

4

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 284/85

URTEIL

Verkündet am:
3. Juli 1986
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bauunternehmers Alfred K. [REDACTED] als Inhaber der Firma
Alfred K. [REDACTED], Baugeschäft, Beton- und Kunststeinwerk,
B. S. [REDACTED] Am Sch. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den kaufmännischen Angestellten Günter E. [REDACTED], Es. [REDACTED],
I. [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juli 1986 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Doerry, Bliesener, Obenhaus und Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten Kopperschmidt wird das Schlußurteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 18. Juli 1985 aufgehoben, soweit zum Nachteil des Beklagten Kopperschmidt erkannt worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ließ im Jahre 1975 für sich ein Q[REDACTED]-Fertighaus errichten, das er bei der früheren Beklagten zu 2, der Firma Q[REDACTED]-Haus GmbH, bestellt hatte. Das Untergeschoß einschließlich der Drainage errichtete in seinem Auftrag der Beklagte K[REDACTED] nach den von der früheren Beklagten zu 2 für den Kläger gefertigten Bauplänen unter deren Bauaufsicht.

Ab Sommer 1975 drang Wasser in die Kellerräume ein. Nachdem der Kläger in den Jahren 1979 und 1981 vor dem Amtsgericht Beweissicherungsverfahren gegen den Beklagten K[REDACTED] angestrengt hatte, hat er am 7. März 1984 wegen der Kellerundichtigkeiten gegen diesen und die frühere Beklagte zu 2 vor dem Landgericht einen Schadensersatzbetrag von 50.000 DM (nebst Zinsen) eingeklagt und gleichzeitig vor dem Landgericht ein weiteres Beweissicherungsverfahren gegen beide Beklagten beantragt.

Das Landgericht hat dem Antrag auf Einleitung eines Beweissicherungsverfahrens mit Beschluß vom 9. März 1984 entsprochen. Der vom Landgericht bestellte Sachverständige Prof. Dr. M[REDACTED] hat sein Gutachten unter dem 16. April 1984 erstattet. Mit Teilurteil vom 3. Mai 1984 hat das Landgericht die Klage gegen den Beklagten K[REDACTED] wegen Verjährung abgewiesen. Mit Schlußurteil vom 7. Juni 1984 hat es ebenso hinsichtlich der früheren Beklagten zu 2 erkannt.



Gegen beide Urteil des Landgerichts hat der Kläger Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat die Berufungsverfahren verbunden. Sodann hat es mit Teilurteil vom 14. März 1985 die Berufung des Klägers gegen das landgerichtliche Schlußurteil zurückgewiesen. Danach hat es hinsichtlich des Anspruches gegen den Beklagten K[REDACTED] zur Länge der Verjährungsfrist Beweis erhoben. Mit seinem Schlußurteil vom 18. Juli 1985 hat das Oberlandesgericht sodann, das landgerichtliche Teilurteil insoweit abändernd, den Beklagten K[REDACTED] zur Zahlung von 50.000 DM (nebst Zinsen) verurteilt. Dabei hat es das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. M[REDACTED] verwertet.

Mit seiner - angenommenen - Revision, die der Kläger zurückzuweisen bittet, will der Beklagte K[REDACTED] die Wiederherstellung des landgerichtlichen Teilurteils erreichen.

Entscheidungsgründe

I.

Anders als das Landgericht geht das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung der Vertragsunterlagen und der insoweit erhobenen Beweise davon aus, daß die vertraglichen Beziehungen der Parteien allein nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen sind. Deshalb hält es hinsichtlich des Beklagten K[REDACTED] den Klageanspruch nicht für verjährt.

Das läßt Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision als ihr günstig auch nicht infrage gestellt.

II.

Das Berufungsgericht stellt erhebliche Mängel der Werkleistungen des Beklagten K [REDACTED], aus denen es den eingeklagten Schadensersatzanspruch bejaht, aufgrund des schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. M [REDACTED] fest, das das Landgericht in seinem Beweissicherungsverfahren eingeholt hat.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe dieses Gutachten nicht berücksichtigen dürfen, weil es nicht in das Erkenntnisverfahren einbezogen worden sei. Sie rügt deshalb Verstöße gegen Artikel 103 Abs. 2 GG, §§ 285, 286, 523 ZPO.

