

Verkündet am 14. Juni 1962
[REDACTED], Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma Johann M [REDACTED] OHG in M [REDACTED],
F [REDACTED]allee [REDACTED], 5/10,

Klägerin, Widerbeklagten, Berufungsklägerin, Berufungs-
beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kreisbaumeister Philipp B [REDACTED] in
M [REDACTED], Obere Z [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger, Berufungsbeklagten, Berufungs-
kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 14. Juni 1962 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel,
Dr. Heimann-Trosien, Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Koblenz vom 23. November 1960 wird zurück-
gewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat im Jahre 1953 für den Beklagten in M■■■■, S■■■■straße ■■■, ein dreigeschossiges Haus im Rohbau errichtet. Der Beklagte hat 25.000 DM angezahlt.

Die Klägerin hat einen restlichen Werklohn von 9.881,54 DM und für gelieferte Materialien 2.156,79 DM, insgesamt 12.038,33 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Der Beklagte hat Klagabweisung begehrt. Nach seiner Behauptung weist der Bau eine Reihe von Mängeln auf. Seine sich daraus ergebende Schadensersatzforderung stellt er in Höhe der Klageforderung zur Aufrechnung; darüber hinaus macht er sie in Höhe von mindestens 20.000 DM nebst Zinsen im Wege der Widerklage geltend.

Das Landgericht hat die Klage und die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, erstrebt die Klägerin die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 9.379,75 DM nebst Zinsen.

Entscheidungsgründe:

I.

Unstreitig hat die Klägerin vom Beklagten an Werklohn noch 7.287,66 DM und für geliefertes Material 2.092,09 DM, zusammen 9.379,75 DM zu beanspruchen.

Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß dem Beklagten wegen von der Klägerin zu vertretenden

Mängeln des Bauwerks Schadensersatzansprüche (§ 635 BGB) in mindestens gleicher Höhe zustehen und daß deshalb die Forderung der Klägerin erloschen ist.

Hiergegen wendet sich die Revision. Sie erweist sich jedoch als unbegründet.

II.

1. Die Stahlbetonfundamente

sind nicht, so stellt das Berufungsgericht fest, mit dem vortragsmäßigen Zementzusatz von 270 kg je m³ hergestellt; außerdem ist ein vertragswidriges Zuschlagsmaterial, das nicht DIN 1045 entspricht, verwendet und entgegen DIN 1045 § 8 nicht aus zwei getrennt gelieferten Körnungen durch Vermischen zubereitet worden. Der Korrosionsschutz für die Stahleinlagen ist nicht gewährleistet, wodurch auf die Dauer die Standfestigkeit des Gebäudes gefährdet wird.

Das Berufungsgericht gründet diese Feststellungen auf das Gutachten des Prof. Steinbach. Dieser ist davon ausgegangen, daß das Institut des Prof. Kammüller einen Probewürfel aus dem Fundament herausgestemmt und Sachgemäß untersucht hat.

a) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe den Einwand der Klägerin unbeachtet gelassen, daß sie zu der Probeentnahme nicht herangezogen worden sei und daß Prof. Kammüller nicht persönlich, sondern einer seiner Angestellten den Würfel herausgestemmt habe.

Auf diesen Einwand kam es für die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht an.



Prof. Kammüller brauchte nicht selbst den Probewürfel dem Fundament zu entnehmen. Daß etwa der untersuchte Würfel nicht aus dem Fundament im Hause des Beklagten gestammt hätte, behauptet die Klägerin nicht.

b) Der Würfel wurde ausweislich des Gutachtens (S. 1) des Prof. Kammüller an einer freigelegten Stelle herausgestemmt. Die Klägerin vermutet, der Beklagte habe die Entnahme an dieser Stelle angeregt.

Hierüber sagt das Gutachten nichts. Selbst wenn es aber so wäre, ergäben sich daraus noch keine Bedenken gegen das Gutachten. Der Beklagte konnte ebensowenig wie der Angestellte des Prof. Kammüller wissen, wie der Beton gerade an dieser Stelle des Fundaments zusammengesetzt war. Die Richtigkeit des Untersuchungsergebnisses selbst hat die Klägerin nicht in Zweifel gezogen.

c) Daß der Bau schon 8 Jahre steht und noch keine Setzrisse aufweist, ist nicht entscheidend. Das Berufungsgericht folgt dem Sachverständigen Prof. Steinbach (Gutachten vom 29.6.1959 (S. 4) und Ergänzungsgutachten vom 19.5.1960 (S. 4)), daß infolge mangelhafter Dichte des Betons die rostsichere Umhüllung der Stahleinlage nicht gewährleistet ist, und daß infolge dessen auf die Dauer die Standfestigkeit des Gebäudes gefährdet werde.

