

BUNDESGERICHTSHOF

2070 034

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 64/65

URTEIL

Verkündet am

5. Oktober 1967
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma E [REDACTED] Wohnungsbau GmbH,
E [REDACTED], D [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäfts-
führer Dr. R [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin,
Widerklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma G [REDACTED] & Co., KG, Hoch-, Tief- und
Stahlbetonbau, E [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihren
Komplementär Josef Gregor G [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte, Wider-
beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

25

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Oktober 1967 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 26. Februar 1965 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat im Jahre 1956 für die Beklagte ein Wohn- und Geschäftshaus in E., D.straße, im Rohbau errichtet. Die restliche Werklohnforderung von 14.385 DM nebst Zinsen sowie zwei aus Zahlungsverzug hergeleitete Beträge von 96,90 DM nebst Zinsen und 390,72 DM hat sie eingeklagt.

Die Beklagte hat gegenüber der Restforderung mit Schadensersatzansprüchen aufgerechnet und die Berechtigung der geltend gemachten Verzugschäden bestritten.

Das Landgericht hat die Restforderung von 14.385 DM nebst Zinsen und Verzugschadensansprüche über 47,50 DM mit Zinsen hieraus sowie 160 DM zugesprochen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Dieses

Urteil wurde vom erkennenden Senat aufgehoben. Im neuen Verfahren vor dem Oberlandesgericht hat die Beklagte widerrklagend 10.000 DM nebst Zinsen als Teilbetrag eines Schadens aus technischem und merkantilem Minderwert des Hauses verlangt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten wiederum zurückgewiesen und die Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage und verfolgt sie den mit der Widerklage geltend gemachten Anspruch weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision greift das Berufungsurteil in folgenden Punkten an:

A. Das Mauerwerk

I. Der Mörtel

Das Berufungsgericht hält für erwiesen, daß die Klägerin vertragsgemäß für das Mauerwerk Mörtel der Gruppe II und nicht nur billigeren Mörtel der Gruppe I verwendet hat. Es hat deshalb der Klägerin die hierfür berechneten Beträge von 1.933 DM zuerkannt.

Es stellt fest, daß die Klägerin zwar bis Ende Januar 1956, als die Arbeiten infolge Frostes unterbrochen werden mußten, für die Aufführung der Kellermauern fertigen Kalkmörtel der Gruppe I bezogen, diesen aber durch Zugabe von Zement zu verlängertem Zementmörtel der Gruppe II verbessert hat. Weiter hält es für erwiesen, daß sie nach der Frostperiode ab 2. Mai bis Ende Juni 1956 Mörtel mit Zusatz von



hochhydraulischem Kalk, der unter die Gruppe II fällt, bezogen und für das Bauwerk der Beklagten verwendet hat.

Die Angriffe der Revision hiergegen sind nicht gerechtfertigt.

1.) Während des zweiten Berufungsverfahrens hat die Beklagte im Schriftsatz vom 29. Oktober 1962 beantragt, das Verfahren vorübergehend auszusetzen, weil sie zu den Bekundungen der vernommenen Zeugen auf Grund eines Gutachtens des Staatlichen Materialprüfungsamts in Dortmund, das sie beantragt habe, Stellung nehmen wolle. Mit Schriftsatz vom 12. März 1963 hat sie dann ein Gutachten des Prüfungsamts vom 22. Februar 1963 vorgelegt. Inzwischen hatte sie sich im Schriftsatz vom 7. Februar 1963 damit einverstanden erklärt, daß der Baurat P. vom Berufungsgericht mit der Erstattung eines Gutachtens beauftragt wurde.

Die Revision meint, das von der Beklagten vorgelegte Gutachten des Staatlichen Prüfungsamts ergebe, daß kein Mörtel der Gruppe II verwendet worden sei; gemäß § 18 Ziff. 3 VOB (B) stehe dies damit zwischen den Parteien auch im Prozeß bindend fest.

