

2074 057

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B
§ 13 Nr. 5 Abs. 2

Hat der Auftragnehmer die ihm zur Mängelbeseitigung gesetzte angemessene Frist fruchtlos verstreichen lassen, so kann der Bauherr von ihm einen Vorschuß in Höhe der zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten verlangen. Den Vorschuß muß er abrechnen.

BGH, Urt. v. 2. März 1967 - VII ZR 215/64 - OLG Düsseldorf
LG Wuppertal

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 215/64

URTEIL

Verkündet am

2. März 1967

Jodas,

Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Peter S [REDACTED], Hoch-, Beton- und
Ingenieurbau, S [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten,
Berufungsklägerin, Revisionsklägerin
und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Stadtgemeinde S [REDACTED], vertreten durch den Rat
der Gemeinde, dieser vertreten durch den Oberstadtdirektor,
S [REDACTED], Rathaus, C [REDACTED]straße,

Klägerin, Berufungsklägerin, Be-
rufungsbeklagte, Revisionsbeklagte
und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 2. März 1967 unter
Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs
Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel,
Hubert Meyer, und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Parteien gegen das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Düsseldorf vom 15. Mai 1964 werden zurückge-
wiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden
gegenseinander aufgehoben.

Von Rechts wegen

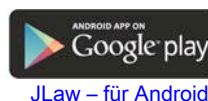
Tatbestand:

Die Beklagte baute im Jahre 1954 im Auftrag der
Klägerin an der Müllkippe in Solingen-Wald zur Aufnahme
des Demmeltrather Bachs ein 88,86 m langes Teilstück
eines Kanals. Entsprechend ihrem Angebot hatte sie auf
einer Stahlbetonsohle ein Mauergewölbe zu errichten, das
Mauerwerk von außen mit einem glatten Zementputz zu ver-
sehen und auf dem Verputz von einem Spezialunternehmer
die Isolierung auftragen zu lassen. Den Vertragsbeziehun-
gen der Parteien wurden die Bestimmungen der VOB (B)
zugrunde gelegt.

Die Isolierungsarbeiten übertrug die Beklagte der
Firma Ferdinand Sch[REDACTED]. Nach dem Leistungsverzeichnis



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



sollte auf dem Zementputz eine wasserdichte 5 mm starke Schutzschicht aus "Organa-Heißpaste" gleichmäßig und porenfrei aufgetragen werden.

Auf die fertige Isolierschicht ließ der Bauleiter der Klägerin, der Bauingenieur Rusch, 1,5 cm starke Heraklith-Platten kleben und hierauf eine 40 cm dicke Erdschicht anwerfen. Über dem Kanal sollte später Müll abgekippt werden. Die Isolierung bezweckte, schädliches Sickerwasser der Müllkippe von dem Mauergewölbe fernzuhalten.

Den Rechnungsbetrag von 65.827,58 DM hat die Klägerin bis auf (5 % =) 3.291,38 DM gezahlt.

Die Klägerin hat von der Beklagten 36.000 DM für die Erneuerung der Isolierung verlangt, weil von außen Wasser durch das Mauerwerk dringt. Die Isolierschicht ist nach ihrer Behauptung ungleichmäßig und nicht einmal durchgehend 3 mm stark aufgetragen worden. Die Klägerin hat (36.000 - 3.291,38 =) 32.708,62 DM nebst Zinsen eingeklagt und die Feststellung begehrt, daß die Beklagte ihr auch allen weiteren durch die mangelhafte Isolierung bedingten Schaden zu ersetzen habe.

Die Beklagte hat widerklagend von der Klägerin die einbehaltenen 3.291,38 DM nebst Zinsen verlangt. Sie hat u.a. behauptet, die Klägerin habe die Heraklith-Platten in die noch nicht trockene Isolierschicht drücken lassen und diese dadurch beschädigt. Sie, die Beklagte, und der Unternehmer Sch[REDACTED] hätten die Klägerin darauf hingewiesen, daß die Isolierschicht mittels aufzusetzenden Mauerwerks geschützt werden müsse und daß die 40 cm starke Erdschicht dafür nicht ausreiche. Sie hat ferner gegenüber der Klageforderung die Einrede der Verjährung er-

hoben und hilfsweise mit ihrer widerklagend geltend gemachten Restforderung aufgerechnet.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 4.208,62 DM nebst Zinsen verurteilt und der Feststellungsklage entsprochen. Die weitergehende Zahlungsklage und die Widerklage hat es abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und auf die Berufung der Klägerin der Zahlungsklage in Höhe von 7.708,62 DM nebst Zinsen stattgegeben. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen.

