

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 91/67

URTEIL

Verkündet am

26. Juni 1969
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bauunternehmers Philipp Arthur K [REDACTED]
in D [REDACTED], F [REDACTED] Str. [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers,
Anschlußberufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

Frau Gertrud S [REDACTED] geb. Sc [REDACTED] in H [REDACTED],
F [REDACTED] Str. [REDACTED]

Beklagte, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juni 1969 unter Mitwirkung der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Hubert Meyer, Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main - 12. Zivilsenat in Darmstadt - vom 2. März 1967 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision trägt der Kläger.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ließ 1958/59 ihr Wohnhaus in Heusenstamm aufstocken. Die Maurer- Beton- und Stahlbetonarbeiten übertrug sie dem Kläger. Die Bestimmungen der VOB (B) wurden dem Vertrag zugrunde gelegt.

Anfang 1959 bemängelte die Beklagte die Güte des für die Decke über dem Erdgeschoß verwendeten Betons. Am 9. Februar 1959 gab das Kreisbauamt in Offenbach der Beklagten auf, eine den bautechnischen Bestimmungen entsprechende Decke einbauen zu lassen. Darauf ließ die Beklagte die Firma B. [REDACTED] die vom Kläger hergestellte Betondecke entfernen und eine neue herstellen.

Der Kläger hat einen Teilbetrag von 5.000 DM nebst Zinsen seiner restlichen Werklohnforderung eingeklagt. Die Beklagte hat verschiedene Beträge seiner Rechnung bestritten. Mit ihrer Forderung auf Ersatz der Kosten der Mängelbeseitigung hat sie aufgerechnet. Deren darüber hinausgehenden Betrag sowie den ihr durch die mangelhafte Ausführung der Decke entstandenen Schaden hat sie im Gesamtbetrag von 21.363,69 DM nebst Zinsen mit der Widerklage geltend gemacht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und auf die Widerklage den Kläger zur Zahlung von 15.024,80 DM nebst Zinsen verurteilt; die weitergehende Widerklage hat es abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat der Widerklage nur in Höhe von 13.175,79 DM nebst Zinsen stattgegeben und im übrigen die Berufungen beider Parteien zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Kläger die Verurteilung der Beklagten gemäß seinem Klagantrag und die Abweisung der Widerklage, soweit das Oberlandesgericht ihr stattgegeben hat.

Entscheidungsgründe:

I.

Während des Rechtsstreits hat Max S., der geschiedene Ehemann der Beklagten, am 14. Dezember 1964 in deren Namen mit dem Kläger einen außergerichtlichen Vergleich dahin geschlossen, daß zum Ausgleich aller



Ansprüche der Kläger der Beklagten 3.800 DM zahlen und die Kosten des Rechtsstreits übernehmen sollte.

Durch die Bekundung des Ehemanns hält das Berufungsgericht für erwiesen, daß dieser zum Abschluß des Vergleichs keine Vollmacht hatte. Hierzu weist es darauf hin, daß auch der Prozeßbevollmächtigte des Klägers bei der Antragstellung zuletzt von der Unwirksamkeit des Vergleichs ausgegangen sei, denn er habe den Antrag im Schriftsatz vom 18. November 1965, die Hauptsache mit Rücksicht auf den außergerichtlichen Vergleich für erledigt zu erklären, fallen gelassen.

Die Angriffe der Revision gegen diese Ausführungen haben keinen Erfolg.

1. Ob S. [REDACTED] wie der Kläger im Schriftsatz vom 19. Januar 1966 (S. 2) vorträgt, keinen Zweifel daran gelassen hat, daß er von seiner Frau bevollmächtigt sei, ist unerheblich. Selbst wenn er das behauptet hätte, könnte der Kläger daraus allein nichts für sich herleiten.

