

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

Architektenvertrag; BGB § 164

Zum Umfang der Architektenvollmacht.

BGH, Urt. v. 10. November 1977 - VII ZR 252/75 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 252/75

URTEIL

Verkündet am
10. November 1977
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Heinz B [REDACTED],
 2. seiner Ehefrau Heide B [REDACTED],
- beide wohnhaft Am Oberen L [REDACTED] park [REDACTED], M [REDACTED].

Beklagte, Berufungskläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Jean F [REDACTED] KG, vertreten durch
ihren persönlich haftenden Gesellschafter, den Kaufmann
Gerd K [REDACTED], Br [REDACTED] platz [REDACTED], F [REDACTED]-U [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

für Recht erkannt:

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 20. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

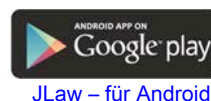
Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin führte für die Beklagten auf Grund des Vertrags vom 19./23. April 1971 die Rohbauarbeiten an deren Bauvorhaben in Kö[REDACTED], Ei[REDACTED]/Salzmagazin aus. Sie hat mit der Klage Zahlung ihres Werklohns in Höhe von 325.364,92 DM verlangt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos (mobile App)
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



Die Beklagten haben gegen die Klageforderung eingewandt, die Klägerin habe ihnen 15.905,36 kg zuviel Stahl in Rechnung gestellt. Sie haben ferner aufgerechnet mit einer Vertragsstrafe in Höhe von 72.000 DM wegen verspäteter Fertigstellung des Gebäudes, mit Schadensersatzansprüchen für Mietausfall in Höhe von 410.409,12 DM und mit einem Ersatzanspruch in Höhe von 153.234 DM wegen der Mängel der von der Klägerin hergestellten Beton-Bodenplatte.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage in Höhe von 324.859,09 DM nebst Zinsen stattgegeben und wegen des Restes die Erledigung der Hauptsache ausgesprochen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

I. Die Beklagten wenden sich - vorbehaltlich ihrer Gegenansprüche - gegen die Klageforderung nur noch insoweit, als sie vorgebracht haben, die Klägerin habe ihnen zuviel Stahl in Rechnung gestellt. Das Berufungsgericht hält einen entsprechenden Rechnungsabzug nicht für gerechtfertigt. Die Klägerin habe in der Berufungserwidernung im einzelnen unter Vorlage von Belegen vorgetragen, wie sich die von den Beklagten beanstandete Menge zusammensetze. Dem hätten die Beklagten nicht widersprochen und damit das Vorbringen der Klägerin zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO).

Die Revision macht dagegen geltend, aus der Berufungsbegründung ergebe sich der Wille der Beklagten, ent-

gegengesetzte Behauptungen der Klägerin zu bestreiten.

Damit dringt sie nicht durch.

Die Klägerin hat eingehend dargelegt, daß der höhere Stahlverbrauch vor allem auf der Verwendung von Fili-
gran-Fertigteildecken beruhe, die in den Eisenlisten des
Statikers nicht erfaßt seien. Der restliche Mehrverbrauch
sei durch nachträgliche Anweisungen des Statikers bei
der statischen Abnahme verursacht worden. Damit ist die
Klägerin der auf allgemeinen Überlegungen beruhenden
Annahme der Beklagten, die Stahlmengen müßten falsch
berechnet sein, mit neuem Vortrag entgegengetreten, wo-
nach die Berechnung im konkreten Fall richtig ist. Das
Berufungsgericht durfte deshalb annehmen, die Beklagten
hätten dieses neue Vorbringen nicht bestritten.

II. Das Berufungsgericht hält die Aufrechnung der
Beklagten mit einer Vertragsstrafe in Höhe von 72.000 DM
für unbegründet. Zwar habe die Klägerin, die im Laufe
des Juni 1971 die Arbeiten aufgenommen hatte, die auf
75 Arbeitstage festgelegte Fertigstellungsfrist über-
schritten. Die Parteien hätten aber im Dezember 1971 den
ursprünglichen Vertrag abgeändert und sich auf April
1972 als Fertigstellungstermin geeinigt. Dabei sei für
die Klägerin deren Polier und für die Beklagten der mit
der örtlichen Bauführung beauftragte Architekt aufgetre-
ten. Beide seien zum Abschluß einer solchen Vereinbarung
auf Grund einer in Nr. 11 der dem Vertrag zu Grunde lie-
genden Besonderen Angebots- und Auftragsbedingungen (BAA)
ausgesprochenen Bevollmächtigung befugt gewesen. Diese
neue Frist habe die Klägerin eingehalten. Jedenfalls
fehle es aber an einem Vorbehalt der Vertragsstrafe bei
Abnahme der Leistung der Klägerin.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Denn die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts zu diesem Punkt trägt das angefochtene Urteil.

