

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

094

VOB B § 13 Nr. 3, § 4 Nr. 3; BGB § 254 Ea

Führt ein Auftragnehmer den fehlerhaften Plan eines Architekten aus, obwohl er genau erkennt, daß der Planungsfehler mit Sicherheit zu einem Mangel des Bauwerks führen muß, und ohne den Auftraggeber selbst vorher darauf hingewiesen zu haben, so kann er sich nach Treu und Glauben gegenüber dem Auftraggeber auf ein mitwirkendes Verschulden des Architekten als Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers (§§ 254, 278 BGB) nicht berufen.

BGH, Urt. v. 18. Januar 1973 - VII ZR 88/70 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 88/70

URTEIL

Verkündet am
18. Januar 1973
Horn,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Bauunternehmers Hermann B [REDACTED] ,
F [REDACTED] , F [REDACTED]-H [REDACTED]-Straße [REDACTED] ,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

2. des Architekten Hans Karl M [REDACTED] , K [REDACTED] ,
Q [REDACTED]straße [REDACTED] ,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Freiherr von [REDACTED] -

Beklagte, Berufungskläger und
Revisionskläger,

gegen

1. Direktor Heinrich G [REDACTED] , K [REDACTED] ,
E [REDACTED]straße [REDACTED] ,

2. a) Diplom-Volkswirt Gerhard Z [REDACTED] , K [REDACTED] ,
K [REDACTED]straße [REDACTED] ,

b) dessen Ehefrau Liselotte Z [REDACTED] , K [REDACTED] ,
E [REDACTED]straße [REDACTED] ,

3. Dipl.-Ing. Berthold L [REDACTED] , K [REDACTED] ,
E [REDACTED]straße [REDACTED] ,

Kläger, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Januar 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Erbel, Schmidt, Meise und Dr. Recken

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Beklagten gegen das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 17. März 1970 werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens haben die Beklagten als Gesamtschuldner zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die "Arbeitsgemeinschaft Dr. R. [REDACTED], G. [REDACTED]" ließ auf ihren Grundstücken in K. [REDACTED], E. [REDACTED]-straße, drei Bungalows errichten. Der Beklagte Ba. [REDACTED] führte die Rohbauarbeiten aus, dem beklagten Architekten Me. [REDACTED] oblag die Bauplanung und Bauaufsicht.

Die Kläger, und zwar die Eheleute Z. [REDACTED] gemeinsam, haben von der Arbeitsgemeinschaft je eines der Häuser gekauft. Die Arbeitsgemeinschaft hat den Klägern ihre Mängelansprüche gegen die beiden Beklagten abgetreten.



An allen Häusern sind die verklinkerten Mauern durchfeuchtet. Die Kläger haben behauptet, der Beklagte Me[REDACTED] habe die Mauern falsch geplant und die Arbeiten des Beklagten Ba[REDACTED] nicht hinreichend überwacht; der Beklagte Ba[REDACTED] habe Ausschußklinker geliefert, sie auch mangelhaft vermauert und verfugt.

Die Kläger, die Eheleute Z[REDACTED] gemeinsam, haben mit der Klage von beiden Beklagten als Gesamtschuldnern die Zahlung von je 10.000 DM verlangt. Außerdem haben sie die Feststellung begehrt, daß die Beklagten als Gesamtschuldner für alle ihnen aus der Anbringung von Ausschußklinkern an den genannten Häusern entstandenen und entstehenden Schaden haften.

Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt. Das Oberlandesgericht hat ihre Berufungen zurückgewiesen. Mit ihren Revisionen, um deren Zurückweisung die Kläger bitten, erstreben die Beklagten die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

Das vom Beklagten Me[REDACTED] 24 cm stark geplante Mauerwerk bestand aus einer Reihe Vollziegel und einer davor gesetzten Reihe gleichgroßer Hochlochverbblendklinker, mittels derer eine architektonische Sichtfläche geschaffen werden sollte. Der Beklagte Ba[REDACTED] hat die Vollziegel und die Lochklinker in einem Arbeitsgang vermauert, und zwar nicht abwechselnd längs- und quer liegend (sog.

regelmäßiger Verband), sondern alle Steine längs liegend (sog. unregelmäßiger Verband). Zwei längs liegende je 11,5 cm breite Steine ergaben zusammen mit der dazwischen befindlichen Mörtelfuge das Rohbaumaß der Wandstärke von 24 cm. Laut Pos. 22 und 49 des Leistungsverzeichnisses war das Mauerwerk "in erstklassiger Arbeit vollfugig herzustellen". Die Klinker wurden erst verfugt, nachdem die Häuser im Rohbau erstellt waren.

