

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII_ZR_272/63

URTEIL

Verkündet am

11. Oktober 1965

Jodas

Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Architekten Philipp B [REDACTED], Be [REDACTED]
(G [REDACTED]), O [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma L. K [REDACTED] KG, Baustoffgroßhandlung, ver-
treten durch die persönlich haftende Gesellschafterin
Frau Liesbeth K [REDACTED], Be [REDACTED] (C [REDACTED]), Ke [REDACTED]
[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Oktober 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 16. Zivilsenats des Kammergerichts vom 21. Oktober 1963 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten der Revision.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat einen Teilbetrag von 19.811,17 DM nebst Zinsen einer ihr von dem Bauunternehmer H. abgetretenen Werklohnforderung sowie 96,51 DM Mahnkosten gegen den Beklagten eingeklagt und auch dessen Verurteilung zur Einwilligung in die Eintragung von Sicherungshypotheken entsprechender Höhe auf den Baugrundstücken begehrt.

Das Landgericht hat durch Teil- und Schlußurteil insgesamt der Klage entsprochen. Das Kammergericht hat durch Teilurteil vom 27. März 1961 diese Urteile bestätigt, soweit der Beklagte zur Zahlung von 19.486,57 DM nebst Zinsen sowie zur Bestellung entsprechender Sicherungshypotheken verurteilt worden ist.

Auf die Revision des Beklagten ist das Teilurteil des Kammergerichts insoweit aufgehoben worden, als die-

ser zur Zahlung von mehr als 12.506,33 DM nebst Zinsen sowie zur Bestellung von Sicherungshypotheken für eine höhere Forderung verurteilt worden ist - VII ZR 137/61 vom 7. Juni 1962 - .

Das Kammergericht hat abermals die Berufungen des Beklagten gegen das Teil- und das Schlußurteil des Landgerichts hinsichtlich des noch im Streit befindlichen Betrags von 6.980,24 DM nebst Zinsen sowie der Bewilligung entsprechender Sicherungshypotheken zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die nochmalige Revision des Beklagten, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Abweichungen der Wände und Decken von der Senkrechten und der Waagerechten begründen nach Ansicht des Berufungsgerichts keinen merkantilen Minderwert des Hauses.

1.) Das Berufungsgericht folgt dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Enderlein, wonach die Abweichungen keine nennenswerten und errechenbaren technischen oder wirtschaftlichen Folgen haben, keine zusätzlichen Instandsetzungskosten verursachen, nicht den Wert mindern und auch nicht den Kaufpreis beeinflussen.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß Kauflustige vor Erwerb eines Hauses meist einen Sachverständigen hinzuziehen, dem die Schönheitsfehler auffallen würden. Das trifft nicht zu. Der



Sachverständige hat am Schluß seines Gutachtens verneint, daß ein Käufer die Abweichungen - vorausgesetzt, daß er sie überhaupt erkenne - zum Anlaß nehmen werde, den Kaufpreis um einen nennenswerten Betrag zu drücken. Damit ist auch der Fall berücksichtigt, daß ein Käufer bei Berücksichtigung des Hauses von einem Sachkundigen auf die Abweichungen an den Wänden von der Senkrechten hingewiesen wird. Das Berufungsgericht ist insoweit dem Sachverständigen gefolgt.

2.) Der Sachverständige hat u.a. an der Außenwand des Wohnzimmers und des Flurs der im I. Obergeschoß gelegenen Wohnung des Beklagten mittels Latte und Wasserwaage Abweichungen nach außen von 10 und 18 mm ermittelt; der Beklagte hat diese mit 20 und 30 mm angegeben. Mangels eines fahrbaren Leitergerüsts hat der Sachverständige eine Ausbauchung des Äußeren des Gebäudes auf 2-3 cm geschätzt; der Beklagte hat behauptet, sie betrage 5 cm.

Das Berufungsgericht unterstellt die vom Beklagten behaupteten größeren Abweichungen als zutreffend, meint jedoch, daß der Sachverständige, wenn er diese ermittelt hätte, zu keinem anderen Ergebnis gelangt wäre, weil auch die behaupteten größeren Abweichungen weder höhere Instandsetzungskosten verursachen, noch einen Mieter zu einer Mietzinsminderung veranlassen würden.

a) Die Revision hält die vom Berufungsgericht unterstellten größeren Abweichungen von der Senkrechten für erheblich und glaubt, daß sich daraus nachteilige technische und wirtschaftliche Folgen für das Gebäude ergeben werden; zumindest habe das Berufungsgericht mangels eigener Sachkunde den Sachverständigen hierüber befragen müssen.

