

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2225 087

Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B § 13 Nr. 7

Auch bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft kann Schadensersatz gem. § 13 Nr. 7 VOB Teil B nur verlangt werden, wenn ein Verschulden des Auftragnehmers sowie ein wesentlicher Mangel, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt, vorliegen.

BGH, Urt. v. 24. Mai 1962 - VII ZR 23/61 - OLG Köln
LG Bonn

Verkündet

am 24. Mai 1962

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1) des Schreinermeisters Heinrich S [REDACTED], B [REDACTED], St [REDACTED]
burgstraße [REDACTED]

Beklagten, Widerklägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

2) des Architekten Ernst van D [REDACTED], B [REDACTED], Ba [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Arzt Dr. med. Helmut M [REDACTED], B [REDACTED], Am H [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 24. Mai 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Rietschel, Dr. Heimann-Trosien, Erbel und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Beklagten wird das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom
8. Dezember 1960 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben,
als zum Nachteil der Beklagten entschieden worden
ist.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung,
auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das
Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ließ im Jahre 1956 auf seinem Grundstück in Bonn Am H [REDACTED] ein Wohnhaus errichten. Der Beklagte van D [REDACTED] (Bekl. zu 2) war für ihn als Architekt tätig; ihm oblag u.a. die Bauaufsicht.

Der Beklagte S [REDACTED] (Bekl. zu 1) stellte die Türen und Fenster des Hauses her. Als Material war zunächst Fichtenholz vorgesehen. Mit Rücksicht auf die Größe der Fenster riet der Beklagte van D [REDACTED] jedoch zu Teakholz, das wesentlich widerstandsfähiger sei als Fichtenholz. Dabei wies er darauf hin, daß er mit Teakholz die besten Erfahrungen gemacht habe. Der Kläger war damit einverstanden. Die Preise der betreffenden Positionen wurden von Schäfer entsprechend erhöht. Am 6. November 1956 leistete ihm der Kläger eine Abschlagszahlung in Höhe von 10.000 DM. Die Endabrechnung ergab eine von dem Beklagten van D [REDACTED] als "sachlich, fachtechnisch und rechnerisch richtig" festgestellte Endforderung des Beklagten S [REDACTED] von 13.652,51 DM.

Einige Monate, nachdem der Kläger das Haus bezogen hatte, stellte er Mängel am Holzwerk fest. Eine Überprüfung ergab, daß für die in Teakholz auszuführenden Arbeiten Tola branca verwendet worden war. Im August 1957 teilte der Kläger dies dem Beklagten van D [REDACTED] mit. Auf dessen Vorschlag erklärte sich Schäfer mit Schreiben vom 3. Dezember 1957 dem Kläger gegenüber bereit, für die Holzarbeiten eine Garantie von 5 Jahren zu übernehmen. In der Folgezeit wies jedoch der Kläger den Beklagten gegenüber darauf hin, daß Tola branca als Material für die Türen und Fenster ungeeignet sei. Er verlangte die Auswechslung der in Tola branca ausgeführten Rahmen gegen solche aus Teakholz. Da der Beklagte S [REDACTED] dem nicht nachkam, hat der Kläger Klage er-



hoben mit dem Antrag, ihn zur Lieferung vertragsmäßiger Fenster und Türen (gemäß dem Leistungsverzeichnis), hilfsweise zur Zahlung von 10.000 DM zu verurteilen und ferner festzustellen, daß der Beklagte van D. verpflichtet sei, dem Kläger die Schäden zu ersetzen, die aus der Verwendung nicht vertragsmäßigen Holzes entstanden seien und noch entstehen würden, einschließlich der mit der Umwechslung der Holzarbeiten entstehenden Schäden.

Die Beklagten haben Abweisung der Klage beantragt. Der Beklagte S. hat außerdem Widerklage erhoben mit dem Antrag auf Zahlung restlichen Werklohns von 3.708,23 DM.

