

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 249/96

Verkündet am:
16. Oktober 1997
Heinzelmann
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 634, 635

Von seiner Nachbesserungsverpflichtung wird der Unternehmer nicht deshalb frei, weil der Besteller eine untaugliche Nachbesserungsmaßnahme (hier: eine nicht zur Verbesserung des Zustands führende Maßnahme) vorschlägt. Der Unternehmer bleibt vielmehr grundsätzlich bis hin zur Neuherstellung zur Herbeiführung des vertragsgemäßen Zustandes verpflichtet.

BGH, Urteil vom 16. Oktober 1997 – VII ZR 249/96 – OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 1997 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Prof. Quack, Prof. Dr. Thode, Dr. Wiebel und Dr. Kuffer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 13. Juni 1996 aufgehoben, soweit der Beklagte verurteilt worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 23. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt restlichen Werklohn. Der Beklagte ist Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Firma P. GmbH. In den Jahren 1993/94 ließ er für diese Firma eine aus drei Hallen bestehende Montage- und Logistikanlage errichten. Zur Durchführung des Auftrags bediente sich die Klägerin einer Subunternehmerin. Ihre Arbeiten rechnete die Klägerin mit Schlußrechnung ab. Der Architekt des Beklagten nahm Kürzungen in der Schlußrechnung vor, gegen die die Klägerin Vorbehalte geltend machte. Am 15. Juni 1994 fand eine Abnahme der Arbeiten statt, die mit einigen Vorbehalten endete. Von diesen ist nur noch Punkt 1, nämlich die Abriebfestigkeit der Hallenböden von Interesse.

Weil noch geprüft werden sollte, ob die Festigkeit der Hallenböden vertragsgerecht war, wurde ein 30 %iger Sicherheitseinbehalt vereinbart. Ferner kamen die Parteien überein, daß zu dieser Frage ein Gutachter bestellt werden sollte. Über die Bestellung des Gutachters wurden sie sich jedoch nicht einig, so daß die Klägerin sich von der Vereinbarung löste und die Begutachtung durch einen Privatgutachter veranlaßte.

Das Landgericht hat die Klage - soweit nicht erledigt - abgewiesen. Auf die insoweit erhobene Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht den Beklagten zur Zahlung von 128.145,12 DM nebst Zinsen verurteilt. Hiergegen wendet sich die Revision des Beklagten.



Entscheidungsgründe:

Die Revision des Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht führt aus:

Die Klägerin könne jetzt Zahlung der restlichen Werklohnforderung in Höhe von 128.145,12 DM verlangen. Der letzte bei der Abnahmeverhandlung noch klärungsbedürftige Punkt sei inzwischen geklärt und das Werk nunmehr abnahme-reif. Nach den Vereinbarungen bei der Abnahmeverhandlung habe der Beklagte 30 % des Werklohns als Sicherheit einbehalten dürfen. Die ergänzende Vereinbarung über die Beauftragung eines Gutachters sei dahin zu verstehen, daß die einbehaltene Summe erst fällig werden solle, wenn die Abriebfestigkeit durch ein Gutachten festgestellt oder durch geeignete Maßnahmen hergestellt worden sei. Diese Vereinbarung könne bei verständiger Würdigung nur so verstanden werden, daß eine mangelnde Abriebfestigkeit die Nutzung des Bodens beeinträchtige oder eine vorzeitige Erneuerung des Bodenbelags zur Folge habe. Sie könne auch nur so verstanden werden, daß Nachbesserungsmaßnahmen nur dann durchgeführt werden sollten, wenn die Qualität des Bodens dadurch verbessert werde. Sei die Hallennutzung zu dem vorgesehenen Zweck dagegen trotz mangelnder Abriebfestigkeit des Bodens gewährleistet und führten Mängelbeseitigungsmaßnahmen zu einer Verschlimmerung des Zustands, so komme eine Mängelbe-

seitigungsmaßnahme nicht in Betracht, da sie dann keine Nachbesserung, sondern eine Verschlechterung zur Folge habe. Der Sachverständige M. (= Privatgutachter der Klägerin) habe die Abriebfestigkeit nicht zweifelsfrei feststellen können. Er habe vielmehr sogar festgestellt, daß die Durchschnittswerte der genommenen neun Proben für den vom Beklagten geäußerten Verdacht mangelnder Abriebfestigkeit sprächen. Andererseits habe er aber auch festgestellt, daß eine Einstreuung von Härtungsmaterial von 2 bis 3 kg pro qm die nach der DIN 18560 Teil 7 geforderte Nenndicke für alle Beanspruchungsgruppen nicht erreiche. Dies bedeute, daß die nach der genannten DIN erforderliche Nenndicke auch durch die vertraglich vereinbarte Einstreuungsmenge von 2,5 kg pro qm nicht erreicht werde. Der Sachverständige habe die Hallen in Augenschein genommen, er habe deshalb die vom Beklagten vorgesehene Nutzung beurteilen können. Daß der Betrieb erst angelaufen war und der Nutzungsumfang noch erheblich erweitert werden solle, sei ohne Belang, da nur die Nutzungsqualität und nicht die Nutzungsquantität von Bedeutung sei.

