

112

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 209/72

URTEIL

Verkündet am

6. Februar 1975
Horn,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Ernst S [REDACTED], R [REDACTED],
F [REDACTED]-A [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Bauunternehmer Heinrich O [REDACTED],
Stahlbeton-Fertigaragen-Baugeschäft, M [REDACTED],
T [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Februar 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Meise, Dr. Recken, Doerry und Bliesener

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 1. September 1972 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte errichtete im Jahre 1963 für den Kläger ein Geschäfts- und Wohnhaus ("Z--Kaufhaus") in Ru--K. Dem Bauvertrag liegen die VOB (B) zu Grunde.

Im Dezember 1970 wurden bei Renovierungsarbeiten Risse an mehreren Stahlbetonpfeilern im Ladentrakt des Erdgeschosses festgestellt. Untersuchungen ergaben, daß die Standsicherheit des Gebäudes beeinträchtigt ist.

Der Sachverständige Gehlen ist in seinem im Beweisicherungsverfahren erstatteten Gutachten vom 2. April 1971 zu dem Ergebnis gekommen, daß zwar auch die statische Be-

- 3 -

rechnung der Pfeiler fehlerhaft sei, die Standsicherheit der Pfeiler und damit auch des Gebäudes aber in erster Linie durch das Fehlen von Eisenquerbügeln im unteren Teil der Pfeiler beeinträchtigt werde. Die Hauptkosten der Mängelbeseitigung hat der Sachverständige auf rd. 93.000 DM geschätzt.

Der Kläger hat 32.444,19 DM nebst Zinsen eingeklagt (30.000 DM als Teilbetrag für die Mängelbeseitigung und 2.444,19 DM als Ersatz für die Kosten des Beweissicherungsverfahrens). Er hat sich auf das genannte Gutachten bezogen und vorgetragen, der Beklagte habe durch seinen Erfüllungsgehilfen das Fehlen der Querbügel arglistig verschwiegen. Er, der Beklagte, müsse sich das Wissen seines Poliers N. [REDACTED] anrechnen lassen, der die nach den Bewehrungsplänen vorgesehenen und bereits angebrachten Querbügel habe entfernen lassen, angeblich weil die Stahlkonstruktion mit den Querbügeln im unteren Bereich nicht in die vorgerichtete Verschalung gepaßt habe. Gewährleistungsansprüche seien daher nicht verjährt. Der Beklagte hafte auch aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung.

Der Beklagte hat bestritten, daß das Fehlen der Querbügel für Risse und Minderung der Standsicherheit ursächlich sei. Im übrigen hat er sich auf Verjährung berufen und bestritten, daß N. [REDACTED] die Entfernung der Querbügel angeordnet oder auch nur ihr Fehlen bemerkt habe.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seine Klageansprüche weiter.



Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat in der ersten mündlichen Verhandlung vom 16. Juni 1972 unter Mitwirkung seines ordentlichen Vorsitzenden die Sache auf Antrag der Parteien als Feriensache bezeichnet und einen Beweisbeschluß verkündet, in dem der Termin zur Beweisaufnahme und Fortsetzung der mündlichen Verhandlung auf den 11. August 1972 bestimmt war. An diesem Terminstag war der ordentliche Vorsitzende in Urlaub. Sein Stellvertreter hat den Vorsitz in der Verhandlung vom 11. August 1972 geführt und an dem am 1. September 1972 verkündeten Urteil mitgewirkt. Unterzeichnet hat er das Urteil nicht, da er daran durch Urlaub gehindert war. Das ist gemäß § 315 Abs. 1 Satz 2 ZPO unter dem Urteil vermerkt worden.

Die Revision meint, das Berufungsgericht sei bei der letzten mündlichen Verhandlung und der Urteilsfindung nicht ordnungsmäßig besetzt gewesen, weil der ordentliche Vorsitzende daran nicht mitgewirkt habe.

Dem kann nicht zugestimmt werden.

