

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VII ZR 175/66**URTEIL****Verkündet am**

20. Februar 1969

Horn,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Ina H [REDACTED], N [REDACTED], K [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin,
Widerklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Mittelfränkische B [REDACTED] N [REDACTED] GmbH, N [REDACTED],
Ho [REDACTED] str. [REDACTED], vertreten durch den Geschäftsführer G [REDACTED],Klägerin, Berufungsbeklagte,
Widerbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Februar 1969 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Schmidt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 2. Ferien-Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Nürnberg vom 4. August 1966 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Vertrag mit der Beklagten vom 4. November 1959 übernahm die Klägerin die Weiterführung der bereits von anderen Bauunternehmern begonnenen Rohbauarbeiten für ein Geschäftshaus mit Kino in N[REDACTED], V[REDACTED] Sterngasse [REDACTED]. Nach wiederholten Aufforderungen der Klägerin, zuletzt unter Androhung der ArbeitsEinstellung, ihr komplette Sätze der bauantlich genehmigten Pläne des Architekten und des Statikers auszuhändigen, stellte die Klägerin am 16. Januar 1960 die Arbeiten ein. Am 21. Januar 1960 mahnte sie erneut die fehlenden Unterlagen, desgleichen eine Abschlagszahlung von 10.000 DM an. Mit Schreiben vom 26. Januar 1960 kündigte sie den Bauvertrag gemäß § 9 VOB (B).

- 3 -

Am 2. März 1960 erteilte die Beklagte erneut der Klägerin den Bauauftrag. Am 7. April 1960 bat diese um Übersendung der erforderlichen Bauunterlagen bis 20. April 1960. Mit Schreiben vom 16. Juni 1960 mahnte sie eine Abschlagszahlung an unter Fristsetzung gemäß § 16 VOB (B) bis zum 22. Juni 1960. Am 23. Juni 1960 kündigte sie der Beklagten an, sie werde die Arbeiten einstellen, wenn ihre Rechnung vom 3. Juni 1960 nicht beglichen werde. Zugleich wies sie darauf hin, daß die Arbeiten nur fortgeführt werden könnten, wenn ordnungsgemäße Baupläne für das Erdgeschoß vorlägen; hierfür setzte sie eine Frist bis zum 27. Juni 1960.

Am 30. Juni 1960 schrieb die Beklagte der Klägerin:

"Die (Klägerin) stellt den restlichen Rohbau
des am 4. Nov. 1959 übernommenen Bauauftrages
bis zum 1. Oktober 1960 fertig.
.....

Nach Rücksprache mit Herrn D. [REDACTED] von der BOB
(Bauordnungsbehörde) steht der sofortigen Bau-
fortsetzung nichts im Wege und händige ich
Herrn G. [REDACTED] (Geschäftsführer der Klägerin)
gleichzeitig einen kompletten Satz Baupläne
im Maßstab 1 : 50 aus."

Dieses Schreiben trägt den Vermerk: "Bestätigt Nbg.
30.7.60 G. [REDACTED]".

Mit Schreiben vom 1. September 1960 kündigte die Klägerin erneut der Beklagten das Vertragsverhältnis gemäß § 9 VOB (B), u.a. weil die zur Fortführung der Arbeiten erforderlichen Unterlagen noch fehlten. Sie hat Klage auf Zahlung des restlichen Werklohns von 10.613,32 DM nebst Zinsen, sowie weiterer 2,80 DM Mahnkosten erhoben.



Die Beklagte hat mit Schadensersatzforderungen aufgerechnet, die sie auf Vertragsbruch, Verzug und Schlechterfüllung der Klägerin stützt.

