

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 243/73

URTEIL

Verkündet am

10. Juli 1975

Schorm,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma S [REDACTED] Erich S [REDACTED], Wohnungs- und
Aufbau KG, vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesell-
schafter Erich S [REDACTED], N [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED]

Beklagten, Berufungsklägerin,
Berufungsbeklagten und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Maurermeister Hans G [REDACTED], B [REDACTED],
W [REDACTED]-L [REDACTED]-Weg [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger,
Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. h.c. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juli 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Doerry, Bliesener und Kuhn

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Nürnberg vom 25. September 1973 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Vertrag vom 14. April 1967 übertrug die Beklagte dem Kläger die Erd-, Maurer-, Beton- und Verputzarbeiten für den Bau von sechs Reihenhäusern in der W[REDACTED]straße in N[REDACTED]. Für die Ausführung der Arbeiten sollten u.a. das Leistungsverzeichnis vom 13. März 1967 mit den angeschlossenen allgemeinen und besonderen Bedingungen der Beklagten, die gesamte VOB sowie alle für Ausführung und Material einschlägigen DIN-Vorschriften nach dem neuesten Stand der Bautechnik maßgeblich sein.

Die Beklagte nahm die Arbeiten am 19. Juli 1967 ab. Später verkaufte sie die Eigenheime einzeln an Frau S[REDACTED], die Eheleute P[REDACTED] und vier weitere Interessenten. Dabei

- 3 -

trat sie den Käufern "die ihr gegen Bauunternehmer, Handwerker und Lieferanten zustehenden gesetzlichen oder vertraglichen Gewährleistungsansprüche" ab.

Frau S. hat im Vorprozeß 3 O 250/71 LG Nürnberg/Fürth beide Parteien des vorliegenden Rechtsstreits gesamtschuldnerisch dafür verantwortlich gemacht, daß die Häuser nicht genügend gegen Nässe isoliert worden seien. Das Landgericht hat darauf in jenem Prozeß die Beklagte verurteilt, im Hause der Frau S. bestimmte Isolierungen nachzuholen. Die Klage gegen G. hat es abgewiesen. Die Berufung der Südaufbau ist erfolglos geblieben. Gegenüber G. hat Frau S. keine Berufung eingelegt. Bereits vor Verkündung des landgerichtlichen Urteils hat G. der Südaufbau den Streit verkündet.

Im gegenwärtigen Rechtsstreit hat der Kläger beim Landgericht zuletzt 9.025,83 DM nebst 12 % Zinsen (7.197,45 DM restlichen Werklohn sowie 1.828,38 DM Mehrwertsteuer) verlangt. Die Beklagte hat die Zahlung verweigert, weil der Kläger im Hause S. sowie in vier weiteren der sechs Reihenhäuser nicht ordnungsgemäß gearbeitet habe und zunächst die Mängel beseitigen müsse.

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, an den Kläger 3.598,73 DM nebst 10 % Zinsen sowie weitere 3.598,72 DM Zug um Zug gegen Herstellung eines normenge-rechten (DIN 4117) Isolieranstrichs an den Kelleraußenwänden des Anwesens S. zu zahlen. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat es die



Beklagte verurteilt, insgesamt 7.197,45 DM nebst Zinsen zu zahlen. Zur Herstellung eines Isolieranstrichs hat es den Kläger also nicht für verpflichtet gehalten und demgemäß die Zug um Zug-Klausel gestrichen.

Mit der - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstrebt die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

Das Haus P [REDACTED] spielt im Prozeß unstreitig keine Rolle mehr.

A. Das Haus Seibert

Insoweit steht der Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht schon deshalb nicht zu, weil der Kläger ihr im Vorprozeß Seibert den Streit verkündet hat. Infolge der aus den §§ 74 Abs. 3, 68 ZPO sich ergebenden und von Amts wegen zu berücksichtigenden Interventionswirkung (vgl. BGHZ 16, 217, 228) kommen dem Kläger die Gründe zugute, aus denen die Klage dort durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts gegenüber dem jetzigen Kläger abgewiesen worden ist.