Dem kann nicht gefolgt werden. Nach § 18 Ziff. 3 VOB (B) kann bei Meinungsverschiedenheiten über die Eigenschaften von Stoffen, für die allgemeine Prüfungsverfahren bestehen, jede Vertragspartei nach vorheriger Benachrichtigung der anderen Partei die materialtechnische Untersuchung durch eine staatliche oder staatlich anerkannte Materialprüfungsstelle vornehmen lassen; deren Feststellungen sind verbindlich. Ob diese Regelung nur für eine außergerichtliche gütliche Beilegung von Meinungsverschiedenheiten gedacht ist und im Rechtsstreit nur dann Bedeutung hat, wenn

das als Schiedsgutachten zu wertende Untersuchungsergebnis bereits vor Prozeßbeginn eingeholt worden ist (so Ingenstau-Korbion VOB 4. Aufl B § 18 Rdn 13 a), kann dahingestellt bleiben.

Die Beklagte jedenfalls hat ausweislich ihres Schriftsatzes vom 29. Oktober 1962, auf den sich die Revision beruft, entgegen dem § 18 Ziff. 3 die Klägerin nicht vorher von der beabsichtigten Untersuchung benachrichtigt und das Staatliche Materialprüfungsamt hatte die Mörtelproben schon am 10. Oktober 1962 entnommen, ohne die Klägerin hinzuzuziehen. Schon dieses einseitige Vorgehen schließt die in § 18 aaO vorgesehene Bindung aus. Das Gutachten des Staatlichen Materialprüfungsamts vom 22. Februar 1963 besagt zudem keineswegs eindeutig, daß kein Mörtel der Gruppe II verwendet worden sei.

Die Beklagte hat im übrigen selbst beim Berufungsgericht beantragt, ein Sachverständigengutachten über die Verwendung von Mörtel der Gruppe I einzuholen (Schriftsatz vom 20. Oktober 1961 (Bl. 3)). Für das Gericht waren daher hinsichtlich der Beweiserhebung und Beweiswürdigung die Vorschriften der Zivilprozeßordnung maßgebend.

2.) Die einzelnen Angriffe der Revision gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts hat der Senat geprüft. Sie sind alle unbegründet.

Der Erörterung bedarf nur, ob das Berufungsgericht den verwendeten Mörtel, wie von der Beklagten beantragt, noch mittels eines neuartigen Röntgenverfahrens hätte klassifizieren lassen müssen. Das Berufungsgericht hat das nicht für geboten erachtet, zumal es sich um ein neu

entwickeltes Verfahren handele, das nicht einmal erfahrenen Bausachverständigen bekannt sei und über dessen Zuverlässigkeit deshalb noch keine hinreichende Erfahrung vorliegen könne.

Die Revision verweist auf das Schreiben des Prof. Dr. Sch[REDACTED] vom 8. Januar 1965, wonach dieser eine solche Untersuchung durchzuführen vermöge. Hierauf kommt es jedoch nicht an, denn das Berufungsgericht stellt nur in zweiter Linie darauf ab, daß die Zuverlässigkeit des Röntgenverfahrens noch nicht erwiesen sei. In erster Linie hat es den Antrag mit der Begründung abgelehnt, daß es diese Beweiserhebung nicht für geboten erachte. Das lag im Rahmen seines pflichtgemäßen tatrichterlichen Ermessens.

Das Berufungsgericht durfte ferner dem Gutachten des Sachverständigen P[REDACTED] den Vorzug geben gegenüber dem Gutachten des Staatlichen Materialprüfungsamts, das, wie das Berufungsgericht ihm zutreffend entnimmt, die Härte der Mörtelproben nicht auf Grund exakter Untersuchungen, sondern allein nach der Erfahrung beurteilt hat und zu keinem eindeutigen Ergebnis gelangt ist. Das Berufungsgericht hat das Gutachten des Sachverständigen P[REDACTED] eingehend gewürdigt. Daß es ihm zur Gewinnung seiner Überzeugung genügt hat, kann rechtlich nicht beanstandet werden.

