

BUNDESGERICHTSHOF

2070 062

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 313/64

Verkündet am

8. Juni 1967

Horn,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Lidia W [REDACTED] geb. S [REDACTED], B [REDACTED]
[REDACTED], U [REDACTED]straße [REDACTED]/[REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Philipp H [REDACTED] Aktiengesellschaft
in F [REDACTED], T [REDACTED], vertreten durch ihre
Vorstandsmitglieder Dr. Ing. Walter K [REDACTED], Franz R [REDACTED]
[REDACTED] und Dipl.-Ing. Hans K [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juni 1967 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann sowie der Bundesrichter Rietschel, Erbol, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Kammergerichts vom 20. Oktober 1964 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Auf Grund Bauvertrages, in welchem die Parteien die Geltung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB, vereinbarten, errichtete die Klägerin in den Jahren 1958 und 1959 zu einem Pauschalpreis für die Beklagte auf deren Grundstück Berlin-Lichterfelde, Ecke Ostpreußendamm- Wismarer Straße, u.a. einen Wohnblock aus 3 drei- und 2 fünfgeschossigen Häusern, mit einer Schankstätte im Erdgeschoß des Eckhauses. Der Ehemann der Beklagten war für das Bauvorhaben als Architekt tätig. Im August 1959 waren die Wohnungen bezugsfertig.

Die Klägerin hat ihren rechnerisch unstreitigen Restwerklohn eingeklagt, zuletzt in Höhe von 52.883,06 DM.

Die Beklagte hat eingewandt:

„.; Die Klägerin habe, abweichend von den Zeichnungen des Architekten, das Eckgebäude nicht genügend hoch über das Straßenniveau gestellt, so daß der Fußboden der Schankstätte tiefer liege als die Straße. Die Klägerin habe weiter die in den Zeichnungen vorgesehene lichte Höhe des Restaurants nicht eingehalten. Infolgedessen sei der Wert des Gebäudes erheblich vermindert, zumal mit einer späteren Verbreiterung des Ostpreußendamms zu rechnen sei. Die Klägerin habe im übrigen dadurch Kosten erspart. Für den Abfluß des Regenwassers müßten demnächst zwei Gullys angelegt werden, die 2.000 DM kosten würden.

2.) Die Klägerin habe die Häuser verspätet fertiggestellt. Dadurch seien Mietausfälle entstanden.

3.) Die Bauten wiesen zahlreiche Mängel auf.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Beklagte zur Zahlung von 30.881,06 DM verurteilt und die Klage in Höhe von 955 DM abgewiesen.

Das Kammergericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt die Beklagte ihren Abweisungsantrag weiter, soweit der Klage in den Vorinstanzen stattgegeben worden ist.

Entscheidungsgründe:

Der in den Vorinstanzen zuerkannte Klageteilbetrag errechnet sich wie folgt:



Klagebetrag (zuletzt,	52.883,06 DM
abgewiesener Teilbetrag	955,-- DM
Teilbetrag, über den das Landgericht mit Rücksicht auf von der Beklagten behauptete Mängel noch nicht entschieden hat,	<u>21.047,-- DM</u>
zuerkannter Teilbetrag	30.883,06 DM.

Landgericht und Kammergericht haben dabei übereinstimmend angenommen, daß keine Ansprüche der Beklagten bestehen wegen:

- 1.) der "Höhenstellung" des Eckgebäudes und der "lichten Höhe" des Restaurants (einschließlich Kosten für 2 Gullys),
- 2.) verspäteter Fertigstellung der Gebäude,
- 3.) Mängeln am Dach.

Ansprüche wegen Mängeln an einigen Treppen, welche das Landgericht ebenfalls verneint hatte, hat die Beklagte in der Berufungsinanz fallen gelassen.

I. "Höhenstellung" des Eckgebäudes und "lichte Höhe" des Restaurants:

1.) Das Berufungsgericht verneint, daß das Werk der Klägerin in der genannten Hinsicht im Sinne des § 13 Ziff. 7 VOB (B) wesentliche Mängel aufweise, welche die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigen würden. Schon damit entfällt ein Schadensersatzanspruch der Beklagten aus § 13 Ziff. 7 BOB (B). Das würde selbst dann gelten, wenn es sich um zugesicherte Eigenschaften handeln würde (Urteile des Senats NJW 1962, 1569; VII ZR 215/61 vom 14. März 1963 und VII ZR 144/64 vom 8. Dezember 1966, in BGHZ 46, 242 insoweit nicht abgedruckt).

a) Zu Unrecht beruft sich die Revision auf den Schriftsatz der Beklagten vom 14. Oktober 1964, in welchem diese den Minderwert des Eckgebäudes wegen der falschen "Höhenstellung" mit mindestens 30.000 DM und wegen der zu geringen "lichten Höhe" des Restaurants mit 10.000 bis 15.000 DM angegeben hatte. Die Revision übersieht, daß das Berufungsgericht den in diesem Schriftsatz enthaltenen Vortrag der Beklagten gemäß § 529 Abs. 2 und 3 ZPO als verspätet nicht zugelassen hat; daß darin ein Prozeßverstoß läge, rügt die Revision nicht.

b) Sie bezieht sich weiter auf die Klagebeantwortung, worin die Beklagte von einem Gebrauchsminderwert der beiden genannten Mängel gesprochen hatte. Die Revision kann auch damit nicht gehört werden; denn sie weist nicht nach, daß die Beklagte diesen Vortrag (außer im Schriftsatz vom 14. Oktober 1964) in der Berufungsinstanz wiederholt hätte.

