

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 98/69

Verkündet am:
5. Juli 1971
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juli 1971 unter Mitwirkung der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Finke, Schmidt und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 27. Januar 1969 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte hat im Jahre 1961 der Klägerin ein Lagerhaus für pharmazeutische Artikel geplant. Das Dach wurde aus einer Vollasbestzementendeckung mit Corblanit-Isolierung ausgeführt. Im Winter 1961/62 bildete sich an den Isolierplatten Schwitzwasser, das bei Kälte trotz nachträglich eingebauter Entlüfter auch während der folgenden Jahre immer wieder auftrat und auf die Lagerbestände tropfte.

Die Klägerin führt die Schwitzwasserbildung auf eine für die Lagerung pharmazeutischer Erzeugnisse nicht geeignete Dachkonstruktion zurück. Der Beklagte habe sie zumindest auf die gegen die gewählte Konstruktion sprechenden Bedenken hinweisen müssen. Sie hat den

- 3 -

Beklagten auf Zahlung von 4.220 DM nebst Zinsen verklagt und die Feststellung begehrt, daß der Beklagte ihr auch durch die mangelhafte Dachausführung entstehende künftige Schäden zu ersetzen habe. Hilfsweise hat sie beantragt, den Beklagten zur Rückzahlung eines dem minderwert seiner Leistung entsprechenden, in das Ermessen des Gerichts gestellten Betrag seines Honorars zu verurteilen.

Der Beklagte hat seinen Klageabweisungsantrag damit begründet, daß die gewünschte Dachkonstruktion den Kenntnissen und Erfahrungen der Baufachleute zur damaligen Zeit entsprochen habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Berufungsverfahrens, an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit seiner Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Aktivlegitimation der Klägerin bejaht das Berufungsgericht. Zwar habe ihr Ehemann die Verhandlungen mit dem Beklagten geführt. Der Beklagte habe aber gewußt, daß die Klägerin als Bauherrin auftreten solle.



Demgemäß habe er sie in den Bauplänen als Bauherrn aufgeführt und in ihrem Namen die Firma S [REDACTED] mit der Ausführung des Daches beauftragt.

Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Sie verweist auf den Schriftsatz der Klägerin vom 13. Januar 1969, wonach ursprünglich deren Ehemann als Bauherr habe auftreten wollen. Die Revision verkennt jedoch nicht, daß die Klägerin hinzufügte, man habe bereits vor Einreichung der Pläne diese Absicht fallen lassen und sie selbst sei Bauherr gewesen.

2. Es stand der Klägerin und ihrem Ehemann frei, wer von ihnen "Bauherr" sein wollte. Daß die Klägerin tatsächlich als Bauherr aufgetreten ist, zieht die Revision nicht in Zweifel und ergeben die vom Beklagten gefertigten Pläne, die Bauakten, und der Auftrag, den der Beklagte der Firma S [REDACTED] erteilte. Der Beklagte hat auch - wie er selbst vorträgt - seine Honorar-Rechnung der Klägerin erteilt.

3. Es spricht nichts dafür, daß der Ehemann der Klägerin deshalb der Vertragspartner des Beklagten sein sollte, weil beide die Verhandlungen geführt haben, obgleich die Klägerin gegenüber dem Bauamt und den Unternehmern als Bauherr auftrat. Daraus, daß der Ehemann selbständiger Bauunternehmer ist und der dem Beklagten erteilte Planungsauftrag in den Berufskreis des Ehemanns fiel, folgt das nicht. Die Behauptung des Beklagten, die Klägerin und ihr Ehemann hätten Gütertrennung vereinbart, hat die Klägerin bestritten. Der Güterstand ist zudem unerheblich für

die Frage, wer der Vertragspartner des Beklagten geworden ist.

4. Selbst wenn die Klägerin statt ihres Ehemannes nur aus Haftungsgründen als Bauherr aufgetreten ist, so ist nicht einzusehen, warum das nicht auch gegenüber dem Beklagten gelten sollte, der selbst die Klägerin in seinen Plänen und in den den Unternehmern erteilten Aufträgen als Bauherr aufgeführt hat.

