

VII ZR 29/58

Verkündet

am 30. April 1959

Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2343 032

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

In dem Rechtsstreit

der Eheleute Wilhelm und Therese K [REDACTED] in R [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagter, Berufungsbeklagter, Revisionskläger und
Anschlußrevisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Friedrich D [REDACTED], Bauunternehmung und Architektur-
geschäft in R [REDACTED], E [REDACTED]straße [REDACTED], Inhaber Wilhelm
D [REDACTED], R [REDACTED], Ha [REDACTED]straße,

Klägerin, Berufungsklägerin, Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 16. April 1959 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel,
Dr. Heimann-Trosien, Dr. Winkelmann und Erbel

für Recht erkannt:

- 1) Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 5. Zi-
vilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 15. No-
vember 1957 wird zurückgewiesen.
- 2) Auf die Anschlußrevision der Klägerin wird das Urteil
im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klägerin
mit einem Anspruch von 3.257,50 DM nebst Zinsen abgewie-
sen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsver-
fahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Auf Grund mündlichen Auftrags hat die Klägerin 1951/52 auf dem Grundstück der Beklagten H[REDACTED]straße [REDACTED] in R[REDACTED] ein Wohnhaus mit Gaststätte und Hotel errichtet und hierbei neben Entwurf und Bauleitung für das ganze Bauvorhaben die Abbruch-, Erd-, Maurer und Putzarbeiten übernommen. Hierfür hat sie einschließlich eines Architektenhonorars von 7.000,-- DM insgesamt 95.161,77 DM in Rechnung gestellt, wovon 70.330,50 DM gezahlt sind. Die Klägerin hat Klage erhoben mit dem Antrag, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 25.806,30 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 1. April 1953 zu verurteilen. Die Beklagten haben Abweisung der Klage beantragt. Sie beanstanden die Höhe der geforderten Vergütung und machen eine Reihe von Minderungs- und Schadensersatzansprüchen geltend.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 4.324,31 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 1. April 1953 verurteilt und durch Schlußurteil die weitergelenden Ansprüche der Klägerin abgewiesen. Die Berufung der Beklagten gegen das Teilurteil hat das Oberlandesgericht mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Beklagten statt 10 % nur 8 1/2 % Zinsen zu zahlen haben. Dieses Urteil ist rechtskräftig. Gegen das Schlußurteil hat die Klägerin Berufung eingelegt mit dem Antrag, die Beklagten über die zuerkannten 4.324,31 DM hinaus zur Zahlung von weiteren 18.000,-- DM nebst Zinsen zu verurteilen. Das Oberlandesgericht hat der Klägerin noch weitere 7.522,50 DM nebst 8 1/2 % Zinsen seit dem 1. April 1953 zugesprochen und im übrigen die Berufung zurückgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben die Beklagten Revision eingelegt mit dem Antrag, die Berufung der Klägerin in vollem Umfang zurückzuweisen. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision. Sie hat Anschlußrevision eingelegt mit

dem Antrag, über die zuerkannten Beträge hinaus die Beklagte zur Zahlung weiterer 3.257,50 DM nebst 8 1/2 % Zinsen seit dem 1. April 1953 zu verurteilen. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung der Anschlußrevision.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision der Beklagten.

Das Berufungsgericht hat der Klägerin über den von dem Landgericht im Teilurteil gewährten Betrag hinaus weitere 7.522,50 DM zuerkannt. Dieser Betrag setzt sich wie folgt zusammen:

- 1) Das Landgericht hat den Beklagten wegen Wasserdurchlässigkeit der Giebelwand des Kellers einen Abzug von 3.500,-- DM zugebilligt; das Berufungsgericht hält nur einen solchen von 1.100,-- DM für begründet (Unterschied: 2.400,-- DM).
- 2) Das Landgericht hat den Beklagten einen weiteren Abzug von 4.500,-- DM zugebilligt, weil die Klägerin es unterlassen habe, in das Haus eine Trittschalldämpfung einzubauen. Das Berufungsgericht hat diesen Abzug in vollem Umfang für nicht begründet erklärt.
- 3) Das Landgericht hat der Klägerin ein Architektenhonorar von 3.120,-- DM zugebilligt, das Berufungsgericht ein solches von 3.742,50 DM, also 622,50 DM mehr.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind nicht begründet.



1) 'a) Das Berufungsgericht sieht es mit dem Landgericht als erwiesen an, daß infolge unsachgemäßer Arbeit der Klägerin die Giebelwand des Kellers Wasser durchläßt. Der von dem Landgericht auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen Dr. V. [REDACTED] errechnete Minderwert von 3.500,-- DM sei aber überhöht, denn nach dem Gutachten des in der Berufungsinstanz zugezogenen Sachverständigen L. [REDACTED] hätte die einwandfreie Herstellung des Kellers Mehrkosten von 2.400,-- DM verursacht; diese müßten sich die Beklagten auf den Minderungsbetrag von 3.500,-- DM, von dem das Landgericht und die Beklagten selbst ausgingen, anrechnen lassen, so daß nur ein Abzug von 1.100,-- DM gerechtfertigt sei.

b) Die Revision rügt hierzu, der Sachverständige L. [REDACTED] habe den von ihm angenommenen Betrag von 2.400,-- DM, der bei Herstellung eines einwandfreien Kellers zusätzlich hätte aufgewendet werden müssen, in keiner Weise begründet; sein Gutachten sei deshalb insoweit ohne Beweiswert, da das Berufungsgericht es nicht habe nachprüfen können. Das sei auch schon im Schriftsatz der Beklagten vom 17. Oktober 1955 beanstandet worden, ohne daß das Berufungsgericht darauf eingegangen sei.

Diese Rüge ist nicht begründet. Der Sachverständige L. [REDACTED] hat in seinem Gutachten ausgeführt, daß, wenn die Isolierung und Ausführung der Drainage entsprechend dem Vorschlag des Sachverständigen Dr. V. [REDACTED] in der beschriebenen gewissenhaften Form von vornherein gemacht worden wäre, die zusätzlichen Baukosten bei zweimaliger Drainage, wie sie hier vorgesehen sei, etwa 2.400,-- DM betragen hätten. Damit hat der Sachverständige - entgegen der Auffassung der Revision - die tatsächlichen Grundlagen seiner Schätzung hinreichend begründet. Er hat zwar diese Schätzung nicht mit einer Kostenaufstellung im einzelnen belegt, doch

brauchte das Berufungsgericht dies nicht als einen Fehler anzusehen; denn es besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß der Sachverständige die Schätzung nicht auf Grund einer sorgfältigen Überlegung angestellt hat. Das Gericht konnte sich diese Schätzung zu eigen machen, auch ohne daß sie rechnerisch im einzelnen belegt war, zumal der Sachverständige Dr. V. [REDACTED], auf dessen Angaben sich die Beklagten beziehen, den von ihm für die Schadensberechnung angenommenen Betrag von 3.500,-- DM ebenfalls nur auf Grund einer Schätzung ohne Nachweis von Einzelposten ermittelt hat. Es kann daher nicht beanstandet werden, wenn das Berufungsgericht der Schätzung des Sachverständigen D. [REDACTED] gefolgt ist, ohne den Nachweis einzelner Rechnungsposten zu verlangen.

Die Revision rügt weiter, die Klägerin habe in dem Schriftsatz vom 29. November 1955 selbst einen Minderwert ihrer Leistung von 1.650,-- DM anerkannt und müsse sich deshalb dieses Geständnis zurechnen lassen (§ 288 ZPO). Auch diese Rüge ist nicht begründet; denn der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin in der Berufungsinstanz hat im Schriftsatz vom 8. September 1956 dieses Geständnis, wenn es sich überhaupt um ein solches gehandelt hat, widerrufen. Die Unrichtigkeit des Geständnisses ergibt sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts. Ihren Widerruf hat die Klägerin ferner damit begründet, daß der Prozeßbevollmächtigte der 1. Instanz seine Erklärung in Unkenntnis neuer inzwischen bekannt gewordener Tatsachen abgegeben habe (§ 290 ZPO). Die Beklagten haben diese Behauptung, für die die Klägerin Beweis angetreten hatte, nicht bestritten.

2) a) Das Berufungsgericht hat entgegen dem Gutachten des Sachverständigen Dr. V. [REDACTED] und der Auffassung des Landgerichts das Fehlen einer Trittschalldämpfung nicht als Verletzung der Regeln der Baukunst angesehen. Es geht

davon aus, daß zur Zeit des Baues eine Trittschalldämpfung noch nicht zwingend behördlich vorgeschrieben gewesen sei. Die Anbringung einer immerhin weitere Kosten verursachenden Trittschalldämpfung sei jedenfalls hier nicht geboten gewesen, weil nicht Holz-, sondern Betondecken gezogen worden seien und die wegen der beschränkten Mittel der Beklagten erforderliche einfache Bauweise jede nicht unerläßliche Verbesserung des Baues ausgeschlossen habe.

Zu Unrecht wird das von der Revision angegriffen. Wie aus dem ersten Gutachten des Sachverständigen Dr. V. [REDACTED] hervorgeht, war zur Zeit des Baues eine Trittschalldämpfung noch nicht baupolizeilich zwingend vorgeschrieben. Das stimmt auch überein mit der von der Klägerin zu den Akten gegebenen Auskunft des Ministers für Wiederaufbau in Düsseldorf vom 11. April 1957. Der Gutachter meint allerdings, es hätten schon allgemeine Richtlinien bestanden, nach denen die Anbringung einer Trittschalldämpfung auch ohne eine solche zwingende baupolizeiliche Vorschrift nach den Regeln der Baukunst geboten gewesen sei. Das Berufungsgericht brauchte indessen nur zu prüfen, ob das Fehlen einer Trittschalldämpfung einen Sachmangel für diesen Werkvertrag ergibt. Wenn es das, entgegen der Ansicht des Sachverständigen, mit Rücksicht auf die im vorliegenden Fall gegebene einfache Bauweise und Notwendigkeit der Kostenersparnis vernimmt, so läßt das keinen Rechtsfehler erkennen. Das Berufungsgericht war angesichts des Umstandes, daß damals eine entsprechende baupolizeiliche Vorschrift noch nicht bestand, nicht gezwungen, der Ansicht des Sachverständigen zu folgen, sondern konnte diese Frage nach eigenem Ermessen würdigen. Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß das Berufungsgericht von diesem Ermessen nicht unter Abwägung aller in Frage kommenden Gesichtspunkte Gebrauch gemacht hat.

Es kommt daher auf die weitere Begründung des Berufungsgerichts, daß die Beklagten auch durch jahrelanges Schweigen ihr Rügerecht verloren haben, und auf die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision nicht mehr an.

3) a) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß, nachdem die Trittschalldämpfung als Mangel nicht in Frage komme, wegen der anderen Mängel ein Minderwert des Hauses nicht in Erwägung gezogen werden könne. Das Berufungsgericht weist insoweit ausdrücklich auf seine eigene Sachkunde hin und hat deshalb für diese Frage keinen Sachverständigen zugezogen.

b) Die Ansicht der Revision, daß dem Gericht zur Beurteilung der Frage des minderen Verkehrswerts auf dem Grundstücksmarkt das erforderliche Spezialwissen offensichtlich gefehlt habe, ist nicht begründet. Es ist nicht ersichtlich, warum nicht die Richter eines Senats, der sich häufig mit Bausachen beschäftigt, in diesem Punkt nicht ein entsprechendes Spezialwissen besitzen sollen. Das gilt umso mehr, wenn das Gericht, wie hier, ausdrücklich bemerkt, daß es die erforderliche Sachkunde besitze. Die Beurteilung des Minderwertes eines Bauwerks ist in der Regel auch nicht eine so komplizierte und spezielle Fachfrage, daß das Revisionsgericht die von dem Tatrichter betonte eigene Sachkenntnis in Zweifel ziehen könnte.

4) Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Beklagten auch einen weiteren Minderwert aus dem ordnungswidrigen Mischungsverhältnis der verwandten Baustoffe abgeleitet haben. Dabei übersieht die Revision aber, daß sich das Berufungsgericht in seinem Urteil vom 15. November 1957, in dem es über die Berufung der Beklagten entschieden hatte, sich mit diesem Anspruch der Beklagten auseinandergesetzt und ihn für unbe-

gründet erachtet hat (vgl. S. 13 dieses Urteils). Das Gericht brauchte diese Frage deshalb hier nicht nochmals abzuhandeln.

5) Den von dem Berufungsgericht zuerkannten Mehranspruch der Klägerin für Architektenhonorar greift die Revision nur unter dem Gesichtspunkt der Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen wegen fehlerhafter Architektenleistung an. Diese Beanstandung ist nicht begründet, weil der als übergangen gerügte Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 8. November 1956 infolge mangelnder Substantiierung dem Berufungsgericht keinen Anlaß gab, darauf einzugehen. Das Berufungsgericht hatte auch - entgegen der Ansicht der Revision - keine Pflicht, die durch einen Anwalt vertretenen Beklagten auf diesen Mangel hinzuweisen, so daß auch eine Verletzung der Vorschrift des § 139 ZPO nicht in Frage kommt.

II. Die Anschlußrevision der Klägerin.

Die Klägerin greift das Berufungsurteil nur insoweit an, als ihr statt des begehrten Architektenhonorars von 7.000,-- DM nur ein solches von 3.742,50 DM zugesprochen worden ist.

1) a) Das Berufungsgericht billigt im Anschluß an die Gutachten der Sachverständigen Dr. V. [REDACTED] und L. [REDACTED] der Klägerin für die Ausführungszeichnungen statt der in § 19 Abs. 1 b GOA vorgesehenen 25 % nur $1/5 = 5$ % der Grundgebühr zu, weil diese Zeichnungen ganz unvollständig und dürftig gewesen seien. Dem Gutachten zufolge wurden nur einige Zeichnungen für Türen im Restaurant, sowie der Grundriß einer Treppe geliefert. Die von dem Berufungsgericht vorgenommene Kürzung des Honoraranspruchs der Klägerin wird von der Anschlußrevision mit der Begründung angegriffen, daß es sich um einen Anspruch aus Dienstvertrag handle, der einer Minderung nach § 634 BGB nicht zugänglich sei.

b) Diese Rüge ist nicht begründet.

Die umstrittene Frage, ob der Gebührenanspruch des Architekten nach § 634 BGB gemindert werden kann, braucht hier nicht entschieden zu werden, denn die von dem Berufungsgericht vorgenommene Kürzung des Gebührenanspruchs der Klägerin findet ihre rechtliche Begründung nicht in der genannten gesetzlichen Bestimmung, sondern darin, daß die Klägerin, wie aus dem Berufungsurteil hervorgeht, die in Frage stehende Leistung zum größten Teil überhaupt nicht erbracht hat. Die dem Architekten nach § 19 Abs. 1 GOA zustehenden Gebühren werden für bestimmte Einzelleistungen gewährt, sie sind also eine Art "Aktgebühren". Wird nun, wie hier festgestellt, eine gebührenpflichtige Handlung nicht oder nur zu einem geringen Teil erbracht, so folgt daraus notwendig, daß auch die Gebühr für diesen Akt nicht oder nur zu einem der tatsächlich erbrachten Leistung entsprechenden Teil erwachsen ist.

Wenn daher das Berufungsgericht im vorliegenden Fall im Anschluß an die Ausführungen der Sachverständigen feststellt, daß die Klägerin Ausführungszeichnungen nur für einige wenige Arbeiten hergestellt hat, und infolgedessen der Klägerin auch nur $\frac{1}{5}$ der vollen Gebühr von 25 %, also nur 5 % aus der Grundgebühr zubilligt, so ist das nicht zu beanstanden.

2) Das Berufungsgericht hat weiterhin den Gebührenanspruch der Klägerin für die künstlerische und technische Oberleitung (§ 19 Abs. 1 f und g GOA) gekürzt. Es stellt dazu in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen fest, daß die Klägerin etwa 60 % der Bauarbeiten als Unternehmer selbst ausgeführt hat. Diese Feststellung wird von der Anschlußrevision nicht angegriffen.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß der Klägerin insoweit dann aber auch für die Oberleitung eine besondere Vergütung nicht zustehe.

Dem ist zuzustimmen. Eine Aufteilung der Tätigkeit der Klägerin in Oberleitung und Ausführung des Baues ist nicht angängig, soweit die Klägerin den Bau selbst ausgeführt hat. Die Klägerin kann nicht sich selbst beaufsichtigen. Sie war in der einen wie in der anderen Eigenschaft verpflichtet, für eine ordnungsgemäße Durchführung des Baues zu sorgen; für die Erfüllung dieser Pflicht kann sie nicht nach verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten, nämlich als Architekt und als Unternehmer, doppelte Bezahlung beanspruchen.

Allerdings hat das Berufungsgericht die der Klägerin an sich zustehende Gebühr von 25 % nicht ihrer Unternehmerleistung entsprechend um 60 % auf 10 %, sondern um 70 % auf 7,5 % der Grundgebühr gekürzt. Aus welchen Gründen diese weitere Kürzung erfolgt ist, kann weder den Gutachten der Sachverständigen, auf die sich das Berufungsgericht stützt, noch den Urteilsgründen entnommen werden. Das bedarf deshalb noch der weiteren Aufklärung. Insoweit kann das Urteil daher nicht aufrecht erhalten werden.

3) Mit Recht rügt die Anschlußrevision ferner, daß das Berufungsgericht zu der Frage nicht Stellung genommen hat, ob der Klägerin nicht auch für die örtliche Bauaufsicht die in der Gebührenordnung vorgesehene Gebühr (§ 19 Abs. 4 GOA) zuzubilligen ist.

Daß die Klägerin auch die örtliche Bauaufsicht übernommen und durchgeführt hat, ist, worauf die Anschlußrevision zutreffend hinweist, dem Berufungsurteil selbst zu entnehmen (Urteil Seite 14). Es ist nicht ersichtlich, warum

die Sachverständigen und das Berufungsgericht diese Gebühr nicht angesetzt haben. Auch dieser Punkt bedarf deshalb noch der tatrichterlichen Prüfung, wobei zu berücksichtigen sein wird, daß eine etwaige Gebühr für die örtliche Bauleitung nur hinsichtlich der Arbeiten, die von anderen Unternehmern ausgeführt worden sind, erwachsen sein könnte.

4) Dagegen hat das Berufungsgericht - entgegen der Auffassung der Anschlußrevision - der Klägerin mit Recht eine besondere Vergütung für die statischen Berechnungen nicht zugbilligt. Eine solche kann nach § 3 GOA nur dann verlangt werden, wenn die statischen Berechnungen von einem besonderen Fachmann aufgestellt worden sind. Das war aber, wie sich aus dem Vortrag der Klägerin selbst ergibt, nicht der Fall.

5) Die ~~Beklagten~~ rügen mit der Anschlußrevision weiter, daß das Berufungsgericht bei der Berechnung der Architektengebühr nur eine Gesamtbausumme von ca. 128.000,-- DM zugrunde gelegt hat.

Diese Rüge ist begründet. Das Berufungsgericht geht an sich richtig von der nach § 5 Abs. 1 GOA maßgebenden ursprünglichen Kostenanschlagsumme von 135.289,-- DM aus. Es ist auch grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn es diese Summe um den Betrag kürzt, um den die Leistungen der Klägerin geringer waren als im Kostenanschlag vorgesehen, denn nach § 5 Abs. 2 GOA sind, wenn die Herstellungskosten unter der Anschlagsumme liegen, die ersteren maßgebend. Das Berufungsgericht hat dabei aber, worauf die Revision mit Recht hinweist, nicht beachtet, daß die Baukosten in ihrer Gesamtheit erheblich über der Kostenanschlagsumme liegen. Bei dieser Sachlage war das Verfahren des Berufungsgerichts jedenfalls nicht ohne nähere Begründung statthaft. Die Anschlußrevision weist mit

Recht darauf hin, daß die Überschreitung des Kostenanschlags möglicherweise durch Maßnahmen des Auftraggebers oder mit seinem Einverständnis oder durch nicht vom Architekten zu vertretende Umstände verursacht worden ist (vgl. § 5 Abs. 2 GOA). Die Klägerin hat nämlich im Anschluß an das Gutachten des Sachverständigen Ei [REDACTED] vom 31. August 1954 (S. 7) die auf Sonderwünschen und nachträglichen Anordnungen der Beklagten beruhende Verteuerung der Baukosten mit 10.903,75 DM beziffert. Dieser Betrag, und auch noch etwaige weitere Mehrkosten, soweit diese auf Umständen beruhen, die die Klägerin nicht zu vertreten hat, wären, wenn es damit seine Richtigkeit hätte und sich die Leistungen des Architekten dadurch auch erhöht haben, bei der Berechnung der Gebühren zu berücksichtigen gewesen.

Das Berufungsgericht hat hierzu keine Stellung genommen.

6) Schließlich rügt die Anschlußrevision auch noch mit Recht, daß das Berufungsgericht den in dem Schriftsatz der Klägerin vom 5. Juli 1956 geltend gemachten Anspruch von 250,— DM für Barvorlagen (Unkosten, Lichtpausen, Reisekosten usw.) nicht geprüft und berücksichtigt hat.

7) Da die Beanstandungen der Anschlußrevision, soweit sie begründet sind, dazu führen könnten, daß der Klägerin der von ihr beanspruchte Mehrbetrag von 3.257,50 DM noch voll zugesprochen werden muß, ist im vollen Umfang der Anschlußrevision, sowie im Kostenpunkt das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache insoweit zur neuen Ver-

handlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird auch über die Kosten der Revision zu befinden haben.

Glanzmann Rietschel Heimann-Trosien Dr. Winkelmann Erbel