1. Der Wirksamkeit der in jenem Prozeß vorgenommenen Streitverkündung steht nicht entgegen, daß die Parteien des vorliegenden Rechtsstreits damals Streitgenossen waren (BGHZ 8, 72, 78; Stein/Jonas, 19. Aufl., § 72 ZPO Anm. I 3; Baumbach/Lauterbach, 33. Aufl., § 72 ZPO Anm. 2; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., § 48 II 2). Unerheblich ist ferner, daß der Kläger den Vorprozeß gewonnen hat. Für

den Eintritt der Interventionswirkung ist allein entscheidend, ob er im Augenblick der Streitverkündung (am 2. August 1972) einen Anspruch auf Schadloshaltung für den Fall erheber zu können glaubte, daß die Entscheidung des Rechtsstreits einen in ihren tatsächlichen oder rechtlichen Grundlagen für ihn ungünstigen Ausgang nehmen würde (BGHZ 36, 212, 216; BGH Urteil vom 28. Mai 1962 - III ZR 25/61 = VersR 1962, 952)

Diese Voraussetzungen hatte der Kläger in seiner Streitverkündung dargelegt und dazu ausgeführt, daß er die Beklagte für den Fall seiner Verurteilung wegen ihrer (von ihm behaupteten) Fehler bei der Bauplanung in Anspruch nehmen werde.

2. Danach kann die Beklagte nicht mehr damit gehört werden, daß der Kläger die Außenwände des Hauses S. nicht vertragsgemäß isoliert, in diesem Zusammenhang Aufklärungspflichten verletzt und außerdem nicht genügend Putz aufgebracht habe. Die Interventionswirkung erstreckt sich auf die gesamten tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des im Vorprozeß ergangenen Urteils. An die Beurteilung der diese Entscheidung tragenden Umstände ist der Richter gebunden (BGHZ 8, 72, 82; 16, 217, 229). Damals ist die Klage gegen den Kläger des vorliegenden Rechtsstreits abgewiesen worden, weil die Beklagte in der Leistungsbeschreibung nur einen von dem Kläger auch ausgeführten zweimaligen Isolieranstrich gefordert habe und diese Bestellung den Bestimmungen der VOB vorgehe, der Kläger sich also vertragsgemäß verhalten habe. Zu einer Verstärkung des Außenputzes ist er nicht verurteilt worden, weil der dazu erforderliche Aufwand in keinem Verhältnis zur Mängelbeseitigung stehen würde. Das muß die Beklagte jetzt hinnehmen.

B. Die übrigen vier Reihenhäuser

Nach Abschnitt V Position 1 des Leistungsverzeichnisses hatte der Kläger die Umfassungswände vom Bankett bis zur Gelände-Oberkante mit mindestens 2 cm starkem Zementmörtel zu verputzen und zweimal mit einer Bitumenemulsion oder Steinkohlenteerlösung zu streichen. Wörtlich heißt es dann: "Ausführung der Isolierung gem. DIN 4117". Diese Vorschrift sieht u.a. vor, daß bituminöse Anstriche aus einem kaltflüssigen Voranstrich und mindestens zwei heiß- oder drei kaltflüssig aufzubringenden Deckanstrichen bestehen sollen.

Das Berufungsgericht läßt offen, ob auch bei den anderen Häusern "nicht normgerecht verfahren worden ist" und ob die Beklagte die von ihr behaupteten Mängel rechtzeitig gerügt sowie formgerecht Nachbesserung verlangt hat. Für das Revisionsverfahren ist deshalb zu unterstellen, daß der Kläger die Umfassungswände nur zweimal mit einem Isoliermittel gestrichen hat, der Putz die in der Leistungsbeschreibung erforderte Mindeststärke nicht erreicht und die erbrachten Leistungen damit nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechen, sondern mangelhaft sind.

Gleichwohl versagt das Berufungsgericht der Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats (BGHZ 55, 354) nimmt es zwar an, daß die Abtretung der Gewährleistungsansprüche an die Käufer einem derartigen Recht nicht entgegenstehen würde; die Voraussetzungen hierfür hält es jedoch nicht für gegeben, weil der Kläger sich hinsichtlich der Isolierung an die Leistungsbeschreibung gehalten habe, ein dem Erfüllungsanspruch vergleichbarer Mängelbeseitigungsanspruch aus § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB (B) daher nicht bestehe.

Etwaige Schadensersatzansprüche wegen positiver Vertragsverletzung seien ihr wegen der Abtretung der Gewährleistungsansprüche verschlossen. Auf Putzmängel sei die Beklagte nicht mehr zurückgekommen.

Die hiergegen erhobenen Rügen der Revision sind zum Teil berechtigt.

I. Isolieranstrich

1. Das Berufungsgericht hält die Isolierung für vertragsgemäß, weil die Beklagte in dem von ihr aufgestellten Leistungsverzeichnis ausdrücklich nur zwei Anstriche ausgeschrieben hatte. Nach seiner Auffassung ändert sich daran nichts dadurch, daß nach dem Leistungsverzeichnis die "Isolierung gem. DIN 4117" auszuführen war. Diesen Zusatz legt es dahin aus, daß die beiden geforderten Isolieranstriche so beschaffen sein sollten, wie die DIN 4117 das vorsieht. Die Vorschrift beschränke sich nämlich nicht auf die Zahl der erforderlichen Anstriche; sie enthalte vielmehr eine Fülle weiterer, von ihm näher erörterter Einzelheiten, die für die hier in Rede stehenden Arbeiten bedeutsam seien. Auch bei Würdigung des sonstigen Inhalts des Vertrages und der dort in Bezug genommenen VOB Teil C sei es ausgeschlossen, daß der Kläger statt der ausdrücklich geforderten zwei Anstriche deren drei oder vier habe vornehmen sollen.