Da das Berufungsurteil bereits aus den unter III. und IV. aufgeführten Gründen aufgehoben werden muß, kann jedoch offen bleiben, ob schon diese Verfahrensrügen zur Aufhebung des Berufungsurteils zwingen.

III.

1) Der Beklagte K [REDACTED] hatte sich in erster Instanz erfolgreich mit der Verjährungseinrede verteidigt. Die Berufungsbegründung des Klägers befaßt sich dementsprechend fast ausschließlich mit der Verjährungsfrage. Zum Umfang des Schadensersatzanspruches verweist sie allein und pauschal auf das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. M [REDACTED]. Auch die Berufungserwiderung des Beklagten

K [REDACTED] behandelt im wesentlichen nur die Verjährung. Dieser Beklagte bestreitet in aller Kürze aber auch, zur Kellerfeuchtigkeit führende Ausführungsfehler gesetzt zu haben; für die Ordnungsmäßigkeit seiner Leistungen hat er Sachverständigenbeweis angetreten.

Weder bei der Ladung zur mündlichen Verhandlung vom 19. Februar 1985, noch bei der sonstigen Vorbereitung des ersten Verhandlungstermins, nicht bei der ersten mündlichen Verhandlung und auch nicht mit dem auf diese Verhandlung ergangenen, die Berufung des Klägers gegen die frühere Beklagte zu 2 zurückweisenden Teilurteil hat das Berufungsgericht die Parteien darauf hingewiesen, daß es, sofern es die Verjährungseinrede des Beklagten K [REDACTED] nicht als durchgreifend erachten werde, allein unter Verwertung des im Beweissicherungsverfahren eingeholten schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. M [REDACTED] abschließend über den eingeklagten Schadensersatzanspruch entscheiden wolle. Aufgrund eines am 14. März 1985 verkündeten Beweisbeschlusses hat es vielmehr in der dazu anberaumten mündlichen Verhandlung vom 25. Juni 1985 lediglich weiter zur Verjährungsfrage, nämlich darüber Beweis erhoben, ob zwischen den Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart worden ist. Auch in dieser letzten mündlichen Verhandlung hat es die Parteien ausweislich der Sitzungsniederschrift nicht darauf hingewiesen, daß es außer der Verjährungsfrage auch über Art und Umfang des Klageanspruches entscheiden werde. Mit dem Berufungsurteil hat das Oberlandesgericht so- dann dem Klageanspruch voll stattgegeben.

2) Bei dieser Sachlage stellt sich die den Klageanspruch bejahende Entscheidung des Berufungsgerichtes als unzulässige Überraschungsentscheidung dar, mit der der Beklagte K [REDACTED] erkennbar nicht gerechnet hat und auch nicht rechnen mußte (§ 278 Abs. 3 ZPO).

Auf einen rechtzeitigen Hinweis hätte er jedoch Gelegenheit gehabt, seine sachlichen Einwendungen gegen seine Inanspruchnahme nach Grund und Höhe zu vertiefen und auf die schon beantragte Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens zu dringen, zumindest aber die mündliche Anhörung des nur im Beweissicherungsverfahren schriftlich tätig gewordenen Sachverständigen Prof. Dr. M [REDACTED] zu beantragen. Der Beklagte K [REDACTED] hätte sich dann auch auf die (Mit-)Ursächlichkeit des letztlich dem Kläger anzulastenden Planungsverschuldens der früheren Beklagten zu 2 (vgl. die Seiten 24, 27, 28 des Gutachtens von Prof. Dr. M [REDACTED]) berufen können. Das alles rügt die Revision zu Recht. Da nicht ausgeschlossen werden kann, daß das Berufungsurteil auf diesen Verfahrensfehlern beruht, muß es aufgehoben werden.

IV.