5. Der Aktivlegitimation der Klägerin steht auch nicht entgegen, daß nur der Ehemann mit dem Beklagten und den Vertretern der R [REDACTED] und M [REDACTED] GmbH, die das Corblanit vertreibt, verhandelt hat. Der Beklagte wußte, daß die Klägerin der Bauherr sein sollte. Mit der R [REDACTED] und M [REDACTED] GmbH ist kein Vertrag geschlossen worden. Vertragspartner der Klägerin war die mit der Ausführung des Daches beauftragte Firma S [REDACTED]. Mit dieser hat aber der Beklagte den Werkvertrag im Namen der Klägerin abgeschlossen.

6. Daß im Verhandlungstermin vom 7. Dezember 1966 vor dem Landgericht, zu dem das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet war, statt der Klägerin deren Ehemann erschien, bestätigt nicht, wie die Revision meint, daß die Klägerin sich nicht als Partei betrachtet habe. Sachkundig war ihr Ehemann und deshalb war es zweckmäßig, daß dieser den Termin wahrnahm. Zudem hat er im Termin versprochen, Vollmacht der Klägerin nachzureichen.

7. Zutreffend hebt das Berufungsgericht hervor, daß der Beklagte erst im Berufungsverfahren die Aktivlegitimation der Klägerin bestritten hat. Die Klage

wurde im März 1965 erhoben, die Berufung im März 1967 eingelegt. Erst im Schriftsatz vom 18. Dezember 1968 hat er bestritten, daß die Klägerin seine Vertragspartnerin sei. Dabei hat er während des Rechtsstreits wiederholt darauf hingewiesen, daß er stets nur mit dem Ehemann verhandelt habe.

II. Zum Anspruch

1. Das Berufungsgericht stellt fest, daß sich unter dem nach den Plänen des Beklagten ausgeführten Dach Schwitzwasser bildete, das auf die darunter gelagerten pharmazeutischen Artikel tropfte. Die Dampfdiffusion aus dem Rauminnen wurde nicht genügend gebremst, der Raum zwischen den Wellasbestzement-Platten und der darunter befindlichen Corblanit-Isolierung nicht ausreichend entlüftet.

Das Architektenwerk der Beklagten war somit fehlerhaft, denn die geplante Ausführung mußte notwendigerweise zu einem Mangel des Bauwerks führen (VII ZR 90/68 vom 22. Oktober 1970).

Insoweit erhebt der Beklagte keine Revisionsrüge.

2. Die Schäden, die die Klägerin ersetzt verlangt, sind keine Mängelschäden, sondern unmittelbar durch die fehlerhafte Planung verursacht. Baumängel sind dann zugleich Mängel des Architektenwerks, wenn sie durch eine - objektiv - mangelhafte Erfüllung der Architektenaufgaben verursacht sind (BGHZ 42, 16). Somit bietet § 635 BGB die Rechtsgrundlage für die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche.

3. Ein Anspruch aus § 635 BGB setzt voraus, daß der Beklagte den Planungsmangel zu vertreten hat. Da der Mangel feststeht, muß er sich entlasten (BGHZ 48, 310).

4. Nach dem vom Landgericht hinzugezogenen Sachverständigen B. [REDACTED] galt die vom Beklagten vorgesehene Dachkonstruktion im Zeitpunkt der Planung auf Grund ihrer damals bekannten Eigenschaften als geeignet und sachentsprechend. Das Berufungsgericht hält jedoch das von ihm eingeholte Gutachten der Bayerischen Landesgewerbeanstalt für überzeugender. Deren Sachverständiger J. [REDACTED] hat ausgeführt, im Jahre 1961 habe ein Architekt über die Bedeutung der Belüftung einer zweischaligen Dachkonstruktion Bescheid wissen und die für eine ausreichende Belüftung geeigneten konstruktiven Maßnahmen kennen müssen. Jedenfalls sei nach dem Stand der Kenntnisse und Erfahrungen des Jahres 1961 eine einigermaßen gesicherte Aussage über die Bewährung der gewählten Dachkonstruktion für vollbeheizbare Räume - um die es hier ging - nicht möglich gewesen.

Das Berufungsgericht sieht das Verschulden des Beklagten darin, daß er die Klägerin nicht darüber aufklärte, welche Faktoren der vorgesehenen Dachkonstruktion sich günstig und welche sich ungünstig auswirken konnten, und daß er sie nicht über die Unsicherheit belehrte, ob die geplante Dachkonstruktion den an eine Lagerhalle für pharmazeutische Waren zu stellenden Anforderungen genügen werde.

