V.

Nach § 97 ZPO hat der Beklagte die Kosten seiner unbegründeten Revision zu tragen.

Rietschel

Heimann-Trosien

Erbel

Meyer

Erbel