Bei dieser Sachlage geht es somit hier lediglich um die - im Revisionsverfahren nur beschränkt nachprüfbare - Frage, ob dem Berufungsgericht bei der Auslegung des Individualvertrages ein Rechtsfehler unterlaufen ist.

Das ist nicht der Fall. Das Berufungsgericht hat gesehen, daß die im Leistungsverzeichnis geforderten beiden Anstriche den Bestimmungen der DIN 4117 nicht entsprechen. Wenn es angesichts des Wortlauts des Leistungsverzeichnisses gleichwohl zu dem Ergebnis gelangt, daß die Beklagte eindeutig nur zwei Isolieranstriche verlangt hat, so ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

2. Das Berufungsgericht läßt offen, ob der Kläger nach dem Vertrage verpflichtet war, die Beklagte darauf hinzuweisen, daß die im Leistungsverzeichnis vorgesehenen beiden Anstriche nach den anerkannten Regeln der Technik nicht genügten. Es sieht in der Verletzung der sich aus § 4 Nr. 3 VOB/B ergebenden Hinweispflicht einen Verstoß gegen vertragliche Nebenpflichten, die allenfalls Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung auslösen könnten. Derartige Ansprüche habe die Beklagte aber - wie schon erwähnt - mit den Gewährleistungsansprüchen an die Käufer abgetreten.

Diese Ausführungen werden von der Revision mit Recht gerügt.

a) Ist ein Mangel auf die Leistungsbeschreibung zurückzuführen, so ist der Auftragnehmer zwar gemäß § 13 Nr. 3 VOB (B) von der Gewährleistung für diesen Mangel grundsätzlich frei. Das gilt aber dann nicht, wenn er die ihm nach dem Vertrage, insbesondere nach § 4 Nr. 3 VOB (B) obliegende schriftliche Mitteilung über den zu befürchtenden Mangel unterlassen hat.

So liegt der Fall hier. Der Kläger hat die Beklagte unstreitig nicht darauf hingewiesen, daß zwei Isolieran-

striche nicht ausreichten. Hierzu wäre er jedoch nach § 4 Nr. 3 VOB (B) verpflichtet gewesen. Er hätte prüfen müssen, ob die Ausschreibung den anerkannten Regeln der Technik entsprach und schon im Hinblick auf den Inhalt der DIN 4117 erkennen können, daß mindestens drei Anstriche erforderlich waren. Dieser Prüfungspflicht war er nicht schon deshalb enthoben, weil es sich bei der Beklagten um ein "gewerbsmäßiges Bauträgerunternehmen" handelte, "welches über eigene Fachleute und eine breite Erfahrung auf dem Gebiet der Bauplanung verfügte". In den Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis war ihm ausdrücklich auferlegt worden, "als Fachfirma bei der Kalkulation die Beschreibung der vorgelegten Leistungen auf ihre fachliche Richtigkeit und Vollständigkeit zu überprüfen, und gegebenenfalls Berichtigungen, Erklärungen und Ergänzungen auf einem gesonderten Beiblatt ... einzureichen". Im übrigen hat der Senat erst kürzlich wieder hervorgehoben, daß der Bauunternehmer für Mängel seines Werks, die ihre Ursache in fehlerhafter Planung des Architekten haben, gemäß §§ 4 Nr. 3, 13 Nr. 3 VOB dann haftet, wenn er die Planung als unsachgemäß erkannt und eine schriftliche Mitteilung seiner Bedenken unterlassen hat oder wenn er die Planung als unsachgemäß hätte erkennen müssen (Urteil vom 22. Mai 1975 - VII ZR 204/74 - mit Hinweisen auf die Urteile VersR 1965, 245, 246; NJW 1973, 518).

b) Unterläßt der Auftragnehmer die ihm nach § 4 Nr. 3 VOB (B) obliegende Prüfung und schriftliche Mitteilung, so hat er nach § 13 Nr. 3 VOB (B) auch für solche Mängel seines Werks Gewähr zu leisten, die auf einen Mangel der Leistungsbeschreibung zurückzuführen sind. Demgemäß hat der Senat in ständiger Rechtsprechung betont, daß eine Haftung des Unternehmers aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen oder aus

Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht nicht in Betracht kommt, wenn solche Verstöße gegen die Hinweispflicht zu einem Mangel des Werkes geführt haben (zuletzt Urteil vom 27. Februar 1975 - VII ZR 138/74 = WM 1975, 633 mit Nachweisen). Ist dem Unternehmer wegen der Verletzung seiner Hinweispflicht der Mangel zuzurechnen, so muß er ihn beseitigen, sofern dies nicht einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordert (§ 13 Nr. 6 VOB (B)). Hat der Auftragnehmer aber den Mangel zu beseitigen, so kann der Auftraggeber unter Berufung auf den Mangel die Zahlung des Werklohns auch dann verweigern, wenn er die Gewährleistungsansprüche an die Erwerber abgetreten hat.

c) Der Nachbesserungsanspruch setzt allerdings weiter voraus, daß der Auftraggeber nach eindeutiger Belehrung (vgl. dazu das Senatsurteil NJW 1975, 1217) den Auftrag entsprechend ergänzt und die hierdurch entstehenden Mehrkosten übernommen haben würde. Daß die Beklagte hierzu bereit gewesen wäre, braucht sie nicht zu beweisen. Da der Kläger eine vertragliche Aufklärungspflicht verletzt hat, trifft ihn das Risiko der Unaufklärbarkeit des Ursachenzusammenhangs jedenfalls insoweit, als in Frage steht, wie die Beklagte gehandelt hätte, wenn der Kläger sie pflichtgemäß ins Bild gesetzt hätte (BGHZ 61, 118, 122; BGH NJW 1975, 824, 825).

Die Hilferwägung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe nicht dargetan, daß sie bei einem entsprechenden Hinweis des Klägers die höheren Kosten in Kauf genommen haben würde, trägt daher das Berufungsurteil nicht. Ob dieses prozessuale Verhalten der Beklagten sich als Beweiszeichen zugunsten des Klägers verwerten läßt, hat der Tatrichter zu entscheiden.

II. Außenputz

Nach der tatbestandlichen Feststellung des Berufungsgerichts ist die Beklagte "auf den Verputzmangel gar nicht mehr zurückgekommen, sondern beanstandet lediglich noch, daß nur zwei Isolieranstriche gemacht worden seien und damit der DIN 4117 nicht entsprochen sei".

Die Beklagte hat keine Berichtigung des Tatbestandes gemäß § 320 ZPO veranlaßt. Der Senat hat daher gemäß § 314 ZPO davon auszugehen, daß die Beklagte in der letzten Berufungsverhandlung sich hinsichtlich der Putzmängel nicht mehr auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen und ihren früheren Vortrag insoweit fallen gelassen hat.

C.

Nach alledem ist das angefochtene Urteil in vollem Umfang aufzuheben, weil das Berufungsgericht der Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht wegen mangelhafter Isolierung der vier weiteren Reihenhäuser versagt hat. Eine nur teilweise Aufhebung kommt nicht in Betracht, weil ungeklärt ist, ob die Klageforderung höher ist als der zur Beseitigung des Mangels erforderliche Betrag. Das Berufungsgericht wird nunmehr zu prüfen haben, ob der Kläger die Nachbesserung etwa deshalb verweigern darf, weil die Beklagte auch bei einem Hinweis nach § 4 Nr. 3 VOB (B) bei ihrem Auftrag geblieben wäre, oder ob sie die Beseitigung des Mangels erst nach Ablauf der Verjährungsfrist und nicht in rechter Form verlangt hat. Dabei wird es berücksichtigen müssen, daß auch ein verjährter Mängelbeseitigungsanspruch dem Auftraggeber ein Zurückbehaltungsrecht gibt, sofern nur der Mangel rechtzeitig angezeigt worden ist (BGHZ 53, 122). Sollte der Kläger

danach grundsätzlich zur Nachbesserung verpflichtet sein, wird weiter zu prüfen sein, ob er sie hier etwa wegen eines unverhältnismäßig hohen Aufwandes verweigern darf (§ 13 Nr. 6 VOB (B)). Da die Beklagte die Gewährleistungsansprüche abgetreten hat, würde sie in diesem Falle zur Minderung der Vergütung nicht berechtigt sein. Nur wenn der Kläger auch dann noch nachzubessern hat, ist die Beklagte Zug um Zug gegen Beseitigung der Isoliermängel zu verurteilen (BGHZ 61, 42).

Über die Kosten der Revision hat das Berufungsgericht zu gegebener Zeit mitzuentcheiden.

Vogt

Girisch

Doerry

Bliesener

Kuhn