1. Als Vorbehalt kommt hier lediglich die mit der Klageerwiderung vom 23. Januar 1973 verbundene Aufrechnung in Betracht. Ob diese gemäß § 11 Nr. 2 Satz 2 VOB/B (1952) bei Abnahme erklärt worden ist, läßt sich dem Vorbringen der Beklagten nicht entnehmen. Die Rechtzeitigkeit des Vorbehalts hätten aber die Beklagten vortragen müssen (Senatsurteil in NJW 1977, 897, 898).

a) Das Berufungsgericht geht zu Recht davon aus, die Leistung der Klägerin sei vier Wochen nach Bezug des Gebäudes abgenommen worden. Das ist in Nr. 6 BAA so bestimmt. Auch seine Ansicht, die Beklagten hätten sich innerhalb dieser vier Wochen die Vertragsstrafe vorbehalten müssen, ist richtig. Das hat der Senat für die Abnahmefrist des § 12 Nr. 5 VOB/B ausgesprochen (BGHZ 33, 236, 239; 54, 352, 355). Wird die Dauer der entsprechenden Frist abweichend vereinbart, so kann nichts anderes gelten.

b) Ob eine im Prozeß erklärte Aufrechnung vor Abnahme einen erneuten Vorbehalt entbehrlich macht, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Denn die Beklagten haben nicht vorgetragen, seit wann sie das Gebäude nutzen. Die Feststellung des Berufungsgerichts, sie hätten mit der Nutzung begonnen, während der Rechtsstreit in erster Instanz anhängig war, läßt auch die Möglichkeit offen, daß die Aufrechnung erst nach Ablauf von vier Wochen seit Nutzungsbeginn erklärt wurde.

III. Die Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung in Höhe des Mietausfalls, der den Beklagten nach ihrer Behauptung wegen der verspäteten Fertigstellung entstanden ist, greift nach Ansicht des Berufungsgerichts ebenfalls nicht durch. Dabei läßt es die Frage offen, ob die Beklagten nach den im Vertrag getroffenen Bestimmungen überhaupt berechtigt wären, Ersatz für Mietausfälle zu verlangen, die ihnen infolge des Verzugs entstanden sind. Jedenfalls sei es den Beklagten nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf Schadensersatzansprüche aus der Nichteinhaltung des ursprünglichen Fertigstellungstermins zu berufen, nachdem sie sich mit der Klägerin auf eine Verlängerung der Fertigstellungsfrist bis April 1972 geeinigt hätten.

Der Revision ist zuzugeben, daß diese Ausführungen der rechtlichen Nachprüfung nicht standhalten.

1. Durch die Absprache vom Dezember 1971 zwischen dem Polier und dem Architekten, auf die das Berufungsgericht abstellt, konnte die von den Parteien vertraglich festgelegte Fertigstellungsfrist nicht verlängert werden. Aus Nr. 11 BAA ist die Vollmacht zum Abschluß einer solchen Vereinbarung nicht herzuleiten.

Die Klausel lautet:

"Vertretung der Vertragsparteien: Bevollmächtigter Vertreter des Bauherrn ist der mit der Oberleitung oder Bauführung beauftragte Architekt; er nimmt das Hausrecht an der Baustelle wahr. An ihn hat sich der Bieter bzw. Auftragnehmer zu wenden und Anfragen, Angebote, Schriftstücke, Rechnungen ihm zuzuleiten. Er ist umgehend zu verständigen über Korrespondenz und Verhandlungen zwischen Bauherr und Auftragnehmer. Als Vertreter des Auftragnehmers gelten stets sein Bauleiter oder Polier."

