

VII ZR 215/61
Verkündet
am 14. März 1963
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

41
2188 017

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

In dem Rechtsstreit

des Ingenieurs Robert E [REDACTED], K [REDACTED]-B [REDACTED], A [REDACTED]
Straße [REDACTED],

Klägers, Widerbeklagten,
Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Inhaber eines Bodenbelag-Geschäftes Josef H [REDACTED],
K [REDACTED]-E [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger, Berufungs-
kläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 14. März 1963 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Winkelmann, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom
29. Juni 1961 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an den
9. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte stellte im August und September 1955 die Steinholzfußböden im Neubau des Klägers her. An den Böden zeigten sich Mängel wie Ausblühungen, Aufwerfungen, Vertiefungen, kleine Löcher und Unebenheiten.

Der Kläger hat die Böden durch einen anderen Unternehmer mit Linoleum belegen lassen. Nach seiner Behauptung sind dadurch die Schäden nicht völlig beseitigt worden und weitere Schäden noch zu befürchten.

Auf den vom Beklagten in Rechnung gestellten Betrag von 7.862,43 DM hat der Kläger 4.000 DM gezahlt. Der Kläger hat den bereits entstandenen Schaden auf 5.636,12 DM beziffert; davon entfallen 5.136,12 DM auf die Kosten des Linoleumbelags. Den Betrag von 1.773,69 DM (nebst Zinsen), um den der bezifferte Schaden die noch ausstehende Forderung des Beklagten übersteigt, hat der Kläger mit der Klage verlangt. Außerdem hat er beantragt festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihm allen weiteren, insbesondere allen zukünftigen Schaden zu ersetzen, der auf die Verlegung des Bodenbelags in seinem Hause durch den Beklagten zurückzuführen ist.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und mit seiner Widerklage die Verurteilung des Klägers zur Zahlung von 3.000 DM nebst Zinsen begehrt. Nach seiner Ansicht sind die Mängel nur geringfügig und rechtfertigen allenfalls eine Herabsetzung seiner Restforderung auf 3.000 DM.

Das Landgericht hat durch Teilurteil den Beklagten zur Zahlung von 1.573,69 DM nebst Zinsen verurteilt, ferner dem Feststellungsantrag des Klägers entsprochen und die Widerklage abgewiesen. Über einen Betrag von 200 DM hat es noch nicht entschieden.

Im Berufungsverfahren hat der Beklagte die Widerklage auf 2.600 DM nebst Zinsen ermäßigt. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen, dem Beklagten auf die Widerklage 2.400 DM nebst Zinsen zugesprochen und die Entscheidung über die restlichen 200 DM des Widerklagebetrags dem Landgericht überlassen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger den Anspruch auf Zahlung von 1.573,69 DM nebst Zinsen und den Feststellungsantrag weiter und begehrt ferner die Abweisung der Widerklage.

Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt fest und führt aus:

Die Steinholzfußböden seien mangelhaft hergestellt worden. Der Kläger habe deshalb Nachbesserung nach § 633 Abs. 2 BGB verlangen können. Das habe er aber nicht getan, sondern von sich aus, ohne dem Beklagten eine Frist zur Beseitigung der Mängel zu setzen, einen Linoleumbelag anbringen lassen. Er sei daher jetzt ausschließlich auf einen Schadensersatzanspruch angewiesen; dessen Voraussetzungen seien aber nicht gegeben, weder aus Übernahme einer Garantie noch aus Verschulden des Beklagten (§ 635 BGB).

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 47a ff. UrhG geschützt.



II.