Diese Rüge ist nicht gerechtfertigt. Der Sachverständige hat die Abweichungen nicht nur gemessen, sondern auch danach beurteilt, ob sie dem Auge auffallen. Da er letzteres im wesentlichen verneint hat, kann die Ansicht des Berufungsgerichts nicht aus Rechtsgründen beanstandet werden, daß der Sachverständige, wenn er beim Messen die vom Beklagten behaupteten größeren Abweichungen festgestellt hätte, zu keiner anderen Beurteilung gelangt wäre.

b) Der Sachverständige hat, wie die Revision selbst hervorhebt, unter der Voraussetzung, daß die Abweichungen des Mauerwerks nicht oder mindestens nicht wesentlich stärker seien als die Abweichungen im Putz, auch hinsichtlich der Standfestigkeit und Tragfähigkeit der Wände keine Bedenken gehabt und diese Ansicht näher begründet (Gutachten S. 9). Er hat in seinem Gutachten (S. 8) aber darauf aufmerksam gemacht, daß sich seine Feststellungen nur auf den Innen- und Außenputz, nicht jedoch auf das darunter befindliche Mauerwerk beziehen. Um Abweichungen im Mauerwerk ermitteln zu können, müsse an zahlreichen Stellen der Innen- und Außenputz entfernt werden, wozu er jedoch keinen Auftrag habe.

Diesen Hinweis des Sachverständigen hat der Beklagte nicht zum Anlaß genommen, stärkere Abweichungen des Mauerwerks unter dem Putz zu behaupten und dafür Beweis anzutreten. Das kann in diesem Rechtszug nicht mehr nachgeholt werden. Von sich aus den Sachverständigen mit einer weitergehenden Prüfung zu beauftragen, war, entgegen der Meinung der Revision, nicht die Aufgabe des Berufungsgerichts.

3.) Das Berufungsgericht hat sich nicht für befugt gehalten zu prüfen, ob der Beklagte die Werklohnforderung mindern könne, weil sich der Beklagte trotz der Er-

klärung des Sachverständigen im Gutachten (S. 12), daß er, der Sachverständige, solchenfalls als Bauherr mindern würde, nicht in dieser Richtung verteidigt habe.

Auch das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Da ein merkantiler Minderwert des Hauses als Voraussetzung eines Schadensersatzanspruches nicht erwiesen war, hätte der Beklagte, wenn er im Wege der Minderung eine Herabsetzung des Werklohns erreichen wollte, darlegen müssen, warum das von H. [REDACTED] erbrachte Werk trotzdem im Wert beeinträchtigt sein soll. Denn nach §§ 634, 472 BGB setzt eine Minderung voraus, daß der wirkliche Wert des Werkes hinter dem Wert eines mangelfreien Werkes zurückbleibt. Mit Recht vermißt das Berufungsgericht eine derartige Darlegung durch den Beklagten. In Anbetracht des eindeutigen Hinweises des Sachverständigen in seinem Gutachten brauchte es, entgegen der Meinung der Revision, den Beklagten hierzu nicht zu befragen (§ 139 ZPO).

II.

Das Berufungsgericht hält die vom Beklagten verlangte Kürzung der Werklohnforderung um 480,24 DM deshalb für ungerechtfertigt, weil der Bauunternehmer H. [REDACTED] die unter Pos. N 6 der beiden Rechnungen vom 21. September 1959 berechneten Leistungen nicht schon nach Pos. 58 seines Angebots geschuldet habe. In dem Aufbringen einer 5 cm starken Druckbetonschicht auf den "Koch"-Fertigdecken sieht es eine in dem Vertrag nicht genannte Leistung, für die der Beklagte nach § 2 Ziff. 6 VOB (B) eine besondere Vergütung schulde. Für den zu Pos. 58 vereinbarten Einheitspreis habe H. [REDACTED] nur die "Koch"-Decken in der dort genau beschriebenen Weise, also ohne die Druckbetonschicht auszuführen gehabt. Der Wortlaut des Leistungsverzeichnisses wäre zwar dann nicht entscheidend, wenn H. [REDACTED] bei Ab-

gabe des Angebots habe wissen müssen, daß nach baupolizeilicher Vorschrift die Druckbetonschicht unerläßlich sei. Das sei jedoch nicht erwiesen. Deshalb gehe es nicht an, sich über den von dem Beklagten als Architekten entworfenen Wortlaut des Leistungsverzeichnisses zu Lasten des Unternehmers, der danach sein Angebot berechnet habe, hinwegzusetzen.

Die Revision meint, der Beklagte habe davon ausgehen dürfen, daß der im Angebot unter Pos. 58 enthaltene Einheitspreis die "Koch"-Decken in der baupolizeilich zulässigen Ausführung betreffe; die Vertragsauslegung des Berufungsgerichts verstoße gegen die §§ 133, 157 BGB, denn Harth habe als Bauunternehmer die maßgeblichen baupolizeilichen und DIN-Vorschriften kennen müssen (BGH in NJW 1956, 737).