2. Die Betonfußböden im Keller

sind nach der Feststellung des Berufungsgerichts gleichfalls unter Verwendung fehlerhaften Zuschlagsmaterials hergestellt; das Gefüge und die Festigkeit des Betons sind schlecht; der Betonboden ist nicht gleichmäßig dick, weil die Klägerin den Untergrund nicht vorher geglättet hat.

a) Die Revision verweist demgegenüber auf das Gutachten des Prof. Steinbach vom 29.6.1959 (S. 5), wonach das Mischungsverhältnis 1 : 8,6 der Ausschreibung in etwa entspreche. Darauf allein kommt es jedoch nicht an. Nach dem Gutachten des Prof. Kammüller (S. 1f) ist der Beton sehr porös und hat ein schlechtes Gefüge; teilweise konnte er geradezu zerbröckelt werden. Das gleiche hat Prof. Steinbach an Ort und Stelle festgestellt (Gutachten S. 5). Die Ursache hierfür war schlechtes, unzureichendes Zuschlagsmaterial.

b) Zu Unrecht vermißt die Revision im Urteil die Feststellung, daß die Mängel der Kellerfußböden den Wert des Hauses mindern. Das sagt das Berufungsgericht zusammenfassend bei der Wertung aller festgestellten Mängel (BU S. 15).

3. Die Keller- und Geschosßdecken

weisen nicht die vertragsmäßige Betongüte B 225 auf; der Beton ist ungleichmäßig, das Zuschlagsmaterial wie bei den Stahlbetonfundamenten (vgl. oben 1) mangelhaft. Die Baupolizei hat dem Beklagten zur Auflage gemacht, unter der Decke eine Stützmauer einzuziehen.

Das Berufungsgericht stellt hierzu weiter fest, daß die Vereinbarung über die Beschaffenheit des Betons sich aus der von der Klägerin beigebrachten statischen Berechnung ergibt, die der Baugenehmigung zugrunde lag.

a) Das hält die Revision für rechtsirrtümlich. Sie meint, die in dem Angebot, dem Auftragsschreiben, sowie den späteren Ergänzungsabreden getroffene Vereinbarung könne durch die von der Klägerin gelieferte statische Berechnung keine Änderung erfahren haben.

Darin kann der Revision nicht gefolgt werden. Nach dem Leistungsverzeichnis (Pos. 11) waren die Stahlbetondecken für 225 kg Nutzlast "den statischen Erfordernissen entsprechend" herzustellen. Unstreitig war in der von der Klägerin vorgelegten statischen Berechnung die Ausführung der Decken in B 225 vorgesehen. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß die Klägerin mit dieser Berechnung die darin vorgesehene Betongüte angeboten und der Beklagte dessen Angebot, für die Klägerin erkennbar, durch Verwendung der statischen Berechnung als Grundlage seines Baugenehmigungsantrags angenommen habe. Deshalb habe die Klägerin die Decken nicht mehr eigenmächtig in B 160 ausführen dürfen. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Es kommt demnach nicht darauf an, ob eine mindere Güte der Decken den ursprünglich vom Beklagten gestellten Anforderungen genügt hätte.

b) Die festgestellten Mängel des für die Herstellung der Decke verwendeten Betons zieht die Revision nicht in Zweifel. Sie sind in dem Schreiben der Baupolizei vom 15.8.1953 an den Beklagten aufgeführt. In ihrer Auflage vom 26. Juli 1955 hat die Baupolizei Sicherheitsmaßnahmen vorgeschrieben, um gegebenenfalls auftretende Gefahren abzuwenden. Sie hat eine Mittelunterstützung der Decke durch eine Mauer oder eine andere Tragekonstruktion empfohlen. Unter diesen Umständen brauchte das Berufungsgericht nicht zu prüfen, ob die Tragfestigkeit der Decke entsprechend der baupolizeilichen Belastungsprobe auch ohne Stützmauer gewährleistet ist. In Anbetracht der Mängel des Betons stellt die Stützmauer ersichtlich eine von der Baupolizei den Beklagten aufgebene Vorsichtsmaßnahme dar.

4. Der Verputz am Kamin

widerspricht, so stellt das Berufungsgericht fest, den Regeln der Baukunst; auf einer Mörtelschicht ist Zementputz aufgetragen; daß sich diese Schichten lösen, ist unvermeidlich.

Diese Ausführung hat zwar der Ausschreibung des Beklagten nicht widersprochen. Das Berufungsgericht hält aber das Verschulden der Klägerin, die den Beklagten nicht auf diese regelwidrige Ausführung aufmerksam gemacht hatte, für so überwiegend, daß dem Beklagten wegen der mangelhaften Ausschreibung kein ins Gewicht fallendes Mitverschulden zugerechnet werden könne.