a) Der Senat kann die Besonderen Angebots- und Auftragsbedingungen der Beklagten frei auslegen. Es handelt sich um formularmäßige Geschäftsbedingungen, die die Beklagten bzw. deren in Mannheim ansässige Architekten über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus verwenden (vgl. Senatsurteil vom 31. März 1977 - VII ZR 273/75 = WM 1977, 760 m. w. N.).

b) Das Berufungsgericht entnimmt Nr. 11 BAA die unbegrenzte Befugnis des Architekten, die Beklagten gegenüber der Klägerin zu vertreten. Es hält mithin den Architekten, dem lediglich die örtliche Bauführung übertragen worden war, auf Grund dieser Klausel für berechtigt, durch Änderung des Bauvertrags den Ansprüchen der Beklagten auf Zahlung der vereinbarten Vertragsstrafe und auf Ersatz von Verzugsschaden den Boden zu entziehen.

Mit dieser Auslegung setzt sich das Berufungsgericht in Widerspruch zum Inhalt der genannten Vertragsbestimmung, wie er nach ihrem Wortlaut und ihrem gemäß § 157 BGB zu ermittelnden Sinn zu verstehen ist.

aa) Wird der Architekt als "bevollmächtigter Vertreter" des Bauherrn bezeichnet, ohne daß die Vollmacht ausdrücklich auf bestimmte Handlungen beschränkt ist, so bedeutet dies nicht, daß er damit eine unbegrenzte rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht in allen mit dem Bau zusammenhängenden Fragen hätte. Eine derartige Formulierung besagt lediglich, daß der Architekt Vollmacht hat, nicht aber, wie weit diese reicht. Das hat das Berufungsgericht übersehen, wenn es seine Ansicht ohne weitere Prüfung des Umfangs der Vollmacht allein auf den 1. Halbsatz der genannten Klausel stützt.

Der Vertrag ist hinsichtlich der Reichweite der Vertretungsmacht eng auszulegen. Das gebietet der Schutz des Bauherrn, den eine uneingeschränkte Vollmacht des Architekten zu sehr belasten würde (Senatsurteil vom 15. November 1962 - VII ZR 99/61 = BB 1963, 111 = Schäfer/Finnern, Rechtsprechung zur Bauausführung, Z 3.01, Bl. 236; Glanzmann in EGB-RGRK, 12. Aufl., § 631 Rdn. 143; Ingenstau/Korbion, VOB/B, 8. Aufl., § 2 Rdn. 7).

So hat der Senat der Erklärung, der Architekt sei unmittelbarer Vertreter des Bauherrn in dessen Beziehungen zum Bauhandwerker, nicht die Befugnis des Architekten entnommen, den Bauherrn durch Anerkennung umfangreicher Schlußrechnungen zu verpflichten (Urteil vom 15. Februar 1960 - VII ZR 10/59 = Schäfer/Finnern Z 2.330, Bl. 6, 7; insoweit in NJW 1960, 859 nicht abgedruckt). Aus der Bezeichnung des Architekten als Bevollmächtigter oder Vertreter des Auftraggebers gegenüber den Bauunternehmern ist nicht herzuleiten, daß der Architekt berechtigt wäre, namens des Bauherrn für die Anfertigung bestimmter Pläne und Ausschreibungen einen Ingenieur zu beauftragen (Senatsurteil in BB 1963, 111) oder einem Unternehmer, der zum Pauschalpreis zu bauen hat, Zusatzaufträge zu erteilen, die die Bausumme fast verdoppeln (Senatsurteil vom 12. Juni 1975 - VII ZR 195/73 = WM 1975, 779; zustimmend Korbion/Hochstein, VOB-Vertrag, Rdn. 311).

