Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juli 2001 durch die Richter Prof. Dr. Thode, Hausmann, Dr. Wiebel, Dr. Kuffer und Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten werden das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Potsdam vom 23. September 1998 einschließlich des ihm zugrundeliegenden Verfahrens sowie das Urteil des 13. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 12. Mai 1999 insoweit aufgehoben, als die Widerklage in Höhe von 138.500,97 DM zuzüglich Zinsen abgewiesen und die Berufung des Beklagten insoweit zurückgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten beider Rechtsmittelverfahren, an das Landgericht Potsdam zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Abrechnung eines Bauvertrages über fünf Doppelhaushälften. Sie haben die VOB/B vereinbart. Die Klägerin hat restlichen Werklohn verlangt, nachdem sie den Vertrag gekündigt hatte. Der Beklagte hat in Höhe von 495.400,99 DM Widerklage erhoben. Mit dieser verlangt

er Mehrkosten der Fertigstellung, Mängelbeseitigungskosten und Schadensersatz vor allem für Mietausfall infolge späterer Fertigstellung.

Das Landgericht hat den Beklagten erstmals in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, daß es die Widerklage mangels ausreichenden Vortrages zur Höhe der Widerklageforderung für unschlüssig halte. Zugleich hat es einen Verkündungstermin bestimmt. Einen Antrag des Beklagten auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung hat es nicht beschieden, sondern ein sowohl die Klage als auch die Widerklage abweisendes Urteil verkündet. Die Berufung des Beklagten gegen die Abweisung der Widerklage ist zurückgewiesen worden. Der Senat hat die Revision insoweit angenommen, als die Widerklage in Höhe von 138.500,97 DM ohne Erfolg geblieben ist.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist im Umfang der Annahme begründet. Sie führt insoweit zur Aufhebung der vorangegangenen Entscheidungen und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

I.

Das Berufungsgericht hält die Berufung für unbegründet. Zwar habe der Beklagte auch ohne Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung einen Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin aus § 5 Nr. 4 VOB/B oder § 326 BGB. Diesen Anspruch habe der Beklagte aber auch in der Berufungsinstanz der Höhe nach nicht schlüssig dargelegt.

II.

Das hält einer rechtlichen Nachprüfung teilweise nicht stand. Zur Widerklage hat der Beklagte in Höhe von 138.500,97 DM schlüssig vorgetragen.

1. Die Klägerin hat nach Auffassung des Berufungsgerichts den Vertrag zu Unrecht gekündigt. Auf dieser Grundlage stehen dem Beklagten die Ansprüche wegen der Mehrkosten der Fertigstellung und der Kosten der Mängelbeseitigung auch ohne eine Androhung der Kündigung und ohne eigene Kündigung zu. Beides war entbehrlich, weil die Klägerin durch ihre unberechtigte, vom Beklagten zurückgewiesene Kündigung sowie ihre Weigerung, die Arbeiten wieder aufzunehmen, die Leistung endgültig verweigert hat (vgl. BGH, Urteil vom 20. April 2000 - VII ZR 164/99 = BauR 2000, 1479, 1481 = ZfBR 2000, 479 = NJW 2000, 2997). Der Beklagte hat ferner unter den Voraussetzungen des § 4 Nr. 7 Satz 2 oder § 6 Nr. 6 VOB/B Anspruch auf Ersatz der Schäden, welche durch die von der Klägerin zu vertretende Verzögerung der Mängelbeseitigung oder Fertigstellung entstanden sind.

