

VII ZR 239/60
Verkündet
am 10. Mai 1962

2225 079

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Gemeinnützige Reichsbund Wohnungs- und Siedlungsgesellschaft mbH. Zweigniederlassung Nordrhein-Westfalen in D [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer,

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Maurermeister Günter D [REDACTED], M [REDACTED] Ruhr, I [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 10. Mai 1962 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 14. Oktober 1960 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte hat in den Jahren 1954/55 in Mülheim/Ruhr eine aus 24 Einfamilienhäusern bestehende Siedlung errichten lassen. Der Aufbau der Siedlung, die in 4 Blöcke zu je 6 Häusern eingeteilt war, erfolgte abschnittsweise. Der Kläger hatte von der Beklagten den Auftrag zur Herstellung der Erd-, Maurer-, Beton- und Innenputzarbeiten für diese Häuser erhalten. Auf Grund des Leistungsverzeichnisses, das dem Kläger von der Beklagten zugesandt worden war, einigten sich die Parteien auf einen Pauschalpreis von 9.360 DM für jedes Haus.

Im Laufe der Zeit kam es zwischen den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten, die im wesentlichen die Zahlungsweise der Beklagten und die schleppende Durchführung des Bauvorhabens durch den Kläger betrafen. Die Parteien vereinbarten schließlich im Oktober 1955, das Vertragsverhältnis als beendet anzusehen. Zu dieser Zeit waren die Leistungen des Klägers bei Block I und II fast völlig, bei Block III und IV teilweise erbracht. Die restlichen Arbeiten ließ die Beklagte von der Firma G [REDACTED] & Co. in Gr [REDACTED] durchführen.

Der Kläger behauptet, die Beklagte sei mit ihren Zahlungen an ihn in Verzug geraten; deshalb seien auch für ihn finanzielle Schwierigkeiten entstanden, so daß er die Arbeiten nicht zügig habe fortsetzen können. Infolgedessen hätten sich die Parteien geeinigt, daß der Kläger unter Zugrundelegung der vereinbarten Pauschalpreise für die bereits geleisteten Arbeiten bezahlt werden solle. Der Kläger hat seine Forderung einschließlich einer Reihe von Sonderleistungen und abzüglich geleisteter Zahlungen der Beklagten auf 22.943,62 DM errechnet. Diesen Betrag nebst

10 % Zinsen seit dem 27. Februar 1956 verlangt er mit der Klage.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie hat vorgetragen, nicht sie, sondern der Kläger habe die Verzögerungen in der Durchführung des Bauvorhabens allein verschuldet. Deshalb habe sie einen Schadensersatzanspruch gegen den Kläger, und die Abrechnung sei in der Weise vereinbart worden, daß von den vereinbarten Pauschalpreisen ihre Zahlungen an die Firma G [REDACTED] & Co abzuziehen seien. Die Ansprüche des Klägers aus Sonderleistungen hat die Beklagte teilweise bestritten. Die Beklagte kommt auf Grund ihrer Berechnung zu dem Ergebnis, daß sie an den Kläger bereits zuviel bezahlt habe.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 21.301,86 DM stattgegeben und im übrigen die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat daraufhin - abgesehen von einem Teil des Zinsanspruchs - der Klage in vollem Umfang stattgegeben und die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision, hilfsweise Verurteilung der Beklagten zur Zahlung an seine Pfändungsgläubiger wie im Schriftsatz vom 10. Mai 1962.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist begründet.

1) a) Die Parteien sind sich dem Berufungsurteil zufolge darüber einig, daß sie im Oktober 1955 die Auflösung des



zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisses vereinbart haben. Streit besteht jedoch über den Inhalt der Vereinbarung, soweit er die Abrechnung über die Forderungen der Parteien betrifft.

Das Berufungsgericht sieht keine der beiden sich widersprechenden Parteibehauptungen als erwiesen an. Es geht deshalb davon aus, daß eine Vereinbarung über die Abrechnung nicht zustandegekommen ist.

b) Das ist nicht zu beanstanden. Die Beklagte rügt die Verletzung des § 314 Satz 1 ZPO. Nach ihrer Ansicht hätte das Berufungsgericht als unstreitig feststellen müssen, daß irgendeine Vereinbarung über die Abrechnung getroffen worden ist. Das geht fehl. Das Berufungsgericht braucht eine solche Feststellung nicht zu treffen; es konnte sich damit begnügen, als nicht mehr feststellbar anzusehen, ob und welche Abmachung insoweit getroffen worden ist. Dann konnte es aber auch ohne Rechtsfehler die Parteien so behandeln, als ob wegen der Abrechnung nichts vereinbart worden sei.

