

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES****URTEIL**VII ZR 278/63**Verkündet am**27. Januar 1966,
Horn,
Justizobersekretär,

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Erbengemeinschaft H[REDACTED], bestehend aus:

1. Professor Dr. med. Theodor Friedrich H[REDACTED],
M[REDACTED], Lucile-G[REDACTED]-Straße [REDACTED],
2. Frau Dr. med. Hannelore K[REDACTED] geb. H[REDACTED],
B[REDACTED]-Me[REDACTED] b. D[REDACTED], R[REDACTED]straße [REDACTED],
3. Assessor des Bergfachs Hans-Otard H[REDACTED], D[REDACTED],
He[REDACTED]straße [REDACTED],
4. Apotheker Paul-Heinz H[REDACTED], C[REDACTED]-Ra[REDACTED],
M[REDACTED]straße [REDACTED],
5. Annemarie H[REDACTED], Do[REDACTED], A[REDACTED]straße [REDACTED],
6. Dipl.-Kaufmann Klaus-Ruprecht H[REDACTED], Do[REDACTED],
A[REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagte
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. die Kommanditgesellschaft Otto H[REDACTED], vertreten durch
ihre persönlich haftenden Gesellschafter, die Beklagten
zu 2) und 3),
2. den Baumeister Otto H[REDACTED],
3. den Bauingenieur Günter H[REDACTED],

sämtlich in O[REDACTED]-R[REDACTED], Recklinghauser Straße 58,

Beklagte, Berufungskläger
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] - .

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Januar 1966 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.) vom 15. Oktober 1963 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die Leistungsklage abgewiesen hat.

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

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

In den Jahren 1958 - 1959 ließen die Kläger auf ihrem Grundstück in C[REDACTED]-R[REDACTED], Ecke MU[REDACTED]straße/B[REDACTED], ein mehrstöckiges Wohn- und Geschäftshaus bauen. Bauleitender Architekt war der Dipl.-Ing. Co[REDACTED]. Die Maurerarbeiten führte die Beklagte zu 1) (im folgenden: Beklagte) aus, deren persönliche haftende Gesellschafter die Beklagten zu 2) und 3) sind. Die Beklagte übernahm es auch, den Neubau mit Spar-

klinkern zu verblenden. Sie ließ diese Arbeit durch den Subunternehmer Cl [REDACTED] ausführen. Vereinbarungsgemäß ist für das Vertragsverhältnis der Parteien die Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B (VOB (B)) maßgebend.

Das Haus wurde Mitte 1959 bezogen. Die Beklagte erteilte ihre Schlußrechnung. Die Kläger bezahlten sie.

Im Dezember 1960 brachen bei Sturm und Regen erhebliche Wassermassen in den Laden des Mieters Gr [REDACTED] ein und verursachten Schäden. Auch später soll noch mehrfach Regenwasser eingedrungen sein.

Die Kläger behaupten, die Verklinkerung sei fehlerhaft. Mit der Klage haben sie von den Beklagten begehrt: Abbruch und fachgemäße Neuerrichtung (sowie Beseitigung des dabei anfallenden Schmutzes) der gesamten Klinkerverblendung beider Außenwände, sowohl der an der Mü [REDACTED] straße, als auch der am B [REDACTED]. Ferner haben sie die Feststellung verlangt, daß die Beklagten verpflichtet seien, ihnen allen durch die mangelhafte Ausführung der Verblendung entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen.

Die Beklagten bestreiten, daß die Verklinkerung fehlerhaft sei. Sie führen das Eindringen des Wassers auf andere Ursachen zurück.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Beklagten haben Berufung eingelegt.

In der Berufungsinstanz haben die Kläger hilfsweise - soweit das Berufungsgericht ihren Hauptantrag auf Abbruch und Neuerrichtung abweisen sollte - auch noch den Antrag



gestellt, die (stehenbleibenden Teile der) Klinkerwände neu zu verfugen und an ihnen die Fenster so abzudichten, daß kein Wasser hinter die Verblendung treten kann.