II. Die Kalksandsteine

Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob die von der Klägerin für das Kellermauerwerk verwendeten Kalksandsteine die geforderte Festigkeit von 150 kg/cm^2 haben oder im Durchschnitt nur die vom Staatlichen Materialprüfungsamt ermittelte mittlere Festigkeit von 123 kg/cm^2 aufweisen.

Auch dann müsse die Beklagte, so führt es aus, den für das Mauerwerk vereinbarten Preis zahlen, weil die Klägerin insoweit nicht eigenmächtig vom Vertrag abgewichen sei (§ 2 Ziff. 7 VOB (B)). Die Beklagte behaupte selbst nicht, daß die Klägerin vorsätzlich weichere Steine verbaut habe. Ihr falle aber auch insoweit keine Fahrlässigkeit zur Last, denn sie habe den Steinen eine geringere Festigkeit nicht ansehen können; Druckproben habe sie nicht anstellen müssen.

Auf das, was die Revision hiergegen vorbringt, kommt es nicht an, denn der Sachvortrag der Beklagten ist nicht nach § 2 Ziff. 7 VOB (B) zu beurteilen. Diese Bestimmung setzt voraus, daß andere als die vertragsmäßigen Leistungen erbracht worden sind. Was die Beklagte geltend macht, sind Sachmängel, insbesondere das Fehlen zugesicherter Eigenschaften der Kalksteine. Daß sie hieraus zumindest wegen Verjährung ihrer Ansprüche keine Rechte mehr geltend machen kann, wird unter III ausgeführt.

III. Schadensersatzansprüche

Einen aufrechenbaren Schadensersatzanspruch der Beklagten wegen schlechten Mauerwerks hält das Berufungsgericht nicht für gegeben oder für verjährt.

1.) Rechtzeitig gerügt habe die Beklagte nur die Beschaffenheit des Mörtels, den die Klägerin vor der Frostperiode für das Kellermauerwerk verwendet habe. Dieser Rüge sei aber der Boden entzogen. Die Hinterwand des Kellers habe die Klägerin nach dem Frost abgerissen und unter Verwendung einwandfreien Mörtels neu aufgebaut. Im übrigen Mauerwerk habe sie die Mörtelfugen ausgekratzt und mit verlängertem Zementmörtel neu verfügt. Eine zu geringe Druck-

festigkeit der Mauersteine habe die Beklagte erst nach Ablauf der Verjährungsfrist behauptet.

2.) Daß die Beklagte, wie die Revision ausführt, "von vornherein schlechtes Mauerwerk" gerügt habe, ist nicht ersichtlich; die Revision weist einen dahingehenden Vortrag nicht nach. Die Beklagte hat vielmehr ausweislich des Tatbestands des landgerichtlichen Urteils vom 2. März 1959 (S 5/6) nur Verwendung schlechten Mörtels und eine "exzentrische" Errichtung der Hintermauer gerügt. Diese Mängel sind behoben. Folgeschäden aus der Verwendung ungenügenden Mörtels und zu wenig druckfester Steine sind, wie das Berufungsgericht feststellt (BU S. 22, 23), nicht eingetreten und nicht zu erwarten. Soweit aber die Beklagte aus der Verwendung schlechter Steine einen in einem merkantilen Minderwert bestehenden Schaden geltend macht, ist dem Berufungsgericht beizupflichten, daß eine mangelhafte Druckfestigkeit der Steine vor Ablauf der Verjährungsfrist eigens hätte gerügt werden müssen (§§ 639, 479 BGB).