Die Revision der Beklagten zielt auf Abweisung der Klage, soweit ihr entsprochen worden ist. Die Klägerin verfolgt mit der Anschlußrevision zuletzt nur noch den Zahlungsanspruch weiter, soweit er abgewiesen worden ist. Jede Partei beantragt, das Rechtsmittel des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht bejaht einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus § 13 Ziff. 7 VOB (B) wegen mangelhafter Ausführung der Isolierung durch den von der Beklagten beauftragten Unternehmer Sch [REDACTED] (§ 278 BGB). Es schließt sich dem Sachverständigen Bramann an, der die vertraglich vorgesehene Stärke der Isolierschicht von 5 mm als fehlerhaft bezeichnet hat, weil sie ohne eine Einlage aus Draht, Jute oder Glasfaser nicht gehalten haben würde. Es stellt jedoch mit den Sachverständigen Röck und Bramann fest, daß auch die technisch fachgerechte Stärke von 3 mm nicht erreicht sei. An den

vom Sachverständigen Röck überprüften Stellen habe sie zwischen 2 und 3 mm geschwankt. Bramann habe eine mittlere Stärke von 3,1 mm festgestellt bei Einzelwerten, die verschiedentlich bis auf 1 mm absanken. Berücksichtige man, daß die Schicht durch verschiedene Einflüsse eine Minderung von 0,6 - 0,7 mm erfahren haben könne, dann seien jedenfalls an manchen Stellen weniger als 1,5 mm Isoliermasse aufgetragen worden. Bei gewissenhafter Ausführung hätte die Schicht durchgehend 3 mm stark sein müssen. Um zu erreichen, daß kein Wasser mehr von außen in das Mauergerölbe eindringe, müsse die gesamte Isolierung entfernt und erneuert werden. Die hierdurch entstehenden Kosten seien gemäß den Sachverständigengutachten auf 35.000 DM zu schätzen.

Die Klägerin hat nach Ansicht des Berufungsgerichts in beträchtlichem Umfang zur Entstehung des Schadens schuldhaft beigetragen:

Einen Planungsfehler sieht das Berufungsgericht mit den Sachverständigen Bramann und Karsten darin, daß die Klägerin die Drainage, die das sich unter und neben dem Mauergerölbe sammelnde Grundwasser aufnehmen sollte, falsch habe anlegen lassen. Die Kiesschichten, in die man die Steinzeugrohre gebettet habe, seien nicht als Filterschichten aufgebaut worden. Infolgedessen habe der außerordentlich feine Schluffboden den Filterkies durchsetzt und verhindere einen ausreichenden Durchfluß. Das anfallende Wasser könne sich teilweise erst in Scheithöhe des Mauergerölbes einen Abfluß suchen und damit am Kanalquerschnitt einen Druck bis zu 0,15 atü ausüben, der auf die Abdichtung einwirke. Die angelegte Drainage lasse sich nicht mehr instandsetzen und müsse durch Seitendrainagen ersetzt werden.

Einen weiteren Planungsfehler sieht das Berufungsgericht in dem Abdecken der Isolierschicht durch Heraklith-Platten. Diese Platten würden zusammen mit der 40 cm starken Erdschicht höchstens 1 - 2 Jahre lang mechanische Einflüsse von der Isolierschicht abgehalten haben. Da noch kein Müll aufgeschüttet worden sei, hätten die faulenden Heraklith-Platten den Queckeneinwuchs gefördert. Bei baldigem Auffüllen mit Müll wären dagegen die Heraklith-Platten weggerutscht und die Isolierung gleichfalls beschädigt worden. Dieser Planungsfehler wiege umso schwerer, als die Klägerin es hierbei belassen habe, obwohl die Beklagte und der Unternehmer Sch. den Bauleiter R. der Klägerin rechtzeitig auf die begründeten Bedenken gegen diese Art, die Isolierschicht abzudecken, hingewiesen hätten.