Eine umfassende Vertretungsmacht kann nur angenommen werden, wenn sich ein dahingehender Wille des Bauherrn aus seiner Erklärung oder den Umständen zweifelsfrei feststellen läßt (vgl. Senatsurteil in NJW 1960, 859).

bb) In Nr. 11 BAA wird der Umfang der dem Architekten Dahlbender erteilten Vollmacht nicht ausdrücklich bestimmt. Der Wille der Beklagten, den mit der Bauführung betrauten Architekten zur Änderung des vertraglich vereinbarten Fertigstellungstermins zu ermächtigen, geht aus der Klausel nicht hervor. Die darin vorgenommene Konkretisierung der Befugnisse des Architekten läßt eine so weitgehende Auslegung nicht zu. Wenn der Architekt als "bevollmächtigter Vertreter des Bauherrn" das Hausrecht auf der Baustelle ausübt sowie Anfragen, Angebote, Schriftstücke und Rechnungen entgegen nimmt, so ist daraus für eine Verpflichtungsermächtigung nichts herzuleiten. Diese Tätigkeiten gehen nicht über den Umfang der Vollmacht hinaus, die dem mit der örtlichen Bauführung beauftragten Architekten üblicherweise zur Erfüllung seiner Aufgabe eingeräumt wird. Rechtsgeschäftliche Erklärungen, die den Bauherrn erhebliche Verpflichtungen auferlegen, insbesondere Vertragsänderungen mit weitreichenden Folgen, werden dadurch nicht gedeckt (vgl. Senatsurteile in NJW 1960, 859; 1960, 1805; 1963, 2166, 2167; vom 5. Juni 1972 - VII ZR 25/71 = Schäfer/Finnern, Z 9.2, Bl. 60; Glanzmann aaO Rdn. 143-145; Fabricius/v. Nordenflycht/Bindhardt, GOA, 8. Aufl., § 19 Rdn. 53; Locher, Das private Baurecht, Rdn. 324; Ludwigs/Ludwigs, Der Architekt, S. 132 ff, 137; Schmalzl, Die Haftung des Architekten und des Bauunternehmers, 3. Aufl., Rdn. 10).

Daß hier aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Beschränkung der Vollmacht im Wortlaut der Vertragsklausel nicht auf eine unbegrenzte Vertretungsbefugnis geschlossen werden kann, ist im übrigen auch aus der Bezeichnung des Poliers als Vertreter des Auftragnehmers ersichtlich. Die Erteilung einer den gesamten Bauvertrag umfas-

senden Generalvollmacht des Bauunternehmers an seinen Polier wäre so ungewöhnlich, daß sie allein aus der Erklärung, dieser sei Vertreter des Unternehmers, nicht hergeleitet werden könnte. Das zeigt aber zugleich, daß der Umfang der Vertretungsmacht auch des Architekten nicht lediglich seiner Benennung als Bevollmächtigter entnommen werden kann. Entscheidend für die Reichweite der Vollmacht ist vielmehr der Wille der Beklagten, wie er sich aus dem Gesamtzusammenhang der Nr. 11 BAA und aus den dem Architekten übertragenen Aufgaben ergibt. Danach scheidet aber eine allgemeine Vertretungsbefugnis im Rahmen des gesamten Baugeschehens aus.

Daß der voraussichtliche Termin für die Fertigstellung des Baus nur auf Grund technischer Überlegungen, für die auf Seiten der Beklagten in erster Linie der Architekt qualifiziert war, bestimmt werden konnte, spricht nicht gegen diese Begrenzung seiner Vollmacht. Auch wo der Bauherr zu seiner Entschließung den fachmännischen Rat des Architekten benötigt, entscheidet er über die Vertragsgestaltung selbst, solange er nicht diese Befugnis durch besondere Bevollmächtigung dem Architekten überträgt.

cc) Anzeichen dafür, daß die Beklagten aus dem Gesichtspunkt der Anscheins- oder Duldungsvollmacht an die vom Architekten mit dem Polier vereinbarte Verschiebung des Fertigstellungstermins gebunden wären, sind nicht ersichtlich.

c) Auf die Angriffe der Revision gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts kommt es deshalb nicht an.

2. Diese Entscheidung des Berufungsgerichts läßt sich auch mit anderen Erwägungen nicht aufrechterhalten.

Der Ersatzanspruch der Beklagten ist nicht bereits durch § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (1952) ausgeschlossen. Diese Bestimmung ist aufgrund der in Nr. 1 BAA getroffenen Regelung nicht anwendbar. Die Klausel lautet: "Grundlagen des ... Auftrag sind, wirksam in der ausgeführten Reihenfolge ...,"

- c) die gesetzlichen Bestimmungen über den Werkvertrag ...
- g) VOB Teil B und C und die einschlägigen DIN-Normen, sofern VOB und DIN-Normen vorstehenden Grundlagen a - f nicht widersprechen."