3.) Ein Schadensersatzanspruch steht der Beklagten nach Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht etwa deshalb zu, weil die Klägerin nicht das gesamte Kellermauerwerk, sondern, abgesehen von der Hinterwand, nur den Mörtel in den Fugen erneuert hat. Das Berufungsgericht stellt fest, die Beklagte habe das gewußt und gebilligt.

Daß die Beklagte hiervon unterrichtet war, ergibt der Brief der Klägerin vom 5. Mai 1956 an sie. Hierauf stellt das Berufungsgericht zutreffend ab. Ein Einverständnis ihres Architekten mit dieser Bauweise braucht die Beklagte nicht etwa, wie die Revision meint, deshalb nicht gegen sich gelten zu lassen, weil der Architekt und

die Klägerin ihr als Gesamtschuldner haften. Eine Haftung der Klägerin entfällt, wenn der, wie das Berufungsgericht feststellt, insoweit bevollmächtigte Architekt die Bauweise der Klägerin gebilligt hat.

Den im ersten Berufungsverfahren gestellten Antrag (Schriftsatz vom 2. Juni 1960 (S. 7)), den Architekten darüber zu vernehmen, daß er dieser Bauweise nicht zugestimmt habe, hat die Beklagte im zweiten Berufungsverfahren nicht wiederholt. Hierauf brauchte das Berufungsgericht deshalb nicht einzugehen; insoweit gilt der in BGHZ 35, 103, 106 ausgesprochene Grundsatz auch hier.

Zudem hat das Berufungsgericht darauf abgestellt, wie das Verhalten des Architekten von der Klägerin objektiv zu verstehen war, der bei seinen Besuchen auf der Baustelle sah, daß die Klägerin nur die Hinterwand erneuerte. Daneben brauchte es keinen Beweis über die Behauptung der Beklagten zu erheben, der Architekt habe dieser Bauweise nicht ausdrücklich zugestimmt.

4.) In Anbetracht der beiden Schreiben der Klägerin vom 5. Mai 1956 an die Beklagte und an deren Architekten und der Besuche des Architekten auf der Baustelle, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler ein arglistiges Verhalten der Klägerin verneint. Es hat deshalb mit Recht auf die sich aus den Bestimmungen der VOB (B) § 13 Ziff. 3 ergebende 2-jährige Verjährungsfrist abgestellt.

5) In dem von der Revision angeführten Schriftsatz der Beklagten vom 2. Juni 1960 (S. 7) ist, wie das Berufungsgericht zutreffend hervorhebt, nicht vorgetragen, an welchen Stellen des Gebäudes Mörtel der Gruppe III

hätte verwendet werden sollen und wo dies dem zuwider unterblieben ist. Mit Recht vermißt daher das Berufungsgericht eine ausreichende Substantiierung dieses Einwandes der Beklagten. Diese hat auch, entgegen der Behauptung der Revision, keinen Beweis dafür angetreten, daß an keiner Stelle Mörtel der Gruppe III verwendet wurde. Unter diesen Umständen ist die Ansicht des Berufungsgerichts rechtlich nicht zu beanstanden, die Beklagte habe nichts dafür vorgetragen, daß die Klägerin die Nichtverwendung von Mörtel der Gruppe III arglistig verschwiegen habe. Die von der Revision als übergangen gerügten Beweiserbieten in den auf S. 12 der Revisionsbegründung angeführten Schriftsätzen ergeben nicht die Voraussetzungen eines arglistigen Verschweigens. Desgleichen fehlt der erforderliche Sachvortrag für einen selbständigen Garantievertrag über die Verwendung von Mörtel der Gruppe III, den auch das Berufungsgericht (BU S. 23) vermißt.

6.) Die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs wegen positiver Vertragsverletzung hält das Berufungsgericht nicht für dargetan (BU S. 23). Der Schriftsatz der Beklagten vom 24. Mai 1963 (S. 5 ff), auf den die Revision verweist, ergibt hierfür nichts. Eine durch minderwertigen Mörtel oder Steine von geringer Druckfestigkeit bedingte Wertminderung des Gebäudes haftet dem Werk selbst an und ist allein nach den Regeln der Gewährleistung zu beurteilen, für die in jedem Fall die kurze Verjährungsfrist des § 13 Ziff. 4 VOB (B) gilt.

