

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 284; VOB B § 8 Nr. 3

- a) Solange die Baugenehmigung nicht erteilt ist, kann der Bauunternehmer mit der Erfüllung seiner Bauleistungspflicht nicht in Verzug geraten, weil der Anspruch des Bauherrn auf Herstellung des Werks noch nicht fällig ist.
- b) Lehnt der Bauunternehmer aber in dem Glauben, die Baugenehmigung sei bereits erteilt, die Ausführung der übernommenen Bauarbeiten aus einem anderen, nicht gerechtfertigten Grunde ernsthaft und endgültig ab, so liegt darin eine positive Vertragsverletzung, die den Auftraggeber zur Entziehung des Auftrags berechtigt.

BGH, Urt. v. 21. März 1974 - VII ZR 139/71 - OLG Düsseldorf
LG Kleve

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 139/71

URTEIL

Verkündet am

21. März 1974

Horn,

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der S [REDACTED] Kommanditgesellschaft, Betonwerk in
X [REDACTED], S [REDACTED] Straße, vertreten durch ihren per-
sönlich haftenden Gesellschafter, den Kaufmann
Helmut S [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Widerbeklagten, Beru-
fungsbeklagten und Revisions-
klägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Bauunternehmer Gerhard E [REDACTED] in K [REDACTED]
B [REDACTED] Straße/E [REDACTED] N [REDACTED] Straße,

Beklagten, Widerkläger, Beru-
fungskläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. März 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Erbel, Dr. Girisch, Dr. Recken und Doerry

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 25. Mai 1971 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

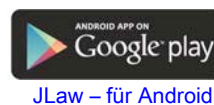
Tatbestand:

Die Klägerin übertrug dem Beklagten durch Vertrag vom 12./18. März 1969 die Erd-, Beton-, Stahlbeton-, Maurer-, Kanal- und Abbrucharbeiten für den teilweisen Abriß einer alten und die Errichtung einer neuen Produktionshalle sowie für die Befestigung eines etwa 2.000 qm großen Hofplatzes zum Preise von 104.851,49 DM. Neben besonderen Vertragsbedingungen sollte die VOB/B gelten.

Der Beklagte begann am 25. März 1969. Bei der Ausschachtung der Fundamentgräben zeigte sich, daß der Grund-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



wasserspiegel höher als erwartet war. Auf Anordnung des bauleitenden Architekten Ka[REDACTED] stellte er daraufhin am 31. März 1969 die Arbeiten ein.

In den folgenden Tagen forderte der Architekt den Beklagten wiederholt zur Fortsetzung der Arbeiten auf. Dieser lehnte das ab, weil er zunächst eine geologische Untersuchung für erforderlich hielt; die von einer anderen Firma vorgenommenen Probebohrungen und die Installierung einer Wasserhaltung sah er nicht als ausreichend an.

Am 9. April 1969 schrieb die Klägerin dem Beklagten, daß dieser sich seit dem 2. April 1969 im Verzug befinde; sie sehe sich veranlaßt, ihn gemäß dem Vertrage in Verzug zu setzen. Am 16. April 1969 erklärte sie, daß sie die Vertragserfüllung ablehne und einen anderen Bauunternehmer beauftragen werde.

Die Arbeiten wurden dann von der Firma van Stephoudt ausgeführt. Die Klägerin hat behauptet, daß ihr dadurch 31.217,31 DM Mehrkosten entstanden seien. Diesen Betrag und Zinsen hat sie zuletzt mit der Klage geltend gemacht.

Der Beklagte hat Widerklage erhoben und mit ihr Zahlung von 2.180,55 DM nebst Zinsen für die bis zum 31. März 1969 erbrachten Leistungen verlangt.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 29.036,76 DM nebst Zinsen verurteilt. Die weitergehende Klage und die Widerklage hat es abgewiesen. Im Laufe des Berufungsverfahrens hat sich herausgestellt, daß die für den Neubau der Produktionshalle beantragte Baugeneh-

migung erst am 16. Mai 1969 erteilt und der Klägerin am 28. Mai 1969 zugestellt worden ist. Das Oberlandesgericht hat deshalb die Klage abgewiesen und der Widerklage im wesentlichen entsprochen.

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

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch der Klägerin aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B, weil der Beklagte sich nicht im Verzuge befunden habe.

Das wird von der Revision erfolglos angegriffen.

1. Verzug hätte erst eintreten können, wenn die aus dem Bauvertrage sich ergebenden Ansprüche fällig gewesen wären. Das wiederum war solange nicht möglich, als die Bauaufsichtsbehörde die erforderlichen Genehmigungen nicht erteilt hatte (Senatsurteil vom 29. Juni 1961 - VII ZR 174/60 = Schäfer/Finnern Z. 2.414 Bl. 92). Die Fortsetzung der Arbeiten hätte anderenfalls gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB, nämlich gegen die Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (BauO NW), verstoßen.