Damit geht das gesetzliche Werkvertragsrecht den Bestimmungen der VOB/B vor, wo es dieser widersprechende Regelungen enthält. Das ist hinsichtlich des vom Unternehmer zu ersetzenden Verzugsschadens der Fall. Während nach § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (1952) der entgangene Gewinn, zu dem auch der Mietausfall gehört (Senatsurteil in NJW 1967, 2262, 2263), nicht zu ersetzen ist, kennt § 636 Abs. 1 Satz 2 BGB eine solche Einschränkung nicht. Dort werden die im Falle des Verzugs des Unternehmers dem Besteller zustehenden Rechte ausdrücklich unberührt gelassen. Damit bestimmt aber das gesetzliche Werkvertragsrecht, daß der in Verzug befindliche Unternehmer vollen Schadensersatz zu leisten hat. Es widerspricht der VOB/B, weil es diese Frage abweichend von ihr regelt (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB/B, 8. Aufl., § 5 Rdn. 14). Daß sich der Umfang des dem Besteller nach § 636 Abs. 1 Satz 2 BGB zustehenden Ersatzanspruchs aus den dort in Be-

zug genommenen Vorschriften des Allgemeinen Schuldrechts ergibt, liegt in der Systematik des BGB begründet.

3. Da die Parteien eine Verschiebung des Fertigstellungstermins nicht wirksam vereinbart haben, hängt die Entscheidung über den Anspruch der Beklagten zunächst davon ab, ob die Klägerin bei Überschreitung der im Bauvertrag vorgesehenen Herstellungsfrist oder zumindest in einem späteren Zeitpunkt in Verzug kam.

a) Das Berufungsgericht hat diese Frage bisher nicht geprüft. Es wird hierbei die Rechtsprechung des Senats beachten müssen, die sich mit dem Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe für den Fall befaßt, daß der Auftraggeber durch eigenes Verhalten den ursprünglichen Zeitplan umgeworfen hat. Denn die Überschreitung des Fertigstellungstermins hat die Klägerin nicht zu vertreten, wenn die Verzögerung durch Anordnungen oder Maßnahmen der Beklagten verursacht worden ist (vgl. Senatsurteil vom 29. November 1973 - VII ZR 205/71 = WM 1974, 105, 106; Glanzmann in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 636 Rdn. 12).

b) Sollte das Berufungsgericht dabei zu dem Ergebnis gelangen, daß die ursprüngliche Herstellungsfrist nicht mehr verbindlich ist, so wäre die Fälligkeit der Leistung der Klägerin so zu bestimmen, als hätten die Parteien eine Frist für die Fertigstellung nicht vereinbart. Dann wäre eine angesichts des Umfangs der Leistungen und der gegebenenfalls zu berücksichtigenden Erschwernisse angemessene Frist maßgeblich (RG Warn.Rspr. 1937 Nr. 16; Senatsurteil in WM 1974, 105, 106; Glanzmann aaO Rdn. 1). Das Berufungsgericht müßte dann prüfen, ob die Klägerin eine eventuelle Überschreitung dieser Frist zu vertreten hätte.

c) Schließlich wird das Berufungsgericht noch festzustellen haben, ob die Beklagten die Klägerin nach Eintritt der Fälligkeit gemahnt haben (§ 284 Abs. 1 BGB).

4. Bisher fehlen auch noch Feststellungen des Berufungsgerichts zur Höhe des Schadens.

IV. Auch den in Höhe von 153.234 DM zur Aufrechnung gestellten Anspruch auf Ersatz der Kosten, die zur Beseitigung der Mängel an der gerissenen Beton-Bodenplatte und weiterer Schäden sowie zur ordnungsgemäßen Verfüllung der Baugrube erforderlich waren, hat das Berufungsgericht den Beklagten aberkannt. Es stellt dazu fest, die Bodenplatte habe sich gesenkt und sei gerissen. Das von der Klägerin zur Verfüllung der Baugrube verwendete Material, das die Beklagten von der Firma S. & Co bezogen hätten, habe sich nämlich nicht ordnungsgemäß verdichten lassen. Die Klägerin selbst habe ihre Arbeiten fachgerecht ausgeführt. Sie habe auch den Architekten mündlich darauf hingewiesen, daß das Material ungeeignet und eine, allerdings teurere, Kiesfüllung erforderlich sei. Der Architekt habe aber unter Hinweis auf eine Anordnung der Beklagten die Verwendung des Materials verlangt. Die Klägerin habe ferner den Architekten darauf aufmerksam gemacht, daß die Firma M. Tiefbaugesellschaft mbH nachträglich die Grundleitungen in dem von der Klägerin verfüllten Bereich verlegt und den Boden nicht wieder sachgemäß verdichtet habe.