7.) Aus den Vorschriften des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 367 Nr. 15 StGB, auf die die Revision verweist, kann die Beklagte gegen die Klägerin keine Schadensersatzansprüche herleiten (BGHZ 39, 366; LM § 823 (Bb) 7).

B. Der Mietausfall

Hierzu stellt das Berufungsgericht fest:

Der Frost sei Ende Februar oder Anfang März 1956 zu Ende gewesen. Danach habe noch einige Tage gewartet werden müssen bis die Erde frostfrei war. In der Nacht vom 4. zum 5. März 1956 sei jedoch als Folge des Frostes ein Wasserrohr gebrochen und die Baustelle habe bis zum 26. März 1956 unter Wasser gestanden. Am 7. April 1956 habe das Gutachten des Sachverständigen Sch. [REDACTED] über die Einwirkungen von Frost und Wasser auf den Baugrund unter den Fundamenten vorgelegen. Alsdann habe die Klägerin die Baustelle neu eingerichtet. Am 19. April 1956 habe sie mit dem Abbruch der unterspült gewesenen Fundamente begonnen und diese bis zum 2. Mai 1956 wieder hergestellt; anschließend habe in vollem Umfang weitergebaut werden können.

Daß die Klägerin bei dieser Gelegenheit auch die "exzentrisch" auf das Fundament aufgesetzte Hinterwand abbrach, erforderte nach Ansicht des Berufungsgerichts einen geringen Arbeitsaufwand. Es hält für zweifelhaft, ob die Klägerin die Fundamente hätte nennenswert schneller fertig stellen können, wenn die Hinterwand stehen geblieben wäre. Aber selbst wenn man mit dem Sachverständigen P. [REDACTED] eine Verzögerung von 8 Tagen annehme, habe die Beklagte, so führt das Berufungsgericht weiter aus, keinen Mietausfall erlitten, denn auf die üblichen Einzugstermine der Mieter zum 1. oder 15. eines Monats hätte die Verzögerung keinen Einfluß gehabt. Außerdem aber müsse nach dem ersten Revisionsurteil des erkennenden Senats in dieser Sache (VII ZR 174/60 vom 29. Juni 1961 (S. 6)) die Zeit zwischen dem Beginn der Arbeiten Anfang Januar und der Erteilung des Bauscheins nach dem 22. Februar 1956

außer Betracht bleiben, weil die Beklagte vor Erteilung der Baugenehmigung gegen die Klägerin keinen Anspruch auf Ausführung der Bauarbeiten gehabt habe. Damals habe die Klägerin aber einen Baufortschritt von mehr als 8 Tagen erzielt, auch wenn man berücksichtige, daß die Mittelfundamente und die Hinterwand später erneuert werden mußten. Die Voraussetzungen des § 4 Ziff. 7 VOB (B), unter denen eine Haftung der Klägerin wegen entgangenen Gewinns, als den sich Mietausfälle darstellten, allein in Frage komme, habe die Beklagte nicht dargetan.

Demnach will das Berufungsgericht nicht, wie die Revision meint, die Norm des § 4 Ziff. 7 durch § 6 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) ausräumen. Das Berufungsgericht geht vielmehr zutreffend davon aus, daß unter den Voraussetzungen des § 4 Ziff. 7 VOB (B) der Auftragnehmer für den vollen Schaden, also auch für Mietausfall haftet.

