BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 328/03

Verkündet am:
24. Februar 2005
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 254 Ea, 635 a. F.

Nimmt der Besteller den Unternehmer wegen einer vertragswidrigen Ausführung des Bauwerks auf Gewährleistung in Anspruch, die auf eine vertragswidrige Planung seines Architekten zurückzuführen ist, muß bei der Bewertung der beiderseitigen Verursachungsbeiträge der Bedeutung der Verpflichtung des Unternehmers Rechnung getragen werden, über die Vertragswidrigkeit der Planung aufzuklären.

BGH, Urteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 328/03 - OLG Hamm
LG Arnsberg

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Februar 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Prof. Dr. Thode, Hausmann, Dr. Kuffer und Prof. Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 8. Oktober 2003 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Klage stattgegeben und die Widerklage gegen den Kläger abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

I.

Der Kläger, ein Bauunternehmer, verlangt von der Beklagten restlichen Werklohn. Die Beklagte verlangt mit ihrer Widerklage von dem Kläger und dem von ihr beauftragten Architekten, dem Widerbeklagten zu 2, Vorschuß für die Kosten für den Abriß des bisher errichteten Rohbaus, die Erstattung geleisteter Abschlagszahlungen sowie die Erstattung von sonstigen finanziellen Aufwen-

dungen. Der Grund des Streites ist die um 1,15 m höhere Gründung des Kellers als in den genehmigten und vereinbarten Bauplänen vorgesehen.

II.

1. Die Beklagte beauftragte den Widerbeklagten zu 2 mit den Architektenleistungen für den Bau eines Dreifamilienhauses auf ihrem Grundstück. Der Widerbeklagte zu 2 forderte mehrere Unternehmen auf, Angebote über Erd- und Rohbauarbeiten einzureichen. Im November 1997 unterbreitete der Kläger ein Angebot mit einer Netto-Angebotssumme von 106.094,23 DM.

Nachdem die Baugenehmigung erteilt worden war, fand am 10. Januar 1998 eine Besprechung statt, an der unter anderem der Kläger, der Widerbeklagte zu 2 und der Ehemann der Beklagten teilnahmen. Die Parteien streiten darüber, ob in diesem Termin eine gegenüber den genehmigten Plänen um 1,15 m höhere Gründung einvernehmlich festgelegt worden ist.

2. Nach der Besprechung beauftragte der Widerbeklagte zu 2 als Bevollmächtigter der Beklagten eine Tiefbaufirma mit den Erdarbeiten und den Kläger mit den Mauer-, Beton- und Stahlbetonarbeiten. In dem schriftlichen VOB/B-Vertrag vom 13./15. Januar 1998 mit dem Kläger ist folgender Passus enthalten:

> "Als Bevollmächtigter des Bauherrn gilt der Bauleiter.
>
> Er ist berechtigt, Anordnungen zu treffen, die zur vertraglichen Durchführung der Leistung erforderlich sind."

Auf Weisung des Widerbeklagten zu 2 gründeten der Tiefbauunternehmer und der Kläger den Keller um 1,15 m höher als ursprünglich geplant.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

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

Als die Beklagte die höhere Gründung bemerkte, ordnete sie einen Baustop an und beauftragte die Sachverständigen H. und G. mit der Vermessung. Für die Vermessung zahlte sie 1.894,48 DM.

3. Auf die erste Abschlagsrechnung des Klägers über 20.700 DM zahlte die Beklagte 21.000 DM. Nach der zweiten Abschlagsrechnung über 53.153,10 DM ordnete die Beklagte am 11. März 1998 den Baustillstand an. Seither ruht das Bauvorhaben. Die Nachtragsbaugenehmigung hinsichtlich der Gründungshöhe scheitert ausschließlich daran, daß die Beklagte sich weigert, den vom Widerbeklagten zu 2 vorbereiteten Bauantrag zu unterschreiben.

4. Der Kläger verlangt mit seiner Klage 32.123,11 DM, die er ursprünglich als weitere Abschlagszahlung gefordert hat. Die Beklagte hat mit der Widerklage 44.702,48 DM und die Feststellung verlangt, daß der Kläger und der Widerbeklagte zu 2 als Gesamtschuldner für den Schaden haften.

III.

1. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Widerklage der Beklagten hat es den Widerbeklagten zu 2 verurteilt, 1.894,48 DM zu zahlen. Dem Feststellungsantrag gegen den Widerbeklagten zu 2 hat es in eingeschränktem Maße stattgegeben. Im übrigen hat es die Widerklage abgewiesen.

2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts ist weitgehend erfolglos geblieben.

Auf die Revision der Beklagten und Widerklägerin hat der Bundesgerichtshof das Berufungsurteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts H. vom 3. November 1999 durch Urteil vom 7. März 2002 (VII ZR 1/00, BauR

2002, 1536 = ZfBR 2002, 767 = NZBau 2002, 571) aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

3. Das Berufungsgericht hat das Urteil des Landgerichts hinsichtlich der Verurteilung des Widerbeklagten zu 2 abgeändert. Es hat den Widerbeklagten zu 2 verurteilt, an die Beklagte und Widerklägerin 18.856,26 € (= 36.879,63 DM) nebst 12 % Zinsen von 968,63 € (= 1.894,48 DM) sowie 4 % von 17.887,63 € (= 34.985,16 DM) seit dem 23. Juli 1998 zu zahlen. Es hat festgestellt, daß der Widerbeklagte zu 2 verpflichtet ist, der Beklagten und Widerklägerin allen weiteren Schaden zu ersetzen, der ihr daraus entstanden ist und noch entstehen wird, daß ihr Bauvorhaben zu hoch gegründet ist. Die Widerklage gegen den Kläger und Widerbeklagten zu 1 hat das Berufungsgericht abgewiesen. Der Klage hat es in gleicher Höhe stattgegeben, wie in seinem ersten Berufungsurteil.

Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage und die Verurteilung des Klägers und Widerbeklagten zu 1. Ihre Nichtzulassungsbeschwerde gegen den Widerbeklagten zu 2 hat sie zurückgenommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Auf das Schuldverhältnis ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung anzuwenden (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts.

II.

1. Das Berufungsgericht hat mit im wesentlichen folgenden Erwägungen die Verpflichtung der Beklagten, die vom Kläger verlangte Vergütung zu zahlen, bejaht und einen Schadensersatzanspruch der Beklagten verneint.

a) Für die Entscheidung sei es unerheblich, ob die Beklagte den Vertrag gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B gekündigt habe. Eine Kündigung wäre jedenfalls entbehrlich gewesen, weil der Kläger sich endgültig geweigert habe, den Mangel zu beseitigen, und weil die Parteien sich einig gewesen seien, das Werk nicht fortzusetzen und den Vertrag abschließend abzurechnen.

b) Das Werk sei wertlos. Unter dieser Voraussetzung entfalle eine Vergütungspflicht der Beklagten, weil das bis zur Beendigung des Vertrages vom Kläger erbrachte Werk aufgrund des Mangelbeseitigungsanspruchs der Beklagten vollständig beseitigt werden müsse.

c) Dieses Ergebnis sei gemäß § 242 BGB dahingehend zu korrigieren, daß dem Kläger aufgrund eines überwiegenden Mitverschuldens des Architekten der Beklagten, ihres Erfüllungsgehilfen, ein Vergütungsanspruch uneingeschränkt zustehe.

(1) Die Fehlerhaftigkeit des Werkes beruhe auf einer Anordnung des Architekten, dessen Planungsverschulden der Beklagten zuzurechnen sei. Das überwiegende Mitverschulden der Beklagten rechtfertige es, dem Kläger den Vergütungsanspruch für eine mangelhafte und unbrauchbare Teilleistung zuzuerkennen.

(2) Da eine Mängelbeseitigung nicht mehr in Betracht komme, stehe dem Kläger ein Vergütungsanspruch insoweit zu, als die Mangelhaftigkeit auf dem Mitverschulden der Beklagten beruhe. Wäre die Teilleistung des Klägers mangelfrei, würde ihm unter Berücksichtigung der geleisteten Abschlagszahlungen ein Betrag von 32.123,10 DM zustehen.

(3) Die Teilleistung des Klägers sei im Verhältnis zur Beklagten als Voraussetzung für den Vergütungsanspruch als mangelfrei zu werten, da eine Mitverantwortung des Klägers für die Mangelhaftigkeit der Leistung hinter dem Planungsverschulden des Architekten der Beklagten vollständig zurücktrete.

