

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VII ZR 12/64**URTEIL****Verkündet am**
7. Februar 1966
Horn,
Justizobersekretär**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma Gebrüder S [REDACTED] GmbH - Straßenbaugeschäft -
in H [REDACTED] V [REDACTED], Am F [REDACTED] damm [REDACTED], vertreten durch
die Geschäftsführer Gustav S [REDACTED] und Gerhard S [REDACTED],
ebenda,

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma H [REDACTED] - Draht- und Kabel-Werke, Aktiengesell-
schaft, in L [REDACTED] bei H [REDACTED], St [REDACTED] Landstraße [REDACTED],
vertreten durch den Vorstand, die Fabrikdirektoren Paul
R [REDACTED] und Hermann B [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Februar 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 8. November 1963 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte hat im Jahre 1956 auf dem Werkgelände der Klägerin Straßenbauarbeiten ausgeführt und hierfür 78.207,94 DM berechnet. Die Klägerin hat insgesamt 71.525,16 DM gezahlt.

Mit der Klage hat die Klägerin einen Betrag von 10.141,97 DM nebst Zinsen verlangt. Sie hat u.a. behauptet, sie habe der Beklagten mehr gezahlt als sie schulde, ferner müsse die Beklagte, die sich geweigert habe, an der Straße aufgetretene Mängel zu beseitigen, die dafür aufgewendeten Kosten (4.568,97 DM) ihr ersetzen.

Die Beklagte hat Widerklage auf Zahlung von 4.000 DM nebst Zinsen erhoben.

- 3 -

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 6.924,89 DM nebst Zinsen stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte die volle Abweisung der Klage. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Im Revisionsverfahren ist noch zu prüfen, ob der Beklagten für die im Leistungsverzeichnis nicht aufgeführte Beseitigung von Betonflächen in der alten Straßendecke sowie einer darunter befindlichen Packlage aus alten Pflastersteinen und dadurch bedingte Walzarbeiten (Pos. 2 - 6 der Rechnung Nr. 378 g) eine Vergütung zusteht und ob die Klägerin von der Beklagten die für die Nachbesserung der Straße aufgewendeten Kosten ersetzt verlangen kann.

I.

Das Berufungsgericht verneint einen Vergütungsanspruch der Beklagten für die beim Aufbruch des alten Straßenbolags nach Ansicht der Beklagten entstandenen Mehrarbeiten.

1.) Die Betonteile im Straßenpflaster habe die Beklagte, als sie vor der Abgabe ihres Angebots die Baustelle be-
sichtigt habe, ohne weiteres erkennen können. Es habe sich um Toreinfahrten, Einfassungen von Gullys und Kanäle gehandelt. Auf sie habe die Klägerin im Leistungsverzeichnis nicht besonders hinzuweisen brauchen. Lediglich die in einzelnen Betonflächen vorhandenen gewesenen Eisenarmierungen seien nicht zu sehen gewesen; für deren Beseitigung habe



aber bereits das Landgericht der Beklagten eine zusätzliche Vergütung zugesprochen.

Diese Ausführungen sind rechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat deshalb der Beklagten eine besondere Vergütung für das Beseitigen der Betonteile ohne Rechtsfehler versagt.

2.) Daß stellenweise unter dem alten Kleinpflaster eine Packlage aus Pflastersteinen vorhanden war, sei zwar, so führt das Berufungsgericht aus, nicht ohne weiteres zu erkennen gewesen. Als erfahrenes Straßenbauunternehmen habe aber die Beklagte wissen müssen, daß eine erheblichen Belastungen ausgesetzte Fabrikstraße einen festen Unterbau besitze. Das hätten die Sachverständigen Bode und Patzold übereinstimmend dargelegt. Das Entfernen der Packlage aus Pflastersteinen möge zwar etwas kostspieliger gewesen sein als das Beseitigen einer entsprechenden Menge Erde oder Sand. Wenn aber die Beklagte diese Kosten hätte ausschließen wollen, so hätte sie entweder einen entsprechenden Vorbehalt in ihr Angebot aufnehmen oder den Untergrund vorher untersuchen müssen.

Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Nach Pos. I, 2 des Leistungsverzeichnisses hatte die Beklagte die Planumsfläche 20 - 25 cm auszukoffern und den "Boden" wegzufahren. Die Zusammensetzung des Bodens war von der Klägerin nicht angegeben worden. Gegenüber der Feststellung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe damit rechnen müssen, daß sich unter dem Kleinpflaster der erheblichen Belastungen ausgesetzten

Fabrikstraße ein fester Untergrund befand, kann die Revision nicht rügen, das Berufungsgericht hätte hierzu gemäß dem Antrag der Beklagten in der Berufungsbegründung noch einen Sachverständigen vernehmen müssen. Das Berufungsgericht stützt seine Feststellung auf die Gutachten der Sachverständigen Bode und Patzold. Einen weiteren Sachverständigen zu vernehmen, hatte es keinen Anlaß.