Damit hat die Klägerin nach Ansicht des Berufungsgerichts ihre Verpflichtung, gegen ungeeignete Baustoffe Bedenken zu erheben, erfüllt, so daß sie für die darauf beruhenden Mängel nicht einzustehen brauche.

Auch die dagegen vorgebrachten Angriffe der Revision sind erfolgreich.

1. Handelte es sich bei der von der Klägerin verwandten Füllmischung um einen von den Beklagten gelieferten oder vorgeschriebenen Baustoff, so haftet die Klägerin für dadurch verursachte Mängel ihrer Leistung gemäß § 13 Nr. 3 VOB/B dennoch, wenn sie die Beklagten nicht schriftlich auf die Bedenken gegen dieses Material hingewiesen hat (§ 4 Nr. 3 VOB/B). Dieser Verpflichtung ist die Klägerin nicht nachgekommen.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats verletzt der Auftragnehmer, der Bedenken gegen vom Auftraggeber gelieferte Stoffe oder erteilte Anordnungen nicht schriftlich, sondern nur mündlich vorbringt, seine vertraglichen Pflichten. Allerdings kann sich der Auftragnehmer dann, wenn der Auftraggeber trotz zuverlässiger mündlicher Belehrung seine Hinweise nicht befolgt, hinsichtlich der darauf beruhenden Mängel auf mitwirkendes Verschulden des Auftraggebers berufen, § 254 BGB (BGH NJW 1960, 1813; Urteil vom 22. März 1962 - VII ZR 255/60 = LM VOB/B § 4 Nr. 2; Urteil vom 14. September 1962 - VII ZR 52/61, S. 5; NJW 1973, 518; Urteil vom 4. Juni 1973 - VII ZR 112/71 = BauR 1973, 313, 315, insoweit in NJW 1973, 1792 nicht abgedruckt; NJW 1975, 1217).

Das mag im Einzelfall dazu führen, daß der Bauherr den Schaden allein zu tragen hat. Eine dahingehende Verschuldensabwägung hat das Berufungsgericht aber nicht vorgenommen. Anhaltspunkte für eine solche Verteilung des beiderseitigen Verschuldens sind auch nicht ersicht-

lich. Sie wäre auch jedenfalls dann mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren, wenn die Klägerin schon bei Ausführung ihrer Arbeiten wußte, daß das mangelhafte Füllmaterial zwangsläufig zu Schäden an der Beton-Bodenplatte führen mußte (vgl. Senatsurteil in NJW 1973, 518, 519).

b) Zu Unrecht nimmt das Berufungsgericht auch an, die Klägerin habe ihre Bedenken nicht gegenüber den Beklagten zu äußern brauchen; es habe genügt, daß sie sich an den Architekten wandte.

Zwar ist im Regelfall der Architekt bevollmächtigt, eine solche Erklärung entgegenzunehmen. Denn er vertritt in den die technischen Angelegenheiten betreffenden Dingen den Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer. Anders ist es aber, wenn es sich um Fehler handelt, die der Architekt selbst begangen hat, oder wenn er sich den berechtigten Einwendungen des Auftragnehmers verschließt. Dann muß sich der Auftragnehmer an den Bauherrn wenden (Senatsurteile in NJW 1969, 653, 655; 1973, 518; 1975, 1217; Ingenstau/Korbion, VOB/B, 8. Aufl., § 4, Rdn. 105 a; Daub/Piel/Soergel/Steffani, VOB/B, Erl. Z 4.161).