Im Hinblick auf den Inhalt des Gesprächs auf der Baustelle, an der der Ehemann der Beklagten teilgenommen habe, begründe der Umstand, daß der Kläger sich nach der Anweisung des Architekten nicht bei der Beklagten rückversichert habe, keinen nennenswerten Mitverschuldensvorwurf. Der Senat gehe nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon aus, daß während der Baustellenbesprechung erörtert worden sei, eine Hebeanlage zu vermeiden. Angesichts dieser Besprechung habe der Kläger keinen Anlaß gehabt, die Planänderung in Zweifel zu ziehen.

(4) Im Ergebnis sei der mit der Klage geltend gemachte Werklohn nicht zu mindern und die auf Schadensersatz gerichtete Widerklage abzuweisen.

2. Das hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht wendet nicht die von der Rechtsprechung des Senats zum Schadensersatzanspruch des Bestellers entwickelten Grundsätze an, sondern löst den Fall rechtsfehlerhaft über § 242 BGB (a). Bei der Abwägung der Verursachungsbeiträge sind ihm Rechtsfehler unterlaufen (c).

a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts besteht Einigkeit der Parteien darüber, daß das Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten nicht fortgesetzt, sondern abschließend abgerechnet wird.

Danach steht dem Vergütungsanspruch des Klägers der aus § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B abgeleitete Schadensersatzanspruch wegen der mangelhaften Erfüllung des Vertrages gegenüber. Die Beklagte kann im Wege des Schadensersatzes Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen, nachdem eine Nachbesserung nicht in Betracht kommt, weil sie endgültig verweigert wird. Das errichtete Werk ist für sie unbrauchbar. Außerdem kann sie Rückzahlung des bereits bezahlten Werklohns verlangen und den weiteren Schaden, der ihr durch die mangelhafte Leistung des Klägers entstanden ist (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 1968 - VII ZR 33/66, BGHZ 50, 160, 164 f.; vgl. auch Urteil vom 19. Januar 1978 - VII ZR 175/75, BGHZ 70, 240, 243).

Gemäß § 254 BGB ist der Schadensersatzanspruch der Beklagten in Höhe des ihr zuzurechnenden Mitverursachungsanteils beschränkt. Die Beklagte muß sich eine Mitverursachung ihrer Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB zurechnen lassen.

b) Die Anweisung des Architekten an den Kläger, das Gebäude höher zu gründen, als in den genehmigten und vereinbarten Plänen vorgesehen, ist der Beklagten gemäß § 278 BGB zuzurechnen, weil der Architekt als ihr Erfüllungsgehilfe gehandelt hat.

(1) Bedient sich der Bauherr für die Planungsaufgaben zur Durchführung eines Bauvorhabens eines Architekten, ist der Architekt Erfüllungsgehilfe des Bauherrn in seinem Verhältnis zum Bauunternehmer, so daß der Bauherr für das Verschulden des Architekten einstehen muß (BGH, Urteil vom 27. Juni 1985 - VII ZR 23/84, BGHZ 95, 128; Urteil vom 13. September 2001 - VII ZR 392/00, BauR 2002, 86 = NZBau 2002, 31 = ZfBR 2002, 57).

Ein schuldhaftes und pflichtwidriges Verhalten eines Erfüllungsgehilfen ist dem Schuldner gemäß § 278 BGB zuzurechnen, wenn das Verhalten des Erfüllungsgehilfen aus der Sicht des Gläubigers im sachlichen Zusammenhang mit dem Aufgabenbereich steht, der dem Erfüllungsgehilfen zugewiesen worden ist (BGH, Urteil vom 26. April 1991 - V ZR 165/89, BGHZ 114, 263, 270 m.w.N.).

(2) Nach diesen Grundsätzen hat der Architekt der Beklagten, als er dem Kläger die Anweisung erteilt hat, das Bauwerk höher zu gründen, als deren Erfüllungsgehilfe gehandelt. Aus der maßgeblichen Sicht des Klägers wurden dem Architekten alle Planungsaufgaben zugewiesen, die für die Errichtung des Bauwerks erforderlich waren. Die Anweisung des Architekten war eine Planungsänderung, die aus der Sicht des Unternehmers von der Planungsaufgabe, die dem Architekten und der Beklagten übertragen worden waren, erfaßt war, so daß die Abweichung von der vertraglich vereinbarten Planung der Beklagten gemäß § 278 BGB zuzurechnen ist.