Dem kann nicht beigetreten werden. Die Gestaltung der "Koch"-Decken war, worauf das Berufungsgericht mit Recht abstellt, in dem vom Beklagten entworfenen Leistungsverzeichnis in den Einzelheiten genau beschrieben. Sogar die Gesamtstärke der Decke war angegeben, ferner daß auf ihr ein 2,5 cm starker Estrich aufzutragen war. Eine zusätzliche Druckbetonschicht war dagegen nicht erwähnt. Die Ansicht des Berufungsgerichts, H. [REDACTED] habe sein Angebot nach dieser genauen Beschreibung des Beklagten im Leistungsverzeichnis berechnen dürfen, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Der Bauunternehmer kann bei der Berechnung seines Angebots grundsätzlich von den von einem Architekten entworfenen Leistungsbeschreibungen im Leistungsverzeichnis ausgehen. Die in der Auskunft des Senators für Bau- und Wohnungswesen vom 16. Mai 1961 angeführte Vorschrift DIN 4201 gibt nur allgemein an, welche Stoffe als brennbar, feuerhemmend und feuerbeständig gel-

ten. Über die Gestaltung von "Koch"-Decken besagt sie nichts. Wenn demnach, wie das Berufungsgericht der Auskunft des Senators für Bau- und Wohnungswesen entnimmt, das Auftragen einer Druckbetonschicht auf "Koch"-Decken sich nicht von selbst versteht, der Beklagte als Architekt diese Leistung auch im Leistungsverzeichnis nicht verlangt hat, so braucht das Angebot des Unternehmers H[REDACTED] diese Leistung auch nicht umfaßt zu haben.

III.

Der Beklagte hat in seinem am Sonnabend, den 12. Oktober 1963 beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz vom 9. Oktober 1963 erstmals die Behauptung aufgestellt, H[REDACTED] habe den zu Pos. 58 berechneten 2,5 cm starken Estrich nicht ausgeführt; das hätten seine Mieter am 8. Juli 1963 ausweislich einer beigelegten Zeichnung festgestellt.

Das Berufungsgericht hat dieses Vorbringen als verspätet zurückgewiesen. Daß der Beklagte es erst 9 Tage vor dem Verhandlungstermin mitgeteilt habe, sei grob nachlässig. Seine Zulassung würde die Erledigung des Rechtsstreits verzögern, weil nochmals Beweis erhoben werden müßte.

1.) Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß die vom Beklagten vorgelegte Zeichnung das Datum vom 30. September 1963 trage, ist nicht gerechtfertigt. Es spricht nichts dafür, daß das Berufungsgericht das Ausstellungsdatum übersehen hat. Es vermißt aber die Behauptung des Beklagten, er selbst habe, trotz des Vermerks der Mieter auf der Zeichnung, daß sie das Fehlen des Estrichs am 8. Juli 1963 festgestellt hätten, hiervon

erst viel später Kenntnis erhalten. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Der Beklagte hat im Schriftsatz vom 9. Oktober 1963 betont, es sei nicht seine Schuld, daß er diese Behauptung erst jetzt aufstelle. Demnach war er sich darüber klar, daß seine erst im zweiten Berufungsverfahren des seit fast 4 Jahren laufenden Rechtsstreits aufgestellte neue Behauptung nicht ohne weiteres noch berücksichtigt werden konnte. Wenn er deshalb von der behaupteten Feststellung seiner Mieter erst durch deren Zeichnung vom 30. September 1963 Kenntnis erhalten hätte, so lag es für ihn und seinen Prozeßbevollmächtigten nahe, hierauf hinzuweisen. Daraus, daß das nicht geschehen ist, dürfte das Berufungsgericht auf eine frühere Kenntnis des Beklagten von der behaupteten Feststellung schließen.

2.) Die am 15. September endenden Gerichtsferien entbanden den Beklagten nicht von seiner prozessualen Pflicht, dafür zu sorgen, daß die Entscheidung des Rechtsstreits in der auf den 21. Oktober anberaumten mündlichen Verhandlung nicht durch nachträgliches Vorbringen verzögert wurde. Der Beklagte hat zudem auch erst 4 Wochen nach Ablauf der Gerichtsferien den Schriftsatz mit dem neuen Vorbringen eingereicht.

3.) Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß durch eine Berücksichtigung des neuen Vorbringens des Beklagten die Entscheidung des Rechtsstreits verzögert worden wäre, beanstandet die Revision zu Unrecht. Eine Verzögerung wäre selbst dann unvermeidlich gewesen, wenn die als Zeugen benannten beiden Mieter gemäß § 272 b ZPO zur mündlichen Verhandlung vom 21. Oktober 1963 hätten geladen werden können. Es hätte außerdem der auch vom Beklagten beantragten Vernehmung eines Sachverständigen, zumindest zur Höhe des Schadens, bedurft, und hierfür hätte

der Sachverständige zuvor die Decken untersuchen müssen.

IV.

Nach § 97 ZPO hat der Beklagte die Kosten seiner unbegründeten Revision zu tragen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Vogt