Davon abgesehen ergibt aber auch die Bekundung des Zeugen S. [REDACTED], der das Berufungsgericht folgt, daß dieser dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers, Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED], gesagt hat, er wolle den Vorschlag mit Rechtsanwalt M. [REDACTED] besprechen.

2. In Anbetracht dieser Bekundung des Zeugen mußte das Berufungsgericht nicht den Rechtsanwalt Mo. [REDACTED] zur Behauptung des Klägers vernehmen, S. [REDACTED] sei zu Vergleichsverhandlungen mit den Mietern B. [REDACTED] und V. [REDACTED] von der

Beklagten bevollmächtigt gewesen, oder die Beklagte habe solche Verhandlungen geduldet oder von Scholz mit diesen abgeschlossene Vergleiche anerkannt.

Zudem würde aus einer Bevollmächtigung gegenüber den Mietern nicht folgen, daß S. [REDACTED] auch ermächtigt war, den Rechtsstreit mit dem Kläger über Ansprüche aus der mangelhaften Ausführung der Betondecke durch Vergleich zu erledigen. Eine Duldungsvollmacht könnte der Kläger daraus umso weniger herleiten, als die Beklagte, worauf die Revision hinweist, bei den Verhandlungen ihres Mannes mit den Mietern zugegen war und damit dessen Erklärungen gebilligt hat.

3. Das Berufungsgericht entnimmt der Bekundung des Zeugen Scholz, daß dieser zum Abschluß des Vergleichs vom 14. Dezember 1964 von der Beklagten nicht ermächtigt war. Auf seine zusätzliche Erwägung, auch der Prozeßbevollmächtigte des Klägers sei im Rechtsstreit zuletzt von der Unwirksamkeit des Vergleichs ausgegangen, und die von der Revision hiergegen gerichteten Angriffe kommt es deshalb nicht an.

Diese sind aber auch unbegründet.

a) Daß der Kläger den Antrag vom 18. November 1965, die Hauptsache mit Rücksicht auf den abgeschlossenen Vergleich für erledigt zu erklären, in der letzten mündlichen Verhandlung nicht mehr gestellt hat, ergibt die Sitzungsniederschrift vom 19. Januar 1967, und wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen.

b) Dem Kläger nahezu legen, diesen Antrag in der letzten mündlichen Verhandlung aufrecht zu erhalten (§ 139 ZPO), hatte das Berufungsgericht nach der Vernehmung des Zeugen S. [REDACTED] keinen Anlaß, auch wenn sich der Kläger noch im Schriftsatz vom 19. Januar 1966, auf den die Revision verweist, weiter auf die Wirksamkeit des Vergleichs berufen hatte.

c) Entgegen der Darstellung der Revision hat Rechtsanwalt M. [REDACTED], nachdem er durch Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] mit Schreiben vom 17. Dezember 1964 von dem Vergleich verständigt worden war, am nächsten Tag auf das Fehlen einer Vollmacht der Beklagten hingewiesen; das hat der Kläger selbst im Schriftsatz vom 19. Januar 1966 (S. 3) vorgetragen.

d) Daraus, daß die Beklagte erst im Schriftsatz vom 20. Mai 1965 geltend gemacht hat, der Vergleich sei nicht zustande gekommen, hat der Kläger, soweit ersichtlich, in den Vorinstanzen nichts hergeleitet. Die Revision kann das nicht mehr nachholen.

II.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die von dem Kläger hergestellte Betondecke statt der vereinbarten Güte B 225 nur eine mittlere Druckfestigkeit von 114 kg/cm^2 besaß und damit nicht einmal die geringste für Bauteile aus Stahlbeton zulässige Betongüte aufwies.

