

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 156/85

URTEIL

Verkündet am: 5. Dezember 1985
Henco, Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Manfred P [REDACTED] Bau-GmbH, N[REDACTED]straße [REDACTED],
E[REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer Manfred
P[REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma I [REDACTED] - Haus GmbH Wohn- und Gewerbebau,
Er[REDACTED]straße [REDACTED], In[REDACTED], vertreten durch ihren Ge-
schäftsführer Dr. Richard J[REDACTED], ebenda,

Beklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 1985
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die
Richter Dr. Recken, Bliesener, Obenhaus und Prof. Dr.
Walchshöfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das
Urteil des 28. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts München vom 25. Februar
1985 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten
der Revision, an den 13. Zivilsenat
des Oberlandesgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

18

- 3 -

Tatbestand:

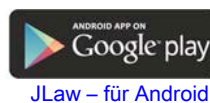
Mit Bauvertrag vom 3. September 1980 übertrug die Beklagte als Bauträgerin unter Bezugnahme auf Leistungsverzeichnis und Angebot der Klägerin die Errichtung des Rohbaus für ein Doppelhaus zwischen bebauten Nachbargrundstücken. U.a. wurden die Geltung der VOB/B und eine Arbeitszeit von 11 Wochen ab 8. September 1980 vereinbart.

Zu Beginn der Bauarbeiten am 18. September 1980 gab der von der Beklagten bestellte Baustellenleiter Bauingenieur St. in Anwesenheit des Bauherrn D. dem Geschäftsführer der Klägerin am Zaun des Nachbargrundstücks den Höhenfestpunkt an, der auf das danach von der Lokalbaukommission abgenommene Schnurgerüst übertragen wurde. Die Höhenangabe war jedoch um etwa 50 cm zu hoch. Als St. den Irrtum noch am selben Tag bemerkte, beauftragte er einen Mitarbeiter, die Klägerin zu verständigen, was dieser jedoch vergaß. So begann die Klägerin anhand eines Doppels des "Eingabeplans", welcher erst am 29. September 1980 genehmigt wurde, mit den Bauarbeiten auf einem zu hohen Niveau. Erst beim Einschalen der Kellerdecke entdeckte ein Kontrolleur der Lokalbaukommission die falsche Höhenlage. Auf Verlangen der Beklagten riß die Klägerin ihr Bauwerk wieder ab und errichtete es tiefer versetzt neu. Die Parteien verhandelten am 24. Oktober 1980 über die Mehrkostenbelastung und vereinbarten den 30. Januar 1981 als neuen Fertigstellungstermin, den die Klägerin jedoch nicht einhielt. Als das Doppelhaus Ende Juli 1981 immer noch nicht fertig war, kündigte der Bauherr den mit der Beklagten geschlossenen Bauerrichtungsvertrag und untersagte mit Wirkung vom 1. August 1981 jede weitere Tätigkeit auf der Baustelle.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



Zuvor hatte die Klägerin sechs Abschlagsrechnungen erteilt und auf die 1. bis 5. Rechnung 346.000 DM erhalten. Die Beklagte verweigerte die Begleichung der 6. Abschlagsrechnung vom 23. April 1981 in Höhe von 45.173,10 DM mit der Begründung, die Klägerin habe schon zuviel erhalten. Nach vergeblichen Mahnungen beantragte die Klägerin am 30. Juli 1981 einen entsprechenden Mahnbescheid, welcher der Beklagten am 19. August 1981 zugestellt wurde. Unter dem 17. August 1981 erteilte die Klägerin Schlußrechnung über 391.404,55 DM (ohne MWSt.). Die Beklagte erkennt 388.940,06 DM rechnerisch an, auf die sich inzwischen auch die Klägerin beschränkt. Die Beklagte zieht aber 83.702,38 DM für die wiederabgebrochenen Bauleistungen ab und macht Gegenansprüche geltend. Das Landgericht gab der Klage statt. Das Oberlandesgericht hob das Urteil samt dem Verfahren auf und verwies die Sache an das Landgericht zurück.

Nunmehr hat das Landgericht der Klägerin erneut auf die 6. Abschlagsrechnung 45.173,10 DM nebst Zinsen zuerkannt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht das Urteil des Landgerichts wiederum samt dem Verfahren aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Mit der - angenommenen - Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht sieht darin, daß das Landgericht bei der Beurteilung der Verantwortlichkeit für die falsche

Höhenangabe zum selben Ergebnis wie in seinem ersten, aufgehobenen Urteil gelangt ist, einen Verstoß gegen die Bindung an das erste Berufungsurteil und vermißt wiederum eine Begründung für die Auffassung des Landgerichts, der Bauingenieur St[REDACTED] habe bei der falschen Angabe des Höhenfestpunktes als Erfüllungsgehilfe der Beklagten gehandelt.