Da der Architekt trotz der Beanstandung der Klägerin auf seiner Weisung beharrte, mußte sie ihre Bedenken unmittelbar den Beklagten mitteilen, bevor sie die Baugrube mit dem untauglichen Material verfüllte.

c) Allerdings könnte die Klägerin für die Rißbildung in der Bodenplatte nicht mit der Begründung haftbar gemacht werden, sie habe ihre Bedenken nicht schriftlich und nicht gegenüber den Beklagten selbst vorgebracht,

wenn diese auch bei einer der Vorschrift des § 4 Nr. 3 VOB/B genügenden Warnung darauf bestanden hätten, das minderwertige Material zu verwenden (Senatsurteile vom 22. März 1962 - VII ZR 255/60 = LM VOB/B § 4 Nr. 2; vom 24. September 1962 - VII ZR 52/61, S. 6; vom 10. Juli 1975 - VII ZR 243/73, S. 10 = BauR 1975, 420). Das hätte die Klägerin zu beweisen (Senatsurteile aaO).

Das Berufungsgericht entnimmt der Aussage des als Zeugen vernommenen Architekten, daß auch ein ordnungsgemäßer Hinweis die Beklagten nicht umgestimmt hätte.

Das rügt die Revision zu Recht.

aa) Der Architekt hat ohne nähere Einzelheiten ausgesagt, er habe die Qualität des Materials den Beklagten gegenüber auch schriftlich beanstandet. Daraus allein läßt sich nicht schließen, ob die Verletzung der Mitteilungspflicht gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B durch die Klägerin ursächlich für die Verwendung der Füllmischung war. Der Aussage ist nicht zu entnehmen, mit welcher Eindringlichkeit der Architekt die Beklagten vor den nachteiligen Folgen der Verwendung dieses Materials gewarnt hat und wann das geschah. Daß die Beklagten sich den von der Klägerin schriftlich vorgebrachten Bedenken, verbunden mit dem Hinweis auf die möglichen Folgen ihrer Anordnung verschlossen hätten, geht aus den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht hervor.

Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, daß der Architekt den Beklagten das minderwertige Material zunächst selbst empfohlen hatte. Wenn er jetzt, ohne seinen Sinneswandel zu erklären, das Material bemängelte,

so liegt es nahe, daß die Beklagten seiner Meinung weniger Gewicht beimaßen als einer schriftlichen Beanstandung der Klägerin. Zumindest wäre die Wirkung der vom Architekten erhobenen Bedenken dadurch verstärkt worden.

bb) Zudem hat die Klägerin selbst nicht behauptet, der Architekt habe die Beklagten auch darauf hingewiesen, daß die Firma M. Tiefbaugesellschaft mbH nach Verlegung der Grundleitungen den Boden nicht wieder sachgemäß verdichtet habe. Auch auf diesen Fehler sind aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Schäden an der Betonbodenplatte zurückzuführen.

2. Das Berufungsgericht wird deshalb zu klären haben, ob die weiteren Voraussetzungen des von den Beklagten geltend gemachten Schadensersatzanspruchs aus § 635 BGB - oder gegebenenfalls eines Ersatzanspruchs aus § 633 Abs. 3 BGB - gegeben sind. Das hängt u. a. davon ab, ob die Klägerin mit der Mängelbeseitigung in Verzug war (im Falle des § 633 Abs. 3 BGB), ob die Beklagten ihr eine Frist gemäß § 634 Abs. 1 BGB gesetzt haben, oder ob dies hier ausnahmsweise entbehrlich war, weil die Klägerin die Gewährleistung ernsthaft verweigert hat (Senatsurteil vom 12. Dezember 1968 - VII ZR 18/66 = Betrieb 1969, 346, 347; Glanzmann in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 634 Rdn. 8).

3. Sollte der Senat des Berufungsgerichts, der nunmehr über die Sache zu entscheiden hat, ebenfalls zu der Überzeugung gelangen, der Architekt habe die Beklagten auf die Mängel des Füllmaterials hingewiesen, so käme eine Schadensverteilung nach § 254 BGB in Betracht.

V. Die Sache ist deshalb gemäß § 565 Abs. 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das auch über die Kosten der Revision zu befinden haben wird. Der Senat hat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Vogt

Girisch

Meise

Recken

Obenhaus