2) a) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß, da eine nachweisbare Vereinbarung über die Abrechnung nicht vorliege, der Vertrag eine Lücke aufweise, die nach dem mutmaßlichen Parteiwillen zu schließen sei. Es kommt zu der Feststellung, daß die Parteien, wenn sie eine Vereinbarung über die Abrechnung getroffen hätten, dies im Sinne der Berechnung des Klägers getan haben würden.

b) Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe der Beklagten sind begründet.

Für eine ergänzende Vertragsauslegung, wie sie das Berufungsgericht vorgenommen hat, ist kein Raum. Denn es ist nicht

ersichtlich, weshalb das Abkommen über die Vertragsaufhebung lückenhaft sein sollte. Die Frage, welche Leistungen die Parteien aus dem aufgehobenen Vertrag einander schuldeten, bedurfte keiner vertraglichen Regelung.

Die Aufhebung des Bauvertrags bedeutete, daß der Kläger frei wurde von der Verpflichtung, die geschuldete und noch nicht erbrachte Leistung zu erbringen. Andererseits hatte ihm die Beklagte nur die tatsächlich ausgeführten Leistungen zu vergüten. Dazu ist sie auch grundsätzlich bereit.

Die Beklagte will dem Kläger jedoch die Mehraufwendungen abziehen, die ihr dadurch entstanden sind, daß sie die Bauten durch einen anderen Unternehmer zu einem höheren Preis hat vollenden lassen. Damit rechnet sie gegen die Werklohnforderung des Klägers mit einem Schadensersatzanspruch auf. Das ist an sich zulässig (BGHZ 36, 316).

Für einen solchen Schadensersatzanspruch enthält die VOB (B) in § 8 Ziff. 3 Abs. 2 in Verb. mit § 5 Ziff. 4 einschlägige Vorschriften. Diese Bestimmungen setzen allerdings außer dem Verzug des Bauunternehmers voraus, daß der Besteller ihm fruchtlos eine Frist gesetzt und danach den Vertrag gekündigt hat. Sie lassen sich indessen sinngemäß auch ohne eine Kündigung anwenden, wenn der Besteller zu dieser Maßnahme jedenfalls berechtigt war, statt der Kündigung aber eine einverständliche Vertragsaufhebung erfolgt ist. Das Erfordernis der Fristsetzung entfällt nach allgemeinen Grundsätzen, wenn sie wegen offenbaren Unvermögens des Unternehmers sinnlos ist; das kann gerade darin seinen Ausdruck finden, daß dieser sich mit der Vertragsaufhebung ohne weiteres einverstanden erklärt.

Daneben kommt auch § 8 Ziff. 2 VOB (B) in Betracht, wonach dem Bauherrn Schadensersatzansprüche zustehen, wenn er wegen Zahlungseinstellung des Unternehmers den Vertrag gekündigt hat. Auch diese Vorschrift ist einer sinnngemäßen Anwendung fähig, wenn statt einer solchen Kündigung der Bauvertrag einverständlich aufgehoben worden ist.

Hat die Beklagte aber solche Schadensersatzansprüche erworben, so ist kein Grund erkennbar, weshalb sie bei der vereinbarten Aufhebung des Vertrags darauf hätte verzichten sollen. Ein solcher Grund kann jedenfalls nicht, wie das Berufungsgericht meint, darin gefunden werden, daß die Fertigstellung der Bauten dringlich war. Denn die Beklagte konnte von dem Vertrag nicht allein bei Zustimmung des Klägers, sondern auch durch Kündigung, notfalls nach § 8 Ziff. 1 VOB (B), loskommen und dann einen anderen Unternehmer beauftragen. Sie hatte es insofern also nicht nötig, dem Kläger irgendwelche Zugeständnisse zu machen. Gegen einen Verzicht der Beklagten spricht überdies auch der von dem Berufungsgericht noch nicht berücksichtigte Umstand, daß die Beklagte die ihr durch die Zuziehung eines anderen Unternehmers entstehenden Mehrkosten ihrer Höhe nach noch nicht überschauen konnte, mit einem solchen Verzicht also ein erhebliches Risiko eingegangen wäre.

