



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VII ZR 392/00

Verkündet am:  
13. September 2001  
Seelinger-Schardt,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: \_\_\_\_\_ nein

VOB/B § 13 Nr. 5 Abs. 2

Zur Beteiligung des Auftraggebers an den Mängelbeseitigungskosten.

BGH, Urteil vom 13. September 2001 - VII ZR 392/00 - OLG Düsseldorf  
LG Düsseldorf

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. September 2001 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Kuffer, Prof. Dr. Kniffka und Bauner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 6. September 2000 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage unter Zurückweisung der Berufung in Höhe von 121.349,81 DM abgewiesen worden ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin macht aus abgetretenem Recht Vorschub auf Mängelbeseitigungskosten, Planungs- und Sachverständigenkosten, hilfsweise Schadensersatz geltend.

Der Kreis N. beauftragte die Firma Josef B. mit Arbeiten am Flachdach eines Schulgebäudes. Die Beklagte ist Rechtsnachfolgerin der Auftragnehmerin. Der Kreis N. hat seine Gewährleistungsansprüche gegen die

Beklagte an die Klägerin abgetreten. Diese hat Klage auf Zahlung von 150.386,16 DM nebst Zinsen mit der Behauptung erhoben, die Leistungen der Beklagten seien mangelhaft. Sie hat 140.374,50 DM Sanierungskosten, 4.036,35 DM Architektenkosten und 5.975,31 DM Gutachterkosten verlangt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 25.000 DM Vorschuß auf die Mängelbeseitigungskosten verurteilt. Im übrigen ist die Berufung der Klägerin zurückgewiesen worden.

Der Senat hat die Revision der Klägerin angenommen, soweit sie ihren weitergehenden Anspruch auf Ersatz von Sanierungskosten (115.374,50 DM) und den Anspruch auf Ersatz der Gutachterkosten weiterverfolgt.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision hat im Umfang der Annahme Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

#### I.

Das Berufungsgericht hält die Beklagte lediglich für verpflichtet, 25.000 DM als Kostenvorschuß wegen der festgestellten Mängel der Dacharbeiten zu zahlen. Die Beklagte müsse für die vom Sachverständigen festgestellten Mängel nur teilweise einstehen. Sie sei verantwortlich für die Verwen-

dung des ungeeigneten Materials und für das mangelhafte Abstreichen der Nähte mit Heißbitumen. Sie sei jedoch nicht verantwortlich dafür, daß die technisch notwendige Abhobelung der Kiespreßschicht nicht durchgeführt worden sei. Zwar ergebe sich aus Pos. 1 des Leistungsverzeichnisses, daß die Kiespreßschicht abzuhobeln sei. Dieser Arbeitsgang sei jedoch nach der glaubhaften Bekundung des Sachbearbeiters beim Hochbauamt, des Zeugen F. , später aus Kostengründen aus dem Auftrag herausgenommen worden. Es könne nicht festgestellt werden, daß der Zeuge F. eigenmächtig gehandelt habe. Nach seiner Aussage habe er Überlegungen des Kreises umgesetzt.

Die Beklagte habe zwar pflichtwidrig nicht darauf hingewiesen, daß der Erfolg der Dachreparatur ohne Abhobeln der Kiespreßschicht dauerhaft gefährdet sein könnte. Jedoch müsse davon ausgegangen werden, daß auch bei einem entsprechenden Hinweis die Leistung aus dem Auftrag herausgenommen worden wäre.

Der Sachverständige habe die Kosten für die Sanierung mit 25.000 DM veranschlagt. Diese Kosten könne die Klägerin verlangen.

Die Kosten des Sachverständigen für die Begutachtung des Daches könne die Klägerin nicht verlangen. Denn die Klägerin habe den Sachverständigen nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung eingesetzt. Der Sachverständige sei unabhängig von der Frage, in welchem Umfang die Klägerin Kosten dieser Sanierung von der Beklagten ersetzt verlangen könne, eingesetzt worden. Er sei bereits beauftragt worden, bevor festgestanden habe, daß die Beklagte nicht in der Lage sein würde, die Mängel zu beheben.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat das Sachverständigengutachten falsch verstanden und deshalb den Vor-schußanspruch zu niedrig bewertet (1.). Es hat zudem den Anspruch auf Er-stattung der Gutachterkosten zu Unrecht verneint (2.).