Darin kann dem Berufungsgericht nicht gefolgt werden.

1. Das Berufungsurteil vom 20. Juni 1983 enthält keine bindenden Feststellungen oder Rechtsauffassungen.

Das Berufungsgericht hat darin nur ausgeführt, die vom Landgericht angenommene Haftung der Beklagten für die falsche Höhenfestpunktangabe durch St[REDACTED] sei nicht hinreichend begründet und beruhe wohl auf Nichtbeachtung seiner Aussage; auch sei nicht einzusehen, warum die Beklagte nicht berechtigt sein solle, Beträge zurückzuhalten. Eben in dem Fehlen einer hinreichenden Begründung hat das Berufungsgericht damals den wesentlichen Verfahrensmangel gesehen, der es zur Aufhebung und Zurückverweisung gemäß § 539 ZPO veranlaßt hat.

Das Berufungsgericht hat somit nicht bindend festgestellt, St[REDACTED] sei nicht Erfüllungsgehilfe der Beklagten gewesen. Das Landgericht war in seiner erneuten Entscheidung an eine Vorentscheidung des Berufungsgerichts nicht gebunden.

2. Das Landgericht hat seine zutreffende Ansicht, Steier habe bei der falschen Angabe des Höhenfestpunktes

als Erfüllungsgehilfe der Beklagten gehandelt, nunmehr hinreichend begründet.

a) Die Beklagte selbst hat den Bauingenieur Steier als ihren Beauftragten oder Bauleiter bezeichnet. Daß St. - wie auch der für die falsche Höhenangabe mitverantwortliche Architekt L. - sich als "freien Mitarbeiter" der Beklagten bezeichnet hat, ändert nichts daran, daß er als der für die Baustelle verantwortliche Vertreter der Beklagten die ihr gemäß § 3 Nr. 2 VOB/B obliegende Festlegung des Höhenfestpunktes vorgenommen hat. Vor dem Berufungsgericht ist sogar in der dem ersten Berufungsurteil vorangegangenen Verhandlung unstrittig gestellt worden, daß die beklagte Partei der Klagepartei den Höhenfestpunkt im Sinne von § 3 Nr. 2 VOB/B angegeben hat.

b) Daher versteht es sich im Grunde von selbst und bedarf keiner ausführlichen Begründung, daß St. gemäß § 278 BGB Erfüllungsgehilfe der Beklagten war und daß diese für die falsche Höhenangabe gegenüber der Klägerin und für die Versäumung der gebotenen Berichtigung grundsätzlich einzustehen hat. Es handelt sich dabei nicht, wie das Berufungsgericht zu meinen scheint, um eine dem Architekten des Bauherrn obliegende Bauüberwachungsaufgabe, auf die der Auftragnehmer keinen Anspruch hat, sondern um eine dem Auftraggeber gemäß § 3 Nr. 2 VOB/B obliegende Mitwirkung an der Vorbereitung des Werkes (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB, 10. Aufl., B § 3 Rdn. 13). Sollte St. der gemäß § 76 BayBO a.F. vom Bauherrn zu bestellende "verantwortliche Bauleiter" gewesen sein, so würde dies nichts daran ändern, daß die Beklagte sein Handeln bei der Fest-

legung des Höhenfestpunktes zu vertreten hat. Im übrigen hat St. ■■■■ keineswegs bekundet, als verantwortlicher Bauleiter im Sinne der Bayerischen Bauordnung gehandelt zu haben, sondern lediglich eingewandt, die Schaffung des Höhenfestpunktes gehöre wohl in den Zuständigkeitsbereich des "verantwortlichen Bauleiters".

c) Die Obliegenheit der Beklagten ist durch die Leistungsbeschreibung und die Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis nicht abbedungen oder abgeschwächt worden. Nach der Leistungsbeschreibung liegt "die richtige Situierung des Gebäudes auf dem Grundstück nach dem genehmigten Eingebepplan und die Einhaltung der Abstandsflächen in alleinigem Verantwortungsbereich des Auftragnehmers". Nach Nr. 9 der Vorbemerkungen hat der Auftragnehmer die Maße der Ausführungszeichnungen zu überprüfen, nachzurechnen und an Ort und Stelle festzustellen (auch wenn auf den Plänen kein entsprechender Hinweis gegeben ist); er ist voll verantwortlich für die Richtigkeit und Einhaltung der Maße. Der Auftragnehmer kann jedoch solchen Verpflichtungen nur im Rahmen dessen nachkommen, was ihm vorgegeben worden ist. Das gilt auch für die allgemeine Bestimmung des § 4 Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 VOB/B, wonach der Auftragnehmer die Leistung unter eigener Verantwortung nach dem Vertrag auszuführen hat.