Das Landgericht hat nur zwei zur Aufrechnung gestellte Gegenforderungen über 100 DM und 123,06 DM für begründet erachtet und die Beklagte zur Zahlung von 10.390,26 DM nebst Zinsen, ferner der 2,80 DM Mahnkosten verurteilt. Die Beklagte hat das Urteil mit der Berufung angefochten und Widerklage auf Zahlung von 6.000 DM Schadensersatz nebst Zinsen erhoben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen und die Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage, soweit das Landgericht ihr stattgegeben hat; ferner verfolgt sie die Widerklage weiter. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die im Schreiben der Klägerin vom 1. September 1960 ausgesprochene Kündigung des Vertragsverhältnisses war nach Ansicht des Berufungsgerichts gemäß § 9 VOB (B) begründet.

Die Beklagte habe sich, so führt es aus, nach Ablauf der ihr wiederholt gesetzten Fristen in Annahmeverzug (§ 9 Ziff. 1 a VOB (B), § 298 BGB) befunden, weil sie der Klägerin die zur Fortführung der Bauarbeiten erforderlichen Ausführungsunterlagen nicht zur Verfügung gestellt

habe. Die im Schreiben der Beklagten vom 30. Juli 1960 genannten "Baupläne im Maßstab 1 : 50" seien Pläne des Statikers L. [REDACTED] und keine für den Polier bestimmten Werkpläne gewesen; mit diesen habe sich die Klägerin nicht zu begnügen brauchen.

Das Berufungsgericht schließt sich dem Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing Frisch insoweit an, als dieser erklärt hat, die Maße der Maurerarbeiten hätten zwar aus den Konstruktionszeichnungen des Statikers errechnet werden können, doch sei das dem Polier nicht zuzumuten gewesen, vielmehr habe dieser auch Ausführungszeichnungen benötigt. Es folgt jedoch nicht der Ansicht des Sachverständigen, daß sich Ausführungszeichnungen erübrigt hätten, wenn der Ehemann der Beklagten ständig die Bauführung ausgeübt und dem Polier die erforderlichen Weisungen erteilt hätte. Es unterstellt, daß der Ehemann ständig an der Baustelle war und auch die erforderliche Sachkunde besitzt. Die Klägerin brauchte sich jedoch nach seiner Ansicht auf eine solche Arbeitsweise nicht einzulassen. Schon generell müsse ein Bauunternehmer es nicht hinnehmen, daß der Bauherr, statt Ausführungszeichnungen zur Verfügung zu stellen, jeweils dem Polier die erforderlichen Weisungen erteile. Im gegebenen Falle habe sich die Klägerin darüber hinaus auf eine solche Bauführung auch deshalb nicht einzulassen brauchen, weil eine Zusammenarbeit mit dem Ehemann der Beklagten wegen dessen Eigenwilligkeit für die Klägerin nicht zumutbar gewesen sei.

Das Verlangen der Klägerin, ihr die zur Fortführung des Bauwerks üblichen Werkpläne zur Verfügung zu stellen, sei demnach berechtigt gewesen. Da die Beklagte dem wiederholten Verlangen trotz Fristsetzung nicht nachgekommen sei,

kh

habe die Klägerin den Bauvertrag nach § 9 Ziff. 1 a VOB (B) kündigen dürfen mit der Folge, daß sie von der Beklagten die vereinbarte Vergütung für ihre bis dahin erbrachten Leistungen zu beanspruchen habe (§§ 298 BGB, § 9 Ziff. 3 und § 3 Ziff. 1 VOB (B)).

Die Angriffe der Revision gegen diese Ausführungen haben keinen Erfolg.

1.) Das Berufungsgericht hält die Kündigung der Klägerin wegen der Nichtbeschaffung der Werkpläne und nicht, wie die Revision meint, wegen der Auseinandersetzungen des Ehemanns der Beklagten mit dem Architekten F. [REDACTED] für begründet. Es führt diesen Vorfall, den der Architekt zum Anlaß nahm, ebenfalls seine Tätigkeit für die Beklagte einzustellen, lediglich als Beweis dafür an, daß es schwierig war, mit dem Ehemann der Beklagten zusammenzuarbeiten. Ob der erwähnte Streit des Ehemanns der Beklagten mit dem Architekten vor dem 30. Juli 1960 lag und der Geschäftsführer G. [REDACTED] der Klägerin hiervon Kenntnis hatte, als er auf das Schreiben der Beklagten vom 30. Juli 1960 einen Bestätigungsvermerk setzte, ist deshalb ohne Bedeutung.

