

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2202 002

Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B
§ 13 Nr. 3, § 4 Nr. 3

Der Unternehmer, der die schriftliche Mitteilung unterlassen hat, ist dadurch allein noch nicht gehindert, sich gegenüber einem Schadensersatzanspruch des Bauherrn wegen Mängel der Bausache auf dessen mitwirkendes Verschulden (§ 254 BGB) zu berufen.

BGH, Urt. v. 23. Juni 1960 - VII ZR 71/59 OLG Düsseldorf
LG Krefeld

Verkündet
am 23. Juni 1960
Woitscheck
Justiz-Obersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Hermann N [REDACTED], Bauunternehmung, K [REDACTED],
U [REDACTED]straße [REDACTED], Inhaber Walter N [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Gottfried D [REDACTED], Siebdruck-(Filmdruck-)
Schablonen, K [REDACTED], U [REDACTED]straße [REDACTED]/[REDACTED], Inhaber
Gottfried D [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 23. Juni 1960 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Rietschel, Dr. Heimann-Trosien, Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düssel-
dorf vom 6. Februar 1959 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat der Beklagten für die Erd-, Maurer- und Betonarbeiten an einer Werkstatt 29 680,15 DM berechnet. Die Beklagte hat 12 000 DM bezahlt. Von der restlichen Forderung hat die Klägerin einen Teilbetrag von 12 000 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. U.a. hat sie mit Schadensersatzansprüchen wegen Mängeln am Bauwerk aufgerechnet, die die Klageforderung übersteigen sollen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht sie abgewiesen. Mit ihrer Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält eine restliche Werklohnforderung der Klägerin von 16 400,59 DM und einen Schadensersatzanspruch der Beklagten in Höhe von 22 660,65 DM für begründet; demgemäß hat es die Klage abgewiesen.

II.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht sei irrtümlich von 17 650,15 DM statt von 17 680,15 DM als Schlußbetrag der Rechnung der Klägerin ausgegangen. Sie wendet sich ferner gegen den Schadensersatzanspruch der Beklagten, soweit ihn das Berufungsgericht wegen Mängeln an der Betondecke und dem Estrich (17 140,01 DM) und wegen schlechten Fugenmörtels (800 DM) bejaht.



1.) Die erste Rüge ist unberechtigt. Schon dem landgerichtlichen Urteil (S.2) ist zu entnehmen, daß die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 13. Dezember 1956 (S.4) ihre Forderung wegen nicht lot- und fluchtgerecht gemauerten Mauerwerks über den Fensterläden um 30 DM ermäßigt hat.

2.) a) Gestützt auf das Gutachten des Sachverständigen L. [REDACTED] stellt das Berufungsgericht fest, daß für den Beton der Decke zu feinkörniger Kies verwendet und das Mischungsverhältnis nicht fachgerecht ist. Der auf der Betondecke aufgetragene Estrich ist fast wie Schworobeton ausgeführt und isoliert deshalb unzureichend gegen Wärme. Daß die Baumaterialien nicht im richtigen Verhältnis verwendet sind, beruht nach der von der Revision nicht angegriffenen Ansicht des Berufungsgerichts auf grober Fahrlässigkeit der Klägerin oder ihrer Leute.

Das Berufungsgericht meint, eine Fristsetzung zur Behebung der Mängel der Decke und des Estrichs erübrige sich, da die Klägerin noch im Rechtsstreit ihre Verantwortlichkeit bestritten habe (§ 634 Abs.2 BGB). Gemäß § 13 Ziff.7 der von den Parteien dem Vertragsverhältnis zugrunde gelegten Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B, habe die Klägerin der Beklagten den sich aus den Mängeln ergebenden Schaden zu ersetzen, ihr also die Kosten für die Herstellung einer Decke und eines Estrichs, wie sie vertraglich vereinbart seien, zu zahlen. Von ihrer Verpflichtung könne die Klägerin gemäß § 242 BGB nur freigestellt werden, wenn eine Ausbesserung vollauf genüge, um dem mißbilligen Werk rechtlich seine vertragsmäßige Beschaffenheit zu verleihen. Neben der Neuherstellung gebe es nach dem Sachverständigengutachten noch die Möglichkeit, die Decke mit Forestaplaten abzudecken. Damit könne aber nur verhindert werden, daß die Decke weiter ausfriere und noch stärker nach unten durchhänge. Der Deckenbeton und der Estrich blieben aber weiter schlecht. Aus der mangelhaften Stabilität und Haltbarkeit entstehende Folgen könnten

durch Porestapplatten nicht ausgeschaltet worden. Das Abdecken mit Porestapplatten stelle daher nur eine Notlösung dar, die den vertraglich vereinbarten Voraussetzungen nicht entspreche und mit der der Beklagten nicht gedient sei.

b) Die Revision führt zur Aufhebung des Urteils.