Es gelangt zu dem Ergebnis, daß die Beklagte gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) befugt gewesen sei, den Mangel auf Kosten des Klägers abstellen zu lassen, und zwar ohne daß sie ihm zuvor eine Frist zur Behebung des Mangels hätte stellen müssen. Eine vorherige befristete Aufforderung hierzu sei entbehrlich gewesen, weil der Kläger das Vertrauen der Beklagten in eine ordnungsgemäße Durchführung der Arbeiten schwer erschüttert habe. Schon mit Schreiben vom 9. Januar 1959 habe die Beklagte dem Kläger das Gutachten Bilek übersandt, wonach drei Betonproben nur eine Druckfestigkeit von 105 cm^2 , 86 cm^2 und 71 kg/cm^2 aufwiesen. Dem Kläger sei ferner seit der Mitteilung der Beklagten vom 5. Januar 1959 bekannt gewesen, daß das Kreisbauamt dieserhalb die Fortführung der Arbeiten vorläufig untersagt habe. Er sei nicht befugt gewesen, wie er es mit Schreiben vom 16. Januar 1959 getan habe, die Mängelbeseitigung von der Leistung einer weiteren Abschlagszahlung abhängig zu machen. Die Beklagte habe ihn aber trotz der Absage vom 16. Januar 1959 mit Schreiben vom 6. Februar 1959 unter Fristsetzung bis 11. Februar 1959 gefragt, ob er bereit und in der Lage sei, die Decke abzubrechen und sie ordnungsgemäß zu erneuern. Hierauf habe der Kläger erst mit Schreiben vom 13. Februar 1959 geantwortet, er sei selbstverständlich bereit, wenn ein Fehler vorliege, für diesen einzustehen und die Sache in Ordnung zu bringen. Dieses Schreiben sei nichtssagend und der Lage völlig unangemessen gewesen. Hinzugekommen seien die Bedenken gegen die Eignung des Klägers als Bauunternehmer. Nach Ablauf der bis zum 11. Februar 1959 gesetzten Frist sei die Beklagte demnach befugt gewesen, gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) vorzugehen, ohne daß sie dem Kläger zuvor Gelegenheit zur Behebung des Mangels habe geben müssen.

Die Angriffe der Revision gegen diese Ausführungen sind unbegründet.

1. Das Berufungsgericht hat das Schreiben des Klägers vom 16. Januar 1959 (nicht 11.1.59, wie die Revision schreibt) berücksichtigt (BU S. 9). Auf die darin enthaltene Aufforderung, ihm das Beton- und Prüfungszeugnis der Firma Holzmann AG und die statische Berechnung des Ingenieurs Türck vom 23. Dezember 1958 zu übersenden, brauchte es jedoch nicht abzustellen, denn die Beklagte hat den Kläger in ihrem Schreiben vom 6. Februar 1959 auf das Gutachten der Hessischen Landesprüfstelle für Baustatik vom 4. Februar 1959 verwiesen, das er beim Bauamt oder bei ihr einsehen könne. Auch hat sie ihm anheim gestellt, sich unverzüglich mit dem Bauamt in Verbindung zu setzen, das ihn bereits am 14. Januar 1959 über die Gründe der vorläufigen Bausperre schriftlich unterrichtet hatte (BU S. 8).

2. Auch das Gutachten Bilok hatte die Beklagte, was die Revision übersieht, dem Kläger bereits mit Schreiben vom 9. Januar 1959 übersandt.

3. Nachdem die Beklagte den Kläger im Schreiben vom 6. Februar 1959 unter Fristsetzung bis 11. Februar 1959 zur Äußerung aufgefordert hatte, ob er die erforderlichen Abbruch- und Erneuerungsarbeiten durchzuführen bereit und in der Lage sei, hätte der Kläger hierzu innerhalb dieser angemessenen Frist Stellung nehmen müssen. Ohne von der Möglichkeit, das Gutachten der Landesprüfstelle beim Bauamt oder der Beklagten einzusehen, Gebrauch zu machen, hat er jedoch erst am 13. Februar 1959, also nach Ablauf

der ihm gesetzten Äußerungsfrist der Beklagten geschrieben, ein Gutachten der Landesprüfstelle sei ihm nicht zugegangen. Seine zusätzliche Erklärung, er sei, wenn ein Fehler vorliege, bereit, dafür einzustehen, nur müsse er erst einmal wissen, um was es sich überhaupt handele, konnte das Berufungsgericht in Anbetracht des ihm übersandten Gutachten Bilek und der ihm angebotenen Einsicht in das Gutachten der Landesprüfstelle als der Lage völlig unangemessen bewerten.

