

b

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 239/69

URTEIL

Verkündet am
12. Juli 1971
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dr. Hans-Jürgen K [REDACTED], H [REDACTED],
V [REDACTED]-K [REDACTED]-Str. [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers,
Berufungsbeklagten und
Revisionsklägers,

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

gegen

1) den Architekten BDA Günther L [REDACTED], H [REDACTED]
[REDACTED], B [REDACTED]-Str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und
Revisionsbeklagten,

2) die Firma Bauklempnerei [REDACTED] & [REDACTED], H [REDACTED],
J [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt [REDACTED] -
zu 1) und 2):

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juli 1971 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Finke und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 2. April 1969 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 12. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Erstbeklagte war der planende und bauleitende Architekt des Klägers beim Bau der Wohnhäuser S [REDACTED] - S [REDACTED] Nr. [REDACTED] - [REDACTED] in Hamburg-Stellingen. Die Zweitebeklagte hat auf dem zweischaligen Kaltdach die Dachbeschichtung ausgeführt. Der Kläger hat die Beklagten wegen Mängeln in Konstruktion und Ausführung des über sämtliche Häuser sich erstreckenden Flachdaches in Anspruch genommen und die Feststellung begehrt, daß sie als Gesamtschuldner ihm den Schaden, einschließlich der Folgeschäden, aus den mangelhaften Leistungen zu ersetzen haben.

- 3 -

Das Landgericht hat der Feststellungsklage gegen den Erstbeklagten stattgegeben, dagegen die Feststellungsklage gegen die Zweitbeklagte abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Abweisung der Klage gegen die Zweitbeklagte bestätigt und auch die Klage gegen den Erstbeklagten abgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger sein Feststellungsbegehren gegen die Beklagten weiter. Diese beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Zur Klage gegen den Architekten

Das Berufungsgericht bejaht eine Schadensersatzpflicht des Erstbeklagten, weil dieser das Flachdach nicht fachgerecht geplant und auch dessen Ausführung durch die Zweitbeklagte nicht genügend beaufsichtigt habe. Er habe keine ausreichende Be- und Entlüftung des Dachbodens vorgesehen und nicht darauf geachtet, daß die zwischen den Gebäuden Nr. 34 b und Nr. 34 c angelegte Trennfuge auch durch die Leichtbeton-Dachplatten und die von der Zweitbeklagten verlegte Dachhaut geführt sowie mit einer Zinkabdeckung versehen und daß auf der obersten Geschoßdecke die vorgesehene Wärmedämmschicht angebracht wurde. Infolge dieser Mängel sei das Dach Temperaturschwankungen ausgesetzt. Es dehne sich und ziehe sich zusammen. Dadurch hätten sich Risse im Mauerwerk und Blasen unter der Dachhaut gebildet.

1. Das Berufungsgericht ist jedoch der Ansicht, daß der Kläger seinen Schaden vom Erstbeklagten zur



Zeit nicht ersetzt verlangen könne, weil dieser sich im Verlauf des Verfahrens immer wieder bereit erklärt habe, selbst die Mängel an den Häusern beseitigen zu lassen. Der Erstbeklagte habe einen spezialisierten Vorschlag zur Behebung der Mängel eingereicht, in dem die erforderlichen Arbeiten und die dabei entstehenden Kosten aufgeführt seien. Zwar hafte der Architekt bei schuldhafter Verletzung des Architektenvertrags dem Bauherrn auf Schadensersatz (§ 635 BGB) und nicht auf Nachbesserung des Bauwerks, weil er nicht dieses als körperliche Sache, sondern dessen Planung und die Überwachung der Ausführung schulde, das geschuldete Architektenwerk als solches also nach der Errichtung des Bauwerks nicht mehr durch Behebung der Mängel des Bauwerkes nachgebessert werden könne. Der Erstbeklagte habe jedoch schlüssig dargelegt, daß er die Mängel an den Häusern in eigener Regie mit wesentlich geringeren Kosten beseitigen lassen könne als sie der Kläger für notwendig erachte, daß insbesondere das vorhandene Dach nicht durch ein neues ersetzt werden müsse. Bei dieser Sachlage verstoße der Kläger gegen die ihm nach § 254 Abs. 2 BGB obliegende Schadensminderungspflicht, wenn er dem Erstbeklagten keine Gelegenheit gebe, selbst den Schaden zu beheben.

2. Mit diesen Ausführungen ist das Berufungsgericht dem Sinn und Zweck der Feststellungsklage nicht gerecht geworden. Der Kläger erstrebt nicht im Wege einer Leistungsklage die Verurteilung des Erstbeklagten zur Zahlung eines bestimmten Geldbetrags als Ersatz für ihm durch Planungsfehler und ungenügende Bauaufsicht entstandenen Schaden, sondern

er begehrt lediglich die Feststellung, daß dieser ihm dieserhalb Schadensersatz schulde (§ 256 ZPO). Da das Berufungsgericht einen dahingehenden Anspruch des Klägers bejaht, dürfte es die verlangte Feststellung nicht mit der Begründung ablehnen, dem Erstbeklagten müsse Gelegenheit gegeben werden, selbst den Schaden zu beheben. Das Urteil kann daher insoweit keinen Bestand haben.