Zwar stellt das Berufungsgericht nicht fest, daß die Beklagte gerade mit der nach ihrer Behauptung unter dem Kleinpflaster teilweise vorhandenen:gewesenen geschlossenen Decke aus Pflastersteinen habe rechnen müssen. Das ist aber unerheblich. Entscheidend ist, daß jeder Fachmann eine feste Packlage unter dem Kleinpflaster erwarten mußte. Die Beklagte hat nicht dargetan, daß etwa das Entfernen der Pflastersteine mehr Kosten verursacht hat als bei Beseitigung einer festen Packlage entstanden wären.

Auf die von der Revision in der mündlichen Verhandlung angeführten "Zusätzlichen Technischen Vorschriften und Richtlinien für Erdarbeiten im Straßenbau" kann es daneben nicht ankommen. Die Beklagte hat sie in den Vorinstanzen nicht erwähnt. Nach § 561 ZPO kann im Revisionsverfahren darauf nur eingegangen werden, wenn dargelegt war, daß die Parteien sie ihren Vertragsbeziehungen zugrunde gelegt haben und was sich daraus zu ihren Gunsten ergeben soll.

3.) Da die Beklagte für die Aufbrucharbeiten keine besondere Vergütung verlangen kann, hat das Berufungsgericht ihr auch für nach ihrer Behauptung durch die Aufbrucharbeiten bedingte Walzarbeiten die verlangte zusätz-

liche Vergütung versagt. Es sei, so führt es aus, nicht ersichtlich, inwiefern die Beklagte hier eine über das Leistungsverzeichnis hinausgehende Leistung erbracht haben sollte.

Dabei hat das Berufungsgericht nicht, wie die Revision meint, verkannt, daß die Beklagte unter Pos. 6 ihrer Rechnung Nr. 378 g das Abwalzen des Planums und nicht der neuen Packlage berechnet hat. Ein durch das Beseitigen der Betonflächen und der Pflastersteine in der Packlage erforderliches Walzen (Berufungsbegründung S. 9) kann aber die Beklagte, wovon auch die Revision ausgeht, dann nicht besonders vergütet verlangen, wenn sie schon für die Aufbrucharbeiten keine zusätzliche Vergütung zu beanspruchen hat.

II.

Die durch die Nachbesserungsarbeiten der Firma N [REDACTED] entstandenen Kosten (4.568,97 DM) hat das Berufungsgericht der Klägerin zuerkannt.

1.) Die Haftung der Beklagten aus § 13 VOB (B) in Verbindung mit ihrem Angebot vom 27. Juni 1956 würde, so führt es aus, nur dann entfallen, wenn die Mängel auf der Leistungsbeschreibung oder auf einer Anordnung der Klägerin beruhten und die Beklagte die Klägerin über die zu befürchtenden Mängel und ihre Bedenken gegen die vorgesehene Ausführung schriftlich unterrichtet hätte (§ 13, § 4 Ziff. 3 VOB (B)). Diese Voraussetzungen seien nicht gegeben, insbesondere genüge das Schreiben der Beklagten vom 13. September 1956 nicht.

Zu Unrecht wendet sich die Revision gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte habe in diesem Schreiben die bei Ausführung der Straße gemäß Pos. 12 des Leistungsverzeichnisses zu befürchtenden Mängel nicht angegeben.

Die Beklagte hat in ihrem Schreiben gegen die in Pos. 12 ihres Angebots vorgesehene Konstruktion der Fahrbahnfläche "gewisse Bedenken technischer Art" geäußert und entsprechend dem Wunsch der Klägerin eine andere Ausführung vorgeschlagen. Weiter heißt es auf den von der Revision angeführten, nach ihrer Ansicht vom Berufungsgericht nicht beachteten Seiten 5/6 des Schreibens u.a., die nunmehr vorgeschlagene Deckenkonstruktion unterscheide sich von der ausgeschriebenen dadurch, daß sie als hohlraumarm anzusehen sei; es werde dadurch Schotter und Grus gespart; eine Teerbetonbinderlage sei in jedem Fall einzubauen, da die projektierte 2-lagige Decke nur den Ansprüchen einer weniger befahrenen Wohnstraße angemessen sei.