4. Die Beklagte hat erst am 14. Februar 1959, also nach Ablauf der von ihr dem Kläger gesetzten Erklärungsfrist den Abbruch und die Erneuerung der Betondecke in Auftrag gegeben. Das ergeben die Rechnungen der Firma B[REDACTED]. Hierüber brauchte das Berufungsgericht keinen Beweis zu erheben.

5. Das Berufungsgericht hat zu den einander widersprechenden Behauptungen der Parteien, für den von der Beklagten dem Kläger im Dezember 1958 gegebenen Scheck über 5.000 DM sei keine Deckung vorhanden gewesen, und die Beklagte habe die Einlösung wegen ihrer Beanstandungen verhindert, keine Feststellung getroffen. Es geht mit Recht von der Weigerung des Klägers im Schreiben vom 16. Januar 1959 aus, überhaupt noch irgendwelche Arbeiten auszuführen, bevor seine Bezahlung sichergestellt sei, denn in diesem Zeitpunkt kannte der Kläger das Gutachten Bilek und die Anordnung des Bauamts, die Arbeiten vorläufig einzustellen. Unter Hinweis hierauf hatte die Beklagte sich in dem Schreiben vom 9. Januar 1959 geweigert, weitere Abzahlungen (auf die Zwischenrechnung des Klägers vom 23. Dezember 1958) zu leisten.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Kläger habe im Hinblick auf der Beklagten zustehende Gegenforderungen die Ausführung von Nachbesserungsarbeiten nicht von weiteren Zahlungen abhängig machen dürfen, begegnet keinen rechtlichen Bedenken, denn die Zwischenrechnung vom 12. Dezember 1958 enthielt unter Pos. 17 ff bereits die Kosten der Betondecke.

6. Aus der von der Revision angeführten, in NJW 1967, 389 veröffentlichten Entscheidung des erkennenden Senats ist nichts zugunsten des Klägers herzuleiten. Nach Ansicht des Berufungsgerichts brauchte die Beklagte dem Kläger keine Frist zur Behebung der Mängel zu setzen weniger wegen der mangelhaften Ausführung der Betondecke als im Hinblick auf dessen Verhalten nach Aufdeckung ihrer ungenügenden Tragfähigkeit. Seine Feststellung, hierdurch sei das Vertrauen der Beklagten zum Kläger erschüttert worden, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Obwohl nach der Verwaltungsanordnung des Bauamts vom 9. Februar 1959 Einsturzgefahr bestand, hat der Kläger nichts getan, diesen Zustand alsbald zu beseitigen. Die ihm von der Beklagten bis zum 11. Februar 1959 gesetzte Frist war auch nicht, wie die Revision meint, etwa deshalb zu kurz bemessen, weil erst durch die Verwaltungsanordnung vom 9. Februar 1959 die Durchführung der Bauarbeiten freigegeben worden war. Denn die Beklagte hat von ihm innerhalb dieser Frist nicht etwa die Inangriffnahme der Nachbesserungsarbeiten, sondern lediglich die Erklärung verlangt, ob er bereit und in der Lage sei, den Mangel zu beheben.

III.

Am Schluß des Gutachtens der Hessischen Landesprüfstelle für Baustatik vom 4. Februar 1959 heißt es: "Die vorhandene Deckenplatte kann bestenfalls als Zwischenteil für eine völlig neue, selbst ausreichende tragfähige Deckenkonstruktion dienen". Der Kläger hat hieraus gefolgert, die von ihm ausgeführte Decke habe ohne nennenswerte Mehrkosten abgeändert werden können; dadurch wären 8.942 DM erspart worden.