Unter diesen Gesichtspunkten hätte das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten würdigen müssen. Diese hatte in der Berufungsbegründung auch Tatsachen vorgetragen und unter Beweis gestellt, aus denen sich ein immer wiederkehrender Verzug des Klägers und auch die Sinnlosigkeit jeder Nachfristsetzung ergeben konnten.

Mit Recht rügt die Beklagte, daß das Berufungsgericht dem nicht nachgegangen ist (Verletzung des § 286 ZPO).

c) Zu bemerken ist, daß die Vorwürfe, die der Kläger gegen die Beklagte erhoben hat, dann ebenso von Bedeutung sind und auf ihre Richtigkeit nachgeprüft werden müssen.

d) Im übrigen wären diese beiderseitigen Behauptungen der Parteien auch vom Standpunkt des Berufungsgerichts aus erheblich gewesen. Denn eine ergänzende Vertragsauslegung, wie sie dieses für notwendig angesehen hat, hätte nicht von den Tatumständen absehen dürfen, die zu der Vereinbarung geführt haben, und ebenso auch nicht von den in diesem Zeitpunkt etwa bereits erhobenen Rechten der Beklagten.

e) Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird auch über die Kosten der Revision zu befinden haben.

3) Die Beklagte hat nun allerdings noch weiter gerügt, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß der Kläger infolge von Pfändungen seines Anspruchs gegen die Beklagte überhaupt nicht befugt gewesen sei, Zahlung an sich selbst zu verlangen.

b) Diese Rüge kann jedenfalls nicht schon zu einer (teilweisen) Abweisung der Klage durch das Revisionsgericht führen.

Die Beklagte hat zwar in ihrem Schriftsatz vom 5. April 1960, S. 3 vorgetragen: "Die hiermit vorgelegte Anlage 3 (Pfändung des Finanzamts Mülheim/Ruhr vom 23.11.1956) zeigt,

daß der Kläger aus dem Jahr 1953 Einkommensteuer und Notopfer und aus dem Jahr 1954 Umsatzsteuer dem Finanzamt schuldete". Hierzu hat sie einen Pfändungs- und Überweisungsbeschuß des Finanzamts über 16.775,03 DM (nebst Säumniszuschlägen) vorgelegt.

Diesem Vortrag der Beklagten ist jedoch, obwohl er von dem Kläger nicht bestritten worden ist, nicht mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen, ob und in welcher Höhe die Pfändung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung noch bestand. Die Möglichkeit, daß die Pfändung im maßgebenden Zeitpunkt - mindestens teilweise - nicht mehr bestand, war nicht auszuschließen. Zu dieser Annahme war sogar ein gewisser Anlaß vorhanden, einmal schon, weil die Beklagte das Wort "schuldete" (Vergangenheitsform) gebrauchte; zum anderen aber insbesondere deshalb, weil die Beklagte daraus nicht die an sich sehr naheliegende Folgerung gezogen hat, aus diesem Grund die Sachbefugnis des Klägers zu bestreiten, sich vielmehr damit begnügt hat, diese Behauptung nur zur Kennzeichnung der schlechten Vermögenslage des Klägers bei Übernahme des Auftrags heranzuziehen.

Es ist deshalb zumindest schon zweifelhaft, ob das Berufungsgericht schon auf Grund des Vortrags der Beklagten die Klage hätte (teilweise) abweisen können. Es hätte daher auf jeden Fall dem Kläger Gelegenheit geben müssen, sich hierzu zu äußern und entsprechende Sachanträge zu stellen (§ 139 ZPO).

Was die Beklagte sonst über zahlreiche gegen den Kläger ergangene Pfändungen vorgetragen hatte, ist unsubstantiiert. Nähere Darlegungen hierzu hat sie erst in der

Revisionsinstanz gebracht. Sie können als neues tatsächliches Vorbringen nicht mehr berücksichtigt werden.

Glanzmann

Dr. Winkelmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Dr. Vogt