II.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Feuchtigkeit in den Häusern der Kläger ihre Ursache in der mangelnden Wetterfestigkeit der 24 cm starken Ziegelsichtmauern hat.

1. Die von Ba[REDACTED] verwendeten Klinker wiesen schon bei der Anlieferung erkennbare Brennrisse und Brandflecken auf. Ba[REDACTED] hat die Klinker auch mangelhaft verfugt. Der dafür verwendete Mörtel nimmt zuviel Wasser auf. Wegen dieser mangelhaften Leistungen bejaht das Berufungsgericht die Schadensersatzpflicht des Beklagten Ba[REDACTED] aus § 635 BGB.

2. Die Planung des Beklagten Me[REDACTED] hält das Berufungsgericht deshalb für fehlerhaft, weil er ein nur 24 cm starkes Sichtmauerwerk ohne besondere Schutzmaßnahmen gegen Schlagregeneinwirkung vorgesehen hat. Me[REDACTED] habe auch die Bauführung mangelhaft ausgeübt. Angesichts der von ihm gewählten geringen Wandstärke hätte er besonders sorgfältig auf die Verwendung völlig rissefreier Steine und einer absolut dichten und wasser-

abweisenden Verfügung achten müssen. Wegen fehlerhafter Planung und ungenügender Bauaufsicht hält das Berufungsgericht den Beklagten Me[REDACTED] ebenfalls nach § 635 BGB für schadensersatzpflichtig und zwar gesamtschuldnerisch mit dem Beklagten Ba[REDACTED].

III.

Die Revision des Beklagten Metzler erweist sich als unbegründet.

1. Er verweist auf seine in der Berufungsbegründung durch Sachverständigengutachten unter Beweis gestellte Behauptung, "daß ein 24 cm dickes Ziegelmauerwerk bei sorgfältiger Ausführung ausreichenden Schutz gegen Feuchtigkeit bietet". Hiervon geht jedoch das Berufungsgericht aus. Es hält die Planung gerade deshalb für fehlerhaft, weil der Beklagte keine besonders sorgfältige Ausführung der nur 24 cm stark geplanten Mauern vorgesehen hat. Er hätte besondere wasserdämmende Maßnahmen, nämlich in der Sichtfläche die Verwendung nur unbeschädigter und rissefreier Ziegel und eine absolut dichte und wasserabweisende Verfugung vorschreiben müssen. Der Hinweis in Pos. 22 des Leistungsverzeichnisses, das Ziegelsteinmauerwerk sei "in erstklassiger Arbeit vollfugig herzustellen" genüge dafür ebensowenig wie die Angaben in Pos. 49. Pos. 22 bezog sich nur auf ein ausschließlich aus Vollziegeln zu errichtendes 24 cm starkes Mauerwerk. Die Positionen 22 und 49 zusammen genommen betrafen zwar das Mauerwerk aus Vollziegeln und davor gesetzten Klinkern. Aber auch aus ihnen ergab sich nicht, daß zwecks Erreichung des erforderlichen Schutzes gegen Feuchtigkeit in Anbetracht der geringen

Mauerstärke nur rissefreie Ziegel verwendet werden durften und diese absolut dicht und wasserabweisend zu verfugen waren.

2. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat der Beklagte seine Planungsfehler auch zu vertreten, jedenfalls habe er nicht den Nachweis erbracht, daß er ohne Verschulden habe annehmen dürfen, die von ihm geplante Ausführung der Außenmauern, nämlich ohne besondere Wasserdämmung, entspreche den zu stellenden Anforderungen.

Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß der Beklagte seine Behauptung, ihn treffe an dem - objektiv feststehenden - Planungsfehler kein Verschulden, beweisen muß (BGHZ 48, 310, 312). Seinem Ergebnis, der Beklagte habe diesen Beweis nicht erbracht, liegt kein erkennbarer Verfahrensfehler zugrunde.

a) Der Beklagte hat insoweit durch Sachverständigen-gutachten unter Beweis gestellt, zur Zeit der Planung der Häuser im Jahre 1964 sei es noch nicht allgemein bekannt gewesen, daß 24 cm starkes Ziegelsichtmauerwerk für die Schlagwetterseite unzureichend sei. Hierzu verweist das Berufungsgericht auf das im Jahre 1964 erschienene "Technische Handbuch" des Fachverbandes der Ziegel-industrie, auf das sich der Beklagte vor dem Landgericht selbst berufen hat, wonach an hoch beanspruchten Wetter-seiten bei Waddicken bis 36,5 cm für die Sichtfläche nur rissefreie Klinker verarbeitet werden dürfen und diese absolut dicht und wasserabweisend verfugt werden müssen.

b) Wenn im Jahrbuch 1967/68 des Fachverbandes nochmals Empfehlungen gleichen Inhalts enthalten sind, so beweist das nicht, daß sie vorher nicht bekannt waren.

c) Darüber, ob im Jahre 1964 "allgemein bekannt" war, daß 24 cm starkes Ziegelmauerwerk für die Wetterseite unzureichend ist, brauchte das Berufungsgericht kein weiteres Sachverständigengutachten einzuholen. Im Gutachten des Sachverständigen Hammerath heißt es, dieser in Fachkreisen allgemein bekannten Tatsache sei bei der Planung nicht Rechnung getragen worden. Es spricht nichts dafür, daß der Sachverständige dabei nicht auf das Wissen der Fachkreise zur Zeit der Planung abgestellt hat. In einem "Technischen Handbuch" finden zudem in der Regel schon vorhandene Erkenntnisse ihren Niederschlag.

3. Dem Vorwurf, beim Verfugen der Klinker nicht darauf geachtet zu haben, daß der Mörtel richtig zusammengesetzt wurde, kann der Beklagte Me[REDACTED] nicht entgegen halten, das sei Sache des Bauunternehmers gewesen. Wie oben zu III, 1 ausgeführt, liegt insoweit bereits ein Planungsfehler des Beklagten vor, der wegen der geringen Mauerstärke die Verwendung geeigneten Verfugmörtels hätte vorsehen müssen.

4. Die weiteren vom Beklagten Me[REDACTED] erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und ebenfalls für unbegründet erachtet (Art. I Nr. 4 des EntlG.).

5. Somit hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler die Schadensersatzpflicht des Beklagten Me[REDACTED] wegen Planungsfehler und ungenügender Bauaufsicht gemäß § 635 BGB bejaht.

IV.

1. Auch der Beklagte Ba[REDACTED] greift mit seiner Revision die Feststellung im angefochtenen Urteil an, daß die Klinker schon bei der Anlieferung erkennbare Brennrisse und Brandflecken aufwiesen. Insoweit decken sich seine Rügen im wesentlichen mit denen des Beklagten Metzler, die - wie bereits ausgeführt - unbegründet sind.

2. Der Beklagte Ba[REDACTED] wendet sich ferner gegen die Feststellung im angefochtenen Urteil, daß die Klinker mangelhaft verfugt sind und daß der dafür verwendete Mörtel zu viel Wasser aufnimmt, was zur Durchfeuchtung des nur 24 cm starken Mauerwerks führt. Er rügt, das Berufungsgericht habe seinen Sachvortrag in der Berufungsbegründung nicht ausreichend gewürdigt. Dort hat sich der Beklagte gegen die Ansicht des Sachverständigen Hammerath gewandt, der Mörtel sei nicht richtig verarbeitet worden.

Das Berufungsgericht läßt jedoch ausdrücklich dahingestellt, ob der Verfugmörtel richtig zusammengesetzt und zu trocken oder zu naß verarbeitet wurde, auch ob die Art der Verfugung die richtige war. Der Beklagte muß, so führt es aus, dafür, daß der Verfugmörtel "sandig rieselt", auch dann einstehen, wenn dies, wie der Beklagte behauptete, auf zu starker Durchnässung infolge Regens beruhe, denn er habe die bearbeiteten Flächen gegen Regen schützen können.

