

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 25/67

URTEIL

Verkündet am

24. April 1969

Horn,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Friedrich K [REDACTED], H[REDACTED], Emil von B[REDACTED]
Str. [REDACTED],
2. der Frau Lisl S [REDACTED], N[REDACTED]-A[REDACTED], N[REDACTED]
Straße [REDACTED],

Beklagter, Berufungskläger
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Eisstadion O[REDACTED] GmbH, vertreten durch die
Geschäftsführer Dr. Paul D[REDACTED] und Fritz G[REDACTED], O[REDACTED]-
[REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. April 1969 unter Mitwirkung der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Oberlandesgerichts München, 14. Zivilsenat in Augsburg, vom 20. Oktober 1966 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagten betrieben früher gemeinsam ein Unternehmen für "Dachisolierungen. Spezialisolierungen". Mit Schreiben vom 29. Juli 1963 machten sie der Klägerin das Angebot, eine Teilfläche des Daches des Eisstadions in O [REDACTED] durch bestimmte Maßnahmen und Verwendung bestimmter Dichtungsmittel schmelzwasserdicht zu isolieren. Die Klägerin beauftragte die Beklagten mündlich, diese Arbeiten auszuführen; die Beklagten garantierten dabei, daß sie das Dach schmelzwasserdicht herrichten würden.

Die Beklagten brachten gemäß ihrem Angebot eine Isolierschicht auf dem aus Welleternitplatten bestehenden Dach auf. Sie berechneten und erhielten für ihre Arbeiten 18.952,40 DM.

- 3 -

Schon Anfang 1964 zeigte sich, daß das Dach nicht schmelzwasserdicht war. Die Klägerin forderte die Beklagten mehrfach unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung auf. Diese gaben zu, daß der Zweck der Isolierung, die Dichtung gegen Schmelzwasser, nicht erreicht worden sei, beseitigten aber die Mängel nicht.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, sich mit der Wandelung des Werkvertrags einverstanden zu erklären und den Werklohn von 18.952,40 DM nebst Zinsen zurückzuzahlen.

Die Beklagten machen u.a. geltend, der Klägerin stünden Ansprüche deshalb nicht zu, weil die Eternitplatten feucht gewesen seien, was nicht erkennbar gewesen sei, und die Isolierschicht daher nicht auf den Platten gehaftet habe.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Im zweiten Rechtszug hat die Klägerin den Antrag, die Beklagten zur Erklärung des Einverständnisses mit der Wandelung zu verurteilen, zurückgenommen. Das Oberlandesgericht hat die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 18.952,40 DM nebst Zinsen bestätigt.

Mit der Revision erstreben die Beklagten die Abweisung der Klage. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

I.

Im zweiten Rechtszug war streitig gewesen, ob die Parteien vereinbart haben, daß für ihren Vertrag die VOB gelten solle. In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht haben die Beklagten laut Protokoll vom 6. Oktober 1966 erklärt, sie könnten nicht beweisen, daß die VOB dem Auftrag zugrunde gelegt worden sei. Das Berufungsgericht hat daher den Streit zu Recht nach den Vorschriften des BGB über den Werkvertrag beurteilt. Auch die Revisionsbegründung geht davon aus, daß diese Vorschriften maßgebend sind.

II.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts sind die Beklagten zur Minderung (§ 634 BGB) berechtigt.

Die Revision macht geltend, der Klägerin ständen überhaupt keine Gewährleistungsansprüche zu, weil die Mängel am Dach nicht aus dem Bereich der Beklagten herührten. Der Werkunternehmer hafte nach der Rechtsprechung nicht, wenn der Werksmangel auf die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers, eines vom Besteller gelieferten oder zur Verfügung gestellten Stoffes oder auf Anweisungen des Bestellers zurückzuführen sei. Hier liege es an der Feuchtigkeit der Welleternitplatten, daß die Isolierschicht nicht gehaftet habe. Das Berufungsgericht habe zwar angeführt, daß die Beklagten eine Prüfungs- und Aufklärungspflicht gehabt und das Eternitdach darauf hätten untersuchen müssen, ob sie bei seinem

Zustand durch Auftragen des Dichtungsmittels eine völlige Wasserdichtigkeit erreichen konnten. Hierbei habe das Berufungsgericht aber ihr Beweisangebot dafür übergangen, daß die Feuchtigkeit nicht erkennbar gewesen sei. Treffe letzteres zu, so würden die Beklagten mangels Verschuldens nicht haften.