3. Bei der Entscheidung, ob das Revisionsgericht selbst die begehrte Feststellung aussprechen oder die Sache an das Berufungsgericht zurückverweisen soll, hat der Senat folgendes erwogen:

a) Schon im Berufungsverfahren, desgleichen im Revisionsverfahren, haben die Parteien auch darüber gestritten, ob der Erstbeklagte Geldersatz schuldet oder Naturersatz durch Behebung der Mängel des Daches leisten darf. Das Oberlandesgericht hat den Kläger dahin verstanden, daß er die Verurteilung des Erstbeklagten zur Zahlung eines Geldbetrags erstrebt (BU 89), ohne ihm Gelegenheit geben zu müssen, den Schaden am Bauwerk selbst zu beheben. Dieser Streitpunkt muß im weiteren Verfahren geklärt werden. Dabei wird der Kläger auch Gelegenheit haben, gegebenenfalls seinen Feststellungsantrag dem Streit der Parteien anzupassen.

b) So wie der Bauherr vom Architekten im Wege des Schadensersatzes nach § 635 BGB unter Umständen die Beseitigung der Mängel des Bauwerks verlangen darf (BGH NJW 1962, 390; BGHZ 42, 16, 18), so kann in besonderen Fällen der schadensersatzpflichtige Architekt auch berechtigt sein, selbst dafür zu sorgen, daß die

Mängel behoben werden, weil der Bauherr gegen seine Schadensminderungspflicht aus § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB verstieße, wenn er dem Architekt keine Gelegenheit gäbe, die Mängel zu beseitigen (BGH NJW 1962, 1499; BGHZ 43, 227, 233).

c) Der Begründung, mit der das Berufungsgericht dem Kläger ansinnt, die angebotene Behebung der Mängel des Daches anzunehmen, kann jedoch nicht beigetreten werden:

aa) Danach soll es nicht darauf ankommen, ob der Mängelbeseitigungsvorschlag mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zum Erfolg führen wird, weil das Risiko der Mängelbehebungsversuche allein der Architekt trage; es dürfe nur nicht von vornherein mit ziemlicher Sicherheit ein Fehlschlag zu erwarten sein.

Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß dem Bauherrn gegenüber dem Architekten, dessen Planungs- oder Aufsichtsfehler zu Schäden am Bauwerk geführt haben, ein Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB - und nicht bloß ein Nachbesserungsanspruch nach § 633 Abs. 2 BGB - zusteht. Er ist deshalb unter Beachtung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht verpflichtet, sich auf ein Experiment einzulassen, als das ein unsicherer Versuch, die Mängel am Bauwerk zu beheben, zu werten wäre. Nur außer Zweifel stehende, Erfolg versprechende Maßnahmen braucht er hinzunehmen (vgl. BGH NJW 1962, 1499).

bb) Das gilt umso mehr, wenn sich der Bauherr, wie hier der Kläger, nach dem Vorschlag des Erstbeklag-

ten mit rund der Hälfte an den angenommenen Kosten des Mängelbehebungsversuchs - deren Überschreitung das Berufungsgericht für möglich hält - beteiligen soll. Darauf, ob der Kläger einen gleichen Betrag bei einer fehlerfreien Ausführung des Daches für dessen Isolierung hätte aufbringen müssen, kann es in diesem Zusammenhang nicht ankommen, denn wenn die vom Erstbeklagten vorgesehene "Nachbesserung" mißlingt, ist der Kostenanteil, mit dem sich der Kläger daran beteiligen soll, vergeblich aufgewendet.

cc) Ein nicht zumutbarer Mängelbeseitigungsvorschlag des Erstbeklagten kann auch Bedeutung für die Frage haben, ob der Kläger zu diesem im Hinblick auf dessen Planungs- und Aufsichtsfehler das auch für eine Behebung der Mängel am Dach erforderliche Vertrauen noch haben muß.

II. Zur Klage gegen den Dachdecker

Das Berufungsgericht hält die Zweitbeklagte für verpflichtet, in der von ihr verlegten Dachhaut im Wege der Mängelbeseitigung die Dehnungsfuge herzustellen und darauf eine Zinkabdeckung anzubringen, ferner dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der ihm durch die Nichtausführung der Dehnungsfuge in den Leca-Platten und die mangelhafte Be- und Entlüftung des Dachbodens entstanden ist, schließlich dem Kläger Schadensersatz für die von ihm behaupteten Folgeschäden, wie für die Rissebildung, zu leisten.