Es hält jedoch mit Recht die Voraussetzungen des § 4 Ziff. 7 VOB (B) nicht für dargetan. Für einen Anspruch auf Ersatz von Verzugsschaden wäre erforderlich, daß der Schaden auf eine mangelhafte oder vertragswidrige Leistung zurückzuführen wäre. Daran fehlt es noch. Selbst wenn die Klägerin, was das Berufungsgericht dahingestellt läßt, den Rohrbruch zu vertreten hätte, so liegt darin doch keine mangelhafte oder vertragswidrige Leistung im Sinne des § 4 Ziff. 7 VOB (B), vielmehr liegt der Fall einer Behinderung der Ausführung im Sinne des § 6 VOB (B) vor, und alsdann ist die Haftung für einen entgangenen Gewinn durch Ziff. 5 Abs. 2 dieser Bestimmung ausgeschlossen (BGHZ 48, 78). Zwar fällt die "exzentrische" Erstellung der hinteren Kellermauer, für sich allein, unter § 4 Ziff. 7 VOB (B). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist jedoch hierdurch der Beklagten

bei der gegebenen Sachlage kein Schaden erwachsen. Die dagegen vorgebrachten Revisionsrügen enthalten lediglich unzulässige Ausführungen tatsächlicher Art.

C. Minderwert der Giebelwand des Hofgebäudes

Die Klägerin mußte diese Wand unmittelbar gegen die Mauer des Nachbargebäudes setzen und konnte sie deshalb außen nicht einwandfrei verfugen. Das Berufungsgericht sieht darin mit dem Sachverständigen P. nur einen unvermeidbaren Schönheitsfehler, der den Wert des Gebäudes nicht mindere und zudem dadurch behoben sei, daß der Nachbar nach Beseitigung seiner Mauer die Wand später auf seine Kosten mit Zementmörtel verputzt habe. Danach stehe der Beklagten der wegen der Giebelwand zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzanspruch nicht zu.

Es kann dahingestellt bleiben, ob es der Klägerin zugute kommt, daß der Nachbar auf seine Kosten die Wand verputzt hat. Wegen der Mauer des Nachbargebäudes konnte die Klägerin die Giebelwand nicht von außen verfugen; insofern trifft sie hinsichtlich eines sich möglicherweise daraus ergebenden Minderwerts des Gebäudes kein Verschulden. Daß ihr durch die Verwendung sog. Klamotten ein Schaden entstanden ist, hat die Beklagte nicht dargelegt.

V. Zinsen

Das Berufungsgericht hat der Klägerin 8 % Zinsen auf die Hauptforderung zuerkannt, weil sie nachgewiesenermaßen seit 1956 einen Bankkredit von mehr als 15.000 DM zu 8 % Jahreszinsen in Anspruch genommen habe. Ob die Klägerin aus betriebswirtschaftlichen Gründen auf anderen Konten ein Guthaben unterhalte, hält das Berufungsgericht für

unerheblich. Entscheidend sei, daß sie mit dem von der Beklagten geschuldeten Betrag entsprechende Kreditkosten hätte sparen können.

Die Revision will aus § 254 Abs. 2 BGB herleiten, die Klägerin habe, um ihren Schaden so klein wie möglich zu halten, ihre Guthaben zur Abdeckung des Schuldkontos verwenden müssen.

Darin kann ihr nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, daß die Beklagte Guthaben nicht nachgewiesen hat, hat sie auch nichts dafür vorgetragen, daß die Inanspruchnahme des Bankkredits durch die Klägerin unter Berücksichtigung ihrer betriebswirtschaftlichen Interessen vermeidbar und unsachgemäß war. Dies hat das Berufungsgericht zutreffend dargelegt.

D. Die Widerklage

Da der Beklagten, wie oben unter A III ausgeführt, kein Schadensersatzanspruch wegen schlechten Mauerwerks gegen die Klägerin zusteht, er in jedem Fall aber verjährt ist, ist auch die Abweisung der Widerklage gerechtfertigt.

Nach § 97 ZPO hat die Beklagte die Kosten ihrer unbegründeten Revision zu tragen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Finke