Beide Beklagte haben vorgetragen, sie hätten das von dem Kläger ausgesuchte Muster für Teakholz gehalten. Da die Unterscheidung dieser ausländischen Holzarten nur einem besonders erfahrenen Fachmann möglich sei, treffe sie kein Verschulden an dem Irrtum. Der Kläger habe durch den Einzug in das Haus das Werk abgenommen. Der von ihm erhobene Anspruch auf "Lieferung" stehe ihm daher nicht mehr zu, denn damit verlange er im Ergebnis nichts anderes als eine nochmalige Erfüllung des Vertrags. Im übrigen sei Tola branca auch dem Teakholz gleichwertig.

Das Landgericht hat unter Abweisung des Hauptantrags und des Mehranspruchs den Beklagten S. zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 5.756,57 DM Zug um Zug gegen Rückgewähr der eingebauten Gegenstände verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Der Feststellungsklage gegen den Beklagten van D. hat es stattgegeben.

Auf die Berufung des Klägers wurde dessen Zug-um Zug-Leistung beseitigt; im übrigen wurden diese Berufung und ebenso die Berufungen der beiden Beklagten zurückgewiesen.

Der Kläger hat hiergegen kein Rechtsmittel mehr eingelegt. Dagegen erstreben die Beklagten mit ihren Revisionen die volle Abweisung der Klage, der Beklagte S[REDACTED] auch die Verurteilung des Klägers nach der Widerklage.

Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revisionen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision des Beklagten S[REDACTED]

1) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß der Kläger durch den Einzug in das Haus das Werk abgenommen habe und deshalb nicht mehr Erfüllung, sondern nur noch Mängelhaftungsansprüche geltend machen könne. Diese stünden ihm in der Tat zu, da dem vom Beklagten S[REDACTED] gelieferten Werk eine zugesicherte Eigenschaft fehle; denn er habe Tola branca statt, wie vereinbart, Teakholz verwendet. Dieser Mangel sei wesentlich und beeinträchtige die Gebrauchsfähigkeit erheblich, weil Tola branca eine geringere Widerstandsfähigkeit gegen Witterungseinflüsse aufweise als Teakholz. Der in erster Linie erhobene Anspruch auf Lieferung vertragsmäßiger Fenster und Türen stehe dem Kläger allerdings nicht mehr zu, da der Beklagte Schäfer diesen Erfolg nicht durch Nachbesserung, sondern nur durch völlige Neuherstellung des Werkes erreichen könne; hierzu sei er nach Abnahme des Werks nicht mehr verpflichtet.

Das Berufungsgericht erkennt jedoch dem Kläger gemäß § 13 Ziff. 7 VOB Teil B einen Schadensersatzanspruch in Geld zu. Den Schaden sieht es im gegenwärtigen Zeitpunkt jedenfalls in dem auf den bemängelten Teil des Werks entfallenden Werklohn von 9.388,88 DM, so daß sich nach Abzug vom Kläger

anderweit geschuldeter 3.632,51 DM noch ein Zahlungsanspruch von 5.756,37 DM ergebe. Die auf Zahlung des noch nicht geleisteten Werklohns gerichtete Widerklage hat das Berufungsgericht abgewiesen.

2) Die Revision des Beklagten Schäfer ist im Ergebnis begründet.

a) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß der Beklagte dadurch, daß er statt-Teakholz Tola branca verwendet hat, zwar keine völlig andere als die vertragsmäßige Leistung (kein "aliud") erbracht habe. Wohl aber sei das Werk mangelhaft.

Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Insbesondere ist die Annahme, daß dem Werk eine zugesicherte Eigenschaft fehlte, frei von Rechtsirrtum.

Der Beklagte meint zwar, er habe seine Vertragspflicht erfüllt, weil er Holz nach dem von dem Kläger ausgewählten Muster als Material verwendet habe. Dieses Muster war allerdings Tola branca. Das Berufungsgericht stellt aber ohne Rechtsfehler fest, daß die Auswahl durch den selbst nicht fachkundigen Kläger sich auf die Wahl der Farbe beschränkte und daß die Parteien sich nach wie vor darüber einig waren, daß Teakholz verwendet werden sollte.