2.) Die Revision irrt auch mit der Annahme, das Berufungsgericht stütze seine Feststellung, der Beklagte habe nach dem 30. Juli 1960 nur Zeichnungen des Statikers und keine Werkpläne beschafft, auf die Bekundung des Architekten F. [REDACTED]. Der Bekundung dieses Zeugen entnimmt es nur, daß aus der Zeit, als der Zeuge für die Beklagte tätig war, keine brauchbaren Werkpläne vorhanden waren.

3.) Daß auch nach dem 30. Juli 1960 brauchbare Werkpläne noch fehlten, entnimmt das Berufungsgericht der Bekundung des Zeugen K[REDACTED], des Bauführers der Klägerin. Hierin war es durch das Schreiben der Beklagten vom 30. Juli 1960, wonach die Beklagte der Klägerin einen "kompletten Satz Baupläne im Maßstab 1 : 50" ausgehändigt hat, nicht gehindert.

a) Die Beklagte hat nichts dafür vorgetragen, daß der Zeuge K[REDACTED] nicht in der Lage gewesen wäre, die Art der von der Beklagten beschafften Zeichnungen richtig zu beurteilen.

b) Die Revision weist nicht nach, daß die Beklagte die Bekundung des Zeugen K[REDACTED], er sei von Juni bis Dezember 1960 Bauführer gewesen, in den Vorinstanzen als unrichtig bezeichnet und daraus Folgerungen gegen dessen Glaubwürdigkeit gezogen hat. Im Revisionsverfahren kann sie das nicht nachholen. Dessen Bekundung ist nicht schon deshalb unrichtig, weil die Klägerin die Arbeiten für die Beklagte bereits am 1. September 1960 aufgegeben hat, denn der Zeuge hat nicht gesagt, er sei von Juni bis Dezember 1960 Bauführer an der Baustelle der Beklagten gewesen.

4.) Der Ausdruck "Baupläne" im Schreiben der Beklagten vom 30. Juli 1960 ist nicht eindeutig; damit konnten auch Pläne des Statikers gemeint sein.

a) Wenn die Revision darauf abstellen will, daß darin nicht von "Statikplänen" die Rede ist, so muß sie sich enthalten lassen, daß die Beklagte auch nicht

von "Ausführungszeichnungen" oder "Werkplänen" gesprochen hat, die sie der Klägerin übergeben haben will.

b) Es trifft zu, daß sich bei den Akten ein Plan des Statikers befindet, der Zeichnungen sowohl im Maßstab 1 : 50 als auch 1 : 25 enthält. Die Revision weist aber auch insoweit nicht nach, daß die Beklagte hieraus in den Vorinstanzen gefolgert hat, die im Schreiben vom 30. Juli 1960 erwähnten "Baupläne im Maßstab 1 : 50" könnten nicht die Pläne des Statikers gewesen sein. Auch hierauf kann sie sich deshalb im Revisionsverfahren nicht mehr berufen. Daß der vorliegende Plan auch Zeichnungen im Maßstab 1 : 25 aufweist, schließt jedenfalls nicht aus, daß er zu den im Schreiben vom 30. Juli 1960 genannten "Bauplänen" gehörte.

c) Der Geschäftsführer Gregor der Klägerin hatte nicht die örtliche Bauleitung übernommen, sondern war der Bauordnungsbehörde als Bauleiter im Sinne des § 72 der Bayerischen Bauordnung benannt worden. Aus seiner Empfangsbestätigung vom 30. Juli 1960 brauchte das Berufungsgericht nicht zu folgern, daß die ihm übergebenen Pläne ausreichten, um die Arbeiten weiterzuführen.