Der Sachverständige habe ferner von der vom Beklagten angeregten Beschichtung abgeraten, weil diese nach seiner Meinung eher zu einer Verschlechterung der Situation führe. Dergleichen könne als Nachbesserung nicht verlangt werden.

II.

1. Verfahrensfehlerhaft behandelt das Berufungsgericht das Privatgutachten M. als Beweismittel, was die Revision zu Recht rügt.

a) Bei dem Gutachten M. handelt es sich nicht um das in der Vereinbarung vom 11. August vorgesehene Gutachten durch einen einvernehmlich bestellten Gutachter. Diese Vereinbarung, die als Schiedsgutachtenabrede gemeint gewesen sein könnte, ist jedenfalls dadurch hinfällig geworden, daß die Parteien einvernehmlich von ihr abgerückt sind.

b) Legt eine Partei von ihr veranlaßte Gutachten im Zivilprozeß vor, so handelt es sich nicht um Beweismittel, sondern um Parteivortrag. Das Berufungsgericht konnte somit das Gutachten nicht als Beweis für die umstrittene Richtigkeit des Sachvortrags des Klägers verwenden. Zwar kann das Zivilgericht im Einzelfall streitigem Sachvortrag einer Partei aus freier Überzeugung folgen. Das Berufungsurteil läßt aber nicht erkennen, daß der Berufungsrichter sich dessen bewußt war, und enthält keine Begründung, weshalb er dem Privatgutachten folgt.

2. Auch materiell-rechtlich sind die Ausführungen des Berufungsgerichts in erheblichem Umfang von Rechtsirrtum beeinflußt.

a) Im Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, daß nach der Vereinbarung über den Sicherheits-einbehalt die Klägerin die Mangelfreiheit des Bodens zu beweisen hat. Ferner trifft es zu, daß die Fälligkeit der

Werklohnforderung davon abhängen sollte, daß die Mangel-freiheit nachweisbar bestand oder nachträglich durch geeig-nete Maßnahmen hergestellt wurde.

b) Rechtsfehlerhaft geht das Berufungsgericht aber da-von aus, daß die Restforderung allein schon deshalb fällig ist, weil die vom Beklagten angeregte Beschichtung zu kei-ner Verbesserung führen könne.

Darauf kommt es nicht an.

Welche Maßnahmen zur Herstellung der vertraglich ge-schuldeten Beschaffenheit er unternimmt, hat regelmäßig der Unternehmer zu entscheiden. Er hat die Wahl zwischen allen geeigneten Maßnahmen. Notfalls ist er zur Neuherstellung verpflichtet, wenn er diese nicht im Einzelfall wegen Un-verhältnismäßigkeit verweigern darf. Verbindet der Bestel-ler seine Zahlungsverweigerung wegen Mängeln des Werkes mit der Forderung nach einer ungeeigneten Nachbesserungsmaßnah-me, so entlastet das den Unternehmer nicht von seiner Ver-pflichtung zu geeigneten Maßnahmen. Die restliche Werkfor-derung der Klägerin ist somit nicht fällig, solange der Bo-den nicht die vertragsgemäße Beschaffenheit aufweist.

c) Rechtsfehlerhaft ist ferner, daß das Berufungsge-richt eine Abweichung von der vertraglich geschuldeten Be-schaffenheit offenbar deshalb nicht als Mangel ansehen will, weil die tatsächliche Nutzung nicht beeinträchtigt sei. Auch darauf kommt es nicht an. Der Beklagte schuldet einen Boden von der Beschaffenheit, wie sie bei einer sach-gerechten Ausführung des vereinbarten Herstellungsverfah-rens zu erreichen ist (Vertragssoll). Diese vertragsgemäße

Beschaffenheit müssen alle Flächen aufweisen. Das läßt sich nicht allein durch einen Vergleich zwischen "Verdachtsflächen" und "unverdächtigten Flächen" feststellen.

Es spricht hier viel dafür, daß der Boden schon nach dem eigenen Vortrag der Klägerin (Privatgutachten M.) nicht nachweisbar die Festigkeit und damit auch nicht die vertraglich geschuldete Nutzungsmöglichkeit aufweist, die bei sachgerechter Handhabung des vereinbarten Einstreuverfahrens zu erreichen ist. Dann aber wäre ohne Rücksicht auf Nutzungsmöglichkeiten und tatsächliche Nutzung der Boden mangelhaft.

d) Unzutreffend ist schließlich die Annahme des Berufungsgerichts, der Nutzungsumfang sei hier ohne Bedeutung, weil es nur um die Nutzungsqualität gehe. Auch der Nutzungsumfang ist für die erforderliche Nutzungsqualität bedeutsam, weil ein fester Boden einer Nutzung länger standhält als ein weniger fester.

III.

Das Berufungsurteil kann danach nicht bestehenbleiben, es ist aufzuheben. Da weitere Feststellungen erforderlich sind, ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat macht von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch.

Lang

Quack

Thode

Wiebel

Kuffer