Diese Erwägung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Es erscheint selbstverständlich, daß der Beklagte bei Regen, wenn dadurch verfugte Stellen beeinträchtigt werden konnten, nicht weiter arbeiten durfte, bereits verfugte Stellen gegen Regen schützen mußte und, wenn

sie durch Regen schon beeinträchtigt waren, nachzubessern hatte. Das Berufungsgericht verweist hierzu auf § 8 des Bauvertrags, wonach Witterungsschäden kostenlos zu beseitigen sind.

3. Das Berufungsgericht bejaht die Haftung des Beklagten Ba[REDACTED] wegen seiner mangelhaften Werkleistung aus § 635 BGB. Anspruchsgrundlage ist jedoch § 13 Nr. 7 VOB (B); denn in § 16 des Bauvertrags des Beklagten mit der Bauherrin ist die Geltung der VOB vereinbart. Nur die Gewährleistungsfrist soll sich laut § 11 nach den Bestimmungen des BGB richten. Für die Entscheidung des Berufungsgerichts ist es jedoch ohne Bedeutung, welche der beiden Bestimmungen die Anspruchsgrundlage abgibt. Die Rüge des Beklagten Ba[REDACTED], es hätte ihm Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben werden müssen, ist jedenfalls nicht gerechtfertigt. Er hat die Nachbesserung abgelehnt.

4. Der Beklagte Ba[REDACTED] verteidigt sich weiter damit, er habe das Mauerwerk so ausgeführt wie vom Beklagten Me[REDACTED] geplant. 24 cm starkes Ziegelmauerwerk könne überhaupt nur dann Wittereinwirkungen standhalten, wenn Spezialklinker mit Spezialmörtel im regelmäßigen Verband verbaut würden. Hierauf habe er die bei Me[REDACTED] angestellten Bauführer W[REDACTED] und Wa[REDACTED] im Büro Me[REDACTED] - allerdings ohne Erfolg - hingewiesen.

Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß sich der Beklagte mit diesem Sachvortrag nicht von seiner Schadensersatzpflicht befreien kann.

Zwar gehen aus einer fehlerhaften Planung des Architekten sich ergebende Mängel des Bauwerks grundsätzlich allein zu Lasten des Auftraggebers, denn die für die Ausführung des Bauwerks erforderlichen Unterlagen hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer zur Verfügung zu stellen (§ 3 Nr. 1 VOB (B)). Demgemäß ist der Auftragnehmer nach § 13 Nr. 3 VOB (B) von der Gewährleistung für Mängel frei, die auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnung des Auftraggebers zurückzuführen sind, außer wenn er die ihm nach § 4 Nr. 3 VOB (B) obliegende Mitteilung über die zu befürchtenden Mängel unterlassen hat. § 4 Nr. 3 sagt hierzu, daß der Auftragnehmer seine Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung dem Auftraggeber unverzüglich - möglichst schon vor Beginn der Arbeiten - schriftlich mitzuteilen hat. Nach dem vom Berufungsgericht als wahr unterstellten Vortrag des Beklagten Ba[REDACTED] hat dieser jedoch seine Bedenken der Arbeitsgemeinschaft und Me[REDACTED] überhaupt nicht mitgeteilt. Dessen beiden Angestellten hat er sie nur mündlich unterbreitet. Mangels der in § 4 Nr. 3 VOB (B) vorgeschriebenen schriftlichen Mitteilung ist der Beklagte Ba[REDACTED] daher hier nicht gemäß § 13 Nr. 3 VOB (B) von der Gewährleistung für die auf Planungsfehler Me[REDACTED] beruhenden Mängel frei.

5. Das Fehlen der schriftlichen Mitteilung würde allerdings noch nicht ausschließen, daß Ba[REDACTED] sich gemäß §§ 254, 278 BGB auf mitwirkendes Verschulden des Architekten berufen könnte.

Das käme insbesondere dann in Betracht, wenn er den Auftraggeber auf die Bedenken gegen die Planung Me[REDACTED] ausreichend mündlich hingewiesen hätte (vgl. die Urteile

des Senats NJW 1960, 1813 Nr. 9; vom 22. März 1962
- VII ZR 255/60 - = LM Nr. 2 zu § 4 VOB (B) und vom
4. März 1971 - VII ZR 204/69 - = WM 1971, 682, 685;
Ingenstau/Korbion VOB 6. Aufl. B § 4 Rdn. 104a).