5.) Dem Schriftwechsel der Parteien entnimmt das Berufungsgericht nur, daß die Beklagte bis zum 30. Juli 1960 keine Ausführungszeichnungen beschafft hat; dafür, daß auch die mit Schreiben von diesem Tag eingereichten Pläne keine Ausführungszeichnungen waren, stützt es sich auf die Bekundung des Zeugen Knauer.

6.) Die Revision rügt, es sei nicht festgestellt, daß die Klägerin nach dem 30. Juli 1960 der Beklagten nochmals eine Frist zur Beschaffung der Ausführungszeichnungen gesetzt habe. Das trifft zwar zu, steht aber dem vom Berufungsgericht bejahten Annahmeverzug der Beklagten nicht entgegen.

Das nach der Kündigung der Klägerin vom 26. Januar 1960 am 2. März 1960 neu begründete Vertragsverhältnis hat über den 30. Juli 1960 hinaus fortbestanden. Der Revision kann deshalb nicht zugestimmt werden, daß der vorausgegangene Schriftwechsel durch die Vereinbarung vom 30. Juli 1960 "hinfällig" geworden sei. Die Klägerin hatte aber vor dem 30. Juli 1960 mehrmals, teils unter Fristsetzung von der Beklagten, Ausführungszeichnungen angemahnt. Dem von der Klägerin bestätigten Schreiben der Beklagten vom 30. Juli 1960 brauchte das Berufungsgericht nicht zu entnehmen, daß die Klägerin die früheren Mahnungen als gegenstandslos angesehen hat, denn die ihr übergebenen Pläne waren nicht die angemahnten und reichten zur Bauausführung nicht aus. Zudem hat schon das Landgericht, wie das Berufungsgericht ausführt (BU S. 12), festgestellt, daß noch am 16. August 1960 beim Bauordnungsamt ein Deckblatt eingereicht wurde, das erst am 1. Februar 1961, also 5 Monate nach der letzten Kündigung der Klägerin genehmigt wurde. Auch ergibt der von der Revision angeführte Aktenauszug (S. 14) in den Bauakten, die Gegenstand der Verhandlung waren, daß das Bauamt am 10. August 1960 abermals die Einstellung der Bauarbeiten verfügt hat, weil die eingereichten Pläne nicht mit der Ausführung übereinstimmten.

LL

7.) Dem Berufungsgericht ist beizutreten, daß grundsätzlich der Bauunternehmer nicht verpflichtet ist, sich selbst die einzelnen Maße des Bauwerks aus ihm übergebenen Zeichnungen des Statikers zu errechnen. Die Feststellung des Berufungsgerichts, dem Polier der Klägerin sei darüber hinaus auch nicht zuzumuten gewesen, die aus den Zeichnungen des Statikers nicht zu ersehenden Einzelmaße sich jeweils vom Ehemann der Beklagten angeben zu lassen, weil dieser im Umgang sehr schwierig war, greift die Revision nicht an. Die tatrichterliche Folgerung, die Beklagte habe deshalb dem Verlangen der Klägerin, ihr die üblichen Ausführungszeichnungen zu beschaffen, nachgeben müssen, ist rechtlich nicht zu beanstanden und bindet das Revisionsgericht.

8.) Da sich somit die Kündigung des Bauvertrags durch die Klägerin gemäß § 9 Ziff. 1 VOB (B) als gerechtfertigt erweist, kommt es nicht darauf an, ob die Klägerin, wie die Beklagte behauptet hat, den Vertrag auch nicht mehr zu den vereinbarten Preisen ausführen wollte. Die von der Beklagten dafür angetretenen Beweise brauchte das Berufungsgericht deshalb nicht zu erheben (so richtig BU S. 26).

9.) Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die eingeklagte restliche Werklohnforderung den Vereinbarungen der Parteien entspricht, greift die Revision nicht an. Das gleiche gilt für die der Klägerin zuerkannten 2,80 DM Mahnkosten.