Dieses Vorbringen kann keinen Erfolg haben. Auf die Rechtsprechung zu den Fällen, in denen der Werksmangel auf eine mangelhafte Vorleistung eines anderen Unternehmers oder die Beschaffenheit eines vom Besteller gelieferten Stoffes zurückzuführen ist (vgl. z.B. BGH JZ 1957, 442; BGH Schäfer-Finnern, Rechtsprechung der Bauausführung, Z 2.401 Bl. 21, Z 2.410 Bl. 29), kann sich die Revision nicht berufen.

Hier haben die Beklagten nach der Feststellung des Berufungsgerichts ausdrücklich zugesichert, das Dach "absolut dicht" gegen Schmelzwasser zu machen. Dabei wußten sie, daß das Dach schon längere Zeit der Feuchtigkeit ausgesetzt war, ferner hatten sie bei der Besichtigung vor Beginn der Arbeiten festgestellt, daß sich an den Stellen, wo sich im Winter Stauwasser gebildet hatte, die Eternitaufgabe zer- setzt hatte und leicht schwammig geworden war.

Den bei Beginn der Arbeiten vorhandenen Zustand des Daches zu ändern und das Dach wasserdicht zu machen, war gerade der Inhalt der von ihnen übernommenen Verpflichtungen und gegebenen Zusicherung. Sie haben das Risiko, daß der Zustand des Daches die Isolierung ermöglichte, mit ihrer Zusicherung auf sich genommen. Dieses Risiko lag damit nach dem Vertrag in ihrem Bereich und nicht im Bereich des Bestellers. Der vorliegende Fall ist deshalb den von der Re-

vision angeführten Fällen nicht gleichzustellen. Vielmehr geht es auf jeden Fall zu Lasten der Beklagten, wenn sie den Zustand des Daches und insbesondere seine Feuchtigkeit falsch beurteilt haben sollten.

Daß die Beklagten das Dach nicht wasserdicht isoliert haben, ist unstreitig. Damit steht fest, daß ihr Werk mangelhaft ist. Objektive Mangelhaftigkeit genügt für Ansprüche des Bestellers auf Grund der §§ 633, 634 BGB. Insofern braucht nicht erörtert zu werden, ob die Beklagten schuldhaft gehandelt haben.

III.

Die Beklagten beanstanden, daß das Berufungsgericht nicht über ihre Behauptung Beweis erhoben hat, nach den getroffenen Vereinbarungen könne die Klägerin nur Nachbesserung verlangen. Die Stelle in der Berufungsbegründung, auf welche die Revision in diesem Zusammenhang verweist, lautet:

"Es muß behauptet werden, daß nach den Bedingungen des abgeschlossenen Bauvertrages die Gewährleistung der Beklagten beschränkt war auf Nachbesserung unter ausdrücklichem Ausschluß von Wandlung.

B e w e i s : Leistungsverzeichnis
Kostenangebot
Bauvertrag ... deren Vorlage
der Klägerin auferlegt werden
möge
Zeugnis des Marktbaumeisters
Holzmann."

In der Verhandlung vor dem Berufungsgericht haben die Beklagten erklärt, es liege weder ein schriftlicher Bauvertrag noch ein Leistungsverzeichnis vor. Das als Kosten-

angebot oder Kostenvoranschlag bezeichnete, im Verhandlungstermin überreichte Schriftstück vom 29. Juli 1963 enthält nichts über Mängelansprüche. Bei dieser Sachlage durfte das Berufungsgericht den Antrag auf Vernehmung des Marktbaumeisters Ho[REDACTED] als überholt ansehen. Denn er war für die Behauptung benannt, "nach den Bedingungen des Bauvertrags" sei die Gewährleistung beschränkt. Gemeint war damit ein schriftlicher Bauvertrag, dessen Vorlegung verlangt wurde. Wenn die Beklagten nunmehr eine mündliche Abrede über die Gewährleistung hätten behaupten und etwa durch das Zeugnis Ho[REDACTED] hätten beweisen wollen, so hätten sie das sagen und nähere Angaben über eine solche mündliche Vereinbarung machen müssen.

IV.

1. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Beklagten die Mängel des Daches trotz Fristsetzung nicht beseitigt haben. Die Klägerin konnte deshalb Minderung verlangen (§ 634 Abs. 1 Satz 3 BGB,).