Das Berufungsgericht führt weiter aus, der Beklagte behaupte selbst nicht, daß er die Klägerin (bzw. deren Ehemann) belehrt habe. Er mache vielmehr nur geltend, daß

man zur damaligen Zeit die heutigen Erfahrungen noch nicht gehabt habe. Es unterstellt, daß er den Ehemann der Klägerin darauf aufmerksam gemacht hat, beim Fehlen einer Be- und Entlüftung könne unter Umständen Schwitzwasser auftreten. Einen solchen Hinweis hält es nicht für ausreichend, denn bei den späteren Nachbesserungsversuchen habe sich erwiesen, daß mit der Anbringung von Firstentlüftern der Mangel nicht behoben werden konnte. Der Beklagte hätte vielmehr auf die Bedenken hinweisen müssen, ob die gewählte Dachkonstruktion insgesamt und überhaupt ausreichende Sicherheit gegen Schäden bot.

Die hiergegen erhobenen Einwände der Revision sind nicht begründet.

a) Die Ansicht der Revision, der Beklagte habe gegenüber der durch ihren sachkundigen Ehemann vertretenen Klägerin keine Beratungspflicht gehabt, ist unrichtig. Als Bauingenieur mußte der Ehemann nicht die für die Planung eines geeigneten Daches über der Lagerhalle für pharmazeutische Erzeugnisse erforderlichen Kenntnisse besessen haben. Schließlich hat er wohl gerade deshalb sich des Beklagten bedient.

b) Unerheblich ist, ob der Beklagte zunächst zu einer anderen Decke geraten, der Ehemann der Klägerin aber der Corblanitdecke, die billiger war, den Vorzug gegeben hat. Der Beklagte hat nicht dargelegt, daß bei einer anderen Decke bei sonst gleicher Konstruktion kein Schwitzwasser aufgetreten wäre. Auch wurde seine Belehrungspflicht durch die vom Ehemann getroffene Wahl nicht gemindert.

c) Das Berufungsgericht wirft dem Beklagten nicht vor, daß ihm eine geeignete Konstruktion der Decke nicht gelungen ist, sondern nur, daß er die Bedenken, die gegen seine Konstruktion bestanden, nicht erkannt und die Klägerin darüber belehrt hat. Dafür kann es sich auf das Gutachten J. [REDACTED] berufen.

d) Daß das Berufungsgericht das Gutachten J. [REDACTED] für überzeugender hält als das des Sachverständigen B. [REDACTED], ist kein Revisionsgrund. Die entscheidende Frage, ob der Beklagte im Jahre 1961 gegen die von ihm vorgesehene Konstruktion des Daches Bedenken hätte habe müssen, bejaht J. [REDACTED]. Für ihn ist entscheidend, daß man mit der vom Beklagten gewählten Konstruktion damals keine genügende Erfahrung besaß und deshalb meint er, hierauf habe der Beklagte die Klägerin hinweisen müssen. Daß das Berufungsgericht dieser Ansicht des Sachverständigen J. [REDACTED] gefolgt ist, kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden.

e) Die vom Beklagten im Schriftsatz vom 10. September 1966 erwähnte Referenzenliste der R. [REDACTED] und M. [REDACTED] GmbH befindet sich nicht in den Akten. Auf sie könnte es allenfalls auch nur dann ankommen, wenn darin aufgeführte Bauten mit Corblanit-Isolierung dem Lagerhaus für pharmazeutische Erzeugnisse entsprochen hätten. Dafür hat der Beklagte nichts vorgetragen.

f) Der Beklagte hat sich im Schriftsatz vom 18. Dezember 1968 auf eine Ablichtung einer technischen Information der R. [REDACTED] und M. [REDACTED] GmbH vom Mai 1968 berufen, worin ein Bundeswehrrsanitätsdepot und eine Lebensmittelgroßhandlung als Referenzen ge-

nannt sein sollen. Hierauf brauchte das Berufungsgericht schon deshalb nicht einzugehen, weil darin kein beachtlicher Beweisantrag lag (§ 420 ZPO). Zudem hat der Beklagte nicht dargelegt, inwiefern die genannten Bauten mit der Lagerhalle der Klägerin vergleichbare Voraussetzungen für die vom Beklagten gewählte Dachkonstruktion bieten sollen.