Die Kläger haben weiter (auf Anregung des Berufungsgerichts) ihren in 1. Instanz allgemein gefaßten Feststellungsantrag, den sie auch in der Berufungsinstanz in dieser Fassung als Hauptantrag aufrechterhalten haben, hilfsweise dahin verdeutlicht und beschränkt, daß er sich nur auf Schäden bezieht, die auf folgende Mängel zurückzuführen sind:

- a) die nur teilweise Verfugung der zwischen der Verblendung und dem tragenden Mauerwerk bestehenden Fuge,
- b) die nicht durchgeführte ordnungsgemäße Abdichtung der Fenster,
- c) die Verwendung eines Mörtels der Mörtelgruppe III statt eines Mörtels der Mörtelgruppe II,
- d) die Nichtverwendung eines Mörteldichtungsmittels,
- e) die fehlerhafte Verfugung der Verblendung.

Das Oberlandesgericht hat dem Leistungsantrag auf Abbruch und Neuherstellung (sowie Schmutzbeseitigung) nur insoweit stattgegeben, als es sich um den (kleineren) fensterlosen Teil der Außenwand zur Mü[redacted]straße handelt. Es hat den Hauptantrag der Leistungsklage abgewiesen, soweit die gesamte Außenwand zum B[redacted] und der (größere) mit Fenstern versehene Teil der Außenwand zur Mü[redacted]straße in Betracht kommt. Soweit nach dem Berufungsurteil die Klinkerwände stehen bleiben sollen, hat das Berufungsgericht (gemäß dem Hilfsantrag) die Beklagten zum Abdichten der Fenster verurteilt. Den auf Neuverfugung gerichteten Hilfsantrag hat es abgewiesen.

Den Hauptfeststellungsantrag hat das Oberlandesgericht abgewiesen. Den Hilfsfeststellungsantrag hat es zuerkannt, soweit es sich um die Verfugung zwischen Verblendung und Mauerwerk und um die Fensterabdichtung (oben Ziff. a) und b)) handelt. Es hat den Hilfsfeststellungsantrag abgewiesen, soweit er auf Verwendung eines falschen Mörtels, auf Nichtverwendung eines Mörteldichtungsmittels und auf fehlerhafte Verfugung der Verblendung (d.h. der Fugen zwischen den einzelnen Klinkern) (oben Ziff. c) bis e)) gestützt war.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, greifen die Kläger das Berufungsurteil insoweit an, als es ihre Haupt- und Hilfsanträge abgewiesen hat.

Entscheidungsgründe:

Mit der Revision begehren die Kläger - über das ihnen im Berufungsurteil Zuerkannte hinaus - folgendes:

1. Leistungsanträge:

a) Hauptantrag: vollständigen Abbruch und Neuherstellung (sowie Schmutzbeseitigung) der gesamten beiden Klinkerwände, sowohl der zum B[REITEN], als auch des (größeren) Teils der Wand an der Mü[LLER]straße, der nach Auffassung des Berufungsgerichts stehen bleiben soll.

b) Hilfsantrag: Neuverfugung der Klinkerwände, soweit entschieden werden sollte, daß sie stehenzubleiben haben. (Die Fensterabdichtung hat das Berufungsurteil bereits zuerkannt; sie ist daher nicht mehr Gegenstand der Revision).

2. Feststellungsanträge:

a) Hauptantrag: Feststellung gemäß dem allgemein gefaßten Antrag, wie er schon in erster Instanz gestellt war.

b) Hilfsantrag: Feststellung gemäß dem in zweiter Instanz gestellten Hilfs-Feststellungsantrag, soweit das Berufungsgericht ihm nicht entsprochen hat, also wegen:

Verwendung falschen Mörtels (oben Ziff. c)),
Nichtverwendung eines Mörteldichtungsmittels
(oben Ziff. d)),
fehlerhafter Verfügun~~g~~g zwischen den einzelnen
Klinkern (oben Ziff. e)).

I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Kläger müßten sich mindestens so behandeln lassen, als ob eine Abnahme erfolgt sei.

1. Die Frage der Abnahme könnte von Bedeutung sein, wenn die geforderte Neuerrichtung der Klinkerwände eine völlige Neuherstellung des gesamten Werks der Beklagten wäre. Dann würde sich die Frage stellen, ob auch bei einem der VOB (E) unterliegenden Werkvertrag - ebenso wie beim Werkvertrag nach BGB - dem Besteller nach der Abnahme verwehrt ist, Neuherstellung des Werks zu verlangen (vgl. dazu BGHZ 42, 232). Die Frage braucht hier nicht - ebensowenig wie in jenem Falle - entschieden zu werden, weil - wie unten zu II noch auszuführen - selbst eine vollständige Neuerrichtung beider Klinkerwände hier keine Neuherstellung des gesamten der Beklagten obliegenden Werks wäre.