2. Minderung bedeutet im allgemeinen nur Herabsetzung der Vergütung in dem Verhältnis, in welchem der Wert des mangelfreien Werkes zum wirklichen Wert des hergestellten Werks gestanden haben würde (§§ 634 Abs. 4, 472 Abs. 1 BGB). Das Berufungsgericht stellt jedoch fest, daß das Werk der Beklagten schlechthin wertlos war. In einem solchen Fall braucht der Besteller nichts zu zahlen und kann den schon gezahlten Werklohn voll zurückverlangen (BGHZ 42, 232).

a) Die Revision will die Feststellung, daß das Werk schlechthin wertlos sei, nicht gelten lassen.

Die Beklagten hatten in der Berufungsbegründung behauptet, es würde, um das Dach dicht zu machen, genügen, die festgestellten undichten Stellen neu zu isolieren; der Aufwand für diese Arbeiten würde den Betrag der Klageforderung auch nicht annähernd erreichen. Hierfür hatten sie Beweis durch Sachverständigengutachten angeboten.

Das Berufungsgericht bezeichnet dieses Vorbringen als verspätet und bezieht sich auf § 529 ZPO.

Die Revision rügt Verletzung dieser Vorschrift. Sie meint, der Vorsitzende des Berufungsgerichts habe gemäß § 272 b Abs. 2 Nr. 5 ZPO vor dem Verhandlungstermin das beantragte Sachverständigengutachten einholen sollen. Dann hätte das Vorbringen berücksichtigt werden können, ohne daß sich die Erledigung des Rechtsstreits verzögert hätte.

b) Ob letzteres zutrifft, kann dahinstehen.

Das Berufungsgericht läßt das genannte Vorbringen nicht nur deshalb unberücksichtigt, weil es dieses für verspätet hält. Es führt weiter aus, daß es völlig dem Vortrag der Beklagten im ersten Rechtszug widerspreche.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts zu diesem Punkt und der Akteninhalt ergeben, daß ein Geständnis der Beklagten im ersten Rechtszug vorliegt, das ihrem neuen Vortrag im Wege steht.

aa) Bei den Ausführungen, die das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang macht, erwähnt es an einer Stelle die Vorschrift des § 138 Abs. 3 ZPO. Nach dieser Bestimmung sind nicht ausdrücklich bestrittene Tatsachen

als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht des Bestreitens aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.

Dieses "fingierte" Geständnis hat allerdings nicht die in § 290 ZPO festgelegte Bindungswirkung des "positiven" Geständnisses und hindert die Parteien nicht, das bisher unterlassene Bestreiten nachzuholen. (BGHZ FamRZ 1963, 243; Baumbach ZPO 29. Aufl. § 138 Anm. 4 b, § 531 Anm. 1; Wieczorek ZPO § 138 D II a).

Das Berufungsgericht erwähnt den § 138 Abs. 3 ZPO jedoch nur im Hinblick auf die Behauptung der Klägerin, daß der von den Beklagten isolierte Teil des Daches an 54 Stellen undicht sei.

bb) Es liegen aber ausdrückliche Erklärungen der Beklagten vor, aus denen sich ergibt, daß eine Nachbesserung "in der ursprünglichen Weise", d.h. durch Isolierung der Welleternitplatten, gar nicht möglich ist, sondern vor einer Isolierung die Eternitplatten entfernt und durch eine Holzverschalung ersetzt werden müßten. Das hatten die Beklagten der Klägerin schon vor dem Prozeß im Schreiben vom 12. Juli 1965 mitgeteilt. Die Klägerin hat diese vorprozessuale Mitteilung der Beklagten aufgegriffen und sich deren Darstellung in der Klageschrift (S. 5) zu eigen gemacht. Die Beklagten haben danach im Rechtsstreit ebenfalls wieder auf ihr Schreiben vom 12. Juli 1965 verwiesen (S. 2 des Schriftsatzes vom 23. November 1965). Sie haben damit die Tatsache, daß eine Isolierung ohne Entfernung der Eternitplatten unmöglich ist, ausdrücklich zugestanden. Dieses Geständnis könnten sie nur unter den Voraussetzungen des § 290 ZPO widerrufen, die sie nicht dargelegt haben.

c) Da eine Isolierung nur möglich ist, wenn die Eternitplatten entfernt werden und das Dach anders gedeckt wird, ist die von den Beklagten vorgenommene Isolierung des Eternitdaches für die Klägerin völlig wertlos. Das Berufungsgericht hat deshalb zu Recht den Anspruch auf Rückzahlung des ganzen Werklohns bejaht.

V.

Die Rügen der Revision sind demnach unbegründet. Das Berufungsurteil enthält auch sonst im Ergebnis keinen die Beklagten benachteiligenden Rechtsfehler. Die Revision ist deshalb mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Rietschel

Erbel

Meyer

Vogt

Finke