b) Trotzdem steht dem Kläger ein Erfüllungsanspruch nicht mehr zu, weil er das Werk schon abgenommen hat (BGHZ 26, 337, 340). Die Abnahme der mangelhaften Leistung des Beklagten durch den Kläger ist, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, gemäß § 12 Ziff. 5 der zwischen den Parteien vereinbarten VOB Teil B erfolgt, denn der Kläger ist in das Haus

eingezogen, hat es damit in Benutzung genommen und hat die Leistung des Beklagten nicht innerhalb von 6 Werktagen nach dem Einzug beanstandet. Dem Kläger stehen daher gegen den Beklagten Schäfer nur die sich aus § 13 VOB Teil B ergebenden Gewährleistungsansprüche zu.

c) Einen Mängelbeseitigungsanspruch durch Nachbesserung (§ 13 Ziff. 5 VOB Teil B) hat der Kläger nicht erhoben; er kann ihn auch den Feststellungen des Berufungsgerichts zufolge nicht geltend machen. Eine Nachbesserung - die voraussetzt, daß das abgelieferte Werk in der Hauptsache bestehen bleibt - ist hier nach der Sachlage ausgeschlossen. Der Beklagte könnte, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, eine Mängelbeseitigung nur durch völlige Neuherstellung des Werks erbringen; diese kann der Kläger aber nach der Abnahme eben nicht mehr verlangen (BGH aaO).

d) In Frage kommt hier daher der vom Kläger hilfsweise geltend gemachte Schadensersatzanspruch gem. § 13 Ziff. 7 VOB Teil B.

aa) Dieser Anspruch setzt einmal voraus, daß den Auftragnehmer an dem Mangel ein Verschulden trifft.

Das hat das Berufungsgericht für den Beklagten S. [REDACTED] ohne Rechtsfehler bejaht. Der Beklagte ist Fachmann und hat, wie er selbst nicht bestreitet, schon mit Teakholz gearbeitet. Deshalb hatte der Beklagte van D. [REDACTED] gerade auch den Beklagten S. [REDACTED] dem Kläger für die Anfertigung der Holzarbeiten empfohlen. Der Kläger mußte sich deshalb auch darauf verlassen können, daß das Holz sachkundig ausgewählt würde. Die Einwendung des Beklagten, es könne ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden, daß er die seltenen ausländischen Holzarten

nicht unterscheiden könne, liegt neben der Sache. Denn wenn dem so wäre, dürfte er sich die erforderliche eigene Kenntnis nicht zutrauen und wäre verpflichtet gewesen, sich sachverständig beraten zu lassen.

bb) Des weiteren muß ein wesentlicher Mangel vorliegen. Auch das hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler bejaht. Die Verwendung einer anderen als der vereinbarten Holzart wird man, selbst wenn es sich nicht um eine besonders zugesicherte Eigenschaft handeln sollte, in der Regel als einen wesentlichen Mangel bezeichnen können. Ein anderes könnte gelten, wenn sich die beiden Holzarten so unwesentlich voneinander unterschieden, daß die Verwendung von Tola branca statt von Teakholz überhaupt keine Rolle spielte. Für diese Annahme bestehen aber keine Anhaltspunkte. Das hat auch der Beklagte selbst nicht behauptet.

cc) Es muß aber nach § 13 Ziff. 7 VOB Teil B - anders als nach der Regelung des BGB - hinzukommen, daß der Mangel die Gebrauchsfähigkeit des Werks erheblich beeinträchtigt. Das hat das Berufungsgericht auf Grund der von dem Kläger vorgelegten Gutachten des Staatlichen Holztechnikums in Rosenheim und der Landesforschungsanstalt für Forst- und Holzwirtschaft in Reinbeck bei Hamburg sowie auf Grund einer Auskunft des Regierungsbauamtmanns L. [REDACTED] auch festgestellt. Der Beklagte rügt hierzu, das Berufungsgericht habe es unterlassen, den von ihm beantragten Sachverständigenbeweis zu erheben; es hätte sich nicht mit den vom Kläger vorgelegten Privatgutachten und -auskünften begnügen dürfen.