Das Berufungsgericht folgt dem Gutachten des Sachverständigen Rettig vom 14. Mai 1962, wonach die Decke weder die verlangte Druckfestigkeit, noch den erforderlichen Zementgehalt und die nötige Dichte besaß und abgebrochen werden mußte.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht, wie vom Kläger in der Berufungsbegründung S. 12. beantragt, ein Obergutachten darüber eingeholt, daß die Decke als Schalung für die neue Decke hätte verwendet werden können.

Damit hat sie keinen Erfolg.

1. Den Gedanken, die mangelhaft ausgeführte Decke als Schalung für die neue zu verwenden, hat der Kläger selbst erst im Rechtsstreit geäußert. Ob die mangelhafte Decke als Schalung hätte verwendet werden können, kann dahinstehen. Jedenfalls spricht nichts dafür, daß diese Verwendungsmöglichkeit, wenn sie überhaupt bestand, für einen Fachmann nahe lag. Es wäre Sache des

Klägers gewesen, vor Inangriffnahme der ihm von der Beklagten im Schreiben vom 6. Februar 1959 angekündigten Nachbesserungsarbeiten auf diese Verwendungsmöglichkeit hinzuweisen.

2. Das Berufungsgericht konnte aber auch dem eingehend begründeten Gutachten des Sachverständigen Rettig vom 14. Mai 1962 entnehmen, daß die mangelhafte Decke nicht zu verwenden war, sondern entfernt werden mußte. Ein Obergutachten einzuholen war es nicht verpflichtet (§ 412 Abs. 1 ZPO).

IV.

Das Berufungsgericht bejaht die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 13 Nr. 7 Abs. 1 und 2 VOB (B). Hiergegen wendet sich die Revision an sich nicht. Es ist jedoch zweifelhaft, ob der Kläger bereits alle nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen erbracht oder die Beklagte etwa die Decke bereits als Teilleistung abgenommen hatte, als sich die Mängel zeigten. Falls die Decke schon während der Ausführung der vom Kläger übernommenen Arbeiten als mangelhaft erkannt worden ist, richtet sich der Anspruch des Beklagten nach §§ 4 Nr. 7, 8 Nr. 3 VOB (B). (BGHZ 50, 160; BGH JZ 1969, 386). Dessen Voraussetzungen sind aber ebenfalls gegeben und deshalb sind in beiden Fällen die vom Berufungsgericht der Beklagten zugesprochenen Beträge gerechtfertigt.

1. Hinsichtlich des vom Berufungsgericht bejahten Anspruchs der Beklagten auf Ersatz des an den Bauingenieur Eilbrecht für die statische Berechnung der neuen Decke

gezahlten Honorars von 950 DM rügt die Revision zu Unrecht, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Klägers im Schriftsatz vom 12. Februar 1964 (S. 14) nicht berücksichtigt. Eine Eilbrechtdecke, für die die statische Berechnung kostenlos mitgeliefert worden wäre, ist nicht eingebaut worden. Für die Herstellung der neuen Decke hatte das Bauamt in der Verwaltungsanordnung vom 9. Februar 1959 die Vorlage einer prüfungsfähigen statischen Berechnung verlangt.

2. Der Architekt L. [REDACTED] hat für die Bauleitung bei der Neuherstellung der Betondecke ein Honorar von 1.425 DM berechnet. Er hat hierauf von der Beklagten 1.000 DM erhalten.

a) Dem Beweisantrag des Klägers, den Architekten darüber zu vernehmen, daß die Beklagte den Restbetrag nicht mehr zahlen werde, brauchte das Berufungsgericht nicht stattzugeben, denn ob er von der Beklagten noch den Restbetrag erhält, kann der Architekt nicht wissen. Daß er etwa der Beklagten die Restforderung erlassen habe, hat der Kläger nicht durch ihn unter Beweis gestellt.