Hat wie hier der Auftraggeber pflichtgemäß den Höhenfestpunkt angegeben und dem Auftragnehmer einen Bauplan überlassen, so müssen sich, um eine Überprüfung der Höhenlage geboten erscheinen zu lassen, aus dem Bauplan oder aus anderen offensichtlichen Umständen Zweifel an den Angaben des Auftraggebers ergeben. Daher kann in diesem Zusammenhang dahinstehen, ob die Klägerin den Höhenfestpunkt

nicht selbst aus der Lage der Nachbargebäude hätte ermitteln können. Da die Beklagte als Auftraggeberin die eigene Festlegung des Höhenfestpunkts offenbar für zweckmäßig gehalten und vorgenommen hat, haftet sie schon aus ihrem Handeln für die irrige Angabe und das Versäumen einer Richtigstellung.

II.

Ist somit zunächst davon auszugehen, daß der nutzlose Aufwand von 83.702,38 DM (ohne MWSt.) Baukosten von der Beklagten schuldhaft verursacht worden ist, so bleibt zu prüfen, ob der Klägerin Mitverantwortung für den Irrtum und seine Folgen anzulasten ist.

1. Auch insofern hält das Berufungsgericht die Auffassung des Landgerichts, die Beklagte müsse allein für die vergeblichen Aufwendungen haften, eine Prüfungspflicht der Klägerin falle demgegenüber nicht ins Gewicht, für weder hinreichend noch überzeugend begründet.

Das Landgericht habe zwar seine Ansicht, der der Klägerin überlassene Bauplan habe sie nicht in die Lage versetzt, die "Situierung" des Bauwerks zu überprüfen, nunmehr damit begründet, daß dieser ungenehmigte Plan keine Vertrauensgrundlage für die Richtigkeit der darin enthaltenen Maße bieten könne. Dem sei jedoch entgegenzuhalten, daß die Klägerin dann umsomehr Anlaß gehabt habe, die Höhenangabe zu überprüfen und nicht vor Genehmigung des Bauplans mit dem Bau zu beginnen. Insofern beruhe die Wertung des Landgerichts auf ungeklärten Voraussetzungen.

2. Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, daß die mögliche Mitverantwortung der Klägerin für die vergeb-

lichen Aufwendungen weiterer Aufklärung bedarf und die Würdigung des Landgerichts fehlerhaft ist. Dies rechtfertigt jedoch nicht die abermalige Entscheidung, das Urteil des Landgerichts aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht hätte die noch fehlenden Feststellungen diesmal zur Förderung des Rechtsstreits selber treffen müssen.

Der der Klägerin seinerzeit überlassene, noch nicht genehmigte Bauplan vom 22. Juli 1980 - mit (K) gekennzeichnet - weist im Unterschied zu dem von der Beklagten vorgelegten, mit zusätzlichem Datum vom 26. Mai 1981 versehenen Bauplan - mit (B) gekennzeichnet - keine handschriftlichen Hinweise auf, aus denen auf das richtige Niveau des Bauvorhabens geschlossen werden kann. Allerdings ist aus einer Geschößskizze zu ersehen, daß Oberkante Fußboden in Haus und Garage als 0.00-Höhe gelten und die Garagenoberkante 2,75 m über dieser Höhe liegen sollen. Es kann jedoch zweifelhaft sein, ob sich schon daraus ein hinreichender Bezug zum Nachbargelände oder -haus ergibt, wie die Beklagte meint oder ob ein solcher Bezug erst durch den handschriftlichen Zusatz im Plan der Beklagten oben links hergestellt worden ist, wonach die Oberkante des Garagendachs "max. 2,75 über unverändertem Nachbargelände" kommen soll.

Die Beklagte hat der Klägerin aber darüber hinaus vorgeworfen, daß der Irrtum bei der Abnahme des Schnurgerüsts durch die Lokalbaukommission nicht entdeckt und die im allgemeinen übliche "Sockelabnahme" des Fundaments durch die Lokalbaukommission anscheinend unterlassen worden sei; andernfalls hätten die vergeblichen Bauaufwendungen ganz oder zum größten Teil vermieden werden können. Die Klägerin

ist dem nicht im Kern entgegengetreten.