Daß die Klägerin eine 5 mm dicke Isolierschicht geplant hatte, die sich bei Erwärmung durch die Sonne verformt haben würde, hat das Berufungsgericht nicht als zu Lasten der Klägerin gehende Schadensursache gewertet, weil die Schicht tatsächlich nicht in der im Vertrag vorgesehenen Stärke aufgetragen worden sei. Es hat auch nicht für erwiesen erachtet, daß der Bauleiter R. der Klägerin bei der Abnahme schuldhaft die zu geringe Stärke der Isolierung übersehen und deshalb die damals leicht auszuführende Nachbesserung nicht veranlaßt habe.

Das beiderseitige Verschulden der Erfüllungsgehilfen und Angestellten der Parteien rechtfertigt es nach Ansicht des Berufungsgerichts, die Klägerin mit 2/5 ihres Schadens zu belasten. Da von den 21.000 DM ($\frac{3}{5} \times 35.000$ DM), die die Beklagte der Klägerin somit zu ersetzen habe, die von der Klägerin einbehaltenen 3.297,38 DM abgehen, hat es der Klage in Höhe von 17.708,62 DM stattgegeben.

Die Feststellungsklage hat das Berufungsgericht abgewiesen, da über den eingetretenen Schaden endgültig habe entschieden werden können und mit weiteren Schäden nicht mehr zu rechnen sei.

A. Die Revision der Beklagten

I. Zur Haftung der Beklagten

1.) Der Sachverständige Bramann hat im Gutachten vom 27. November 1962 (Bl. 10 ff) gemäß den Beweisabschlüssen vom 30. März und 16. November 1962 dazu Stellung genommen, wie sich die zu dünn und ungleichmäßig angelegte Isolierschicht einerseits und die Planungsfehler der Klägerin andererseits ausgewirkt haben. Er hat ausgeführt, die Schäden seien dadurch eingetreten, daß nicht einmal eine 3 mm starke Schicht gleichmäßig aufgetragen worden sei und daß darüber hinaus die Schicht durch sonstige Umstände frühzeitig mehr als nötig beschädigt worden sei.

Das hat er im Folgenden näher begründet. Dabei hat er zu Lasten der Klägerin ausgeführt, infolge der unsachgemäß angelegten Drainage könne das Wasser einen so starken Druck auf die Isolierung ausüben, daß es einer wasserdruckhaltenden Dichtung bedurft hätte.

Zu Unrecht meint die Revision, das Berufungsgericht hätte bei Berücksichtigung dieser Äußerung des Sachverständigen die fehlerhafte Auftragung der Bitumenschicht überhaupt nicht als kausal für den Schaden ansehen und deshalb der Klägerin keinen Schadensersatzanspruch zusprechen dürfen. Der Sachverständige hat eindeutig die Schadensursache in erster Linie in der zu dünn und un-

gleichmäßig aufgetragenen Isolierschicht gesehen. Er hat dazu ausgeführt, es sei schwer zu sagen, wie lange eine 3 oder 5 mm dicke einwandfreie Sperrschicht einem Druck von 2,5 atü widerstehen könne; es gebe Fachleute, die dies für Jahrzehnte bejahten, wenn im Bauwerk keine Bewegungen möglich seien; aus eigener Erfahrung könne er sagen, daß intakte Isolierflächen selbst 3 - 4-fachem Überdruck beliebig lange standhielten.

2.) Durch die Feststellung des Berufungsgerichts, die Stärke der Isolierschicht erreiche die im Leistungsverzeichnis vorgesehenen 5 mm nicht, ist die Beklagte nur insofern beschwert, als das Berufungsgericht feststellt, daß nicht einmal eine 3 mm starke Schicht gleichmäßig aufgetragen worden ist. Denn eine 3 mm übersteigende Stärke wäre, wie das Berufungsgericht mit dem Sachverständigen Bramann annimmt, fehlerhaft gewesen, weil sie ohne Einlage nicht gehalten hätte.