Die Revision greift die Feststellung, daß der Kläger keine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt habe, mit Verfahrensrügen erfolgreich an. Sie verweist auf den vorgelegten Schriftwechsel. Er ergibt, daß der Kläger in verschiedenen Schreiben Mängel gerügt und ihre Beseitigung gefordert (Schreiben vom 8. Juli, 12. August, 19. Dezember 1955) und schließlich in dem Brief vom 9. April 1956 erklärt hat, die Böden seien nunmehr seit mehr als 8 Monaten laufend beanstandet worden, der vom Beklagten unternommene Versuch der Nachbesserung sei erfolglos geblieben, es werde jetzt eine "Generallösung" und die Behebung der gesamten Mängel bis zum 30. April 1956 verlangt. Außerdem rügt die Revision, daß das Berufungsgericht den bauleitenden Architekten S. [REDACTED] nicht vernommen hat; er war als Zeuge dafür benannt, daß der Beklagte schriftlich und mündlich unter Fristsetzung aufgefordert worden sei, die Mängel zu beseitigen (S. 3 des Schriftsatzes vom 14. Februar 1961).

Trifft diese Behauptung aber zu, so war der Kläger, da der Beklagte die Mängel nicht beseitigt hat, berechtigt, die Mängel auf Kosten des Beklagten abstellen zu lassen. Das ergibt sich aus § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB Teil B; daß die Bestimmungen der VOB dem Vertrag der Parteien zugrunde gelegt worden sind, ist im Prozeß von Anfang an unstrittig gewesen (S. 7 der Klageschrift, S. 8 der Klageantwort).

Der Klageanspruch kann demnach nicht bloß unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes, sondern, wenigstens zum Teil, auch nach § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB als Anspruch auf Erstattung der Kosten, die durch eine vom Kläger selbst veranlaßte Mängelbeseitigung entstanden sind, gerechtfertigt sein. Auf diesen rechtlichen Gesichtspunkt hatte sich

auch der Kläger im Berufungsverfahren ausdrücklich, wenn auch anscheinend nur hilfsweise, berufen (S. 3 f des Schriftsatzes vom 14. Februar 1961). Voraussetzung eines Anspruchs nach § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB ist allerdings, daß die vom Kläger aufgewandten Kosten zur Beseitigung der Mängel erforderlich waren. Das ist in der dem § 13 Ziff. 5 Abs. 2 entsprechenden Vorschrift des § 633 Abs. 3 BGB ausdrücklich gesagt, gilt aber auch für den auf § 13 Ziff. 5 Abs. 2 gestützten Kostenerstattungsanspruch (Ingenstau-Korbion, VOB, 2. Aufl. Rdz. 84 zu § 13 Teil B). Daß die Verlegung des Linoleums erforderlich war, muß für die Revisionsinstanz unterstellt werden.

Der Kläger hat nämlich, sich u.a. auf ein Gutachten des Architekten C. stützend, behauptet, die Mängel könnten nur durch Überdecken des Bodens mit einem anderen Belag abgestellt werden und die einfachste, billigste und am schnellsten auszuführende Maßnahme sei das Bedecken mit Linoleum.

Ob diese Behauptung zutrifft oder nicht, wird gegebenenfalls in der Tatsacheninstanz noch zu prüfen sein. Dabei wird zu beachten sein, daß dieses Vorbringen nicht ohne weiteres mit der in anderem Zusammenhang (vgl. dazu unten unter IV) aufgestellten Behauptung vereinbar ist, die vom Beklagten verlegten Böden müßten wegen Fehlens der Dämmatte völlig entfernt und durch neue Böden ersetzt werden. Ferner ist zu beachten, daß der Kläger, falls der Linoleumboden wertvoller als ein sachgerecht gelegter Steinholzfußboden ist, sich einen Abzug von den Aufwendungen für den Linoleumbelag gefallen lassen muß.

III.

Auch soweit das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch verneint, hält seine Entscheidung den Revisionsangriffen nicht stand.

1) Nicht zu beanstanden ist allerdings, daß das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch aus Übernahme einer Garantie für nicht gegeben hält.