1. Das Berufungsgericht hat die Kosten der Mängelbeseitigung fehler-haft auf 25.000 DM geschätzt. Aus dem von ihm als Grundlage der Schätzung herangezogenen Gutachten des Sachverständigen A. ergibt sich ein Betrag von mindestens 100.000 DM.

a) Der Sachverständige hat erläutert, daß zwei Sanierungsmaßnahmen in Betracht kommen. Die Abdichtung könne unter Beibehaltung des vorhande-nen Flachdachaufbaus erneuert werden. Es sei jedoch eine geeignete Zwi-schenschicht vorzusehen. Diese Variante entspreche vom Grundsatz her der dem Vertrag zugrunde liegenden Leistungsbeschreibung. Die Kosten dieser Maßnahme betragen netto 100.000 bis 200.000 DM. Die zweite Sanierungs-möglichkeit sei der Abriß des vorhandenen Dachaufbaus und der Neuaufbau einer Wärmedämmung und einer Abdichtung. Die beiden Sanierungsarten un-terschieden sich im wesentlichen dadurch, daß Demontage- und Entsorgungskosten bei der ersten Variante nicht anfielen. Darüber hinaus seien die Kosten für die Wärmedämmung geringer. Die Kostendifferenz der beiden Sanierungs-methoden sei anzunehmen mit netto ca. 25.000 bis 50.000 DM.

b) Das Berufungsgericht durfte danach nicht von Sanierungskosten von lediglich 25.000 DM für die erste Variante ausgehen. Diese betragen nach den Ausführungen des Sachverständigen mindestens 100.000 DM.

2. Das Urteil hat auch keinen Bestand, soweit das Berufungsgericht der Klägerin einen Anspruch auf Erstattung der Gutachterkosten versagt. Die Begründung des Berufungsgerichts trägt die Abweisung der Klage nicht.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die Kosten für ein Gutachten über Ursache und Ausmaß der eingetretenen und vielleicht noch zu erwartenden Mängel Mangelfolgeschäden (BGH, Urteil vom 22. Oktober 1970 - VII ZR 71/69, BGHZ 54, 352, 358). Sie sind nach § 13 Nr. 7 VOB/B zu ersetzen. Dieser Schaden entsteht von vornherein neben dem Nachbesserungsanspruch, so daß eine Fristsetzung gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B keine Anspruchsvoraussetzung ist (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 1984 - X ZR 86/83, BGHZ 92, 308, 310).

b) Das Berufungsgericht durfte deshalb die Klage nicht mit der Begründung abweisen, der Sachverständige sei bereits beauftragt worden, bevor festgestellt habe, daß die Beklagte nicht in der Lage sein würde, die Mängel zu beheben. Daß das Gutachten entgegen der Begründung des Berufungsgerichts zur Verfolgung etwaiger Gewährleistungsrechte diene, ergibt sich daraus, daß es im Einverständnis mit der Beklagten zur Überprüfung ihrer Leistungen eingeholt worden ist. Darauf weist die Revision zutreffend hin.

### III.

Der Senat ist zu einer eigenen Entscheidung nicht in der Lage. Denn der Rechtsstreit ist nicht entscheidungsreif. Für die erneute Verhandlung weist der Senat vorsorglich auf folgendes hin:

1. Das Berufungsgericht ist von den Kosten der dem Leistungsverzeichnis entsprechenden Sanierungsvariante ausgegangen. Das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Rechtsfehler werden von der Revision insoweit nicht aufgezeigt. Die Ausschreibung betraf lediglich die Sanierung des oberen Dachaufbaus. Insoweit war die Leistungsverpflichtung der Beklagten beschränkt. Die der Berechnung der Klägerin zugrunde liegende Komplettsanierung kann im Wege der Ersatzvornahme bzw. des Vorschusses nicht verlangt werden.

2. Soweit das Berufungsgericht den Vorschuß in Höhe der gesamten Sanierungskosten bewertet, bedarf das in mehrfacher Hinsicht der Überprüfung.