2. Die Revision greift die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Frage der Abnahme ohne Erfolg an.

In Ziff. B 13 und 14 der vom Architekten C [REDACTED] entworfenen und zum Inhalt des Vertrags der Parteien gewordenen allgemeinen Vertragsbedingungen heißt es u.a.:

- "13. Die vertragliche Abnahme der geleisteten Arbeiten hat der Unternehmer rechtzeitig bei der Bauleitung zu beantragen, die einen Termin hierüber bestimmt. Es ist eine schriftliche Verhandlung aufzunehmen und durch Unterschrift der Beteiligten zu bestätigen. Die Abnahme wird durch frühere Benutzung oder Inbetriebnahme nicht ersetzt.
14. ... Schlußabrechnung innerhalb 6 Wochen nach Fertigstellung des gesamten Bauwerks und Abnahme der Arbeiten. Schlußzahlung erfolgt, sobald alle Voraussetzungen dazu erfüllt sind. ..."

Unstreitig hat im vorliegenden Fall die vorgesehene förmliche Abnahme nicht stattgefunden. Das Berufungsgericht legt aber die Einreichung der Schlußrechnung und ihre Bezahlung durch die Kläger dahin aus, daß die Parteien (durch schlüssiges Verhalten) darüber einig geworden seien, es solle keine förmliche Abnahme stattfinden. Hilfsweise meint das Berufungsgericht, mindestens verstoße es gegen Treu und Glauben, wenn die Kläger sich jetzt auf das Fehlen einer förmlichen Abnahme beriefen.

Beide Erwägungen sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die tatrichterliche Auslegung des rechtsgeschäftlichen Verhaltens der Parteien ist für das Revisionsgericht bindend. Auch die Erwägung des Berufungsgerichts zu § 242 BGB ist nicht zu beanstanden; mit Recht bezieht es sich dabei auf das Urteil des Senats vom 13. Dezember 1962, VII ZR 193/61.

II.

Der Mängelbeseitigungsanspruch (§ 13 Ziff. 5 Abs. 1 VOB (B)):

1. Das Berufungsgericht legt den Vertrag der Parteien dahin aus, daß die Beklagte auf Grund eines einheitlichen Vertrages ihre sämtlichen Arbeiten, einschließlich der Verklinkerung, zu erbringen gehabt habe. Diese - von der Revision nicht angegriffene - tatrichterliche Würdigung ist frei von Rechtsirrtum und daher für den Senat bindend. Dann aber ist auch der vom Berufungsgericht daraus gezogene Schluß nicht zu beanstanden, eine Erneuerung der Klinkerschale sei "noch als Mängelbeseitigung im Sinne von § 13 Ziff. 3 VOB (B) anzusehen" und stelle keine Neuherstellung des Werks dar.

2. Das Berufungsgericht hat dem Klagebegehren auf Neuverklinkerung nur für den (kleineren) fensterlosen Teil der Gebäudeaußenwand zur Mü[REDACTED]straße stattgegeben, den weitergehenden Anspruch (auf Neuverklinkerung des übrigen (größeren) Teils der Außenwand zur Mü[REDACTED]straße und der gesamten Außenwand zum B[REDACTED]) hat es abgewiesen. Dazu führt es aus: Mängel an der übrigen Verklinkerung seien nicht nachgewiesen. Es sei auch "nicht bewiesen, daß die Fuge zwischen der Klinkerschale und dem Hintermauerwerk in dem mit Fenstern versehenen Teil in gefährlichem Ausmaß oder gar völlig unausgemörtelt sei." Einige etwa vorhandene kleinere hohle Stellen könnten den Abbruch nicht rechtfertigen (§ 13 Ziff. 6 VOB (B)).