Eine "Garantie" beim Werkvertrag kann verschiedene Bedeutung haben. Sie kann einmal der gewöhnlichen Zusicherung einer Eigenschaft des Werkes, wie sie das BGB in § 633 Abs. 1 und die VOB in § 13 Teil B meinen, gleichkommen; sie kann auch bedeuten, daß das Werk die zugesicherten Eigenschaften unbedingt habe, und der Unternehmer, wenn sie fehlen, auch ohne Verschulden auf Schadensersatz hafte; sie kann schließlich die Übernahme der Gewähr für einen über die Vertragsmäßigkeit des Werks hinausgehenden Erfolg darstellen (vgl. RGZ 165, 41, 46 f). Was die Garantie jeweils bedeutet, ist für den einzelnen Fall durch Auslegung zu ermitteln und vom Tatrichter festzustellen.

Das Berufungsgericht befaßt sich mit den Erklärungen, die der Beklagte im Schreiben vom 21. Februar 1955 und bei der Gelegenheit abgegeben hat, als der Kläger die an anderer Stelle vom Beklagten verlegten Böden besichtigte. Sie bedeuten nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht mehr als die Zusage, die Böden sach- und vertragsgemäß auszuführen, und haben demnach die Haftung des Beklagten nicht erweitert. Diese Auslegung läßt keinen Rechtsfehler erkennen und bindet das Revisionsgericht.

Rechtlich nicht zu beanstanden ist auch die Auslegung der Erklärung des Beklagten im Schreiben vom 14. Januar 1955, er übernehme für die sach- und fachgerechte Herstellung der Böden eine Garantie von 2 Jahren. Dies bedeutet nach der Annahme des Berufungsgerichts, daß der Beklagte innerhalb des genannten Zeitraums ohne Rücksicht auf ein Verschulden auftretende Mängel beseitigen wollte. Zu dieser Mängelbeseitigung war er ohnehin nach § 13 Ziff. 5 VOB verpflichtet. Seine nach der VOB bestehende Haftung ist demnach auch durch die "Garantie" im Schreiben vom 14. Januar 1955 nicht erweitert worden.

2) Das Berufungsgericht verneint einen Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB, weil sich nicht feststellen lasse, daß der Beklagte die vorhandenen Mängel verschuldet habe.

a) Es führt dazu an: Die Mängel seien in erster Linie darauf zurückzuführen, daß die Lauge, die der Beklagte fertig bezogen und bei der Herstellung der Böden verwandt habe, nicht richtig gemischt gewesen sei. In dem Gebrauch dieser Lauge liege kein Verschulden, da es allgemein üblich sei, fertige Lauge zu verwenden. Der Beklagte habe von derselben Firma schon wiederholt fertige Lauge bezogen und diese mit bestem Erfolge verwandt. Es sei kein Anzeichen vorhanden gewesen, das Anlaß zu Zweifeln an der Tauglichkeit der Lauge hätte geben müssen. Der Beklagte sei deshalb nicht gehalten gewesen, die Lauge genau zu untersuchen. Es stehe auch nicht fest, daß der Beklagte bei der Verdünnung der Lauge schuldhaft gehandelt habe. Daß er, von der Verwendung der schlechten Lauge abgesehen, sonst mangelhafte Arbeit geleistet habe, sei nicht dargetan. Es sei auch nicht bewiesen, daß die Dämmatte, die unter den Böden verlegt werden mußte, in einem die Schall- und Wärmedämmung nennenswert beeinträchtigenden Umfange fehle.

b) Gegen diese Ausführungen und Feststellungen wendet sich die Revision mit Erfolg.

Da die Geltung der VOB vereinbart ist, ist für die Beurteilung des Schadensersatzanspruchs, wie die Revision zutreffend bemerkt, von § 13 Ziff. 7 VOB auszugehen.

Ein Schadensersatzanspruch nach dieser Vorschrift kann allerdings nicht schon deshalb bejaht werden, weil zugesicherte Eigenschaften des vom Beklagten hergestellten Werks fehlten; es ist vielmehr nach § 13 Ziff. 7 Abs. 1 VOB weiter erforderlich, daß ein Verschulden des Unternehmers und ein die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigender wesentlicher Mangel vorliegen (BGH VII ZR 23/61 vom 24. Mai 1962 = NJW 1962, 1569).