a) Die Sanierung soll nach den Ausführungen des Sachverständigen so erfolgen, daß der vorhandene Flachdachaufbau bestehen bleibt, eine Wärmedämmschicht eingebaut und die Abdichtung erneuert wird. Das Berufungsgericht muß sich damit auseinandersetzen, inwieweit Sowiesokosten zu einem Abzug von den dafür notwendigen Kosten zu Gunsten der Beklagten führen können (vgl. dazu BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 - VII ZR 169/82, BGHZ 91, 206, 211; Urteil vom 16. Juli 1998 - VII ZR 350/96, BGHZ 139, 244, 247). Sowiesokosten betreffen vor allem die Wärmedämmung, die offenbar im Leistungsverzeichnis nicht enthalten ist. Darauf hat bereits der Sachverständige hingewiesen. Sowiesokosten kämen auch in Betracht, wenn das bei der Sanierung notwendige Abhobeln der Kiespreßschicht nicht mehr im Auftrag enthalten gewesen wäre. Das hat das Berufungsgericht angenommen. Insoweit wird es jedoch erneut zu prüfen haben, inwieweit der Zeuge F. eine Änderung dieser Leistung in einfaches Abkehren und Abschaben angeordnet hat und er dazu bevollmächtigt war. Aus dem Berufungsurteil ergibt sich eine derartige

Vollmacht nicht. Der Zeuge war Sachbearbeiter im Hochbauamt. Es ist nicht festgestellt, daß er allgemein oder für diese besondere Maßnahme rechtswirksam bevollmächtigt worden ist, die technisch notwendige Leistung nachträglich aus dem Vertrag herauszunehmen. Aus der Aussage des Zeugen läßt sich eine derartige Vollmacht nicht entnehmen. Im übrigen wird das Berufungsgericht die Aussage des Zeugen zur angeblich erfolgten Änderung des Leistungsverzeichnisses nicht ohne dessen erneute Vernehmung verwerten dürfen. Die Klägerin hat zu Recht darauf hingewiesen, daß seine Aussage mit den vorgelegten Urkunden nicht in Übereinstimmung zu bringen ist. Die Position 1 ist außerdem in vollem Umfang mit dem ursprünglich für das Abhobeln vereinbarten Preis abgerechnet und bezahlt worden. Damit muß der Zeuge konfrontiert werden, bevor das Berufungsgericht erneut zu der Auffassung kommen kann, dessen Aussage sei glaubhaft.

b) Sollte das Berufungsgericht eine wirksame nachträgliche Änderung des Auftrags über das Abhobeln der Kiespreßschicht aus dem Vertrag feststellen, wird es seine Auffassung zur fehlenden Ursächlichkeit des unterlassenen Bedenkenhinweises überprüfen müssen. Es ist durch nichts belegt, daß die Auftraggeberin bei einem ordnungsgemäßen Bedenkenhinweis gleichwohl den Fortfall der technisch notwendigen Leistung angeordnet hätte. Die vom Berufungsgericht erwähnte Knappheit der Finanzierungsmittel kann schon deshalb keine Rolle gespielt haben, weil der Preis der Position 1 ausweislich der in der Akte vorhandenen Unterlagen unverändert geblieben ist.

c) Das Berufungsgericht muß sich mit der Frage beschäftigen, inwieweit dem Auftraggeber zuzurechnende Planungsfehler zu dessen Lasten zu berücksichtigen sind (vgl. dazu BGH, Urteil vom 27. Juni 1985 - VII ZR 23/84, BGHZ 95, 128, 131). Der Sachverständige hat festgestellt, daß die Ausschrei-

bung fehlerhaft gewesen sei, soweit sie eine Dampfbremse im Bereich der neuen Abdichtung vorgesehen habe. An deren Stelle sei die Gammat-Bahn verwendet worden. Soweit diese Maßnahme auf einem Planungsfehler beruht, kann die Klägerin gemäß § 254 BGB verpflichtet sein, sich an den Sanierungskosten zu beteiligen.

d) Eine Anrechnung des Vorteils, der durch eine deutlich verlängerte Nutzungsdauer entsteht, ist nach der Rechtsprechung des Senats zu erwägen, wenn der Mangel sich verhältnismäßig spät auswirkt und der Auftraggeber bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen mußte (BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 - VII ZR 169/82, BGHZ 91, 206, 217). Eine solche Beeinträchtigung könnte darin liegen, daß erneut Feuchtigkeit aufgetreten ist oder daß weiter Feuchtigkeit in den bereits vorhandenen, nicht sanierten Aufbau des Daches eingedrungen ist. Die Klägerin hat beides behauptet und geltend gemacht, sie sei deshalb zu einer Komplettsanierung gezwungen.

e) Der Senat kann über die Gutachterkosten nicht abschließend entscheiden. Denn es fehlen die erforderlichen Feststellungen zu den erforderlichen Leistungen des Gutachters und der Höhe der dafür zu beanspruchenden Vergütung.

Ullmann

Thode

Kuffer

Kniffka

Bauner