c) Bei dieser Sachlage kann auf sich beruhen, ob die Behauptung eines erheblichen Minderwerts zugleich die Behauptung in sich schließt, das Bauwerk leide an einem wesentlichen Mangel, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtige. Es braucht hier auch nicht entschieden zu werden, ob den beiden genannten Schriftsätzen, wenn sie berücksichtigt werden könnten, genügend substantiierte Angaben für eine schlüssige Behauptung der objektiven Voraussetzungen des § 13 Ziff. 7 Abs. 1 VOB (B) zu entnehmen wären.

d) Schließlich kommt es auch auf die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Frage des Verschuldens und auf die von der Revision dagegen erhobenen Bedenken nicht an.

e) Aus § 4 Ziff. 4 Abs. 4, § 4 Ziff. 3 und § 13 Ziff. 3 VOB (B) könnte die Beklagte, wenn die Voraussetzungen

dieser Bestimmungen gegeben wären, keinen über § 13 Ziff. 7 VOB (B) hinausgehenden Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin herleiten. Falls die Klägerin gehalten gewesen sein sollte, die Beklagte auf Unklarheiten und die Undurchführbarkeit der Pläne des Architekten hinzuweisen, so würde eine schuldhafte Verletzung dieser Prüfungs- und Anzeigepflicht, da sie hier lediglich Mängel am Bauwerk zur Folge gehabt hätte, doch zu Schadensersatzansprüchen nur im Rahmen des § 13 Ziff. 7 VOB (B) führen (vgl. Urteil des Senats VII ZR 200/62 vom 17. Februar 1964; Hereth-Ludwig-Naschold VOB, Teil B § 4 E Nr. 41).

2.) Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch der Beklagten auf Minderung (§ 13 Ziff. 6 VOB (B)) mit der Begründung, sie habe bei Abnahme des Werks keinen Vorbehalt wegen der genannten Mängel gemacht (§ 640 Abs. 2 BGB; § 12 Ziff. 5 Abs. 3 VOB (B)).

Gegen diese Feststellung wendet sich die Revision ohne Erfolg. An den von ihr angeführten Schriftsatzstellen hatte die Beklagte unter Beweisantritt lediglich behauptet, ihr Ehemann und Architekt habe während der Bauzeit gegenüber der Klägerin entsprechende Hinweise gemacht. Diesen Schriftsatzstellen brauchte das Berufungsgericht aber nicht die Behauptung der Beklagten zu entnehmen, sie habe diese Vorbehalte im Zeitpunkt der Abnahme wiederholt oder erkennbar aufrechterhalten. Der Schriftsatz der Beklagten vom 14. Oktober 1964 muß auch in diesem Zusammenhang aus dem oben zu 1 a) erörterten Grunde außer Betracht bleiben.

II. Verspätete Fertigstellung der Gebäude:

1.) Das Berufungsgericht verneint, dem Landgericht folgend, einen Schadensersatzanspruch der Beklagten aus

diesem Grunde, da die Beklagte die Klägerin nicht wirksam in Verzug gesetzt habe. Die Beklagte habe nach Fälligkeit nicht gemahnt. Die Leistung der Klägerin sei auch nicht nach dem Kalender bestimmt gewesen.

Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Nach dem Bauvertrag der Parteien sollte mit der Durchführung der Arbeiten spätestens am 15. September 1958 begonnen werden. Die Klägerin verpflichtete sich, das Gebäude in 7 1/2 Monaten fertigzustellen. Da der Ausführungstermin aber in die Herbst- und Wintermonate fiel, sollte sich die vertraglich vereinbarte Ausführungszeit entsprechend den anfallenden Regen- und Frosttagen (über deren Zahl die Parteien streiten) verlängern.

a) Angesichts dieses Vertragsinhalts kann keine Rede davon sein, daß der Zeitpunkt, bis zu dem die Klägerin den Bau fertigzustellen hatte, allein nach dem Kalender bestimmbar wäre. Die Voraussetzungen des § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB sind daher, im Gegensatz zur Ansicht der Revision, hier nicht gegeben.

b) An den von der Revision angeführten Schriftsatzstellen hatte die Beklagte nicht behauptet, sie habe nach Fälligkeit der Bauleistung der Klägerin deren Fertigstellung angemahnt. Das aber wäre Voraussetzung für einen Leistungsverzug der Klägerin, wie § 284 Abs. 1 BGB ergibt. Dagegen kommt es nach dieser Vorschrift nicht darauf an, ob die Beklagte etwa vor Fälligkeit gegenüber der Klägerin Bedenken geäußert hat, ob diese das Werk rechtzeitig fertigstellen werde.

2. Unter diesen Umständen kann es auf sich beruhen, ob hier dem Anspruch auf Ersatz des Mietausfalls auch der

§ 6 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) entgegenstehen würde, wonach unter den dort genannten Voraussetzungen nur der unmittelbare Schaden, nicht aber der entgangene Gewinn zu ersetzen ist (vgl. zu dieser Frage das Urteil des Senats VII ZR 16/65 vom 8. Juni 1967).

III. Mängel am Dach:

Das Berufungsgericht stellt fest, die ursprünglichen Mängel am Dach seien von der Klägerin nachgebessert. Die später aufgetretenen undichten Stellen beruhten nicht mehr auf mangelhafter Bauausführung seitens der Klägerin.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Die Revision greift sie auch nicht an.

IV. Nach alledem ist die Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke