

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 36/63

URTEIL

Verkündet am
17. Mai 1965
Pohl,
Justizoberssekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Ingenieurs Ferdinand S c h [REDACTED] in B [REDACTED],
D [REDACTED] Straße [REDACTED]/[REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Architekten Günter S [REDACTED] in B [REDACTED],
W [REDACTED] Nr. [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Mai 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.) vom 12. Dezember 1962 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung von mehr als 15.128,95 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist.

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

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den Kosten der Revision hat der Beklagte 29/30 zu tragen; die Entscheidung über das restliche 1/30 wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch zwei schriftliche "Bauherren-Beauftragten-Verträge" vom 19. Januar 1959 betraute der Beklagte den Kläger u.a. mit sämtlichen Architektenaufgaben für seine Bauvorhaben in F [REDACTED], D [REDACTED] Straße [REDACTED]/[REDACTED] und Gahlenschestraße 151. Nachdem der Kläger seine Leistungen zum größeren Teil erbracht hatte, einigten sich die Parteien über die Beendigung der Verträge.

Mit der Klage hat der Kläger 16.308 DM restliches Architektenhonorar nebst Zinsen gefordert.

Der Beklagte hat die Pläne und Bauten in mehrfacher Hinsicht bemängelt und mit Schadensersatzansprüchen aufgerechnet.

Beim Landgericht hatte die Klage mit 16.268 DM, beim Oberlandesgericht mit 15.628,95 DM Erfolg (jeweils nebst Zinsen).

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, verfolgt der Beklagte seinen Abweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Wie jetzt nicht mehr streitig ist, beträgt das restliche Architektenhonorar des Klägers (vorbehaltlich der Aufrechnung des Beklagten) 16.308 DM. Davon geht auch das Berufungsgericht aus. Es setzt von dieser Summe auf Grund der Aufrechnung des Beklagten 679,05 DM ab; dadurch ist der Beklagte nicht beschwert.

Die weiteren vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche hält es nicht für begründet. Das greift die Revision an.

I.

1.) Sie meint, der Beklagte brauchte nur die Mangelhaftigkeit des Bauwerks zu beweisen.



Das trifft nicht zu. Der Bauherr muß vielmehr beweisen, daß das Werk des Architekten, das nicht mit dem Bauwerk identisch ist (vgl. BGHZ 42, 16, 18), Mängel hat, daß also etwaige Fehler des Bauwerks auf objektiv mangelhafter Leistung des Architekten (Planungsfehlern oder Fehlen bei der Bauaufsicht) beruhen. Erst wenn das feststeht, muß der Architekt gegebenenfalls beweisen, daß er objektive Mängel seines Werks subjektiv nicht zu vertreten hat (vgl. für den Bauunternehmer BGHZ 23, 288 sowie das Urteil VII ZR 154/62 vom 23. April 1964).

2.) Das Berufungsgericht führt aus, soweit es sich um Ausführungsfehler von Handwerkern handele - Direktfeuchtstellen im Bereich der Passage, Schäden am Toilettendach und an den Fenstersohlbänken - hätte sich der Beklagte in erster Linie an die Handwerker halten müssen (§ 254 BGB). Im letztgenannten Fall sei auch ein Verschulden des Klägers nicht ersichtlich.

Das greift die Revision nur an, soweit es sich um die Passage und das Toilettendach handelt. Die Rüge ist begründet.

a) Bei seiner Ansicht, der Architekt hafte nur subsidiär, will sich das Berufungsgericht ersichtlich auf das Urteil BGH NJW 1962, 1499 stützen. Davon ist der Senat aber bereits in seiner (erst nach Erlass des Berufungsurteils ergangenen) Entscheidung BGHZ 39, 261 abgerückt. Inzwischen ist das erstgenannte Urteil, das vom Fehlen einer Ausgleichspflicht zwischen Architekt und Bauhandwerker ausgeht, überholt durch den Beschluß des Großen Senats für Zivilsachen vom 1. Februar 1965 GSZ 1/64 = BB 1965, 521, wonach eine Ausgleichspflicht gemäß § 426 BGB besteht. In diesem Beschluß ist auch ausgesprochen, daß sich der Bauherr bei Mängeln des Bauwerks und des Architektenwerks nach Belieben an den Bauhandwerker oder den Architekten halten kann.

b) Das Berufungsgericht bemißt den in Betracht kommenden Schaden mit "weniger als 500 DM" (der Sachverständige P. hatte ihn mit 60 DM und 126,25 DM beziffert). Da nicht klar erkennbar ist, ob und in welcher Höhe das Berufungsgericht diese Schäden und die Verantwortung des Klägers dafür als erwiesen ansieht, ist das Revisionsgericht nicht in der Lage, insoweit abschließend zu entscheiden. Das Urteil ist daher im Umfange des vom Berufungsgericht genannten Höchstbetrages von 500 DM nebst Zinsen aufzuheben und die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

3.) Das Berufungsgericht hat das Vorbringen des Beklagten im Schriftsatz vom 23. November^f 1962, dem die Privatgutachten R. und K. beigelegt waren, gemäß § 279 ZPO als verspätet zurückgewiesen.

Die Revision sieht darin einen Verfahrensverstoß.
Die hierzu erhobenen Rügen sind nicht begründet:

a) Der Beklagte kannte das Gutachten P. seit dem 13. August 1962, wie die Revision zugibt. Er wußte seit dem 10. Oktober 1962, daß am 23. November 1962 Senatstermin anstand, und mußte daher damit rechnen, daß in diesem Termin ein Urteil erging oder doch die mündliche Verhandlung geschlossen wurde. Bei dieser Sachlage hätte er zu dem Gutachten P. rechtzeitig vor dem Termin schriftsätzlich Stellung nehmen müssen. Wenn er das Gutachten R. nicht rechtzeitig erhielt, hätte er wenigstens selbst durch seinen Anwalt substantiiert darlegen müssen, in welchen Punkten er das Gutachten P. beanstande. Daß er dazu außerstande gewesen wäre, ist nicht anzunehmen, zumal er Ingenieur ist. Er kann sich auch nicht darauf berufen, er habe infolge starker beruflicher Belastung keine Zeit gehabt, sich um seinen Prozeß zu kümmern.

At

b) Unerheblich ist, ob der Kläger sich gegen die Zulassung des genannten Vorbringens gewandt hat. Auch wenn das nicht der Fall gewesen sein sollte, durfte das Berufungsgericht von § 279 ZPO Gebrauch machen.

c) Das Berufungsgericht war nicht verpflichtet, den Beklagten auf diese Möglichkeit hinzuweisen; es hat somit nicht gegen § 139 ZPO verstoßen. Der durch einen Anwalt vertretene Beklagte mußte auch ohne Hinweis damit rechnen, daß ein Schriftsatz mit zwei Privatgutachten, den er dem Gericht 2 1/2 Stunden vor Terminsbeginn und dem Gegner erst im Termin überreichte, möglicherweise als verspätet zurückgewiesen werden würde.

d) Von dem in einem Parallelprozeß eingeholten Gutachten K. [REDACTED] vom 25. Juni 1962 hätte der Beklagte, auch wenn sich die ihm zugegangene Fotokopie bei R. [REDACTED] befand, jedenfalls schon viel früher eine weitere Fotokopie beschaffen und einreichen können. Er hat nicht vorgetragen, daß er daran gehindert gewesen wäre.

e) Er hat nicht beantragt, den Sachverständigen P. [REDACTED] zum Senatstermin des Berufungsgerichts zu laden. Auf diese Möglichkeit brauchte das Gericht ihn nicht nach § 139 ZPO hinzuweisen. Es durfte damit rechnen, daß sein Anwalt den Antrag erforderlichenfalls auch ohne entsprechenden Hinweis stellen würde. Deswegen brauchte es Peters auch nicht von Amts wegen zu laden.

f) Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Berücksichtigung des Vorbringens im Schriftsatz vom 23. November 1962 nebst Anlagen zu einer Verzögerung des Rechtsstreits geführt hätte, weil der Kläger sich dazu im Termin nicht erklären

konnte, und daß der Beklagte in Verschleppungsabsicht gehandelt habe.

Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

II.

Die Revision erhebt weitere Rügen zu einer Reihe von Einzelpunkten:

1.) Isolierung der Passage:

Der Beklagte hatte dem Kläger vorgeworfen, eine Wärmeisolierung der das Glastprismendach der Passage umgebenden Betonumrandung unterlassen zu haben. Der Sachverständige P. hatte darin keinen Fehler gesehen, weil eine Wärmeisolierung des Glasdachs selbst ohnehin nicht möglich sei.

Die Revision sieht den Fehler des Klägers darin, daß er es unterlassen habe, den Beklagten rechtzeitig auf die Notwendigkeit einer mechanischen Lüftung hinzuweisen und die Kosten dafür an anderer Stelle des Bauvorhabens einzusparen. Dieses Vorbringen ist neu, der Beklagte kann damit in der Revisionsinstanz nicht gehört werden.

2.) Feuchtstellen im Bereich der Passage und Mängel am Toilettendach:

Dazu ist oben zu I 2 das Erforderliche gesagt.