Mit Recht rügt die Revision hierzu, daß das Berufungsgericht ein prozessuales Geständnis der Beklagten nicht beachtet hat.

a) Aus dem Vortrag der Kläger ist zu entnehmen, die gesamte Klinkerschale habe keinen Mörtelverband mit der Hintermauerung (z.P. S. 5 der Klageschrift). Die Beklagten hatten das zugestanden, wie sich aus ihrem Schriftsatz vom 4. Mai 1962 (S. 4 - 5 und 7) eindeutig ergibt. Dort hatten sie behauptet, die Fuge zwischen Klinkerwand und Hintermauerwerk sei - vereinbarungsgemäß - nicht mit Mörtel geschlossen worden. Nur hilfsweise hatten sie auch das Gegenteil behauptet (S. 7 - 8 aaO). Dieser abweichende Hilfsvortrag ist aber nicht geeignet, ihrem Hauptvorbringen die Geständniswirkung zu nehmen. *

b) Erst im Schriftsatz vom 14. Juni 1963 (S. 3) haben die Beklagten ihr Geständnis widerrufen. Sie haben aber die Voraussetzungen des § 290 ZPO nicht vorgetragen und bewiesen. Das Gericht hat daher vorerst weiter davon auszugehen, daß die Klinkerschale insgesamt mit der Hintermauerung keinen oder allenfalls nur unzureichenden Mörtelverband hat. Denn wenn, wie die Beklagten ursprünglich vorgetragen hatten, nur versehentlich manchmal etwas Mörtel unvermeidbar in die bewußt offen gelassene Fuge geraten ist, so kann das keinesfalls ausreichen.

c) Schon aus diesem Grunde kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben, soweit es den Nachbesserungsanspruch abgewiesen hat, ohne daß es noch auf die weiteren Ausführungen der Revision hierzu ankommt.

d) Bei seiner neuen Entscheidung wird das Berufungsgericht gegebenenfalls zu prüfen haben, ob den Klägern zugemutet werden kann, bei einer teilweisen Neuverklinkerung Farbabweichungen in Kauf zu nehmen, wie sie die Firma

He [REDACTED] in ihrer Auskunft vom 4. Juli 1963 als möglich bezeichnet hat.

III.

Der Schadenersatzanspruch (§ 13 Ziff. 7 VOB (B)):

1. Als Hauptantrag haben die Kläger die Feststellung begehrt, daß die Beklagten verpflichtet seien, ihnen den Schaden zu ersetzen, der ihnen "durch die mangelhafte Ausführung der Verblendung der Außenwand" entstanden sei und noch entstehen werde.

Das Berufungsgericht hat diesen Antrag abgewiesen, weil er nicht genügend bestimmt sei.

Die Revision meint, es müsse genügen, daß die Kläger schriftsätzlich zum Ausdruck gebracht hätten, sie verlangten deswegen Schadensersatz, weil Regenwasser durch die Verblendung ins Innere eindringe.

a) Die Kläger haben jedoch in ihrem Hauptantrag eine solche Spezifizierung nicht vorgenommen. Der darin enthaltene bloße Hinweis auf eine "mangelhafte Ausführung" kann als genaue Bezeichnung des Klagebegehrens im Sinne des § 253 ZPO nicht genügen. Würde eine Verurteilung nach diesem Antrag erfolgen, so bliebe unklar, worin die "mangelhafte Ausführung" besteht; der Streit der Parteien darüber würde weitergehen und das Urteil hätte nicht den Rechtsfrieden gebracht, den es schaffen soll.

b) Den Klägern war eine genauere Erläuterung ihres Feststellungsbegehrens möglich und zumutbar, wie ihr Hilfsantrag zeigt.

2. Das Berufungsgericht hat den Hilfsantrag teilweise abgewiesen, nämlich soweit es sich um die (oben im Tatbestand aufgeführten) Ziffern c) bis e) dieses Antrags handelt.

Zu c): Es verneint eine Schadensersatzpflicht der Beklagten dafür, daß die Klinkerschale mit (teurerem) Mörtel der Gruppe III, statt mit (billigerem) Mörtel der Gruppe II gemauert worden ist, obwohl der letztere weniger zu Schwindrissen neigt. Es meint, darin könne ein wesentlicher, die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigender Mangel nicht gesehen werden. Außerdem fehle es am Verschulden der Beklagten, da sie (ihr Erfüllungsgehilfe Cl[REDACTED]) den von der Herstellerin der Klinker ausdrücklich empfohlenen Mörtel der Gruppe III verwendet habe.