Daß die Beklagte den Restbetrag dem Architekten noch nicht gezahlt hat, steht der Verurteilung des Klägers auch in dieser Höhe nicht entgegen (BGHZ 47, 272).

b) Dem Antrag des Klägers, der Beklagten die Vorlage ihres Schriftwechsels mit dem Architekten Leonhardt aufzugeben, brauchte das Berufungsgericht nicht stattzugeben, weil die vorzulegenden Urkunden nicht genau bezeichnet waren (§ 424 Nr. 1 ZPO).

V.

Für Schweißarbeiten hat das Berufungsgericht der Beklagten eine Gegenforderung von 322,15 DM zuerkannt. Zu Unrecht rügt die Revision, daß die Beklagte hierfür nur 300 DM verlangt habe. Im Schriftsatz vom 1. Februar 1960 waren weitere Beträge von 6,40 DM und 15,75 DM geltend gemacht.

VI.

Das Berufungsgericht nimmt an, daß die Beklagte infolge der Stilllegung des Baues im Winter erheblich mehr Öl für die Beheizung des bewohnten Erdgeschosses benötigt hat. Es schätzt, gestützt auf das Gutachten Burkert, den Mehrverbrauch auf $\frac{3}{5}$ von insgesamt 4.000 l.

1. Bei der Rüge, der Sachverständige Burkert habe gegenüber dem Berufungsgericht den Mehrverbrauch nur mit 50 % angesetzt, verkennt die Revision die Ausführungen im Gutachten und auch im angefochtenen Urteil. Der vom Sachverständigen angenommene Mehrverbrauch von 50 % ergibt die Menge von ca. 4.000 l. Das Berufungsgericht ist also unter dieser Menge geblieben, indem es nur $\frac{3}{5}$ von 4.000 l als Mehrverbrauch annimmt.

2. Der Beweisantrag des Klägers im Schriftsatz vom 12. Februar 1964, den Mieter B. darüber zu vernehmen, daß die Beklagte auch vorher nicht genügend geheizt habe, enthielt keine genügend bestimmte Angaben. Ihm brauchte das Berufungsgericht deshalb nicht stattzugeben.

VII.

Der Beklagten ist, so stellt das Berufungsgericht fest, durch die vom Kläger zu vertretende spätere Bezugsfertigkeit der neu geschaffenen Wohnungen ein Mietausfall von 3 Monaten entstanden. Die Wohnung im Obergeschoß links war ab 1. März 1959 für monatlich 120 DM an die Eheleute Sch[REDACTED] vermietet. Die Behauptung der Beklagten, diese Wohnung habe erst am 24. August 1959 bezogen werden können, hat das Berufungsgericht für glaubhaft gehalten. Es geht deshalb von 360 DM Mietausfall aus.

1. Demgegenüber ist es unerheblich, ob, wie die Beklagte behauptet hat, der Mieter Sch[REDACTED] mit dem Mieter B[REDACTED] die Wohnung getauscht und B[REDACTED] das Obergeschoß, Sch[REDACTED] dagegen das Erdgeschoß bezogen hat. Die Feststellung, daß die zum 1. März 1959 vermietete Wohnung im Obergeschoß links erst am 24. August 1959 bezogen werden konnte, wird dadurch nicht berührt.

2. Die Behauptung der Beklagten, diese Wohnung habe erst am 24. August 1959 bezogen werden können, hält das Berufungsgericht für glaubhaft. Damit hat es sich nicht, wie die Revision meint, mit einer Glaubhaftmachung i.S. des § 294 ZPO begnügt, vielmehr hält es die Angabe der Beklagten, weil es ihr glaubt, für bewiesen.

VIII.

Nach § 97 ZPO hat der Kläger die Kosten seiner unbegründeten Revision zu tragen.

Rietschel

Erbel

Meyer

Finke

Schmidt