Ob ein wesentlicher Mangel in diesem Sinne vorhanden war, erörtert das Berufungsgericht nicht; das Revisionsgericht muß unterstellen, daß es der Fall war.

Soweit das Berufungsgericht ein Verschulden des Beklagten verneint, erhebt die Revision mehrere Verfahrensrügen.

aa) Daß es ein Verschulden des Beklagten darstellt, wenn er die Dämmatte nicht verlegt haben sollte, liegt auf der Hand und wird ersichtlich auch vom Berufungsgericht angenommen. Es hält aber nicht für bewiesen, daß die Dämmatte in nennenswertem Umfange gefehlt habe. Wie die Revision auf Grund des § 286 ZPO mit Erfolg rügt, hat aber das Berufungsgericht hierbei verschiedene Umstände nicht berücksichtigt.

Der vom Beklagten als Sachverständiger benannte Dr. Ing. H. [REDACTED] hat in seinem Gutachten vom 26. März 1957 (S. 1), das er in dem Beweissicherungsverfahren 44 H 5/57 des Amtsgerichts Köln erstattet hat, festgestellt, daß im Erdgeschoß, wo ein Stück des Belags herausgenommen worden war, die vorgeschriebene Dämmatte teilweise fehle und daß hierin ein Herstellungsmangel liege.

Der Kläger hat ferner ein Gutachten des Architekten C. [REDACTED] vom 21. Oktober 1960 eingereicht; hiernach war an einer in der Wohnung im 3. Obergeschoß rechts geöffneten Stelle des Fußbodens die Dämmatte nur zu einem geringen Teil verlegt.

In dem vom Berufungsgericht erörterten Gutachten, das C. [REDACTED] im Beweissicherungsverfahren 44 H 2/56 erstattet hatte, war angegeben, daß die Matteneinlage außer an der im Erdgeschoß geöffneten Stelle auch in der Wohnung im 1. Obergeschoß an der dort geöffneten Stelle gänzlich fehlte.

Es ist nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, wenn es sich vergewärtigt hätte, daß in ganz verschiedenen Teilen des Hauses, wo der Boden geöffnet worden ist, die Dämmatte ganz oder zum großen Teil fehlte.

bb) Das Berufungsgericht hat, wie die Revision ferner rügt, nicht berücksichtigt, daß nach dem angeführten Gutachten des Dr. Ing. H. [REDACTED] (S. 3) in allen Räumen des Hauses Fehler beim Verlegen der Masse mehr oder weniger deutlich zu erkennen waren.

cc) Die Revision hebt mit Recht hervor, daß der bauleitende Architekt schon während der Ausführung der Arbeiten eine Reihe von Beanstandungen erhoben hat. Das ergibt sich aus dem Schreiben vom 8. August 1955, auf das die Revision verweist. Hiernach waren mehrere Böden bereits vom Beklagten herausgenommen worden; in dem Schreiben wird ferner verlangt, daß an anderen Stellen der Boden noch aufgebrochen und wieder neu angebracht werden müsse. Das war zu einer Zeit, als die nach dem Tatbestand des Urteils (S. 1) im August und September 1955 ausgeführten Arbeiten noch im Gange waren. Bei dieser Sachlage hätte das Berufungsgericht erwägen müssen, ob der Beklagte, wenn er auch fertige Lauge verwenden durfte und keinen Anlaß hatte, deren Eignung von vornherein anzuzweifeln, nicht doch der Ursache der bereits aufgetretenen Mängel hätte nachgehen und die Lauge nunmehr hätte untersuchen müssen, um auf diese Weise eine mangelfreie Herstellung wenigstens der noch zu legenden Böden zu erreichen.