2. Genehmigungspflichtig waren entgegen der Ansicht der Revision nicht nur die Errichtung des Neubaus, sondern auch der teilweise Abbruch der alten Produktionshalle und die Anlage des Hofplatzes. Das ergibt sich aus § 80 Abs. 1 BauO NW, der - in der damals noch geltenden Fassung des Gesetzes vom 25. Juni 1962 (GVBl. NW S. 373) - folgenden Wortlaut hatte:

Die Errichtung, die Änderung und der Abbruch baulicher Anlagen sind genehmigungspflichtig, soweit in Absatz 2 sowie in den §§ 81, 82, 93, 97 und 98 nichts anderes bestimmt ist. Als Errichtung, Änderung oder Abbruch einer baulichen Anlage gilt auch die Herstellung, Änderung oder Beseitigung von notwendigen Stellplätzen für Kraftfahrzeuge, von gewerblichen Lagerplätzen sowie von Abstellplätzen und Ausstellungsplätzen.

Daß die Beklagte den Hofplatz für die in dieser Vorschrift erwähnten Zwecke verwenden wollte, unterliegt keinem Zweifel. Nach dem für die Parteien maßgeblichen Leistungsverzeichnis sollte der Mutterboden etwa 25 cm tief abgetragen und durch eine Schicht Füllkies sowie durch eine etwa 2.000 qm große Stahlbeton-Bodenplatte ersetzt werden.

Die in § 80 Abs. 1 Satz 1 BauO NW genannten Ausnahmegestimmungen greifen nicht ein. Das "Abräumen" des Mutterbodens war keine - lediglich anzeigepflichtige - "selbständige Abgrabung" im Sinne des § 80 Abs. 2 Nr. 2 BauO NW, sondern gemäß § 88 Abs. 8 BauO NW erst nach entsprechender Baugenehmigung zulässig.

3. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht ferner an, daß die Frage, ob und wann ein Anspruch fällig wird, auf der Grundlage objektiver Umstände zu beantworten ist. Entscheidend ist, ob die Klägerin die Leistung verlangen konnte (vgl. Staudinger/Werner, 11. Aufl. § 284 Anm. 2). Das war hier mangels Baugenehmigung nicht der Fall. Infolgedessen kommt es in diesem Zusammenhang auch nicht darauf an, daß der Beklagte, wie das Berufungsgericht feststellt, von dem Fehlen der Baugenehmigung nichts wußte und daß er seine Weigerung, die Arbeiten weiterzuführen, auf diesen Mangel nicht gestützt hat. Für das Revisionsverfahren muß zwar davon ausgegangen werden, daß die Weigerung des Beklagten auch solche Leistungen betraf, für die eine - nicht erforderliche - Bodenuntersuchung keine Bedeutung haben konnte. Die Klägerin kann aber nicht verlangen, im Verhältnis zum Beklagten nur deshalb so gestellt zu werden, als ob die Genehmigungen erteilt worden wären, weil der Beklagte das geglaubt hat. Die von der Revision angeführten Entscheidungen RGZ 149, 401 und BGH NJW 1958, 177 Nr. 2 betreffen nicht vergleichbare Sachverhalte. In den dort behandelten Fällen hatte es sich um jeweils fällige Ansprüche gehandelt, die nicht erfüllt worden waren; hier stand der Klägerin ein derartiger Anspruch gerade nicht zur Seite.

4. Entsprechendes gilt für die Frage, ob die Klägerin sich für den Aushub der Baugrube alsbald eine Teilbaugenehmigung nach § 90 BauO NW hätte beschaffen können, sofern nur der Beklagte dies verlangt haben würde. Das Berufungsgericht hat diese Frage mit Recht als unerheblich erachtet. Die von der Revision demgegenüber geltend gemachte positive Vertragsverletzung (Verletzung der Anzeigepflicht) kann dem Beklagten schon deshalb nicht vor-

geworfen werden, weil er annahm, daß die Baugenehmigung erteilt worden sei und weil die Klägerin nichts vorge-
tragen hat, was ihm einen Verstoß gegen das öffentliche
Baurecht hätte nahelegen müssen.

5. Davon, daß der Beklagte, wie die Revision meint,
nur einen Anspruch auf Änderung des Bauzeitenplanes gehabt
habe, kann nach alledem keine Rede sein. Dieser Anspruch
wäre erst nach Erteilung der Baugenehmigung in Betracht
gekommen.

II.