3.) Die Angriffe der Beklagten gegen die Feststellung, daß die Schicht auch nicht gleichmäßig 3 mm stark ist, haben keinen Erfolg.

a) Unerheblich ist, entgegen der Meinung der Revision, daß die Sachverständigen die Isolierschicht erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist überprüft haben. Es kommt nur darauf an, ob sie in diesem Zeitpunkt noch festzustellen vermochten, wie dick die Schicht im Jahre 1954 aufgetragen worden ist. Der Sachverständige Bramann hat hierzu in seinem Gutachten vom 25. Februar 1961 (Bl. 14) ausgeführt, daß die in seinem Gutachten vom 16. August 1960 (Bl. 3 und 4) festgelegte Dicke der Schicht nicht in den Rillen gemessen worden sei, die die Holzstreifen der Heraklith-Platten eingedrückt haben, und daß die

Bitumenmasse auch nicht abgeflossen und dadurch dünner geworden sei.

b) Die Bekundungen des Zeugen R. [REDACTED] vom 30. September 1958 und 18. Juni 1962 stehen den eingehenden Ermittlungen des Sachverständigen Bramann nicht entgegen, denn der Zeuge hat sich bei der Überprüfung der Isolierung bewußt auf wenige Stichproben beschränkt. Die Bekundungen des Zeugen Sch. [REDACTED], dem die Beklagte die Isolierungsarbeiten übertragen hat, brauchte das Berufungsgericht nicht als den Ermittlungen des Sachverständigen Bramann entgegenstehend zu werten. Das gleiche gilt für die Aussagen der Zeugen M. [REDACTED] und S. [REDACTED]. Letzterer hat sogar bekundet, man habe beim Auftragen der Isolierschicht deren Stärke nicht kontrolliert. Falls die Menge der verbrauchten Isoliermasse für eine 5 mm starke Schicht gereicht hat, so folgt daraus nicht zwingend, daß die Isolierschicht in dieser Stärke oder wenigstens 3 mm stark gleichmäßig aufgetragen worden ist.

II. Zur Verjährung; Natur des Anspruchs.

Das Berufungsgericht hält den Schadensersatzanspruch der Klägerin nicht für verjährt. Das Werk der Beklagten wurde, so stellt es fest, am 18. Dezember 1954 von der Klägerin abgenommen. Die Isolierungsarbeiten wurden von ihr mit den Schreiben vom 18. Oktober und 30. November 1956, also innerhalb der zweijährigen Frist des § 13 Ziff. 5 VOB (B) beanstandet. Zugleich hat sie unter Fristsetzung Mängelbeseitigung verlangt. Dem ist die Klägerin nicht nachgekommen.

Die Revision meint, das schriftliche Nachbesserungsverlangen genüge nicht, um die Verjährung des erst im

Januar 1958 eingeklagten Schadensersatzanspruchs zu unterbrechen. Hierfür beruft sie sich auf Hereth-Ludwig-Naschold VOB (B) § 13.4 Ez 189 und 190.

Damit hat die Revision keinen Erfolg.

1.) Mit der Zahlungsklage hat die Klägerin den Betrag verlangt, den sie aufwenden muß, um eine neue Isolierung anzubringen (Klageschrift Bl. 5). Un-
erheblich ist, daß sie diesen Betrag als ihren "Schaden" bezeichnet hat. Damit hat die Klägerin nicht im Sinne der VOB einen Schadensersatzanspruch geltend gemacht. Der Schadensersatzanspruch ist in § 13 Ziff. 7 geregelt und zielt auf Wiedergutmachung des Schadens, der dem Auftraggeber über die notwendige Mängelbeseitigung hinaus "außerdem" noch entstanden ist. Hier geht es um die Kosten der Mängelbeseitigung, die in § 13 Ziff. 5 behandelt wird. Die Mängelbeseitigung umfaßt alle Arbeiten, die erforderlich sind, um eine mangelhafte Leistung in den vertragsgemäßen Zustand zu versetzen. Welche Maßnahmen in Frage kommen, bestimmt sich nach dem Vertrag und den Umständen des Einzelfalls (Hereth-Ludwig-Naschold § 13.5 Ez 214). Daß der eingeklagte Betrag die Herstellungskosten überschreite und auch echte Schadensbeträge umfasse, ist nicht zu ersehen und legt auch die Beklagte mit der Revision nicht dar.