Ob die Vorwürfe der Beklagten hinreichend dargetan und unter Beweis gestellt sind, muß der Tatrichter entscheiden. Die gegebenenfalls gebotene Aufklärung und Würdigung der Umstände war für das Berufungsgericht zumutbar und für die Förderung des Rechtsstreits auch sachdienlich. Selbst wenn der Wertungsfehler des Landgerichts als ein wesentlicher Verfahrensfehler im Sinne des § 539 ZPO angesehen werden könnte, hätte das Berufungsgericht deshalb bei der gegebenen Verfahrenslage von der erneuten Zurückverweisung absehen müssen (§ 540 ZPO).

III.

Das Berufungsgericht führt es auf Verfahrensfehler des Landgerichts zurück, daß die Gegenansprüche der Beklagten aus Werkmängeln und Bauverzögerung noch nicht geprüft worden sind.

Auch das trifft nicht zu.

1. Schon in seinem ersten Urteil hatte das Landgericht ausgeführt, gegenüber dem Anspruch der Klägerin auf die 6. Abschlagszahlung könne die Beklagte sich weder auf ein Leistungsverweigerungsrecht noch auf aufrechenbare Schadensersatzansprüche berufen. Es hatte dabei zwar nicht verkannt, daß nunmehr infolge Unmöglichkeit, die Arbeit fortzusetzen, endgültig über die Bauleistungen abzurechnen sei. Dabei hatte es jedoch ersichtlich die von ihm angeführte Senatsentscheidung NJW 1979, 549, 550 mißverstanden und weiter auf die vertraglichen Voraussetzungen

eines Anspruchs auf Abschlagszahlung abgestellt.

Das Berufungsgericht hatte sich in seinem ersten Urteil mit dem Hinweis begnügt, aus den Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis und aus dem zitierten Urteil des Bundesgerichtshofs erhelle das Gegenteil. Diese Bemerkung hat ersichtlich nicht ausgereicht, dem Landgericht seinen Rechtsirrtum verständlich zu machen, in dem es in seinem zweiten Urteil beharrt hat. Hätte das Berufungsgericht bereits in seinem ersten Urteil die Rechtslage nach Kündigung des Bauerrichtungsvertrages durch den Bauherrn so verständlich dargetan wie in seinem zweiten Urteil, hätte das Landgericht sie gewiß nicht wieder verkannt, sondern hätte die noch erforderlichen Feststellungen nachgeholt. Der Fehler des Landgerichts ist nicht verfahrensrechtlicher Art, sondern sachlichrechtlicher Natur. Aus seiner irrigen Sicht erübrigten sich die vom Berufungsgericht vermißten Feststellungen zu den Gegenansprüchen der Beklagten.

2. Das Landgericht hat nicht bedacht, daß nach dem Unmöglichwerden weiterer Bauleistungen oder Nachbesserungen nicht nur endgültig unter den Parteien abzurechnen ist, sondern daß damit auch die von der Klägerin zunächst schlüssig eingeklagte 6. Abschlagsrechnung ihre Rechtsgrundlage verloren hat. Die Klägerin legt denn auch inzwischen ihrer Klage die Schlußrechnung zugrunde und fordert damit einen Teil der Schlußzahlung (vgl. Senatsurteil NJW 1985, 1840).

Wie das Berufungsgericht insofern richtig ausgeführt hat, ist zu prüfen, ob der inzwischen rechnerisch un-
streitige Werklohnanspruch der Klägerin um nutzlose Bau-
aufwendungen ganz oder teilweise zu kürzen ist, ob die

Klägerin die Kündigung des Bauerrichtungsvertrages und damit die Unmöglichkeit weiterer Leistungen mitzuvertreten hat und wie sich gegebenenfalls dies auf ihren Werklohnanspruch auswirkt sowie ob die Beklagte darüber hinaus mit Schadensersatzansprüchen aus Gewährleistung oder Verzug (Vertragsstrafe) aufzurechnen berechtigt ist.

Diese Feststellungen zu treffen, wäre im zweiten Berufungsrechtszug Sache des Berufungsgerichts gewesen. Dies ist nunmehr nachzuholen.

IV.

Nach alledem ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung,

18

auch über die Kosten der Revision, an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen. Dabei macht der Senat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch.

Girisch

Recken

Bliesener

Obenhaus

Walchshöfer