Die Bestimmung des § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B ist aller-
dings entsprechend anzuwenden, wenn der Auftragnehmer sich
einer so schweren positiven Vertragsverletzung schuldig
gemacht hat, daß der Auftraggeber zu sofortiger Lossagung
vom Vertrage befugt ist (Senatsurteile vom 6. Februar 1967
- VII ZR 245/64 = Schäfer/Finnern Z. 2.510 Bl. 25 und vom
20. Januar 1969 - VII ZR 79/66 = LM BGB § 326 (G) Nr. 1).
Ob diese Voraussetzung gegeben ist, hat das Berufungsge-
richt bisher nicht hinreichend geprüft.

1. Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch auch
insoweit, weil die Klägerin vor Erteilung der Baugenehmi-
gung keinen fälligen Anspruch auf Ausführung der Arbeiten
gehabt und weil sie im übrigen keinen Sachverhalt darge-
tan habe, der über die in § 5 Nr. 4 VOB/B geregelte Lei-
stungsstörung hinausgegangen wäre. Es führt hierzu aus,
die Weigerung des Beklagten sei nicht "unbedingt" gewesen;
außerdem habe er sie mit sachlichen Erwägungen begründet.
Selbst wenn die von ihm für erforderlich gehaltene geolo-
gische Untersuchung nicht nötig gewesen sein möge, so sei
er doch von der Richtigkeit seines Standpunkts überzeugt
gewesen.

2. Der Revision ist zuzugeben, daß diese Begründung die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht trägt.

a) Darauf, ob der Anspruch der Klägerin fällig war, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Eine positive Vertragsverletzung des Auftragnehmers kann das Vertrauen des Auftraggebers in eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung so stark erschüttern, daß das Warten auf den Eintritt der Fälligkeit eine leere Förmlichkeit wäre und den Schaden nur noch vergrößern könnte. So hat denn auch der Senat in seinem bereits erwähnten Urteil vom 20. Januar 1969 einem Auftraggeber in entsprechender Anwendung des § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B Schadensersatz zugebilligt, weil der Auftragnehmer die Erfüllung des Vertrages sogleich nach dessen Abschluß, also noch vor Fälligkeit, ernsthaft und endgültig verweigert hatte.

b) So können die Dinge auch hier liegen. Das Berufungsgericht meint, daß der Beklagte nicht jede Leistungspflicht aus dem Bauvertrage geleugnet habe. An die Feststellung, daß die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert worden ist, muß ein strenger Maßstab angelegt werden (BGH NJW 1971, 798; BGH LM BGB § 326 (Dc) Nr. 2). Die wiederholte Erklärung des Beklagten, daß er die Arbeiten ohne vorherige geologische Untersuchung nicht fortsetzen werde, sowie der Abzug der Maschinen von der Baustelle kommen aber einer unbedingten und endgültigen Leistungsverweigerung gleich, wenn, wovon angesichts der Unterstellung des Berufungsgerichts im Revisionsverfahren auszugehen ist, die geologische Untersuchung objektiv nicht erforderlich war.

3. Das angefochtene Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO).

a) Bisher läßt sich nicht sagen, daß der Beklagte nicht schuldhaft gehandelt habe. Das Berufungsgericht stellt zwar fest, daß er von der Richtigkeit seines Standpunkts überzeugt war; es prüft aber nicht, ob er hiervon auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unter Berücksichtigung aller ihm bekannter Umstände überzeugt sein durfte. Das muß das Berufungsgericht noch klären. Sollte die Weigerung des Beklagten allerdings insoweit entschuldbar sein, als sie die Herstellung der Fundamente betraf, so wird ihm wegen der Einheitlichkeit des Auftrags kein Vorwurf daraus gemacht werden können, daß er nicht wenigstens die anderen Arbeiten fortsetzte.

b) Unerheblich ist endlich, daß die Klägerin die Arbeiten hatte beginnen lassen, bevor die Baugenehmigung erteilt worden war. Das ist keine eigene Vertragsuntreue, die einen sonst gerechtfertigten Ersatzanspruch ausschließen würde. Die Bestimmung des § 4 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 VOB/B, wonach der Auftraggeber die baupolizeiliche Genehmigung herbeizuführen hat, begründet nämlich keine ihm gegenüber dem Auftragnehmer zu erfüllende Vertragspflicht; durch diese Regelung wird lediglich klargestellt, wer für die Einholung der Genehmigung zuständig ist.

III.

Das Berufungsgericht wird nach alledem zu prüfen haben, ob die geologische Untersuchung unter den damals herrschenden Verhältnissen geboten war oder ob der Beklagte

von der Notwendigkeit dieser Untersuchung wenigstens überzeugt sein durfte. Im zweiten Fall wird auch zu klären sein, ob die Klägerin eine Verstärkung der Fundamente und eine hierfür genehmigte statische Berechnung hätte anbieten müssen, um die Weigerung des Beklagten als schuldhaft erscheinen zu lassen.

IV.

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Vogt

Erbel

Girisch

Recken

Doerry