Die Revision weist darauf hin, daß der Sachverständige Prof. Steinbach die Ausschreibung des Beklagten als falsch bezeichnet hat. Hiervon geht aber das Berufungsgericht gerade aus, denn es spricht auch von einem Verschulden des Beklagten. Nach Treu und Glauben trifft aber den Unternehmer die Pflicht, den Bauherrn nach Möglichkeit vor Schaden zu bewahren. Er darf deshalb Anweisungen des Bauherrn nicht blindlings befolgen, vielmehr muß er, wenn hierdurch Schäden oder Mängel entstehen können, den Bauherrn auf die möglichen Folgen hinweisen (BGH in NJW 1961, S. 1813). Das hat die Klägerin nicht getan. Das Berufungsgericht war nicht gehindert, dieserhalb der Klägerin als Fachunternehmen das ganz überwiegende Verschulden an der Entstehung des Schadens zuzumessen. Diese tatrichterliche Abwägung des beiderseitigen Verschuldens (§ 254 BGB) bindet das Revisionsgericht.

III.

Die Revision sieht in den Fällen II 1) - 3) ein Mitverschulden (§ 254 BGB) des Beklagten an der Entstehung der Schäden darin, daß er selbst die Bauleitung übernommen, die Betonarbeiten der Klägerin aber nicht beanstandet habe. Dem kann nicht beige- treten werden.

Der Bauherr ist dem Bauunternehmer gegenüber grundsätz- lich nicht verpflichtet, ihn darauf zu überwachen oder Überwachen zu lassen, daß er den Beton für das Bauwerk in der vereinbarten Güte herstellt, insbe- sondere Zement und Zuschläge in der erforderlichen Menge und Zusammensetzung verwendet.

Auch von dem rechtlichen Gesichtspunkt aus, daß es jedem verständigen und ordentlichen Menschen ob- liegt, sich selbst vor Schaden zu bewahren (vgl. RGR Komm. 11. Aufl. § 254 Anm. 33), braucht der Bauherr - von besonders gelagerten Ausnahmefällen abgesehen - die Bereitung des für sein Bauwerk ver- wendeten Betons nicht zu überwachen. Nur eine andauernde Überwachung wäre wirksam; sie ist dem Bauherrn nicht zuzumuten. Er darf sich grundsätzlich darauf ver- lassen, daß der Bauunternehmer die versprochene Leistung erbringt. Die Klägerin hat nichts vorge- tragen, woraus sich ergeben könnte, daß der Beklagte etwa zu der Annahme Anlaß hatte, sie verwende für den Rohbau einen Beton minderer Güte.

Die Klägerin kann sich somit nicht darauf be- rufen, der Beklagte habe sie nicht gehindert, eine vertragswidrige Leistung zu erbringen.

IV.

Die Ansprüche des Beklagten sind nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu beurteilen. Die Parteien gehen selbst hiervon aus. Sie haben nicht vorgetragen, daß sie den Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen zum Inhalt des Bauvertrags gemacht haben.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß der dem Beklagten infolge der mangelhaften Leistung entstandene Schaden zumindest den zur Behebung der Mängel erforderlichen Betrag umfaßt. Es hat die einzelnen zur Beseitigung der festgestellten Mängel erforderlichen Beträge gemäß § 287 ZPO geschätzt und ist dabei insgesamt auf 9.484,11 DM gekommen, also auf einen die Forderung der Klägerin übersteigenden Betrag.

Die Revision hält unter Berufung auf die Entscheidung des Oberlandesgerichts in Köln in NJW 1960, 1256 diese Schadensberechnung nicht für richtig, weil dabei der Beklagte nicht den Ausgleich seiner Vermögensnachteile, sondern die Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes erlange.

Darin kann ihr nicht gefolgt werden. Auch im Wege des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung (§ 635 BGB) kann der Besteller vom Unternehmer Ersatz der zur Beseitigung der Mängel erforderlichen Kosten verlangen. Dieser Anspruch steht dem Anspruch aus § 633 Abs. 3 BGB nicht gleich. Einerseits setzt er voraus, daß der Unternehmer die Mängel zu vertreten hat; andererseits ist er nicht durch § 633 Abs. 2 BGB eingeschränkt. Er erschöpft sich auch nicht in den nach § 633 Abs. 3 BGB bestehenden Rechten. Er geht ferner nicht, wie die Revision meint, auf Er-

fällung, sondern stellt den Besteller lediglich so, wie wenn der Unternehmer das Werk ohne die Mängel hergestellt hätte. Er wird somit von dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung umfaßt.

Im übrigen ergibt auch der Sachvortrag der Parteien nichts dafür, daß die von der Revision verlangte Berechnungsweise zu einem für die Klägerin günstigen Ergebnis führen würde.

V.

Nach § 97 ZPO hat die Klägerin die Kosten ihrer unbegründeten Revision zu tragen.

Glanzmann

Erbel

Rietschel

Dr. Vogt

Heimann-Trosien