Diese Rüge ist begründet. Die Gutachten und Äußerungen, auf die das Berufungsgericht seine Überzeugung stützt, sind vom Kläger vorgelegte Privatgutachten. Solche können in der

Regel die Vernehmung eines gerichtlichen Sachverständigen, die von der Gegenpartei beantragt wird, nicht ersetzen. Ob für Gutachten von Fachbehörden möglicherweise etwas anderes gelten kann (so RG in Gruchot 67, 82; a.A. aber u.a. Wieczorek ZPO § 402 Anm. B IV a), mag zweifelhaft sein. Doch kann das auf sich beruhen. Denn die von dem Kläger beigebrachte schriftliche Äußerung des Regierungsbauamtmanns L. [REDACTED] ist jedenfalls kein Gutachten einer Fachbehörde, sondern eine private Auskunft, die die Vernehmung eines gerichtlichen Sachverständigen auf keinen Fall ersetzen konnte. Das Berufungsgericht hat seine Feststellung auch ersichtlich auf diese Äußerung mit abgestellt. Es hätte daher den Beweisanspruch des Beklagten nicht übergehen dürfen.

dd) Die Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch des Klägers, daß der Mangel die Gebrauchsfähigkeit des Werks erheblich beeinträchtigt, entfällt nicht deshalb, weil dem Werk eine zugesicherte Eigenschaft fehlt. Dieser Umstand kann zwar dazu führen, daß der Unternehmer nicht bloß den Schaden am Bauwerk, sondern auch einen darüber hinausgehenden Schaden zu ersetzen hat (§ 13 Ziff. 7 Abs. 2 VOB Teil B). Daraus kann aber nicht der Schluß gezogen werden, daß, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, die übrigen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs entfallen könnten. Auch beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft ist nach der VOB ein Schadensersatzanspruch somit nur dann gegeben, wenn ein Verschulden des Auftragnehmers vorliegt, der Mangel wesentlich ist und schließlich die Gebrauchsfähigkeit des Werks dadurch erheblich beeinträchtigt wird (so auch Hereth/Ludwig/Maschold VOB Teil B § 13 Anm. 281).

e) Dies hat das Berufungsgericht zwar nicht verkannt. Seine dazu getroffenen Feststellungen beruhen jedoch auf Prozeß-

verstoß. Das angefochtene Urteil kann deshalb, soweit der Beklagte S. [REDACTED] zur Leistung von Schadensersatz verurteilt und seine Widerklage abgewiesen worden ist, nicht aufrecht-erhalten werden.

f) Das Urteil muß aber insoweit auch noch aus einem anderen Grunde aufgehoben werden:

Der Beklagte S. [REDACTED] hatte im Schriftsatz vom 8. März 1960 S. 7 vorgetragen, der Kläger habe erklärt, daß er die Angelegenheit als erledigt betrachte, wenn S. [REDACTED] die Garantiefrist verlängere. Dies hat S. [REDACTED] auch mit Schreiben vom 3. Dezember 1957 getan.

Diesen Vortrag und den damit verbundenen Antrag des Beklagten auf Parteivernehmung hätte das Berufungsgericht nicht übergehen dürfen; denn es würde sich - die Richtigkeit der Behauptung des Beklagten unterstellt - daraus möglicherweise ein Verzicht des Klägers ergeben, schon wegen der Verwendung von Tola branca als solcher Ansprüche gegen den Beklagten Schäfer zu stellen. Der Hinweis des Klägers in seiner Revisionserwiderung, durch die Verlängerung der Garantiefrist seien Mängelhaftungsansprüche nicht ausgeschlossen, liegt neben der Sache. Das bestreitet auch der Beklagte nicht; wohl aber sollten nach der vom Beklagten behaupteten Vereinbarung Mängelhaftungsansprüche, die sich allein schon aus der Verwendung eines anderen Holzes ergeben, damit erledigt sein. Innerhalb dieser Frist aufgetretene Fehler anderer Art (z.B. Rißbildungen u. dgl.), für die die Haftung erhalten bleiben würde, sind bisher nicht festgestellt.

Auch die Ansicht des Klägers, der als "Parteivernehmung" bezeichnete Beweisantrag des Beklagten sei ungenügend, weil daraus nicht ersichtlich sei, welche Partei vernommen werden solle, ist nicht begründet. Im Zweifel ist ein solcher

Antrag dahin zu verstehen, daß die Gegenpartei (hier der Kläger) vernommen werden solle; das entspricht der Regel des § 445 ZPO; die Vernehmung der beweispflichtigen Partei (§§ 447, 448 ZPO) ist die Ausnahme.

II. Die Revision des Beklagten van Dorp.

Das Berufungsgericht bejaht eine Schadensersatzpflicht des Beklagten van D. gemäß § 635 BGB, weil er für die Verwendung des falschen Holzes ebenfalls verantwortlich sei. Das Urteil kann auch insoweit nicht aufrechterhalten werden.

1) Zutreffend nimmt zwar das Berufungsgericht eine schuld-
hafte Verletzung der Vertragspflicht des Beklagten van D. an. Wieweit von einem Architekten spezielle Fachkenntnisse verlangt werden können, ist Tatfrage. Es kann dahingestellt bleiben, ob ganz allgemein von einem Architekten verlangt werden kann, daß er in der Lage ist, Teakholz von Tola branca zu unterscheiden. Unter den gegebenen Umständen ist es aber jedenfalls nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht dem Beklagten vorwirft, daß er die Verwendung einer anderen als der vertraglich vereinbarten Holzart nicht bemerkt und nicht rechtzeitig für Abhilfe gesorgt hat. Denn der Beklagte van D. hat, wie er selbst nicht bestreitet, dem Kläger unter Hinweis auf seine eigenen Erfahrungen ausdrücklich die Verwendung von Teakholz empfohlen. Dann mußte der Kläger aber auch darauf vertrauen können, daß das richtige Holz verwendet wurde, und der Beklagte van D. hätte sich deshalb auch nicht allein auf die angeblichen Fachkenntnisse des Beklagten S. verlassen dürfen, sich vielmehr selbst um die Auswahl des richtigen Holzes kümmern müssen. Fehlten

ihm hierzu die erforderlichen Kenntnisse, dann hätte er sich ebenso wie der Beklagte S. durch einen Sachverständigen beraten lassen können und müssen. Jedenfalls kann dem Berufungsgericht nicht entgegengetreten werden, wenn es den beklagten Architekten, der dem Kläger selbst zur Verwendung von Teakholz riet, nicht mit der Entschuldigung hört, er habe solches Holz von anderen Hölzern nicht unterscheiden können.

2) Zu Unrecht meint der Beklagte van D., daß er neben dem Beklagten S. höchstens subsidiär hafte. Eine solche subsidiäre Haftung ist im Gesetz nicht vorgesehen. Daß sie vertraglich vereinbart worden sei, hat der Beklagte nicht behauptet.

3) Daß die Verwendung einer anderen als der vereinbarten Holzart auch ein Mangel der Architektenleistung ist, konnte das Berufungsgericht unbedenklich annehmen.

Anders als bei dem Beklagten S. unterliegt die Haftung des Architekten nicht den Einschränkungen nach § 13 Ziff. VOB Teil B, da dem Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und van D. die Bestimmungen der VOB nicht zugrundegelegt worden sind. Maßgebend sind deshalb hierfür die Vorschriften der §§ 633 ff BGB. Es ist also für die Haftung des Beklagten van D. auf Schadensersatz (§ 635 BGB) nicht die Feststellung erforderlich, daß der Mangel wesentlich ist und die Gebrauchsfähigkeit des Werks erheblich beeinträchtigt.

4) Gleichwohl muß das Urteil, auch soweit es gegen den Beklagten van D. ergangen ist, aus einem anderen Grunde aufgehoben werden.

Falls nämlich - was noch festzustellen ist - der Kläger gegenüber dem Beklagten S. auf seine Schadensersatzansprüche wegen der Verwendung von Tola branca verzichtet haben sollte, wäre es denkbar, daß dieser Verzicht sich auch auf den Anspruch gegen den Architekten erstreckt. Diese An-

nahme liegt umso näher, weil nach den Feststellungen im Tatbestand des Berufungsurteils S. [REDACTED] sich auf Veranlassung von D. [REDACTED] zu einer Verlängerung der Garantiefrist bereit erklärt hat.

III.

Das angefochtene Urteil ist deshalb im Kostenpunkt und, soweit es zum Nachteil der beiden Beklagten ergangen ist, aufzuheben und die Sache in diesem Umfang zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.

Glanzmann Rietschel Heimann-Trosien Erbel Meyer