

BUNDESGERICHTSHOF

89

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 14/69

URTEIL

Verkündet am

29. Oktober 1970

Horn,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Architekten Otto L [REDACTED], B [REDACTED]-
M [REDACTED], K [REDACTED] Straße [REDACTED] a,

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Jako K r [REDACTED], N [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Oktober 1970 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Schmidt und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 22. November 1968 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung von mehr als 36.000 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision trägt der Beklagte zu 4/5; die Entscheidung über das weitere 1/5 wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Beklagte war der Architekt des Klägers beim Bau des Hauses S █████straße █████ in N █████. Er übertrug dem Schreinermeister K █████ die Schreinerarbeiten.

Der Kläger verlangt vom Beklagten 53.900 DM nebst Zinsen Schadensersatz, weil dieser die Rahmen der Fenster zu schwach habe ausführen lassen.

Das Landgericht hat die Klage wegen Verjährung abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht den Beklagten zur Zahlung von 44.198 DM nebst Zinsen verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die volle Abweisung der Klage. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Zum rechtlichen Gehör

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt, ist schon deshalb unbegründet, weil sie nicht darlegt, welche Fragen der Beklagte an den Sachverständigen gestellt haben würde, wenn er an dem Verhandlungstermin vom 18. Oktober 1968 teilgenommen hätte. Ein Verstoß gegen das Gebot des rechtlichen Gehörs zwingt nämlich nur dann zur Aufhebung einer Entscheidung, wenn diese auf dem Verstoß beruhen kann (BGHZ 31, 43, 47 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungs-



gerichts und des Bundesgerichtshofs). Die Verfahrensrüge könnte somit nur dann durchgreifen, wenn der Beklagte durch Befragen des Sachverständigen eine für ihn günstigere Entscheidung hätte erreichen können. Das kann das Revisionsgericht nicht prüfen, weil die Revision nicht darlegt, welche Fragen der Beklagte dem Sachverständigen vorgelegt haben würde.

Die weiteren Verfahrensrügen der Revision, das Berufungsgericht hätte, nachdem es das persönliche Erscheinen der Parteien zur Verhandlung vom 18. Oktober 1968 angeordnet hatte, nicht ohne den Beklagten verhandeln dürfen, sondern die Verhandlung vertagen müssen, hat der Senat geprüft; sie sind ebenfalls unbegründet.

II. Zur Verjährung

Das Berufungsgericht hält die vom Kläger geltend gemachten Schadensersatzansprüche nicht für verjährt.

Es wertet den von den Parteien geschlossenen, alle Architektenleistungen umfassenden Vertrag zutreffend als Werkvertrag (BGHZ 31, 224) und geht demgemäß von der 5-jährigen Verjährungsfrist des § 638 BGB aus, die nach § 640 Abs. 1 BGB mit der Abnahme des Architektenwerks beginnt (BGHZ 32, 206; 37, 341). Zu dem vom Beklagten geschuldeten Architektenwerk rechnet es in Übereinstimmung mit BGH NJW 1964, 647 außer der Planung und der Überwachung der Bauarbeiten auch die Prüfung der Rechnungen und die Feststellung der Rechnungsbeträge sowie der endgültigen Herstellungskosten. Darüber hinaus

entnimmt es dem Urteil des erkennenden Senats in NJW 1967, 2010, daß der Architekt auch die Handwerker zur Beseitigung von Schäden heranzuziehen habe, jedenfalls soweit Mängel auch auf seine eigene fehlerhafte Leistung zurückzuführen seien. Es meint, daß das Architektenwerk erst abgenommen werden könne, wenn der Architekt alle diese Leistungen erbracht habe.

Da die Klage am 9. November 1965 eingereicht worden ist (§ 261 b Abs. 3 ZPO), hat das Berufungsgericht geprüft, welche zu den vorgenannten Architektenaufgaben gehörende Handlungen der Beklagte noch nach dem 9. November 1960 vorgenommen hat. Es stellt fest, daß er am 17. November 1960 auf die restliche Forderung des Dachdeckermeisters Becker von 1.883,27 DM eine Abschlagszahlung von 1.800 DM freigegeben, am 25. November 1960 die Rechnung der Firma S. KG vom 22. November 1960 über 3.515,80 DM und die Schlußrechnung der Estrichfirma Roeder über 687,67 DM erledigt, am 7. Dezember 1960 und 10. Januar 1961 die Rechnungen der Fotoanstalt Wassermé für Lichtpausen über 10,50 DM und 7,60 DM geprüft, schließlich im April 1961 die Höhe der an den Bauunternehmer F. noch zu leistenden Zahlungen geklärt und diesen zur Beseitigung von Mängeln veranlaßt hat.

1. Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß mangels abweichender Vereinbarung die Verjährung von Schadensersatzansprüchen gegen den Beklagten erst mit der Abnahme des Architektenwerks begonnen hat (§ 640 Abs. 1 BGB) und daß die Parteien nicht etwa, wie dies in Formularverträgen häufig geschieht, auf die Beendigung der Tätigkeit des Architekten abgestellt haben

(vgl. BGH NJW 1967, 2010). Es steht aber mit Recht auf dem Standpunkt, daß die Abnahme grundsätzlich die Vollendung des Architektenwerks voraussetzt (BGH NJW 1964, 647).

2. Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Beklagte habe die Prüfung der Rechnungen sowie die Feststellung der Rechnungsbeträge und der endgültigen Höhe der Herstellungskosten, die ihm nach § 19, 1 g GOA oblagen, am 9. November 1960 noch nicht abgeschlossen gehabt, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die erst später geprüften und zur Zahlung angewiesenen Rechnungen ergeben jedenfalls zusammen einen nicht unerheblichen Betrag, zu dem das Berufungsgericht auch die unter Mitwirkung des Beklagten geklärte Restforderung des Bauunternehmers F. [REDACTED] hinzurechnen konnte. Der Beklagte hat nichts dafür vorgetragen, woraus zu schließen wäre, daß der Kläger schon vor der Erledigung dieser Rechnungen den Architektenvertrag als im wesentlichen erfüllt anerkannt und damit das Architektenwerk abgenommen hätte. Im Zweifel ist das nicht anzunehmen. Daß das Haus seit Monaten fertiggestellt war und der Kläger den Beklagten zur Beendigung der Arbeit gedrängt hat, rechtfertigt nicht die Ansicht der Revision, der Kläger habe die Leistungen des Beklagten als vor dem 9. November 1960 erbracht angesehen. Das von der Revision angeführte Schreiben des Klägers vom 19. Oktober 1960 spricht eher für das Gegenteil.

3. Das Berufungsgericht hält es für bedeutungslos, ob die Rechnungen des Dachdeckers B. [REDACTED] und der Estrichfirma Roeder bereits in der für das Bauverwaltungsamt bestimmten Endabrechnung vom 21. Oktober 1960 aufgeführt sind. Darin liegt kein Rechtsfehler. Wenn auch diese

Rechnungen schon früher ausgestellt und in der Endabrechnung für das Bauverwaltungsamt enthalten waren, so hat der Beklagte doch auf beide Rechnungen noch nach dem 9. November 1960 Zahlungen angewiesen. Nicht geprüft hatte er bis dahin jedenfalls die 14 Positionen enthaltende Rechnung der S. [REDACTED] KG vom 22. November 1960 über 3.515,80 DM. Das Berufungsgericht mußte dieser Rechnung nicht, wie die Revision es will, als "Nachzügler" im Rahmen der Rechnungsprüfung keine Bedeutung beimessen. Das gilt auch für die beiden, wenn auch den Beträgen nach unbedeutenden, Rechnungen für Lichtpausen vom 30. November 1960 und 28. Februar 1961. Der Beklagte hat demnach nach dem 9. November 1960 noch echte Vertragsleistungen erbracht, und vorher ist eine Abnahme nicht erfolgt.

4. Bei dieser Sachlage kommt es nicht mehr darauf an, ob auch noch die Durchsetzung von Mängelbeseitigungsansprüchen gegen den Bauunternehmer F. [REDACTED] im April 1961 zu dem geschuldeten Architektenwerk gehörte. Auch wenn der Beklagte hierzu verpflichtet war, insbesondere weil er zur Entstehung der Mängel durch Planungsfehler oder ungenügende Beaufsichtigung der Bauarbeiten beigetragen hatte (BGH NJW 1967, 2011), wäre es durchaus denkbar, daß der Kläger das mit der Rechnungsprüfung und der Feststellung der Herstellungskosten vollendete Architektenwerk schon vorher abgenommen hat, etwa weil die Mängel erst später erkannt wurden.

