

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VII ZR 238/91

Verkündet am:  
9. April 1992  
Henco  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der M [REDACTED] Z [REDACTED]-B [REDACTED] W [REDACTED] Gesellschaft mbH, vertreten  
durch den Geschäftsführer Joachim B [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED],  
S [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

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

gegen

die B [REDACTED] E [REDACTED] GmbH, vertreten durch die Geschäfts-  
führer Alwin K [REDACTED] und Jochen S [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED],  
O [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. April 1992 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang und die Richter Bliesener, Prof. Quack, Dr. Haß und Dr. Wiebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Teil-Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 18. September 1991 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Bezahlung restlichen Werklohns für Leistungen, die sie im Auftrag der Beklagten für zwei Objekte im Raum S [REDACTED] aufgrund der Bauverträge vom 6. April 1988 (Bauvorhaben "V.H.") und 12. August 1988 erbracht hat.

Die Parteien streiten vor allem darüber, ob die Kellerwände der Häuser des Bauvorhabens "V.H." ordnungsgemäß gegen Feuchtigkeit geschützt sind. Die Beklagte hält die Abdichtung für mangelhaft. Sie hat daher zunächst ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Später hat die Beklagte die voraussichtlichen Kosten der Nachbesserung mit 110.000 DM angegeben. Mit dem daraus hergeleiteten Anspruch hat sie die Aufrechnung gegen die Klageforderungen erklärt.

Das Landgericht hat der auf Zahlung von 68.718,60 DM nebst Zinsen gerichteten Klage in Höhe von 66.545,42 DM stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten durch Teilurteil in Höhe von 47.170,20 DM zurückgewiesen. Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte weiterhin auch insoweit die Abweisung der Klage. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

Nach Auffassung des Berufungsgerichts steht der Beklagten der geltend gemachte Gegenanspruch nicht zu.

Die Beklagte könne sich wegen der möglicherweise mangelhaften Außenisolierung der Kellerwände weder auf ein Zurückbehaltungsrecht noch auf einen Nachbesserungsanspruch berufen, da sie bei Abschluß des Bauwerkvertrages am 6. April 1988 treuwidrig gehandelt habe.

Ihr Geschäftsführer habe in diesem Zeitpunkt bereits gewußt, daß die Leistungsbeschreibung der Beklagten bei bindigem Boden nicht genüge. Der Beklagten, die besonders in den Bereichen F. und O. baue, sei auch bekannt gewesen, daß beim Bauvorhaben "V.H." in O. mit bindigem Boden zu rechnen war. Gleichwohl habe sie eine unzureichende Leistungsbeschreibung vorgenommen und der Klägerin keine "Hinweise auf die Problematik" gegeben. Die Beklagte habe sich somit in hohem Maße treuwidrig verhalten. Ein möglicher Verstoß der Klägerin gegen ihre Prüf- und Hinweispflicht trete demgegenüber vollständig zurück.

I.

Das angefochtene Urteil hält den Verfahrensrügen der Revision (§ 286 ZPO) nicht stand.

1. Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagten sei bei Vertragsabschluß am 6. April 1988 bekannt gewesen, daß beim Bauvorhaben "V.H." mit bindigem Boden zu rechnen war, findet im Sachvortrag der Parteien keine hinreichende Stütze. Die Klägerin hat das nicht behauptet. Sie hat lediglich vorgetragen, für die Untergeschoßwände wasserdichten Beton verwendet zu haben, der in Verbindung mit weiteren Maßnahmen garantiere, daß der Keller "dicht" sei. Zu den Vorstellungen der Beklagten beim Vertragsabschluß hat die Klägerin keine Angaben gemacht.

Auch der Sachvortrag der Beklagten enthält kein Vorbringen des vom Berufungsgericht angenommenen Inhalts. Die Beklagte hält die von der Klägerin hergestellte Isolierung für nicht ausreichend. Die Beklagte trägt auch vor, der Klägerin sei bekannt gewesen, daß im Bereich der Baustelle "V.H." bindiger Boden vorhanden sei. Es findet sich im Sachvortrag der Parteien aber kein Anhaltspunkt dafür, daß die Beklagte seinerzeit beim Bauvorhaben "V.H." von vornherein mit bindigem Boden gerechnet hat. Das drängte sich auch nicht als Folge einer allgemeinen Erfahrung auf (vgl. dazu BGH Urteil vom 2. Februar 1990, V ZR 245/88, BGHR ZPO § 286 Abs. 1 Beweiswert 1 m.w.Nachw.).

2. Das Berufungsgericht hat auf das Wissen des Geschäftsführers der Beklagten aus Indizien geschlossen. Auch die hiergegen aus § 286 Abs. 1 ZPO gerichtete Verfahrensrüge der Beklagten hat Erfolg.

Der Tatrichter ist grundsätzlich darin frei, welche Beweiskraft er den Indizien im einzelnen und in einer Gesamtschau für seine Überzeugungsbildung beimißt. Revisionsrechtlich ist seine Würdigung jedoch darauf zu überprüfen, ob er alle erheblichen Umstände vollständig berücksichtigt und nicht gegen Denk- oder Erfahrungssätze verstoßen hat.

An einer umfassenden Prüfung und Aufklärung hat es das Berufungsgericht fehlen lassen; jedenfalls lassen die Gründe des angefochtenen Urteils das nicht erkennen. Das Berufungsgericht geht nur der Frage nach, ob die Beklagte in einem Vorprozeß die Erkenntnis gewonnen hat, daß ihre Leistungsbeschreibung für ein Bauvorhaben in F. unzureichend war. Diese Frage bejaht das Berufungsgericht, ohne sich im folgenden sorgfältig damit auseinanderzusetzen, ob die für das Bauvorhaben in F. gegebenen Bodenverhältnisse genauso auch für das hier streitige Projekt in O. anzunehmen sind und ob der Beklagten das im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt war. Nur unter diesen Voraussetzungen hätte das Berufungsgericht feststellen dürfen, die Beklagte habe gewußt, daß beim Bauvorhaben "V.H." in O. mit bindigem Boden zu rechnen war. Die allgemeine Formel, die Beklagte baue "insbesondere" in den Bereichen F. und O., gibt insoweit ohnehin nichts her.

## II.

Das Berufungsurteil kann daher mit der gegebenen Begründung nicht bestehenbleiben. Der erkennende Senat ist nicht in der Lage, abschließend selbst in der Sache zu entscheiden. Der Rechtsstreit ist daher an das Berufungsge-

richt zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Ob ein Mangel vorliegt und wem er zuzurechnen ist, wird das Berufungsgericht prüfen und würdigen müssen. Die Abwägung der Verantwortlichkeit gehört dann in den Bereich der tatrichterlichen Würdigung und ist deshalb mit der Revision nur begrenzt angreifbar (BGH Urteil vom 12. Juli 1988, VI ZR 283/87, BGHR BGB § 254 Abs. 1 Abwägung 1 m.w.Nachw.).

Lang

Bliesener

Quack

Haß

Wiebel