g) Wenn man erst später erkannt hat, daß die Querschnitte für die Belüftung größer sein müssen, als man damals annahm, ändert das nichts daran, daß der Beklagte die Lagerhalle für empfindliche Pharmazeutika mit einer nicht erprobten Decke hat versehen lassen.

h) Das Berufungsgericht hat das vom Beklagten beantragte Obergutachten nicht eingeholt, weil kein Anhalt dafür gegeben sei, daß einem weiteren Sachverständigen bessere Erkenntnismöglichkeiten zur Verfügung stehen würden.

Das ist nach § 412 ZPO nicht zu beanstanden.

i) Das Berufungsgericht hat die Ablehnung des Sachverständigen J. [REDACTED] durch den Beklagten in seinem Urteil für unbegründet erklärt. Auf die Frage, ob das Berufungsgericht vor Urteilserlaß über die Ablehnung durch Beschluß hätte entscheiden müssen (LM Nr. 1 und 2 zu § 406 ZPO; BARbG in BB 60, 606) geht die Revision nicht ein. Daß aber kein Revisionsgrund gegeben ist (LM Nr. 3 zu § 404 ZPO), räumt sie selbst ein (Rev. S. 13 (c)). Doch meint sie, die vom Beklagten vorgebrachten Gründe gegen die Unbefangenheit des Sachverständigen hätten dem Berufungsgericht umso mehr Anlaß

zur Einholung eines weiteren Gutachtens geben müssen.

Dem kann nicht beigetreten werden. Die Gründe, die das Berufungsgericht als gegen eine Befangenheit des Sachverständigen sprechend anführt, sind überzeugend. Ein drittes Gutachten brauchte es zudem nicht einzuholen.

5. a) Die Revision meint, der Ehemann der Klägerin habe den Schaden dadurch mitverschuldet, daß er Hinweise der Zeugen Bo [REDACTED] und P [REDACTED] auf die Notwendigkeit, in die Decke eine Entlüftung einzubauen, abgelehnt habe.

Hierauf kommt es nicht an, denn mit der später doch noch eingebauten Entlüftung wurde die Schwitzwasserbildung nicht verhindert.

b) Daß sich aus einer allgemeinen Sachkunde des Ehemannes der Klägerin als Bauingenieur und daraus, daß dieser das billigere Corblanit-Welldach-Isoliersystem gewählt hat, kein Mitverschulden ergibt, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler ausgeführt.

c) Darauf, ob der Ehemann der Klägerin bei späteren Besprechungen mit der R [REDACTED] und M [REDACTED] GmbH deren Angebot, sämtliche Kosten zu übernehmen, abgelehnt hat, geht das Berufungsgericht nicht ein. Das ist nicht zu beanstanden. Die Frage, ob die Klägerin eine Schadensminderungspflicht verletzt hat (§ 254 Abs. 2 BGB), konnte das Berufungsgericht dem Betragsverfahren überlassen. Ein schlüssiger Sachvortrag des Beklagten dafür, daß die R [REDACTED] und M [REDACTED] GmbH bereit gewesen

sei, den ganzen Schaden zu ersetzen, hat die Revision nicht nachgewiesen.

6. Gegen den Erlaß des Grundurteils durch das Berufungsgericht bestehen auch nicht etwa deshalb Bedenken, weil nicht festgestellt ist, wie sich die Klägerin auf den erforderlichen Hinweis des Beklagten hin verhalten hätte. Es war Sache des Beklagten zu behaupten und zu beweisen, die Klägerin würde auch bei Belehrung an dem von ihr gewünschten Dach festgehalten haben (BGH in MDR 1962, 472). Daran fehlt es.

7. Ob die Klägerin den Schaden dadurch vergrößert hat, daß sie das Dach abreißen ließ, ist eine ebenfalls im Betragsverfahren zu prüfende Frage.

III.

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

Rietschel

Erbel

Finke

BR Schmidt ist
infolge Urlaubs
verhindert zu un-
terschreiben.
Rietschel

Girisch