Die Frage, ob der Kläger die Anweisung ohne Rücksprache mit der Beklagten als Bauherrin hätte befolgen dürfen, ist für die Zurechnung der Anweisung gemäß § 278 BGB unerheblich. Sie ist von Bedeutung für die Abwägung der beiderseitigen Verursachungsbeiträge des Klägers und der Beklagten.

c) Die Abwägung der Verursachungsbeiträge durch das Berufungsgericht hält der Nachprüfung nicht stand. Sie ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht kann jedoch prüfen, ob alle in Betracht kommenden Umstände berücksichtigt und ob rechtsirrtümliche Erwägungen angestellt worden sind (BGH, Urteil vom 19. Dezember 1968 - VII ZR 23/66, BGHZ 51, 275, 279).

aa) Das Berufungsgericht hat nicht hinreichend berücksichtigt, daß das Gespräch auf der Baustelle über die mögliche Höherlegung des Bauwerks vor dem Abschluß des Bauvertrages mit dem Kläger stattgefunden hat, durch den die genehmigte Planung im Verhältnis der Beklagten zum Kläger vereinbart worden ist. Danach haben die Parteien einen Vertrag geschlossen, in dem die Höherlegung nicht vereinbart worden ist.

bb) Auf dieser Grundlage ist die Würdigung des Berufungsgerichts zu beanstanden, es begründe keinen nennenswerten Vorwurf des Mitverschuldens, daß der Kläger die Beklagte nicht über die Abweichung der ihm vorgelegten Planung von der vertraglich vereinbarten Planung aufgeklärt hat. Diese Würdigung läßt besorgen, daß das Berufungsgericht die Bedeutung der Verpflichtung des Klägers verkannt hat, die Beklagte über die vom Vertrag abweichende Planung zu unterrichten.

Allerdings ist es im Einzelfall vom Senat nicht beanstandet worden, daß den Architekten, dessen Verschulden der Auftraggeber sich gemäß § 278 BGB zurechnen lassen muß, die alleinige Verantwortung für Bauausführungsfehler trifft, die auf seine fehlerhafte Planung zurückzuführen sind (vgl. BGH, Urteil

vom 19. Dezember 1968 - VII ZR 23/66, BGHZ 51, 275, 280). Der Senat hat jedoch in seinem Urteil vom 11. Oktober 1990 (VII ZR 228/89, BauR 1991, 79, 80 = ZfBR 1991, 61), darauf hingewiesen, daß der Unternehmer eine gewichtige Ursache für Schäden infolge fehlerhafter Planung setzt, wenn er diese bei der gebotenen Prüfung und Mitteilung der Bedenken hätte verhindern können.

Die vom Berufungsgericht seiner Bewertung der Verursachungsanteile zugrunde gelegte Rechtsauffassung führt tendenziell dazu, daß der Unternehmer auch dann haftungsfrei ist, wenn er seine Aufklärungspflicht nicht erfüllt hat. Damit würde der Bedeutung dieser Verpflichtung für die vertragsgemäße Erfüllung nicht ausreichend Rechnung getragen.

Es mag im Rahmen der Würdigung nicht zu beanstanden sein, daß in den Fällen, in denen der Besteller dem Unternehmer eine vom Vertrag abweichende und damit fehlerhafte Planung vorlegt, dem Besteller die überwiegende Verantwortung auferlegt wird. Auch kann sich der Grad der Verantwortung des Unternehmers dadurch mindern, daß er Anlaß hatte anzunehmen, die durch den Architekten des Bestellers vorgelegte Planungsänderung sei mit dem Besteller abgesprochen. Andererseits kann bei derart gravierenden Eingriffen, wie sie die Höhenabweichung eines Bauwerks um 1,15 m darstellt, nicht das Verschulden des Unternehmers bagatellisiert werden, der ohne weiteres diese Abweichung zur Sprache bringen und damit die erforderliche Klärung herbeiführen kann.

3. Das Berufungsurteil ist demnach aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung zurückzuverweisen. Der Senat hat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Dressler Thode Hausmann

Kuffer Kniffka