2. Die Widerklage ist nach dem Vortrag des Beklagten in Höhe von 138.500,97 DM begründet. Die schlüssig dargestellten Mehrkosten der Fertigstellung, die Mängelbeseitigungskosten und sonstigen Schäden des Beklagten betragen im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts nicht nur 1.462.815,87 DM, sondern insgesamt 1.740.839,75 DM. Dem steht ein hypothetischer Fertigstellungsaufwand bei Vertragserfüllung durch die Klägerin in Höhe von lediglich 1.602.338,78 DM gegenüber. Im einzelnen sind zusätzlich zu den vom Berufungsgericht anerkannten Beträgen in die gebotene Gegenüberstellung einzustellen:

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

a) Das Berufungsgericht berücksichtigt als Kosten des Beklagten für die Erstellung der Außenanlagen und der Drainage nur einen Betrag in Höhe von 101.420,63 DM. Zu den Leistungen, die die G. GmbH aufgrund verschiedener Nachtragsangebote in Höhe von netto insgesamt 12.244,42 DM abgerechnet hat, vermißt es Vortrag über die entsprechende vertragliche Verpflichtung der Klägerin.

Insoweit sind Kosten in der Gesamthöhe von 103.636,36 DM, also zusätzlich 2.215,73 DM brutto zu berücksichtigen. Die Revision rügt zu Recht das Übergehen schlüssigen Beklagtenvortrages zur Position 1 zum Baustellenprotokoll vom 21. Mai 1996. Diese Position betrifft Erdbewegungen zur Ergänzung zu tief liegender Drainplatten. Der Beklagte hatte hierzu unter Hinweis auf ein Gutachten des Sachverständigen Di. erstinstanzlich ausreichend vorgetragen und hierauf in der Berufungsbegründung konkret Bezug genommen.

b) Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat der Beklagte die von der B. GmbH unter dem 8. Oktober 1997 berechneten Innenausbaukosten nur in Höhe von 125.742,54 DM schlüssig vorgetragen. Die Revision hat insoweit in Höhe von 8.660,28 DM Erfolg; für den Innenausbau sind insgesamt 134.402,82 DM in die Abrechnung einzustellen.

(1) Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsgericht für den Ausbau einer Stahltürzarge 834,73 DM netto abgezogen hat, obwohl die B. GmbH dem Beklagten hierfür unter Position 2.07 nur 640 DM netto berechnet hat. Zusätzlich einzustellen ist der Differenzbetrag von 194,73 DM zuzüglich Mehrwertsteuer, brutto also 223,94 DM.

(2) Das Berufungsgericht läßt die die Trennwände zwischen Heizungszentrale und Keller betreffende Position 3.6 in Höhe von netto 2.615,18 DM

unberücksichtigt. Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß bereits der Beklagte diesen Betrag abgezogen hatte, so daß im Ergebnis ein doppelter Abzug vorliegt. Zusätzlich einzustellen sind inklusive Mehrwertsteuer 3.007,46 DM.

(3) Das Berufungsgericht zieht für die Außenfensterbänke (Position 3.12) 1.045,50 DM mit der Begründung ab, die nach der Baubeschreibung geschuldete Qualität sei nach unbestrittenem Klagevortrag für 45 DM/m erhältlich gewesen. Die Revision rügt zu Recht, das Berufungsgericht habe das Beweisangebot des Beklagten zur Üblichkeit der berechneten Preise übergangen. Zusätzlich einzustellen sind inklusive Mehrwertsteuer 1.202,33 DM.

(4) Die Rechnungspositionen 3.16 bis 3.27 in der Gesamthöhe von netto 21.471,55 DM berücksichtigt das Berufungsgericht nicht. Die Revision weist nach, daß der Beklagte die Positionen 3.23, 3.25 und 3.26 selbst abgezogen hatte, so daß ein Doppelabzug vorliegt. Zusätzlich einzustellen sind brutto 3.172,57 DM.

(5) Bei den Küchenfensterbänken nimmt das Berufungsgericht einen Abzug von 1.120 DM vor. Da die die Küchenfensterbänke betreffende Rechnungsposition 12.03 insgesamt 451 DM beträgt, kann dies nicht richtig sein. Weil der Beklagte auf Carrara-Marmor keinen Anspruch und den von der Klägerin behaupteten Preis für sonstigen Naturstein in Höhe von 45 DM/m nicht widerlegt hat, ergibt sich bei 5,5 m ein erstattungsfähiger Betrag von netto 247,50 DM, also ein Nettoabzug von 203,50 statt 1.120 DM. Die Differenz von 916,50 DM zzgl. Mehrwertsteuer ist zusätzlich einzustellen, also 1.053,98 DM.

c) Von den Rechnungen des Sägewerks M. zu restlichen Dacharbeiten stellt das Berufungsgericht nur 49.835,05 DM in die Abrechnung ein. Für die

Steildächer auf den Garagen könne der Beklagte nicht den Rechnungsbetrag von 9.491,71 DM pro Dach geltend machen, sondern nur die ausweislich des von ihm vorgelegten Sachverständigengutachtens De. für die unstreitig geschuldeten Flachdächer erforderlichen 5.665,55 DM brutto. Mangels nachvollziehbaren Vortrages zur Leistung seien auch die gemäß Nachtragsangebot vom 20. Oktober 1996 netto berechneten 3.260,87 DM abzuziehen.

Auch in diesem Punkt ist die Revision überwiegend begründet. Als schlüssig vorgetragen einzustellen sind hierfür insgesamt 74.314,80 DM.

(1) Die Revision beanstandet zu Recht, der Beklagte habe vorgetragen, ein Steildach sei günstiger herzustellen als ein Flachdach, die von M. für das Steildach berechneten Preise seien üblich. Dieser Vortrag ließ deutlich genug erkennen, daß sich der Beklagte die Schätzung seines Bauleiters De. zur absoluten Höhe der für die Erstellung der Dächer erforderlichen Kosten nicht zueigen gemacht hatte. Der Beklagte hatte insoweit den Anspruch auf Erstattung der ihm berechneten Kosten schlüssig vorgetragen; zusätzlich einzustellen sind brutto 20.729,75 DM.

(2) Zum Nachtragsangebot vom 20. Oktober 1996 rügt die Revision zutreffend das Übergehen von Beklagtenvortrag. Der Beklagte hatte in erster Instanz genau genug vorgetragen, daß es um Mängelbeseitigungsarbeiten an der Traufe ging, und das Nachtragsangebot vom 20. Oktober 1996 als Anlage B 14 vorgelegt. In der Berufungsbegründung hat er hierauf konkret Bezug genommen. Zusätzlich einzustellen sind brutto 3.750 DM.

d) Die Rechnungen für restliche Arbeiten an der Heizung berücksichtigt das Berufungsgericht nur in Höhe von 27.489,05 DM. Die von der Klägerin in ihrer Rechnung für fehlende Heizungsarbeiten abgezogene Summe von

64.914,97 DM könne nicht angesetzt werden, da sie auch Fixkosten und Gewinn enthalte.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg; die Differenz beider Beträge in Höhe von 37.425,92 DM ist zusätzlich in die Abrechnung einzustellen. Auch der vom Beklagten anstelle der Klägerin mit den Heizungsarbeiten beauftragte Unternehmer berechnete ihm Fixkosten- und Gewinnanteile. Die Ausführungen der Klägerin zu den von ihr erbrachten Teilleistungen im Heizungsbereich und dem Wert der Restarbeiten lassen einen Umkehrschluß auf den Aufwand zu, den der Beklagte noch zu leisten hatte. Den Betrag hat er in der Berufungsinstanz vorgerechnet. Die Tatsache, daß die Klägerin für die restlichen Heizungsarbeiten keinen Werklohn erhalten hat, bleibt für die Ermittlung der dem Beklagten entstandenen Mehrkosten außer Betracht. Denn Vergleichsgröße ist der Betrag, den der Beklagte bei vollständiger und ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages an die Klägerin hätte zahlen müssen.

e) Das Berufungsgericht hat Kosten für Sanitärarbeiten nicht berücksichtigt. Der Beklagte habe sich eine umfangreichere und höherwertige Sanitärausstattung einbauen lassen. Eine Vereinbarung mit der Klägerin über diese Sonderausstattung habe er weder substantiiert dargelegt noch bewiesen. Die ihm berechneten Sonderleistungen seien nicht einzeln abzugsfähig.

Die Revision rügt zu Recht, daß jedenfalls der Betrag hätte berücksichtigt werden müssen, den die Klägerin für die nicht ausgeführten Restarbeiten in ihrer Rechnung angesetzt hat; das sind 27.238 DM.

f) Den für Plattenarbeiten in den Hauseingängen geltend gemachten Betrag von 7.944,48 DM hat das Berufungsgericht mit der Begründung unberücksichtigt gelassen, die Arbeiten seien unzureichend dargelegt, weshalb of-

fen bleiben könne, ob sie überhaupt von der Klägerin zu erbringen gewesen seien.

Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß der Beklagte behauptet hat, in jedem Hauseingang sei eine große Steinplatte verlegt worden. Daß diese Arbeiten zum vertraglichen Leistungsumfang der Klägerin gehörten, ist mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts in der Revision zugunsten des Beklagten zu unterstellen. Der abgezogene Betrag ist insgesamt zu berücksichtigen.

g) Für die Küchenfenster berücksichtigt das Berufungsgericht nur den anerkannten Teilbetrag von 2.185 DM. Der Vortrag des Beklagten, er habe die vertraglich vereinbarten Fenster einbauen lassen, reiche nicht aus.

Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß das Berufungsgericht erheblichen Beklagtenvortrag übergangen hat. Der Rechnungsbetrag von 3.125,90 DM ist insgesamt schlüssig dargelegt, so daß zusätzlich 940,90 DM in die Abrechnung einzustellen sind. Der Beklagte hatte auf Nr. 1.22 der Baubeschreibung hingewiesen; danach schuldete die Klägerin weiße Kunststoffenster mit Isolierverglasung. Die vom Beklagten vorgelegte Rechnung der I. GmbH weist Küchenfenster in "Kunststoff, Farbe weiß, 2-fach-Isolierverglasung" aus.

h) Das Berufungsgericht berücksichtigt den insgesamt 2.030 DM ausmachenden Anteil der Beklagten an den Kosten für die Sachverständigengutachten Pl. und Me. nicht. Er mache nicht geltend, daß die zwei zuvor von der Klägerin eingeholten Sachverständigengutachten unbrauchbar gewesen seien.

Die vom Beklagten geltend gemachten Gutachterkosten in Höhe von 6.897,50 DM sind insgesamt zu berücksichtigen, auch sein Anteil von 2.030 DM für die beiden genannten Gutachten. Die Revision weist ausreichen-

den Vortrag zu den Mängeln des von der Klägerin eingeholten Sachverständigengutachtens Dr. Be. nach.

i) Das Berufungsgericht läßt unberücksichtigt den auf 2.320,65 DM bezifferten Aufwand für die Tätigkeit des Mitbauherrn Ka., für den die Klägerin die sechste Doppelhaushälfte errichten sollte und der auch für den Beklagten die Bauherrenaufgaben wie Besprechungen mit Bauhandwerkern, Sachverständigen etc. wahrnahm. Es fehle an einer zeitlichen Einordnung und an einer Begründung dafür, daß dieser Aufwand gerade auf der Fertigstellung durch Dritte beruhe.

Die Revision hat in Höhe von 2.074,82 DM Erfolg. Das Berufungsgericht stellt überspannte Substantiierungsanforderungen. Die zeitliche Einordnung ergab sich ohne weiteres aus den als Anlage B 60 vorgelegten Belegen. Der Beklagte hat die Tätigkeit des Ka. ausreichend dargestellt. Es bedurfte keiner näheren Begründung, daß dieser Aufwand nicht entstanden wäre, wenn die Klägerin die Häuser vertragsgemäß schlüsselfertig erstellt hätte. Abzuziehen ist lediglich der auf den Beklagten entfallende Anteil von 5/6 am Aufwand von 295 DM für eine am 22. Mai 1995 und damit lange vor der Kündigung der Klägerin unternommene Flugreise; das entspricht 245,83 DM.

j) Das Berufungsgericht berücksichtigt als unstreitig einen Schadensersatzbetrag von 15.017 DM für die infolge Bauverzögerung angefallene Entschädigung eines Küchenstudios; den streitigen Restbetrag von 5.510 DM zieht es mit der Begründung ab, es fehle Vortrag zur alleinigen Ursächlichkeit der von der Klägerin ausgesprochenen Kündigung für diesen Verzögerungsschaden.

Auch der streitige Restbetrag ist zu berücksichtigen. Ein Fehlverhalten Dritter, auch der Personen, die der Geschädigte zur Abwicklung und Beseitigung des Schadens hinzuzieht, unterbricht den Zurechnungszusammenhang regelmäßig nicht. Im Streitfall gilt nichts anderes. Wenn die Klägerin zum vereinbarten Zeitpunkt die Voraussetzungen für den Einbau der Küchen geschaffen hätte, wären die weiteren Unternehmer nicht beauftragt worden.

k) Der Beklagte hat behauptet, er habe seine Doppelhaushälften kündigungsbedingt wegen der verspäteten Fertigstellung erst später vermieten können und infolge einer Verschlechterung der Marktsituation den Makler bezahlen müssen. Das Berufungsgericht läßt die vom Beklagten für Mietausfall und Makler geltend gemachte Gesamtforderung in Höhe von 159.504 DM mit der Begründung unberücksichtigt, die pauschale Behauptung, er hätte die Häuser bei vertragsgemäßer Fertigstellung sofort für 1.500 DM vermieten können, reiche nicht aus; außerdem beruhe die Fertigstellungsverzögerung von 21 Monaten bei einer vereinbarten Bauzeit von 8 Monaten nicht allein auf dem Verhalten der Klägerin.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg; der geltend gemachte Schadensbetrag ist in die Abrechnung einzustellen. Das Berufungsgericht hat auch in diesem Punkt überhöhte Substantiierungsanforderungen gestellt. Der Beklagte mußte zum hypothetischen Verlauf der Dinge keinen weiteren Vortrag halten. Die Haftung der Klägerin hängt, wie ausgeführt, nicht von der "alleinigen" Ursächlichkeit ihres Verhaltens für die Bauverzögerung ab. Daß der Beklagte erkennbar ungeeignete oder langsam arbeitende Ersatzunternehmer beauftragt hätte, stellt das Berufungsgericht nicht fest.

III.

Das Urteil des Berufungsgerichts ist danach aufzuheben. Die Sache ist an das Landgericht zurückzuverweisen, nachdem das Berufungsgericht gemäß § 539 ZPO dorthin hätte zurückverweisen müssen. Eine Entscheidung durch das Berufungsgericht wäre nicht sachdienlich (§ 540 ZPO).

Das Landgericht hat gegen §§ 139, 156 ZPO verstoßen. Es liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel im Sinne des § 539 ZPO vor. Ein Gericht verletzt seine Hinweispflicht, wenn es den gebotenen Hinweis erst in oder kurz vor der mündlichen Verhandlung erteilt, sogleich Verkündungstermin bestimmt, der Partei keine Frist zur ergänzenden Stellungnahme einräumt und einem Antrag auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nicht nachkommt (vgl. BGH, Urteile vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365, 371 f; vom 8. Februar 1999 - II ZR 261/97, NJW 1999, 2123, 2124, jeweils m.w.N). Dieses Verfahren hat das Landgericht gewählt. Es hat ungeachtet des Antrags des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten die mündliche Verhandlung nicht wieder eröffnet, wie dies geboten gewesen wäre. Die Annahme des Landgerichts, der Prozeßbevollmächtigte habe bewußt lückenhaft vorgetragen, ist nicht nachvollziehbar und rechtfertigt sein Verfahren nicht.

Thode Hausmann Wiebel

Kuffer Kniffka