3.) Glasprismenkonstruktion des Passagendachs:

Die Revision vermißt eine Auseinandersetzung des Berufungsgerichts mit dem Gutachten K., das die Konstruktion als fehlerhaft bezeichnet. Dessen bedurfte es jedoch nicht, da der

Beklagte das Gutachten verspätet vorgelegt und das Berufungsgericht sein Vorbringen hierzu ohne Verfahrensverstöß als verspätet zurückgewiesen hat, wie oben zu I 3 ausgeführt ist.

4.) Verkaufspavillon:

Dasselbe gilt für die Beanstandung der Revision, das Berufungsgericht habe das Gutachten R. nicht berücksichtigt, wonach die Isolierung des Pavillons gegen Wärme und Kälte gefehlt habe.

5.) Betondeckeninsolierung im Keller:

Der Beklagte hatte beanstandet, daß der Kläger He. - platten nicht auf, sondern unter der Kellerdecke hatte anbringen lassen. Der Sachverständige P. und - ihm folgend - das Berufungsgericht sehen darin keinen Mangel.

Die Revision trägt vor, der Kellerraum unter der Passage falle nicht unter die vom Sachverständigen P. erwähnte DIN-Vorschrift Nr. 4108. Selbst wenn das der Fall sein sollte, so ist damit noch nicht dargetan, daß die Planung des Klägers in diesem Punkte fehlerhaft wäre.

6.) Treppenhausanbau:

Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht das Gutachten R. nicht berücksichtigt habe, wonach sich ein Setzriß zwischen Haupthaus und Anbau gebildet habe.

Die Rüge ist nicht begründet. Der Sachverständige P. und das Berufungsgericht haben sich mit dieser vom Beklagten schon früher aufgestellten Behauptung auseinandergesetzt. Sie vernennen einen Fehler des Klägers, weil das Setzen des Anbaus

nur durch völlig unwirtschaftliche Maßnahmen hätte vermieden werden können. Dagegen bringt die Revision nichts vor.

7.) Toilettenanlage:

Diese war ursprünglich im Erdgeschoß des Hauptbaues vorgesehen und ist erst nachträglich auf Wunsch des Beklagten in einen Anbau verlegt worden, um mehr Platz für die Gastwirtschaft zu gewinnen.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, es sei nicht sachwidrig gewesen, wenn der Kläger, wegen der erhöhten Unfall- und Haftpflichtgefahr bei im Keller gelegenen Toiletten, dem ursprünglichen Wunsch des Beklagten entgegengetreten sei, diese dort einzurichten. Der Beklagte habe dann die vom Kläger vorgeschlagene Lösung auch anfangs gebilligt. Erst später sei er anderen Sinnes geworden.

Das Berufungsgericht verneint also eine Pflichtverletzung des Klägers. Diese Auffassung ist frei von Rechtsirrtum. Der Hinweis der Revision, der nachträgliche Umbau habe 10.000 DM gekostet, kann für sich allein eine Haftung des Klägers nicht begründen.

8.) Zurückbehalten der statischen Unterlagen durch den Kläger:

Der Beklagte hatte behauptet, die Weigerung des Klägers, die statischen Unterlagen herauszugeben, habe die Arbeit des mit der Fertigstellung des Baus betrauten Architekten M. [REDACTED]

At

sehr erschwert und er (Beklagter) habe M. deswegen ein zusätzliches Honorar von 4.000 DM zahlen müssen.

Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht M. nicht als Zeugen gehört und über die Angemessenheit des Zusatzhonorars kein Sachverständigengutachten eingeholt hat.

Die Rüge ist nicht begründet. Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Beklagte sich jederzeit ein Doppel der statischen Berechnung vom Bauaufsichtsamt oder von der Baufirma hätte beschaffen können. Somit war das Zurückbehalten durch den Kläger nicht ursächlich für den vom Beklagten behaupteten Schaden.

9.) Nichtberücksichtigung des Angebots T.:

Der Beklagte hatte behauptet, der Kläger habe ihm das billigste Angebot T. für die Putzarbeiten vorenthalten und ihn dadurch veranlaßt, ein teureres Angebot anzunehmen. Der Kläger hatte demgegenüber u.a. vorgetragen, T. habe sein Angebot zu spät eingereicht gehabt.

Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht nicht den Bauführer We. als Zeugen darüber vernommen hat, das Angebot T. sei rechtzeitig am 30. September 1958 eingegangen.

Die Rüge liegt neben der Sache. Das Berufungsgericht sieht - unter ausführlicher Würdigung der Beweisaufnahme - nicht als erwiesen an, daß T. den Auftrag erhalten hätte, wenn der Beklagte sein Angebot rechtzeitig erfahren hätte. Diese tatrichterliche Beweiswürdigung bindet das Revisions-

gericht. Ein Schaden des Beklagten ist somit nicht erwiesen.
Auf den Beweisantritt We [REDACTED] kommt es unter diesen Umständen
nicht an.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Meyer

Vogt