II.

Aufrechenbare Gegenforderungen der Beklagten verneint das Berufungsgericht:

Schadensersatz wegen Überschreitung der Ausführungsfristen könne sie nicht verlangen, weil sie selbst die Einstellung der Bauarbeiten zu verantworten habe. Das gelte insbesondere für Ansprüche wegen Zinsausfalls, an den Pächter des Kinos gezahlter Konventionalstrafe und erhöhter Baukosten.

Schadensersatz wegen mangelhafter Leistung stehe ihr nicht zu, weil sie zunächst nur Nachbesserung (§ 633 Abs. 2 Satz 1 BGB; § 13 Ziff. 5 VOB (B)) verlangen könne.

Beweis für ihre Behauptung, die Klägerin habe ihr Moniereisen weggenommen, habe sie nicht angetreten.

1.) Die Revision stellt zur Nachprüfung in erster Linie einen Schadensersatzanspruch, der sich daraus ergeben soll, daß die Klägerin unberechtigter Weise die Bauarbeiten eingestellt habe. Die Beklagte hat hieraus im Schriftsatz vom 23. Mai 1966 (S. 7) einen die Klageforderung übersteigenden Anspruch hergeleitet, der auch einen Mietausfall in Höhe von 27.500 DM umfassen soll.

Einen solchen Anspruch hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler für unbegründet erklärt, weil die Beklagte selbst, wie unter I ausgeführt, die Einstellung der Arbeiten durch die Klägerin zu verantworten hat.

2.) In zweiter Linie beruft sich die Revision auf den von der Beklagten im Schriftsatz vom 23. Mai 1966 (S. 7) mit mangelhafter Bauausführung begründeten Schadens-

ersatzanspruch, den diese mit insgesamt (5.000 + 3.000 + 3.000 + 500 + 5.000 =) 16.500 DM angegeben hat.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, er sei unbegründet, weil die Beklagte allenfalls zunächst Nachbesserung verlangen könne, ist gleichfalls rechtlich nicht zu beanstanden.

Das Berufungsgericht befaßt sich noch mit der Vorschrift des § 529 ZPO. Ob seine Ausführungen hierzu haltbar sind, kann offen bleiben, denn das Urteil ergibt, daß das Berufungsgericht von den Befugnissen des § 529 ZPO keinen Gebrauch gemacht, sondern die zur Aufrechnung gestellten Forderungen aus sachlichen Gründen verneint hat, was auch die Ansicht der Revision ist.

III.

Die von der Beklagten im Schriftsatz vom 23. Mai 1966 erhobene Widerklage in Höhe von 6.000 DM, ist nach der Feststellung des Berufungsgerichts auf die zur Aufrechnung gestellten Ansprüche der Beklagten gestützt. Da diese unbegründet sind, hat es auch die Widerklage als unbegründet abgewiesen. Insoweit ist das Urteil frei von Rechtsfehlern.

Das Berufungsgericht meint jedoch, es bedürfe keiner Klärung, welche Posten der Gegenansprüche der Widerklage zugrunde lägen. Dem kann nicht beigetreten werden, denn das Urteil muß erkennen lassen, welche mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche rechtskräftig abgewiesen werden. Diese Klärung hat die Beklagte jedoch auch hinsichtlich der Widerklage, wie unter II erwähnt, im Revisionsverfahren zulässigerweise nachgeholt.

Die genannten Ansprüche sind demnach der Beklagten aberkannt, soweit sie zur Aufrechnung gestellt sind, bis zur Höhe der Klageforderung, durch Abweisung der Widerklage bis zur Höhe weiterer 6.000 DM (§ 322 Abs. 1 und 2 ZPO).

IV.

Die Revision der Beklagten erweist sich demnach als unbegründet mit der Folge, daß die Beklagte nach § 97 ZPO die Kosten der Revision zu tragen hat.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Schmidt