Falls der Kläger bis dahin das Architektenwerk noch nicht abgenommen hatte, könnte die Mitwirkung des Beklagten bei der Abstellung von Baumängeln allerdings noch zur Vertragserfüllung, also zum Architektenwerk

gehört haben (BGH NJW 1967, 2011). Hatte der Beklagte jedoch die Prüfung der Rechnungen und die Feststellung der Herstellungskosten bereits vorher fertiggestellt und der Kläger, weil er etwa die später von dem Bauunternehmer beseitigten Mängel damals noch nicht erkannt und er deshalb das Architektenwerk - wenn auch erst nach dem 9. November 1960 - abgenommen hatte, so käme allerdings, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, der späteren Mitwirkung des Beklagten bei der Behebung der Mängel für den Zeitpunkt der Abnahme keine Bedeutung zu. Zu solcher Tätigkeit ist der Architekt nach Treu und Glauben in Nachwirkung des Vertrags auch noch nach der Abnahme verpflichtet.

III. Der Schadensersatzanspruch

1. Das Berufungsgericht leitet die Schadensersatzpflicht des Beklagten daraus her, daß die Rahmenhölzer der Fenster zu schwach ausgeführt sind. Bei Winddruck kommt es zu Spannungen zwischen Flügelrahmen und Glasscheiben. Infolgedessen reißt das Kittbett und es dringt Wasser in das Holz, das quillt und sich verwirft.

Diese Mängel beruhen nach Ansicht des Berufungsgerichts auf einer "objektiven Pflichtverletzung" des Beklagten (§ 35 BGB). In der von ihm entworfenen Ausführungszeichnung sei die Stärke der Fensterflügel mit 36 mm angegeben. Diese habe aber - außer bei den Fenstern des Typs "A" - für die Fenstergröße keineswegs ausgereicht. Der Beklagte habe seine Pflichten aber auch dadurch verletzt, daß er die Ausgestaltung der Fenster dem Schreinermeister Küppers überlassen habe.

Als Architekt habe er für die notwendige Stärke des Fensterrahmens sorgen müssen. Wenn er selbst nicht die dafür erforderlichen Kenntnisse besessen habe, hätte er sich erkundigen müssen.

Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Daß der Beklagte in der Ausführungszeichnung die Holzstärke mit 36 mm angegeben hat, zieht sie nicht in Zweifel. Der Planungsfehler des Beklagten steht somit fest. Daß der Beklagte in den Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis dem Schreiner zusätzlich die Prüfung der Holzstärke übertrug, steht dem nicht entgegen. Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß der Architekt mit einer solchen Klausel die ihn treffende Verantwortung nicht abwälzen konnte.

2. Die Behauptung, der Kläger habe wegen der höheren Kosten stärkere Holzrahmen abgelehnt, entlastet den Beklagten nach Ansicht des Berufungsgerichts u.a. deshalb nicht, weil er nicht auf die Folgen zu schwacher Holzrahmen hingewiesen, die Verantwortung hierfür nicht abgelehnt und sich von einer Haftung nicht ausdrücklich freigezeichnet habe.

Ob letzteres erforderlich war, kann dahinstehen. Dem Berufungsgericht ist jedenfalls beizupflichten, daß der Beklagte eine eindeutige Belehrung des Klägers über die Folgen zu schwacher Holzrahmen nicht behauptet hat. Seinem Vortrag im Schriftsatz vom 24. Mai 1968 (S. 6) ist eine solche Belehrung nicht zu entnehmen. Deshalb brauchte das Berufungsgericht die in diesem Zusammenhang benannten Zeugen nicht zu vernehmen. Es ist auch rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungs-

gericht mangels eines klaren Hinweises des Beklagten auf die Folgen zu dünner Rahmen ein Mitverschulden des Klägers insoweit verneint hat. Auf die weiter von der Revision angegriffene Begründung des Berufungsgerichts, K[REDACTED] habe nach dem mit ihm geschlossenen Vertrag für das notwendige stärkere Holz keinen höheren Preis verlangen dürfen, kommt es daneben hier nicht an.