Die Klägerin hatte zwar außerdem die Feststellung begehrt, daß die Beklagte ihr auch allen weiteren durch die mangelhafte Isolierung bedingten Schaden zu ersetzen habe. Das Berufungsgericht hat jedoch hierzu dargelegt, daß ihr über den zur Herstellung einer einwandfreien Isolierung erforderlichen Betrag hinaus kein Schaden entstanden und mit einem weiteren Schaden auch nicht zu

rechnen sei. Diese Feststellungen werden im Revisionsverfahren, insbesondere nicht von der Klägerin mit der Anschlußrevision angegriffen. Die Klägerin hat vielmehr in der Revisionsverhandlung erklärt, daß sie die Feststellungsklage nicht weiter verfolge.

Zu prüfen ist demnach nur noch, ob der Kostenzahlungsanspruch aus § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) verjährt ist. Diesen hat zwar die Klägerin erst nach Ablauf der Verjährungsfrist gerichtlich geltend gemacht; auch der Beweissicherungsantrag ist beim Amtsgericht in Solingen erst am 4. September 1957, also ebenfalls nach Ablauf der Verjährungsfrist eingegangen (§§ 639 Abs. 1, 477 Abs. 2 BGB). Die Klägerin hatte jedoch innerhalb der Verjährungsfrist schriftlich unter Fristsetzung die Mängelbeseitigung verlangt, und deshalb kann die Beklagte nach § 13 Ziff. 5 VOB (B) gegenüber dem aus diesem nicht erfüllten Verlangen sich ergebenden Kostenerstattungsanspruch nicht die Einrede der Verjährung erheben (IM § 13 VOB (B) Nr. 1 und 2).

2.) Ohne Bedeutung ist es, daß die Klägerin nicht bloß die Kosten für eine Nachbesserung, sondern für die Neuherstellung der ganzen Isolierung verlangt. Die Isolierungsarbeiten stellten nur einen Teil der nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen dar. Die Beklagte hatte vor allem das Mauergewölbe zu bauen. Dessen Isolierung war nur eine Teilaufgabe. Die Frage, ob der Auftraggeber nach § 13 Ziff. 5 VOB (B) auch dann Ersatz der Mängelbeseitigungskosten verlangen kann, wenn die Mängelbeseitigung einer Neuherstellung des Werkes gleichkommt (vgl. BGHZ 42, 232, 233), erhebt sich deshalb hier nicht. Die Neuherstellung nur eines Teils des Gesamtwerks, bzw. die Zahlung der dafür erforderlichen Kosten hält sich im Rahmen der Nachbesserungspflicht (RGZ 95, 329).

3.) Nach § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) kann der Auftraggeber, wenn der Auftragnehmer die ihm zur Mängelbeseitigung gesetzte angemessene Frist fruchtlos hat verstreichen lassen, die Mängel selbst "auf Kosten des Auftragnehmers abstellen lassen".

Dieser Wortlaut könnte, wie auch der ähnlich gefaßte § 633 Abs. 3 BGB, dahin gedeutet werden, der Auftraggeber müsse zunächst die Mängel beseitigen lassen und könne erst dann Ersatz der dafür gemachten Aufwendungen, gegebenenfalls nach § 257 BGB Befreiung von einer dafür eingegangenen Verbindlichkeit, verlangen. Auf diese Rechte ist der Bauherr jedoch nicht beschränkt. Er muß vielmehr im Hinblick auf die Besonderheiten des Bauvertrags vom Auftragnehmer verlangen können, daß dieser ihm die zur Beseitigung der Mängel erforderlichen Kosten vorschießt, sofern er ihn nicht auf eine ausreichend geleistete oder einbehaltene Sicherheit (§ 17 VOB (B)) zu verweisen vermag. Dies ist ein Gebot der Billigkeit. Denn nach § 13 Ziff. 5 Abs. 1 VOB (B) trifft den Auftragnehmer in erster Linie die Verpflichtung, die Mängel auf seine Kosten zu beseitigen. Kommt er dieser Verpflichtung nach, so braucht der Bauherr hierfür keine eigenen Mittel einzusetzen. Der Bauherr darf aber nicht schlechter gestellt sein, wenn der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung verweigert. Auch in diesem Falle muß es ihm möglich sein, ohne eigene Mittel aufzuwenden, die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers abstellen zu lassen.