Die Revision greift diese Ausführungen erfolglos an. Der Sachverständige Burckas hat den Schwindrissen keine so schwerwiegende Bedeutung beigemessen, wie die Revision annimmt. Aus den in der Revisionsbegründung angeführten Stellen seiner Gutachten ist das nicht zu entnehmen. War aber die Verwendung von Mörtel Gruppe III objektiv allenfalls nur ein wenig bedeutender Mißgriff, so durfte das Berufungsgericht auch annehmen, die Beklagte habe subjektiv die Empfehlung der Lieferfirma He[REDACTED] für zuverlässig halten können.

Zu d): Das Berufungsgericht verneint eine Schadensersatzpflicht der Beklagten dafür, daß bei dem Mauern der Klinkerschale kein Mörteldichtungsmittel verwendet worden

sei. Es sieht als nicht erwiesen an, daß darin ein Mangel des in § 13 Ziff. 7 VOB (B) vorausgesetzten Ausmaßes liege. Die Kläger hätten bei der Bestellung die Verwendung eines Mörteldichtungsmittels nicht vorgeschrieben. Da die Klinker selbst unstreitig Wasser durchließen, könne es kaum entscheidend darauf ankommen, ob auch der Fugenmörtel wasserdurchlässig sei. Es sei weiter nichts dafür dargetan, daß es 1958/59 üblich gewesen wäre, dem Fugenmörtel einer Klinkerschale dann ein Dichtungsmittel hinzuzufügen, wenn die Hintermauer - wie hier - mit einem Isolieranstrich versehen war. Habe aber eine solche Übung mindestens damals noch nicht bestanden, so stelle das etwaige Fortlassen eines Dichtungsmittels kein Verschulden dar.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Die Revision verweist auf §. 6 des Nachtragsgutachtens Burckas vom 27. Juni 1963. Dort ist aber von dem Dichtungsmittel für den Putz der Hintermauerung die Rede. Das Berufungsgericht behandelt dagegen die Frage, ob dem Fugenmörtel der Klinkerschale ein Dichtungsmittel beigegeben werden muß. In diesem Sinne durfte es auch den Klageantrag verstehen.

An den von der Revision angeführten Schriftsatzstellen haben die Kläger nur allgemein Sachverständigenbeweis für die Fehlerhaftigkeit der Klinkerwand angetreten, nicht aber speziell dafür, daß fälschlich kein Dichtungsmittel für den Fugenmörtel der Klinker verwendet worden sei. Das Berufungsgericht durfte diese Beweisankträge durch die von ihm durchgeführte Beweisaufnahme als erledigt ansehen.

Zu e): Das Berufungsgericht hält weiter nicht für bewiesen, daß die Verfugung (der Klinker untereinander) im Sinne des § 13 Ziff. 7 VOB (B) fehlerhaft ausgeführt ist. Es meint, wenn die angeblich mangelhafte Verfugung ein so erheblicher Fehler wäre und die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigte, so würden die Kläger in ihren eingehenden Schriftsätzen diesen behaupteten Mangel entsprechend betont haben (was nicht geschehen sei), zumal er äußerlich hätte sichtbar sein müssen.

Auch diese - von der Revision nicht ausdrücklich angegriffenen - Erwägungen sind rechtsfehlerfrei.

3. Die Kläger sind nicht dadurch beschwert, daß das Berufungsgericht die beklagte Firma einerseits und ihre Gesellschafter, die übrigen Beklagten, andererseits irrtümlich "als Gesamtschuldner" verurteilt hat (vgl. BGHZ 5, 35, 37; 36, 224, 226).

IV.

Nach alledem ist das angefochtene Urteil, in dem aus dem obigen Urteilsspruch ersichtlichen Umfang aufzuheben und, da es weiterer Feststellungen bedarf, die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Im übrigen ist die Revision zurückzuweisen.

Es sei noch darauf hingewiesen, daß die Kostenentscheidung des Berufungsurteils bedenklich erscheint im Hinblick darauf, daß das Berufungsgericht die Leistungsklage zum weitaus größten Teil abgewiesen und auch dem Feststellungsantrag nur teilweise stattgegeben hatte.

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke