

Verkündet
am 4. Februar 1963
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2189 082

I m N a m e n d e s V o l k e s
In dem Rechtsstreit

der Witwe Karoline H [REDACTED], H [REDACTED] bei H [REDACTED], H [REDACTED]
Straße [REDACTED]

Beklagten, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Bauunternehmer Heinrich M [REDACTED], H [REDACTED],
H [REDACTED]straße,

Kläger, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 4. Februar 1963 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrich-
ter Dr. Winkelmann, Rietschel, Erbel und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm
(Westf.) vom 23. Juni 1961 im Kostenpunkt und inso-
weit aufgehoben, als die Beklagte zur Zah-
lung weiterer 592,20 DM nebst 8 1/2 % Zinsen seit
dem 1. September 1955 verurteilt worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Ver-
handlung und Entscheidung an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Die Kosten dieser Revision hat die Beklagte zu 10/11 zu tragen. Die Entscheidung über die weiteren Kosten der Revision wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

20

- 3 -

Tatbestand:

Der Kläger hat es im Jahre 1954 übernommen, in der damals von der Beklagten geführten Gastwirtschaft den Keller zu erweitern und darin eine Kegelbahn einzubauen, ferner einen Saal anzubauen und diesen aufzustocken. Die Parteien waren sich darüber einig, daß der Bau mit fremden Geldmitteln finanziert werden mußte. Als sich die Beklagte entgegen ihrer vom Kläger behaupteten Zusage weigerte, außer einer Hypothek über 16.000 DM noch eine weitere Hypothek über 14.000 DM zu Gunsten des Klägers zu bestellen, stellte dieser im März 1955 die Arbeiten ein.

Für seine bis dahin ausgeführten Arbeiten hat der Kläger 29.125,28 DM sowie 2.392,05 DM an Nebenforderungen berechnet. Unter Anrechnung der Hypothek über 16.000 DM hat er beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 15.000 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 9.334,76 DM nebst Zinsen, das Oberlandesgericht dagegen nur im Betrage von 407,80 DM mit Zinsen entsprochen. Der erkennende Senat hat durch Urteil vom 1. Oktober 1959 (VII ZR 147/58), auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, das Berufungsurteil, soweit darin die Klage abgewiesen war, aufgehoben und die Sache an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Das Berufungsgericht hat nunmehr dem Kläger über die 407,80 DM hinaus weitere 8.607,24 DM nebst Zinsen zuerkannt.

Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage,

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



soweit sie nicht bereits rechtskräftig zur Zahlung der 407,80 DM nebst Zinsen verurteilt ist.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß dem Kläger außer den 407,80 DM noch weitere 8.607,24 DM für seine Arbeiten zustehen.

1. Die beiden Hypotheken von 16.000 und 14.000 DM sollten, so stellt das Berufungsgericht fest, nach der Vereinbarung der Parteien nicht nur die als Darlehen gestundete und in 10 Jahresraten abzuzahlende Werklohnforderung des Klägers sichern, sondern auch dazu dienen, dem Kläger die Finanzierung des Bauvorhabens zu ermöglichen. Im März 1955 hatte der Kläger den größeren Teil der geschuldeten Bauleistungen, nämlich Material- und Arbeitsaufwendungen im Werte von mindestens 25.212,24 DM erbracht. Damit standen der von der Beklagten zugesagten weiteren Hypothek von 14.000 DM bereits Leistungen des Klägers von mehr als 9.000 DM gegenüber. Die von ihm noch geschuldeten restlichen Maurer-, Beton- und Putzarbeiten hätten 3.855,63 DM ausgemacht. Auch dieser Betrag wäre somit durch die Hypothek über 14.000 DM gedeckt worden.

Die Folgerung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei im März 1955 verpflichtet gewesen, auch die Hypothek über 14.000 DM zu bestellen, ist demnach rechtlich nicht zu beanstanden. Auch die Revision wendet sich nicht dagegen. Das gleiche gilt für die weitere Folgerung, die Beklagte habe durch ihre Weigerung gegen eine wesentliche

Vertragspflicht verstoßen und sich damit einer positiven Vertragsverletzung schuldig gemacht, die den Kläger entsprechend §§ 325, 326 BGB berechnigte, vom Vertrag zurückzutreten (BGHZ 11, 80, 84). Eine Frist gemäß § 326 Abs. 1 BGB brauchte der Kläger der Beklagten in Anbetracht ihrer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung nicht zu setzen.

2. Durch die Übersendung seiner Rechnung vom 8. August 1955, spätestens durch die Erhebung der Klage, hat der Kläger, so stellt das Berufungsgericht weiter fest, den Rücktritt von dem Werkvertrag erklärt. Auch das greift die Revision nicht an.

3. Aus dem berechtigten Rücktritt erwachsen dem Kläger, wie das Berufungsgericht dem ersten Revisionsurteil folgend ausführt, die Ansprüche aus §§ 327, 346 BGB. Nach § 346 Satz 1 BGB hat die Beklagte die empfangene Leistung, das ist das von dem Kläger erstellte Werk, zurückzugewähren. Da sie jedoch die Leistungen des Klägers ihrer Natur nach nicht zurückzugeben vermag, hat sie dem Kläger deren Wert zu vergüten. Dieser beträgt nach der Feststellung des Berufungsgerichts 24.607,24 DM. Die bereits zuerkannten 407,80 DM gehen hiervon nicht ab, denn sie rühren aus der an den Kläger abgetretenen Architektenforderung her. Dagegen hat das Berufungsgericht den Betrag der dem Kläger bereits eingeräumten Hypothek von 16.000 DM auf die 24.607,24 DM angerechnet und ist somit zu der Restforderung von 8.607,24 DM gelangt.

a) Die Ansicht der Revision, der Kläger habe die von der Beklagten geleisteten Zahlungen und die ihm bestellte Hypothek der Beklagten zurückzugewähren und die Beklagte

müsse dem Kläger die eingebauten Baumaterialien wiedergeben, ist unrichtig. Das widerspricht der vom erkennenden Senat bereits im ersten Revisionsurteil angeführten anerkannten Rechtsprechung (RG JW 1911, 756; Warn 1914, 45; vgl. auch Gruchot 56, 113), die auch der erkennende Senat übernommen hat (BHZ VII ZR 47/57 vom 18. November 1957). § 346 Satz 2 BGB enthält über die darin erwähnten Fälle hinaus den allgemeinen Rechtsgedanken, daß dann, wenn die empfangene Leistung von vornherein ihrer Natur nach nicht zurückgewährt werden kann, deren Wert zu ersetzen ist. Verbaute Rohstoffe können ihrer Natur nach nicht mehr zurückgewährt werden. Die gegenteilige Ansicht der Revision ist abwegig.

b) Unbegründet ist die Rüge, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Kläger die Hypothek über 16.000 DM abgetreten habe, auch nicht in der Lage sei, sie sich wieder zu verschaffen und sie deshalb nicht mehr zurückzuübertragen vermöge. Nach §§ 350 ff BGB schließt die unverschuldete Unmöglichkeit, das Empfangene zurückzugewähren, das gesetzliche Rücktrittsrecht nicht aus. Dem Kläger war nach dem Vertrag gestattet, mittels der Hypothek das für den Bau erforderliche Geld zu beschaffen und sie zu diesem Zweck auf andere zu übertragen. Daß er das getan hat und infolgedessen die Hypothek selbst nicht mehr auf die Beklagte zurückübertragen kann, gereicht ihm nicht zum Verschulden. Er muß jedoch der Beklagten den Wert der Hypothek ersetzen. Diese Verpflichtung hat das Berufungsgericht beachtet, indem es die dem Kläger als Gegenwert für seine Leistungen zustehenden 24.607,24 um den vollen Nennbetrag der Hypothek, nämlich um 16.000 DM kürzte.

4. Den für die Ersatzpflicht der Beklagten maßgebenden Wert der Leistungen des Klägers hat das Berufungsge-

richt mit dem Sachverständigen nach dem Zeitpunkt des Rücktritts bemessen. Dabei ist es zutreffend von dem objektiven Verkehrswert der Leistungen ausgegangen. Auf den Wert, den die Leistungen für die Beklagte haben, kommt es nicht an. Hiervon abgesehen legt die Revision auch nicht dar, daß dieser geringer wäre als der Verkehrswert.

a) Ob der Bau im Laufe der Jahre gelitten hat und ob die Beklagte keinen Nutzen daraus ziehen konnte, weil er teilweise noch nicht vollendet ist, ist unerheblich. Letzteres und die sich daraus ergebenden Folgen hat die Beklagte zu vertreten.

b) Der dem Kläger zu ersetzende Wert wird nicht dadurch gemindert, daß das Grundstück nicht der Beklagten allein, sondern ihr und ihren beiden Söhnen als Erbengemeinschaft gehört. Der Anspruch aus § 346 BGB ist kein Bereicherungsanspruch. Nur wenn der Rücktritt wegen eines Umstandes erfolgt, den der andere Teil nicht zu vertreten hat, beschränkt sich dessen Haftung auf seine Bereicherung (§ 327 S. 2 BGB). Die Beklagte hat aber den Umstand, wegen dessen der Kläger vom Vertrag zurückgetreten ist, zu vertreten.

5. Die Voraussetzungen einer Aufrechnung mit Gegenansprüchen der Beklagten hat das Berufungsgericht verneint.

a) Die von der Beklagten zur Aufrechnung gestellte Forderung von 2.050,90 DM umfaßte 647,30 DM für Verzehr in ihrer Gastwirtschaft, 280,60 DM für das Richtfest, 800 DM für einen eingelösten Wechsel und 323 DM aus Darlehen.

Hiervon hat das Landgericht die Verzeehr- sowie die Richtfestkosten im Gesamtbetrag von 927,90 DM für begründet und durch Aufrechnung mit der dem Kläger abgetretenen Architektenforderung von 1.335,75 DM als erloschen erachtet. Demgemäß hat es dem Kläger, wie bereits erwähnt, an Architektenhonorar noch 407,80 DM zugesprochen. Die beiden weiteren Forderungen über 800 und 323 DM hat es als nicht bewiesen behandelt.

Das Berufungsgericht hat in seinem ersten Urteil dem Kläger nur das Architektenhonorar in Höhe von restlichen 407,80 DM zuerkannt. Die beiden Gegenforderungen über 800 und 323 DM hat es ebenfalls als nicht bewiesen bezeichnet und deshalb eine weitere Tilgung der Forderung über 407,80 DM durch Aufrechnung mit diesen Gegenansprüchen verneint. Im ersten Revisionsverfahren standen das Architektenhonorar und die Gegenforderungen nicht zur Entscheidung.

Die im angefochtenen Urteil vom Berufungsgericht vertretene Ansicht, seine Entscheidung im ersten Berufungsurteil über die gesamten Gegenforderungen der Beklagten in Höhe von 2.050,90 DM sei bindend, darüber könne nicht nochmals entschieden werden, ist demnach nicht richtig. Der Forderung über 407,80 DM standen noch zwei Gegenforderungen gegenüber, nämlich die Forderung über 323 DM und die weitere über 800 DM. Damit, daß das Berufungsgericht die erstere als unbegründet erklärt hat, ist diese der Beklagten nach § 322 Abs. 2 ZPO rechtskräftig aberkannt. Dagegen ist nach derselben Rechtsvorschrift die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung von 800 DM nur in Höhe von 407,80 DM der Beklagten rechtskräftig abgesprochen (vgl. Stein-Jonas, Anm. VI 2 zu § 322 ZPO mit Nachw.) über die Aufrechnung mit dem überschießenden Teil von (800 - 407,80 =) 392,20 DM

gegenüber dem Anspruch des Klägers auf Wertersatz wäre demnach noch zu entscheiden gewesen.

b) Schadensersatzansprüche wegen Verzugs sind nicht gegeben. Der Kläger kam nicht in Verzug, weil er seine weiteren Leistungen mit Rücksicht auf die Weigerung der Beklagten, die Hypothek über 14.000 DM zu bestellen, zu Recht abgelehnt hat.

c) Ein wegen der Entfernung eines T-Trägers aus dem der Erbengemeinschaft gehörenden Gebäude etwa gegebener Schadensersatzanspruch, den die Beklagte mit 200 DM angibt, steht nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht dem Kläger sondern der Erbengemeinschaft zu. Die Beklagte habe nicht vorgetragen, daß die anderen Erben der Aufrechnung zugestimmt haben.

Die Revision bezeichnet die Annahme des Berufungsgerichts, die Miterben seien mit der erklärten Aufrechnung nicht einverstanden, als willkürlich. Nicht einmal der Kläger habe das behauptet. Zumindest habe das Berufungsgericht insoweit den Sachverhalt aufklären müssen (§ 139 ZPO).

Diese Rüge ist begründet. Das Berufungsgericht hat gemäß seinem Beschluß vom 28. Juli 1960 darüber Beweis erhoben, ob der Kläger bei den Umbauarbeiten einen T-Träger herausgenommen und für sich verwandt hat. Somit ist es davon ausgegangen, daß die Beklagte einen sich daraus ergebenden Schadensersatzanspruch zur Aufrechnung stellen könne. Jedenfalls durfte die Beklagte annehmen, daß das Berufungsgericht diese Ansicht vertrete. Da auch der Kläger, soweit ersichtlich, nicht bezweifelt hat, daß die

Beklagte befugt war, mit dem Anspruch aufzurechnen, mußte das Berufungsgericht, bevor es mit seiner Begründung die Voraussetzungen der Aufrechnung verneinte, klären, ob der Sohn Willi Hoppe und der Abwesenheitspfleger des vermißten Sohnes Heinz H. die Beklagte zu der Aufrechnung ermächtigt haben.

d) Die Aberkennung eines Zahlungsanspruchs der Beklagten über 2.000 DM wegen der Wegnahme von Steinen läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Revision greift insoweit die Begründung im angefochtenen Urteil auch nicht an.

6. Das Berufungsurteil ist demnach im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als die Beklagte zur Zahlung weiterer (392,20 + 200 =) 592,20 DM nebst 8 1/2 % Zinsen seit dem 1. September 1955 verurteilt ist. In diesem Umfang ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die weitergehende Revision ist als unbegründet zurückzuweisen.

20

Von den Kosten dieser Revision hat die Beklagte 10/11 zu tragen. Die Entscheidung über die restlichen Kosten der Revision bleibt dem Berufungsgericht vorbehalten.

Glanzmann

Dr. Winkelmann

Rietschel

Erbel

Finke