Das Berufungsgericht stellt jedoch mit dem Landgericht auf Grund des Gutachtens Bode fest, daß eine falsche Kornzusammensetzung der Straßendecke, soweit diese der Sonnenbestrahlung besonders ausgesetzt war, nicht die erforderliche Festigkeit gegeben hat. Nach der von den Vorinstanzen übernommenen Ansicht des Sachverständigen hat die Beklagte um mehr als das Dreifache zuviel an Grus auf die feine und ebenfalls um mindestens 10 kg/qm zu dicke Asphaltbetonschicht aufgebracht. Die Folge sei gewesen, daß die Decke gleich anfangs, soweit der Verkehr sie komprimierte, zu dicht wurde und vermutlich ein Teil des Gruses nicht aufgenommen und beiseite geschleudert worden ist. Daß solche

Mängel der Straße auf Grund der Ausschreibung in Pos. 12 des Leistungsverzeichnisses zu erwarten seien, hat die Beklagte im Schreiben vom 13. September 1956 nicht zu erkennen gegeben. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern der aufgetretene Mangel vermieden worden wäre, wenn die Klägerin auf das abweichende spätere Angebot der Beklagten eingegangen wäre. Jedenfalls hat die Beklagte das in den Vorinstanzen nicht dargelegt, und auch die Revision sagt nichts hierzu.

Bei dieser Sachlage hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß, zu der bloßen Behauptung des Beklagten in der Berufungsbegründung (S. 10), die Schäden wären vermieden worden, wenn die Klägerin auf ihr Alternativangebot eingegangen wäre, einen Sachverständigen zu vernehmen.

2.) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht auch ein mitwirkendes Verschulden der Klägerin an der Entstehung der Mängel verneint (§ 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B), § 242 BGB).

a) Das Berufungsgericht stellt fest, die Beklagte habe selbst nicht behauptet, daß die Mängel auf die Leistungsbeschreibung der Klägerin zurückzuführen seien.

Die Revision will eine solche Behauptung der Beklagten darin sehen, daß der Sachverständige Bode die Leistungsbeschreibung der Klägerin als unvollständig bezeichnet habe, daß das Landgericht in seinem Urteil (S. 31) hiervon ausgegangen sei, das Berufungsgericht sich insoweit auf das landgerichtliche Urteil bezogen

habe und angenommen werden müsse, daß sich die Beklagte die ihr günstigen Feststellungen im landgerichtlichen Urteil zu eigen gemacht habe.

Dem kann nicht beigetreten werden.

aa) Aus der von der Revision angeführten Stelle des Gutachtens hat der Sachverständige Bode die Leistungsbeschreibung, soweit es sich um die nicht sichtbare Packlage und die Bewehrung der Betonflächen handelte, als unvollständig bezeichnet. Damit hängen jedoch die später aufgetretenen Mängel, die die Klägerin hat ausbessern lassen, nicht zusammen.

bb) Im Gutachten heißt es allerdings an einer anderen Stelle (S. 5) auch, die Ausschreibung habe hinsichtlich der Herstellung der Schwarzdecke grundsätzliche/technische Mängel enthalten. Der Sachverständige hebt jedoch hervor, die Beklagte hätte sich als Fachunternehmen nicht hieran halten dürfen. Das Landgericht hat in seinem Urteil (S. 31/32) hieraus nichts zugunsten der Beklagten hergeleitet. Es hat in diesem Zusammenhang nur erörtert, ob die Klägerin eine Erweiterung des entstandenen Schadens durch geeignete Maßnahmen hätte vermeiden können. Deshalb ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Beklagte insoweit eine ihr günstige Feststellung des Landgerichts stillschweigend könnte zu eigen gemacht haben.

b) Da nicht dargetan ist, daß die aufgetretenen Mängel bei Befolgung des Alternativangebots der Beklagten nicht entstanden wären, kommt es auch nicht darauf an, ob die Klägerin auf Pos. 12 ihrer Ausschreibung bestanden hat.

c) Das Berufungsgericht verneint ein mitwirkendes Verschulden der Klägerin auch insofern, als die Beklagte sie im Mai 1957 auf die Notwendigkeit besonderer Absperrmaßnahmen zwecks Schadensminderung hingewiesen haben will. Es sei nicht ersichtlich, inwieweit dann die von der Firma N durchgeführten Erneuerungsarbeiten hätten erspart werden können. Die Straßenauflage habe ohnehin entfernt und erneuert werden müssen. Auch hätte die Beklagte durch sofortiges Eingreifen weitere Schäden vermeiden können.

Was die Revision hiergegen vorbringt, greift nicht durch. Da, wie das Berufungsgericht feststellt, die Straßenauflage wegen ihrer Beschaffenheit ohnehin hätte entfernt und erneuert werden müssen, kommt es nicht darauf an, ob die Klägerin von der Beklagten auf die Notwendigkeit, die Straße zwecks Schadensminderung abzusporren, hingewiesen worden ist. Daß eine Nichtbefolgung dieser Aufforderung den Schaden vergrößert habe, müßte, entgegen der Ansicht der Revision, die Beklagte und nicht die Klägerin nachweisen (RGR. Komm. 11. Aufl. Anm. 117 zu § 254 BGB).

III.

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

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Vogt