dd) Auch zu der Frage, ob dem Beklagten bei der Verwendung der Lauge ein Verschulden zur Last fällt, würdigt das Berufungsgericht das Parteivorbringen nicht erschöpfend. Der Beklagte hatte im Schriftsatz vom 19. Februar 1961 (S. 2) vorgetragen, daß das Verdünnungsverhältnis an der Baustelle mit einem Aerometer genau gemessen werde und daß das auch im vorliegenden Fall geschehen sei. Demgegenüber hat aber der Kläger im Schriftsatz vom 14. Februar 1961 (S. 5) einen Zeugen dafür benannt, daß die Messung im vorliegenden Falle nicht vorgenommen worden sei, daß ein Aerometer an der Baustelle nicht vorhanden gewesen sei und daß die Leute des Beklagten hierauf hingewiesen worden seien. Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht diesen Beweis nicht erhoben hat.

ee) Die Revision weist schließlich darauf hin, daß der Beklagte nach seinem Angebot vom 14. Januar 1955 die Verwendung griechischen Magnesits zugesagt, in Wirklichkeit aber,

wie sich aus dem Gutachten H [REDACTED] (S. 2) ergebe, jugoslawischen Magnesit verwandt habe. Das Berufungsgericht wird gegebenenfalls noch zu prüfen haben, ob der Beklagte insoweit eine Zusicherung nicht eingehalten hat und ob hierin ein Verschulden zu finden ist.

Bei Berücksichtigung aller unter aa) bis ee) hervor-
gehobenen Gesichtspunkte wäre die Beurteilung der Schuld-
frage möglicherweise anders ausgefallen.

IV.

Nach allem kann das angefochtene Urteil nicht bestehen bleiben, und zwar auch insoweit nicht, als die Feststellungs-
klage abgewiesen worden ist.

Das Berufungsgericht meint allerdings, für sie fehle
(auch) das Feststellungsinteresse. Es stützt sich für diese
Ansicht allein auf die Aussage der Chemikerin J [REDACTED]. Sie
hatte bekundet, nach Aufbringen des Linoleums seien ihrer Er-
innerung nach keine Mängel mehr festzustellen gewesen; auch
besteht nach ihrer Auffassung keine Gefahr mehr, daß von den
Steinholzfußböden noch Schäden ausgehen könnten.

Der Kläger hatte aber zur Begründung der Feststellungs-
klage u.a. angeführt, daß die Linoleumböden in gewissen Zeit-
räumen erneuert werden müßten, weil sie sich schneller als
Steinholzfußböden abnutzten (S. 7 der Klageschrift). Er hatte
ferner geltend gemacht, daß es ungewiß sei, ob nicht noch
Schäden am Putz der Zimmerwände auftreten würden, wie sie
sich an verschiedenen Stellen schon gezeigt hätten (vgl.
S. 5, 7 f des Schriftsatzes vom 29. Oktober 1957). Auch
hat er sich darauf berufen, daß die Böden schon wegen des
Fehlens der Dämmatte erneuert werden müßten (S. 8 des
Schriftsatzes vom 14. Februar 1961). Diese Gesichtspunkte
sind in der Aussage der Zeugin Jantze und im Berufungsurteil

nicht berücksichtigt. Es ist nicht auszuschließen, daß aus dem einen oder anderen dieser Gründe Schäden entstanden sind, die vom Zahlungsantrag nicht erfaßt sind, und daß auch in Zukunft noch Schäden entstehen können; jedenfalls hat das Berufungsgericht das Gegenteil nicht festgestellt. Das Feststellungsinteresse kann deshalb nicht verneint werden.

Demnach ist das Berufungsurteil in vollem Umfange aufzuheben. Da noch weitere tatsächliche Feststellungen zu treffen sind, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei hat der Senat von seiner Befugnis nach § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Es wird noch darauf hingewiesen, daß das Urteil des Landgerichts nicht am 2., sondern am 5. Dezember 1957 verkündet worden ist.

Glanzmann Dr. Winkelmann Erbel Meyer Dr. Vogt