Damit, daß der Bauherr auch schon Abschlagszahlungen, die er einem mit der Mängelbeseitigung beauftragten Dritten bezahlt, gemäß § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) vom Auftragnehmer ersetzt verlangen kann, wird

seinem berechtigten Interesse, ohne Einsatz eigener Mittel die Mängel beheben zu lassen, nicht hinreichend Rechnung getragen. Auch die Bestimmung des § 257 BGB gibt ihm hierfür keine ausreichende Handhabe. Sie greift erst ein, wenn der Auftraggeber die Mängelbeseitigung bereits einem anderen Unternehmer übertragen hat. In der Regel hat der Bauherr nach Fertigstellung des Bauwerks die dafür vorgesehenen Geldmittel verbraucht. Ihm kann nicht zugemutet werden, noch weitere Beträge einzusetzen, die er sich möglicherweise erst beschaffen muß. Er muß daher nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) vom Auftragnehmer einen Vorschuß in Höhe der voraussichtlich zur Beseitigung der Mängel erforderlichen Kosten verlangen können.

Für dieses Ergebnis spricht auch die Erwägung, daß ein Beauftragter vom Geschäftsherrn für die zur Durchführung des Auftrags erforderlichen Aufwendungen Vorschuß verlangen kann (§ 669 BGB). Der Bauherr, der die Mängelbeseitigung einem anderen Unternehmer überträgt, wird zwar in der Regel kein Geschäft seines Auftragnehmers besorgen; er erledigt jedoch eine Angelegenheit, die wie bereits erwähnt, nach § 13 Ziff. 5 Abs. 1 VOB (B) eigentlich Sache des Auftragnehmers ist (ebenso Ingenstau-Korbion VOB 4. Aufl. B § 13 Rz 84). Insofern besteht eine dem Auftrag immerhin vergleichbare Rechtslage. Auch mit dem Wortlaut des § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB ist die Bejahung einer Vorschußpflicht des Auftragnehmers durchaus vereinbar.

4.) Nach alledem kann der Auftraggeber von dem Auftragnehmer, der eine ihm zur Mängelbeseitigung gesetzte Frist fruchtlos hat verstreichen lassen, den zur Mängelbeseitigung erforderlichen Betrag sogleich vorschuß-

weise verlangen. Im vorliegenden Fall bestehen keine Bedenken, der Klägerin den ihr vom Berufungsgericht zuerkannten Betrag unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt zuzubilligen. Die Feststellungen ergeben klar, daß der Betrag zur Behebung der Mängel erforderlich sein wird.

Freilich ist eine als Vorschuß geleistete Zahlung nichts Endgültiges, vielmehr hat der Auftraggeber den Vorschuß abzurechnen. Er muß nachweisen, daß er den ihm gezahlten Betrag zur Mängelbeseitigung benötigt hat. Gegebenenfalls kann er eine Nachzahlung verlangen; den nichtbenötigten Teil des Vorschusses muß er dem Auftragnehmer zurückzahlen.

5.) Es mag sein, daß dem Auftraggeber ein Vorschuß zu versagen ist, wenn Grund zur Annahme besteht, daß er die Mängel gar nicht beseitigen lassen will, sondern mit der Geltendmachung des Anspruchs aus Ziff. 5 Abs. 2 in Wirklichkeit eine Minderung der Vergütung nach Ziff. 6 erstrebt, obwohl deren weitergehende Voraussetzungen möglicherweise nicht gegeben sind. Ob in einem solchen Fall der Auftraggeber nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) Sicherheitsleistungen verlangen kann, braucht nicht entschieden zu werden. Es spricht nichts dafür, daß die klagende Stadt das Mauergewölbe nicht nochmals isolieren lassen will.

III. Zum mitwirkenden Verschulden der Klägerin.

Die Revision meint, das mitwirkende Verschulden der Klägerin sei nicht hoch genug bewertet worden. Zwar kann eigenes Verschulden des Auftraggebers seinen Mängelbeseitigungsanspruch beeinflussen (siehe unten zu B I).