3. Eine mögliche Haftung des Schreinermeisters K[REDACTED] wegen der zu schwachen Fensterrahmen hat, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, auf die Haftung des Beklagten keinen Einfluß, weil beide dem Kläger als Gesamtschuldner schadensersatzpflichtig sind (BGHZ 43, 227) und es deshalb dem Kläger freigestanden hat, an wen er sich halten wollte. Die von der Revision angeführte Entscheidung des erkennenden Senats in NJW 1962, 1499 (vgl. auch BGHZ 39, 261), wonach der Bauherr gegenüber dem Architekten gegen seine Schadensminderungspflicht aus § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB verstoßen kann, wenn er von diesem gemäß § 635 BGB Schadensersatz verlangt, ohne zuvor gegen den Unternehmer einen außer Zweifel stehenden, Erfolg versprechenden Nachbesserungsanspruch (§ 634 Abs. 2 BGB) geltend gemacht zu haben, ist durch die Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen in BGHZ 43, 227, 231 überholt. Ihr lag noch die Ansicht zugrunde, daß der Architekt und der Unternehmer nicht als Gesamtschuldner hafteten und dem Architekten im Falle der Inanspruchnahme durch den Bauherrn kein Ausgleichsanspruch gemäß § 426 BGB zustehe. Im übrigen hat der Beklagte auch nichts dafür vorgetragen, daß ein Nachbesserungsverlangen des Klägers gegenüber dem Schreinermeister K[REDACTED] ohne weiteres Erfolg versprochen hätte.

4. Die Revision meint, an den verklagten Architekten dürfe sich der Kläger nach Treu und Glauben nicht halten, weil er seine Gewährleistungsansprüche gegen den Schreinermeister K[REDACTED] habe verjähren lassen; damit habe der Beklagte auch keinen Ausgleichsanspruch mehr gegen K[REDACTED]. Das trifft nicht zu. Der Ausgleichsanspruch aus § 426 BGB ist selbständig und unterliegt der 30jährigen Verjährung (RGR Kom. 11. Aufl. § 426 Anm. 6 mit Hinweis auf die ständige Rechtsprechung; vgl. auch BGH in VersR 1969, 1039).

5. Das Berufungsgericht hat im Wege der Vorteilsausgleichung von dem Sachverständigen mit 53.900 DM ermittelten Schadensbetrag 10 % abgesetzt, weil der Kläger die Fenster bereits mehr als 8 Jahre benutzt hat und die neuen Fenster eine entsprechend längere Lebensdauer haben werden. Weitere 8 % hat es für ersparten Pflegeanstrich der Fenster abgezogen.

a) Einen weiteren Abzug dafür, daß der Kläger nunmehr stärkere Fensterrahmen erhält, erachtet es nicht für gerechtfertigt, weil der Fehler der Fensterrahmen und der Grund für die Erneuerung gerade darin bestehe, daß die Rahmen zu schwach sind und Rahmen von der erforderlichen Stärke sofort hätten eingebaut werden müssen.

Die Rüge der Revision, der Kläger müsse sich den Betrag anrechnen lassen, den er damals für stärkere Fensterrahmen hätte aufwenden müssen, ist begründet. Es liegt auf der Hand, daß K[REDACTED] oder ein anderer Schreiner für stabilere als die vom Beklagten vorgesehenen 36 mm starken Holzrahmen höhere Preise verlangt

hätte. Daß die vereinbarten Preise nach dem Leistungsverzeichnis bindend sein sollten (BU S. 18), ist unerheblich, weil K [REDACTED] teurerer angeboten hätte.

b) Mit Recht verlangt die Revision einen Abzug auch dafür, daß - wovon das Berufungsgericht (BU S. 22) ausgeht - die Glaserarbeiten Mängel aufweisen, die ebenfalls zur Entstehung des Schadens beigetragen haben. Denn bei der Erneuerung der Fenster soll der Kläger einwandfrei verglaste Fenster erhalten, wobei teils neue, teils die alten Scheiben verwendet werden (Gutachten W [REDACTED] vom 6. Februar 1968 (S. 11) und vom 16. März 1968 (S. 3)).

c) Der Beklagte hat im Schriftsatz vom 24. Mai 1968 (S. 8) insgesamt als Ausgleich aller Vorteile, die der Kläger durch eine Erneuerung der Fenster erhält, einen Abzug von einem Drittel der Erneuerungskosten verlangt. Demnach ist es gerechtfertigt, das Urteil in Höhe von $\frac{2}{3}$ von 53.900 DM, also (abgerundet) 36.000 DM nebst Zinsen aufrecht zu erhalten, es wegen des darüber hinausgehenden Betrags aber aufzuheben und die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Damit bleibt dem Berufungsgericht ausreichend Spielraum, um die angemessene Höhe des weiter erforderlichen Vorteilsausgleichs zu ermitteln (§ 287 ZPO).

Die weitergehende Revision ist zurückzuweisen.

$\frac{4}{5}$ der Kosten der Revision sind gemäß §§ 97, 92 ZPO dem Beklagten schon jetzt aufzuerlegen; die

Entscheidung über das weitere 1/5 ist dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Schmidt

Girisch