aa) Nach den von der Klägerin nicht angegriffenen Messungen des Sachverständigen Sch[REDACTED] hat sich die Decke über der Dunkelkammer bis zu 9,3 cm, über dem Packraum bis zu 6,5 cm durchgebogen. Daß die Decke eine mangelnde Stabilität und Haltbarkeit besitzt, hat das Berufungsgericht dem Gutachten des Sachverständigen Linder entnommen. Zwar hält dieser Sachverständige einen Abbruch der Betondecke aus konstruktiven und statischen Gründen für nicht erforderlich. Der Sachverständige betont jedoch, daß die Decke nicht eine Auffüllung mit Estrich in der erforderlichen Beschaffenheit zu tragen vermag. Das meint das Berufungsgericht, wenn es von der mangelnden Stabilität und Haltbarkeit der Decke spricht.

bb) Daß der Mangel der Betondecke wesentlich ist und deren Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt, sagt das Berufungsgericht im angefochtenen Urteil nicht ausdrücklich. Einen so schwerwiegenden, nach § 13 Ziff. 7 VOB eine Schadensersatzpflicht der Klägerin begründenden Mangel hält es aber offensichtlich für gegeben. Das ist auch unbedenklich, da die Decke eine Estrichschicht, wie sie als Wärmeisolierung erforderlich ist, nicht zu tragen vermag. Für den Mangel des Estrichs gilt das gleiche, denn der Estrich erfüllt nicht seine Aufgabe als Wärmeisolierung. Dabei ist hier, was die Revision verkennt, unter dem Estrich nicht nur die oberste dünne Feinschicht, auf der die Dachpappe aufgeklebt wird, sondern auch die darunter befindliche Auffüllung aus Bimsbeton zu verstehen.

cc) Das Berufungsgericht folgt dem Gutachten L[REDACTED], wonach, um einen einwandfreien baulichen Zustand zu er-

reichen, die Decke abgebrochen und erneuert werden muß. Es erachtet es nach Treu und Glauben für die Beklagte als unzumutbar, sich mit der mangelhaften Decke und Porestapplatten abzufinden.

Die Erwägung des Berufungsgerichts, daß bei Anbringung von Porestapplatten der Mangel selbst bestehen bleibe beruht nicht, wie die Revision meint, auf einem Denkfehler. Behoben werden könnten nach dem Sachverständigengutachten nur die unmittelbaren Auswirkungen des Mangels.

dd) Daß das Durchhängen der Decke auf einer vom Statiker unrichtig berechneten Armierung beruhe, hat die Klägerin in den Vorinstanzen nicht behauptet.

ec) Ob das Durchhängen der Decke weitere Ursachen als das schlechte Mischungsverhältnis von Kies und Zement hat, hält das Berufungsgericht für unerheblich. Es ist aber auf die von der Klägerin eingeräumte Tatsache, daß die Betondecke schon nach 14 Tagen ausgeschalt wurde, eingegangen. Dem von der Klägerin behaupteten Umstand, daß ihr Polier o dem Drängen der Beklagten auf Fertigstellung der Werkstatt entsprochen habe, hat es keine die Klägerin entlastende Bedeutung beigemessen. Die Klägerin wäre, so meint es, bei Befolgung einer dahingehenden Anordnung der Beklagten von der Gewährleistung für sich daraus ergebende Mängel nur frei gewesen, wenn sie die Beklagte schriftlich auf die zu befürchtenden Folgen hingewiesen hätte (§ 13 Ziff.3, § 4 Ziff.3 VOB (B)). Mündlich vorgebrachte Einwände ihres Poliers hätten sie nicht befreit.

Diesen Ausführungen kann nicht beigetreten werden.

Zwar wird nach § 13 Ziff.3 der Unternehmer von der Gewährleistung für einen Mangel frei, der auf eine Anordnung des Auftraggebers zurückzuführen ist, sofern er gemäß § 4 Ziffer 3 den Auftraggeber schriftlich darauf hingewie-

sen hat, daß bei Durchführung der Anordnung mit der Entstehung dieses Mangels zu rechnen sei. Daraus ergibt sich aber nicht, daß der Unternehmer, wenn er den schriftlichen Hinweis unterlassen hat, für den Mangel unter allen Umständen und in vollem Umfange einzustehen hätte.