a) Die Revision macht geltend, Me[REDACTED] sei als Mitglied der Arbeitsgemeinschaft selbst Auftraggeber gewesen. Darauf kommt es schon deshalb nicht an, weil die Mitteilung gar nicht an Me[REDACTED] selbst gelangt ist und weil dessen Angestellte We[REDACTED] und Wa[REDACTED] nur seine Erfüllungsgehilfen als Architekt, nicht aber in seiner Eigenschaft als Auftraggeber waren.

b) Der Auftragnehmer genügt allerdings im allgemeinen seiner Mitteilungspflicht, wenn er seine Bedenken zwar nicht dem Auftraggeber selbst, aber dessen Architekten mitteilt; denn dieser vertritt in den die technischen Angelegenheiten betreffenden Dingen den Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer. Anders ist es aber, wenn es sich um Fehler handelt, die der Architekt begangen hat. Hier genügt es nicht, wenn der Auftragnehmer seine Bedenken dem Architekten oder dessen Erfüllungsgehilfen mitteilt; er muß sich vielmehr, insbesondere dann, wenn der Architekt sich seinen Bedenken verschließt, an den Auftraggeber selbst wenden (BGH NJW 1969, 653, 655, in BGHZ 51, 275 insoweit nicht abgedruckt; Ingenstau/Korbion VOB 6. Aufl. B § 4 Rdn. 105a). Daran fehlt es hier.

c) Das würde für sich allein allerdings noch nicht genügen, um dem Beklagten Ba[REDACTED] die Berufung auf den Planungsfehler des Architekten Me[REDACTED] unter dem

Gesichtspunkt des mitwirkenden Verschuldens (§§ 254, 278 BGB) schlechthin zu versagen. Es kommt aber hier hinzu, daß, wie der Beklagte Ba[REDACTED] selbst vorträgt, er schon vor Beginn seiner Arbeiten genau wußte, daß die nach dem Plan des Architekten Me[REDACTED] vorgesehene Ausführung der Außenmauern mit Sicherheit zu mangelhaften Bauten führen mußte. Das hat er in der Revisionsverhandlung noch besonders betont.

Somit hat der Beklagte Ba[REDACTED] nach dem Plan des Architekten Me[REDACTED] gearbeitet, obwohl er von vornherein genau wußte, daß sich bei dieser Bauweise im Mauerwerk Feuchtigkeit bilden mußte; und er hat, obwohl er erkannt hatte, daß die Angestellten des Architekten sich seinen mündlichen Einwendungen verschlossen, nicht die Auftraggeberin selbst auf seine Bedenken gegen diese Planung hingewiesen. Bei dieser Sachlage darf er sich den Klägern gegenüber nicht auf die fehlerhafte Planung des Beklagten Me[REDACTED] als dessen mitwirkendes Verschulden berufen. Das würde Treu und Glauben widersprechen (§ 242 BGB).

6. Daraus, daß der Beklagte Me[REDACTED] die Bauaufsicht mangelhaft geführt hat, kann der Beklagte Ba[REDACTED] kein zu Lasten der Kläger gehendes mitwirkendes Verschulden herleiten. Das Berufungsgericht führt zutreffend aus, daß der Architekt mit der Ausübung der Bauaufsicht nicht eine dem Bauherrn gegenüber dem Bauunternehmer obliegende Pflicht erfüllt; der Bauunternehmer kann vom Bauherrn nicht verlangen, daß dieser ihn bei den Bauarbeiten überwacht oder überwachen läßt (vgl. Urteile des Senats vom 14. Juni 1962 - VII ZR 250/60 - = BB 1962, 903; vom 22. April 1965 - VII ZR 237/62 -; OLG Stuttgart VersR 1970, 531).

7. Der Beklagte Ba[REDACTED] hat erstmals in seiner Revisionsbegründung geltend gemacht, er habe einen Beitrag zur Bauwesenversicherung geleistet, die Auftraggeberin müsse wegen der Frostschäden an den Klinkern und den Auswaschungen in den Fugen die Versicherung in Anspruch nehmen. Dieser neue Vortrag ist nach § 561 ZPO unbeachtlich.

V.

Die Revisionen beider Beklagten erweisen sich somit als unbegründet.

Nach §§ 97, 100 ZPO fallen die Kosten des Revisionsverfahrens den Beklagten als Gesamtschuldnern zur Last.

Vogt

Erbel

Schmidt

Meise

Recken