Abgesehen von den Verfahrensfehlern ist das Berufungsurteil, wie der Revision zuzugeben ist, auch sachlich falsch.

1) Das Berufungsgericht entnimmt dem Gutachten des Prof. Dr. M [REDACTED], daß für die Beseitigung aller zur Durchfeuchtung des Kellers führenden Mängel netto 68.170 DM er-

forderlich werden. Davon zieht es als "Sowiesokosten" (vgl. Senatsurteile BGHZ 90, 344, 347; 91, 206, 211, jeweils m.w.N.) für höherwertigere Ausführung lediglich 19.900 DM ab (die Posten zu a) - d) auf Seite 32 des Gutachtens von Prof. Dr. M[REDACTED]) und kommt damit auf einen vom Beklagten K[REDACTED] zu ersetzenden Schaden von netto 48.270 DM, der sich um Regiekosten und Mehrwertsteuer auf rund 59.430 DM erhöhe, also auf mehr als den Klagebetrag.

Schon die nicht näher dargelegte Beschränkung der "Sowiesokosten" auf nur 19.900 DM läßt sich nicht halten. Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß auch die Säuberung und Vorbereitung der Kelleraußenwände und die Vertiefung des Sammel-schachtes mit 3.875 DM und 500 DM zu den Sowiesokosten gehören könnten. Das Berufungsgericht hat danach nicht nachprüfbar dargelegt, daß sich die schadensmindernden "Sowiesokosten" auf nur 19.900 DM belaufen, und daß die Klagesumme erreicht wird. Es fehlt insoweit auch die Darlegung der Sachkunde des Berufungsgerichtes, ohne Zuziehung des Sachverständigen diese Fragen allein entscheiden zu können.

2) Wesentlicher ist noch, daß der Sachverständige Prof. Dr. M[REDACTED] auf schwerwiegende Planungsfehler der früheren Beklagten zu 2 als (Mit-)Ursache der Mängel hingewiesen hat (Seiten 24, 27, 28 seines Gutachtens).

War aber die Planung falsch und muß die Drainage auch deshalb saniert werden, dann beruhen die dadurch entstehenden Kosten zu wesentlichen Teilen mit auf der fehlerhaften Planung. Das gilt insbesondere für die hohe Kosten verur-

sachenden Arbeiten zur Freilegung der Drainage und zur danach erforderlichen Wiederherstellung des Geländezustandes. Trotz der Verjährung seiner Ansprüche gegen die planende frühere Beklagte zu 2 muß der Kläger für deren Haftungsanteil einstehen. Der Bauunternehmer kann dem Bauherrn das mitwirkende Planungsverschulden seines für ihn als Erfüllungsgehilfe tätigen Architekten entgegenhalten (zuletzt Senatsurteile NJW 1984, 1676, 1677 m.w.N., insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 90, 344; BGHZ 95, 128, 131).

Nach Seite 7, 1. Abs., letzter Satz des Berufungsurteils liegt die Annahme nahe, daß der Beklagte K. sich auf ein haftungsminderndes Planungsverschulden berufen hat; davon ist für das Revisionsverfahren deshalb auszugehen.

Das Berufungsgericht hätte deshalb prüfen müssen, ob die Haftung dieses Beklagten für die nach Abzug der "Sowiesokosten" verbleibenden Sanierungskosten nicht wegen Planungsverschulden der früheren Beklagten zu 2 nur zu einer Quote zu bejahen ist. Zumindest hätte es bei Verwertung des Sachverständigengutachtens von Prof. Dr. M. das darin behandelte Planungsmitverschulden der früheren Beklagten zu 2 mit den Parteien erörtern müssen und jedenfalls nicht ohne eine solche Erörterung unberücksichtigt lassen dürfen.

V.

Neben den Verfahrensfehlern zwingen danach auch die aufgezeigten sachlichen Fehler des Berufungsurteils zu seiner Aufhebung.

Eine abschließende Entscheidung kann das Revisionsgericht nicht treffen, weil weitere Sachaufklärung erforderlich ist.

Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Girisch

Doerry

Bliesener

Obenhaus

Quack