Gleichwohl sind die Rügen des Beklagten unbegründet.

1.) Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, es könne nicht festgestellt werden, daß der Bauleiter R. der Klägerin bei der Abnahme nicht sorgfältig genug die Stärke der Isolierung überprüft habe.

Ein Unterlassungsverschulden des Geschädigten setzt zwar nicht die Verletzung einer dem Schädiger gegenüber bestehenden Rechtspflicht voraus, sondern umfaßt jeden Verstoß gegen Treu und Glauben, also auch das Unterlassen von Maßnahmen, die nach der Auffassung des Lebens jeder ordentliche und verständige Mensch ergreift, um Schaden von sich abzuwenden. So gesehen brauchte das Berufungsgericht es der Klägerin nicht als von ihr zu vertretendes Verschulden ihres Baumeisters anzurechnen, daß dieser bei der Abnahme die Stärke der Isolierung nur durch Stichproben überprüft hat. Nach den Feststellungen des Sachverständigen Bramann ist die Isolierung an vielen Stellen auch 5 mm stark. Die Klägerin war aber nicht gehalten, die ganze Isolierschicht zu überprüfen. Zudem kann sich der Unternehmer im allgemeinen auch nicht darauf berufen, der Bauherr habe ihn nicht genügend überwacht [BGH VII ZR 250/60 vom 14. Juni 1962].

2.) Das Berufungsgericht stellt mit dem Sachverständigen Bramann nicht nur fest, daß die Klägerin die Drainage falsch geplant habe, sondern es folgt ihm auch darin, daß die Beklagte in Anbetracht des ungewöhnlich feinsandigen Bodens ebenfalls um eine einwandfreie Entwicklung der Drainage hätte bemüht sein müssen. Es wertet den Planungsfehler der Klägerin weniger hoch, weil die fachkundige Beklagte nicht auf ihn hingewiesen habe.

Es spricht nichts für die Ansicht der Revision, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß das sachkundige Tiefbauamt der Klägerin die Drainage geplant hat. Das Berufungsgericht hat auch den Planungsfehler der Klägerin wesentlich schwerer bewertet als den unterlassenen Hinweis der Beklagten.

IV. Zur Höhe des Anspruchs.

Ein Teil des Schadens möge, so führt das Berufungsgericht aus, dadurch entstanden sein, daß der Kanal schon lange offen liege. Die Klägerin habe aber hierdurch ihre Schadensminderungspflicht nicht verletzt, weil sie damit habe rechnen müssen, daß auch im Berufungsverfahren noch eine Besichtigung durch Sachverständige erforderlich werde. Bis zur letzten Ortsbesichtigung durch den Sachverständigen Karsten am 30. April 1963 habe die Klägerin den von der Beklagten hergestellten Teilabschnitt des Kanals unverändert lassen dürfen. Das Berufungsgericht ist deshalb von den in diesem Zeitpunkt gültig gewesenen Preisen ausgegangen.

1.) Zu Unrecht meint die Revision, die Klägerin hätte, weil sie den Kostenzahlungsanspruch nach § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) geltend mache, sofort nach fruchtlosem Ablauf der gesetzten Frist die Isolierung erneuern lassen müssen. Die Klägerin brauchte sich die nach der Abnahme des Bauwerks ihr obliegende Beweisführung nicht dadurch zu erschweren oder gar unmöglich zu machen, daß sie die von der Beklagten bestrittenen Mängel der Isolierung vorzeitig behob. Sie hat, was die Revision verkennt, schon vor der Klagerhebung im September 1957 beim Amtsgericht in Solingen einen Beweissicherungsantrag gestellt.

2.) Daß der Sachverständige Bramann den durch das lange Offenliegen des isolierten Mauergewölbes bedingten Schaden mit 50 % bewertet hat, hinderte das Berufungsgericht nicht, die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin 3/5 der erforderlichen Herstellungskosten zu zahlen. Das Berufungsgericht war insofern an das Gutachten nicht gebunden.

V.

Die Revision der Beklagten erweist sich somit als unbegründet.

B. Die Anschlußrevision der Klägerin

Sie wendet sich gegen die Anwendung des § 254 BGB zu Lasten der Klägerin.

I.

Gegenüber dem Kostenzahlungsanspruch nach § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) kann berücksichtigt werden, daß die Klägerin zu den Mängeln der Isolierung beigetragen hat (VII ZR 197/59 vom 28. Februar 1961 = Betrieb 1961, 569; VII ZR 61/63 vom 3. Dezember 1964; VII ZR 100/63 vom 4. Februar 1965). Der Rechtsgedanke des § 254 BGB ist auch in solchen Fällen anwendbar.

II.

Die Anschlußrevision meint, die der Klägerin vorgeworfenen Planungsfehler könnten ihren Herstellungsanspruch nicht berühren. Weil die Isolierung nicht die im Vertrag vorgesehene Stärke von 5 mm besessen habe, fehle

dem Werk eine zugesicherte Eigenschaft. Deshalb müsse die Beklagte in jedem Falle die ganzen zur Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes erforderlichen Kosten tragen.

Damit kann die Klägerin nicht gehört werden, denn eine Isolierung von mehr als 3 mm Stärke wäre untauglich gewesen und auf das Fehlen einer zugesicherten unsachgemäßen Eigenschaft kann sich der Auftraggeber nach Treu und Glauben nicht berufen.

III.

Das Berufungsgericht hat die Herstellungskosten unter Zugrundelegung der Sachverständigengutachten geschätzt (§ 287 ZPO). Warum es fehlerhaft sein soll, daß es dafür 35.000 DM statt 36.000 DM eingesetzt hat, ist nicht ersichtlich.

IV.

Das Berufungsgericht geht bei der Abwägung nach § 254 BGB nicht davon aus, daß die Planungsfehler der Klägerin - Anlage der Drainage und Anbringung der Heraklith-Platten - sich schon bei der Durchführung der Isolierungsarbeiten ausgewirkt hätten.

1.) Es berücksichtigt vielmehr zu Lasten der Klägerin, daß sich die Heraklith-Platten in die Isolierschicht eingedrückt haben und dadurch die Schicht stellenweise noch dünner geworden ist (BU S. 18). Durch die Rügen der Anschlußrevision wird diese Feststellung nicht berührt.

2.) Es berücksichtigt weiter, daß bei der vorgesehenen Überschüttung des Kanals mit Müll die Heraklith-Platten weggerutscht wären (BU S. 17/18), so daß die Isolierschicht angegriffen worden wäre. Hierzu ist es zwar nicht gekommen, weil der Kanal nicht mit Müll bedeckt worden ist. Dieser Zustand hat aber den für die Isolierung nachteiligen Queckenwuchs zur Folge gehabt. Die Anschlußrevision kann nicht geltend machen, der Queckenwuchs gehe nicht zu Lasten der Klägerin, weil der Kanal wegen der erforderlich gewesen Ortsbesichtigung nicht habe abgedeckt werden dürfen. Denn andernfalls hätte der Planungsfehler der Klägerin dazu geführt, daß die Heraklith-Platten weggerutscht und die Isolierung durch den aufgeschütteten Müll beschädigt worden wäre.

3.) Das Berufungsgericht (BU S. 16) folgt dem Sachverständigen darin, daß das infolge Verstopfung der Drainage seit Jahren sich ansammelnde Druckwasser bereits auf die Isolierung eingewirkt hat. Für die im Schriftsatz vom 20. April 1961 (Bl. 9) geäußerte Vermutung, das Verschlammen des Filterkieses sei darauf zurückzuführen, daß der von der Beklagten hergestellte Abschnitt des Kanals nicht habe mit Müll überkippt werden können, hat die Klägerin keinen Beweis erboten. Daß das infolge der Verstopfung der Drainage sich ansammelnde Wasser auch bei alsbaldigem Überkippen mit Müll einen Druck auf die Isolierung ausgeübt haben würde, ergibt das Gutachten des Sachverständigen Bramann vom 27. November 1962 (Bl. 10 ff).

V.

Die Abwägung des Berufungsgerichts nach § 254 BGB läßt somit keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Klägerin erkennen.

C.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 92 ZPO.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Bundesrichter Hubert Meyer
hat seinen Urlaub angetreten
und kann deshalb nicht
unterschreiben.

Glanzmann

Vogt