1. Der Klagantrag auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Zweitbeklagten hält es nicht nur insoweit für unbegründet, als der Kläger zunächst

nur verlangen könne, daß die Zweitbeklagte im Wege der Nachbesserung in der Dachhaut eine Dehnungsfuge und darauf eine Zinkabdeckung anbringe. Es hält die Feststellungsklage auch für z.Zt. unbegründet, soweit eine Schadensersatzpflicht der Zweitbeklagten gegeben sei. So wie der Bauherr unter Umständen gegen seine Schadensminderungspflicht aus § 254 Abs. 2 BGB verstoße, wenn er von einem Architekten Schadensersatz verlange, ohne zuvor einen außer Zweifel stehenden und Erfolg versprechenden Nachbesserungsanspruch geltend gemacht zu haben (BGH NJW 1962, 1499), so dürfe der Bauherr auch den Bauhandwerker nicht in Anspruch nehmen, wenn - wie hier - der Architekt sich in einer Weise zur Beseitigung der Mängel einschließlich der Folgeschäden erboten habe, die der Bauherr nicht zurückweisen dürfe, ohne gegen seine Schadensminderungspflicht zu verstoßen.

2. Da das Berufungsgericht Ansprüche des Klägers gegen die Zweitbeklagte bejaht, durfte es auch die gegen sie gerichtete Klage auf Feststellung dieser Ansprüche nicht abweisen. Insoweit kann das angefochtene Urteil ebenfalls keinen Bestand haben und ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

a) Soweit der Erstbeklagte als Architekt dem Kläger schadensersatzpflichtig ist, weil er das Flachdach fehlerhaft geplant sowie dessen Ausführung nicht genügend überwacht hat und auch die Zweitbeklagte dem Kläger wegen mangelhafter Ausführung des Daches Schadensersatz oder Nachbesserung schuldet, haften beide dem Kläger als Gesamtschuldner (BGHZ 43, 227; 51, 275). Es steht dem Kläger frei, an wen von beiden er sich halten will. Der vom Berufungsgericht angeführten Entscheidung

in NJW 1962, 1499 (vgl. auch BGHZ 39, 261) lag noch die Ansicht zugrunde, daß der Architekt und der Unternehmer nicht als Gesamtschuldner haften und keinem von ihnen im Falle einer Inanspruchnahme durch den Bauherrn gegen den anderen ein Ausgleichsanspruch gemäß § 426 BGB zustehe. Sie ist durch die Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen in BGHZ 43, 227 überholt (BGH VII ZR 14/69 vom 29. Oktober 1970 = "baurecht" 1971, 60).

b) Das Berufungsgericht (S. 80) durfte nicht offen lassen, ob die Zweitbeklagte die Dehnungsfuge in der Dachhaut auf ausdrückliche Anweisung des Erstbeklagten oder versehentlich weggelassen hat. Eine dazugehörige Weisung des Erstbeklagten würde nach §§ 254 Abs. 1, 278 BGB ein mitwirkendes Verschulden des Erstbeklagten als Erfüllungsgehilfen des Klägers begründen und zu einer Minderung der Schadensersatzpflicht der Zweitbeklagten führen. Die gesamtschuldnerische Haftung der Zweitbeklagten bestünde dann nur zu einer Quote (BGH VII ZR 204/69 vom 4. März 1971).

Das Berufungsgericht hat die Zweitbeklagte auch deshalb für schadensersatzpflichtig gehalten, weil sie den Kläger nicht auf die von ihr angetroffenen Fehler des Dachaufbaus hingewiesen hat. Nach der Annahme des Berufungsgerichts ist jedoch für diese Fehler der Erstbeklagte ebenfalls verantwortlich. Auch insoweit kommt deshalb eine Minderung der Ersatzpflicht der Zweitbeklagten nach §§ 254 Abs. 1, 278 BGB in Betracht. Soweit die Zweitbeklagte Einwände gegen ihre Hinweispflicht erhebt, hat sie Gelegenheit, sie in der neuen Berufungsverhandlung vorzutragen.

Mitwirkendes Verschulden des Architekten ist im übrigen auch insoweit beachtlich, als ein Handwerker nach § 4 Nr. 7, § 13 Nr. 5 VOB (B) auf Mängelbeseitigung oder Ersatz dafür aufgewendeter Kosten haftet (u.a. BGH VII ZR 100/63 vom 4. Februar 1965 = Schäfer-Finnern Z. 2. 400 Bl. 44).

c) Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß bei dem hier gegebenen besonderen Sachverhalt die Zweitbeklagte trotz ihrer gesamtschuldnerischen Haftung sich auf eine Schadensminderungspflicht des Klägers (§ 254 Abs. 2 Satz 1 BGB) berufen kann, falls diesem zuzumuten ist, ein Angebot des Erstbeklagten auf Naturalherstellung, also auf Behebung der Mängel des Daches, anzunehmen.

III.

Der Senat hat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1
Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Finke

Girisch