Das Prozeßgericht ist auch dann ordnungsmäßig besetzt, wenn bei Verhinderung des ordentlichen Vorsitzenden sein Vertreter den Vorsitz bei der Verhandlung führt und an der darauf zu treffenden Entscheidung mitwirkt (§§ 66, 117 GVG, seit dem 1. Oktober 1972 ersetzt durch § 21 f GVG). Urlaub ist ein Fall der Verhinderung. Gleichgültig ist, ob der Vorsitzende im Zeitpunkt der Terminsbestimmung seine Verhinderung durch Urlaub schon kennt oder nicht. Er darf Termine auch in die Zeit seines bereits bewilligten Urlaubs legen. Feriensachen sind davon nicht ausgenommen.

Entgegen der Ansicht der Revision hat eine Prozeßpartei keinen Anspruch darauf, daß gerade ihre Sache nur unter Mitwirkung des ordentlichen Vorsitzenden und nicht seines Vertreters verhandelt und entschieden wird. Eine "Manipulation" der Besetzung des Prozeßgerichts liegt hier entgegen der Ansicht der Revision nicht vor.

2. Der Kläger hat nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 29. August 1972 angeregt, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen und den im Jahre 1963 bei der Beklagten beschäftigten, zur Zeit der hier in Rede stehenden Arbeiten in Urlaub befindlichen Bauführer G. als Zeugen zu vernehmen. Aus dessen Aussage sollte sich ergeben, daß die Zeugenaussage des Poliers N. in einigen Punkten unrichtig sei. Das Berufungsgericht hat, ohne die Verhandlung wieder zu eröffnen, am 1. September 1972 das angefochtene Urteil verkündet.

Die Revision rügt, über den Antrag auf Wiedereröffnung habe das Berufungsgericht ohne den damals in Urlaub befindlichen stellvertretenden Vorsitzenden und daher in nicht vorschriftsmäßiger Besetzung entschieden. Der Antrag sei zu Unrecht abgelehnt worden.

Auch diese Rügen haben keinen Erfolg.

Es kann dahinstehen, ob ein Verfahrensverstoß darin zu sehen ist, daß das Berufungsgericht die Entscheidung über die vom Kläger angeregte Wiedereröffnung unterlassen hat. Im vorliegenden Falle ist jedenfalls auszuschließen, daß das angefochtene Urteil auf dieser Verfahrensverletzung beruht. Das Berufungsgericht hat ausdrücklich

die Beweise auch ohne die ihm offenbar nicht in allen Punkten unbedenklich erscheinende Aussage N. [REDACTED] gewürdigt. Danach steht fest, daß das Berufungsgericht auf den Antrag auf Wiedereröffnung der Verhandlung und dem Beweisantritt G. [REDACTED] des Klägers, womit dieser die Glaubwürdigung des Zeugen N. [REDACTED] zu erschüttern suchte, nicht einzugehen brauchte, weil es ohnehin bei seiner Beweiswürdigung hilfsweise von der Unglaubwürdigkeit Nimmerjahns ausgegangen ist.

3. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Zeugenaussage N. [REDACTED] unzulänglich im Urteil festgestellt und § 161 ZPO verletzt.

Die Rüge ist gleichfalls nicht begründet. Wenn das Berufungsgericht, wie es selbst ausgeführt hat (s. Beschluß vom 20. Oktober 1972 über die Zurückweisung des Antrags auf Tatbestandsberichtigung), die Aussage des Zeugen "in gedrängter Form (§ 313 I Nr. 3 ZPO)" dargestellt hat, so ist das rechtlich nicht zu beanstanden. Entgegen der Ansicht der Revision genügt diese Darstellung der inhaltlichen Feststellung der Zeugenaussage. Auch eine von der Revision gerügte "Divergenz" zwischen den Feststellungen der Aussage im Urteil und der Begründung des erwähnten Beschlusses vom 20. Oktober 1972 ist nicht zu erkennen. Die Revision legt sie auch nicht dar.