Die Bestimmungen in § 4 Ziff.3 und § 13 Ziff.3 gehen von dem allgemeinen Grundsatz aus, daß den Unternehmer nach Treu und Glauben die Pflicht trifft, den Besteller nach Möglichkeit vor Schaden zu bewahren. Er darf deshalb Anweisungen des Bestellers nicht blindlings befolgen; vielmehr muß er, wenn hierdurch Schäden oder Mängel entstehen können, den Besteller auf die möglichen Folgen hinweisen (vgl. RG WarnRspr 1919 Nr.96; BGH LM Nr.1 zu § 633 BGB). Diese Hinweispflicht des Bauunternehmers ist in § 4 Ziff.3 VOB (B) noch verstärkt; er hat seine Bedenken dem Bauherrn sogar schriftlich mitzuteilen, wodurch sie ein besonderes Gewicht erhalten sollen. Unterläßt der Unternehmer die schriftliche Mitteilung, so verletzt er seinen Vertrag. Andererseits wird er völlig frei, wenn er sie erstattet, der Bauherr aber auf seiner Anweisung gleichwohl besteht (vgl. § 4 Ziff.3 a.E.).

Damit ist jedoch nicht auch umgekehrt gesagt, daß der Unternehmer, der die schriftliche Warnung unterlassen hat, nun alle Folgen der verfehlten Anordnung des Bauherrn immer und allein zu tragen habe. Hierfür gelten vielmehr die allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts. Namentlich bleibt die Möglichkeit, daß der Unternehmer sich gegenüber einem Schadensersatzanspruch des Bauherrn (§ 13 Ziff.7 VOB) auf dessen mitwirkendes Verschulden nach § 254 BGB berufen kann. Dies gilt vor allem dann, wenn er den Bauherrn wenigstens mündlich eindeutig belehrt hat.

Hat, wie die Klägerin behauptet und das Berufungsgericht auf Grund der Zeugenaussage des Poliers P. als richtig unterstellt, dieser den Inhaber der Beklagten eindeutig und nachhaltig über die Folgen einer verfrühten

Ausschaltung belehrt, hat der Inhaber der Beklagten trotzdem hierauf bestanden und gar erklärt, daß er selbst für die sich daraus ergebenden Folgen aufkommen werde, so bleibt nach alledem zu prüfen, in welchem Umfang die Beklagte die sich aus der verfehlten bautechnischen Maßnahme des Poliers der Klägerin ergebenden Folgen selbst zu tragen hat.

ff) Gerechtfertigt ist auch die Rüge der Revision, dem angefochtenen Urteil sei nicht zu entnehmen, warum das Berufungsgericht eine Erneuerung der ganzen Betondecke für erforderlich hält. Die Decke hängt nur in der Dunkelkammer und im Packraum durch. Das sind zwar nach den dem Gutachten Sch. beigefügten Zeichnungen die beiden größten Räume der Werkstatt, jedoch machen sie nur etwa deren vierten Teil aus; zudem liegen sie nicht nebeneinander, sondern sind durch andere Räume getrennt, über denen die Decke nicht durchhängt. Der Sachverständige L. hat auch nur festgestellt, daß der Beton der Decken teilweise, also möglicherweise nur in den genannten beiden Räumen nicht das richtige Mischungsverhältnis aufweist. Daß und warum etwa über sämtlichen Räumen die Betondecken erneuert werden müssen, sagen der Sachverständige und auch das Berufungsgericht nicht. Es bleibt desher zu prüfen, ob Teile der Betondecke erneuert werden können und ob die verhältnismäßig kleinen, nicht durchhängenden Deckenflächen über den übrigen Räumen das Gewicht einer Estrichschicht, wie sie vertraglich vorgesehen ist, zu tragen vermögen. Das kann insbesondere dann der Fall sein wenn die zahlreichen Zwischenwände der Werkstatt tragende Wände sind.

3.) In einem Teil der Wände ist der Fugenmörtel schlecht. Die Parteien haben sich bei einer Ortsbesichtigung dahin geeinigt, daß $\frac{3}{5}$ der Fugen der Giebelwände und $\frac{3}{4}$ der Fugen der Dunkelkammerwand diesen Mangel aufweise

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß der Eile wegen in den Räumen Koksöfen aufgestellt worden seien, um die nassen Wände schneller zu trocknen, greift nicht durch. Es ist beim Hausbau vielfach üblich, die noch feuchten Wände mittels Koksöfen zu trocknen. Wieso dieses Austrocknen unsachgemäß geschehen sei, wovon in dem von der Klägerin vorgelegten Gutachten des Dr.Ing. Schl. - Pa. beiläufig die Rede ist, hat die Klägerin weder dargelegt noch unter Beweis gestellt.

4.) Die Kosten einer neuen Betondecke und eines neuen Estrichs hat das Berufungsgericht mit 17 140,01 DM angenommen. Die Entscheidung, ob und zu welchem Betrag die Klägerin mit ihrer vom Berufungsgericht in Höhe von 16 400,59 DM für begründet erachteten Werklohnforderung durchdringt, hängt somit davon ab, welcher Schadensbetrag für die Betondecke und den Estrich davon abzusetzen ist. Deshalb und zur Prüfung eines Mitverschuldens der Beklagten war das angefochtene Urteil in vollem Umfange aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, zugleich über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Erbel

Dr.Vogt