4. Das Berufungsgericht erachtet Gewährleistungsansprüche des Klägers für verjährt. Die gemäß § 13 Nr. 4 VOB (B) für den Regelfall geltende Verjährungsfrist von zwei Jahren sei längst abgelaufen. Arglistiges Verschweigen des Werkmangels sei hier nicht bewiesen.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

a) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß Ansprüche des Klägers auf Gewährleistung nur dann nicht verjährt sind, wenn der Mangel arglistig verschwiegen worden ist (vgl. u.a. BGH NJW 1967, 340, 34, Urteil vom 4. Mai 1970 - VII ZR 134/68 = VersR 1970, 744, 745). Es läßt offen, ob der Polier N[REDACTED] nach den ihm übertragenen Aufgaben auf der Baustelle als Erfüllungsgehilfe des Beklagten in Bezug auf arglistiges Verschweigen in Betracht kommt (vgl. BGHZ 62, 63). Es sieht jedenfalls nicht als erwiesen an, daß N[REDACTED] das Fehlen der Querbügel bemerkt hat.

b) Zu Unrecht meint die Revision, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt. Es ist vielmehr anerkannten Rechts, daß der Besteller (Auftraggeber), der sich auf die dreißigjährige Verjährungsfrist gemäß § 638 BGB beruft, die Beweislast für den gegen den Werkunternehmer (Auftragnehmer) erhobenen Vorwurf arglistigen Verschweigens eines Werkmangels hat (vgl. BGH Urteile vom 3. Dezember 1964 - VII ZR 61/63 = VersR 1965, 245, 246, vom 28. November 1966 - VII ZR 79/75 = NJW 1967, 340, 342 und vom 18. April 1968 - VII ZR 15/66 = Schäfer/Finnern Z 2.414 Bl. 200; Soergel/Siebert BGB, 10. Aufl., § 638 Rn. 18; Palandt BGB, 34. Aufl., § 638 Anm. 4; Ingenstau/Korbion VOB (B), 7. Aufl., § 13 Rn. 86 a.E.; Rosenberg/Schwab, Die Beweislast, 5. Aufl., § 25 I S. 322, 323 und § 10 II 2 S. 124 ff). § 638 BGB enthält insoweit eine Ausnahmeregelung, wie Wortlaut sowie Sinn und Zweck des Gesetzes deutlich erkennen lassen. Der Besteller, der sich auf den für ihn günstigen Ausnahmefall beruft, muß dessen Voraussetzungen beweisen. Angesichts dieser auch von der Sache her überzeugenden Ausnahmeregelung verbietet sich die von der Revision erwogene entsprechende Anwendung der §§ 282, 285 BGB, wonach der Schuldner zu beweisen hat, daß Unmöglichkeit oder Verzug von ihm nicht zu vertreten sind.

c) Aus den Umständen, daß Querbügel in acht von zwölf Pfeilern im unteren Bereich fehlten, die Querbügel einen wichtigen Leistungsteil betrafen, ihr Fehlen auf unzulänglicher Leistung irgendwelcher Leute des Beklagten beruhte und nach Einbringen der Stahlkonstruktion in die Verschallung nicht mehr erkannt werden konnte, brauchte das Berufungsgericht nicht zu schließen, daß der Polier N. [REDACTED] das Fehlen der Querbügel bemerkt haben müßte. Die im tatrichterlichen Bereich liegende Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Darlegung des Beklagten eine mögliche Erklärung für das Fehlen der Querbügel biete, ohne daß jemand davon gewußt habe, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Nach dieser Darstellung ist hier wegen der besonderen Ausbildung der Pfeiler das Anbringen von Querbügel zwar notwendig gewesen, aber als eine Abweichung von der üblichen Bewehrungsart - möglicherweise - übersehen worden.

Ein typischer Geschehensablauf, der einen Anscheinsbeweis erbracht hätte, liegt nicht vor. Umstände, die eine Umkehrung der Beweislast rechtfertigen könnten, sind ebenfalls nicht gegeben.

5. Das Berufungsgericht verneint zu Recht Ansprüche aus unerlaubter Handlung, weil das Eigentum des Klägers oder ein sein Vermögen schützendes Gesetz nicht verletzt sind. Das entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats (vgl. BGHZ 39, 366; BGH NJW 1965, 534).

6. Die von der Revision im übrigen noch erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft, aber für nicht durchgreifend erachtet (Art. 1 Nr. 4 BGH EntlG).

7. Die Revision ist nach alledem zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Kosten des Beweissicherungsverfahrens gehören zu den Kosten des Rechtsstreits (vgl. BGH NJW 1967, 340, 341).

Vogt

Meise

Recken

Doerry

Bliesener