

64

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 256/64

## URTEIL

Verkündet am

11. Juli 1966  
Horn,  
Justizobersekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Architekten und Baumeisters Gerhard D. [REDACTED] in B. [REDACTED]  
S. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers, Revisionsklägers  
und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma "C. [REDACTED]" Hanns K. [REDACTED], H. [REDACTED]  
[REDACTED], K. [REDACTED], W. [REDACTED]straße [REDACTED],  
Inhaber Hanns K. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte, Revisionsbeklagte  
und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Streichelferin der Klägerin: Firma R. [REDACTED] AG.,  
D. [REDACTED], T. [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch deren Vor-  
standsmitglieder N. [REDACTED] und B. [REDACTED], ebenda,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Juni 1966 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

1. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm/W. vom 30. Juni 1964 wird zurückgewiesen.
2. Auf die Anschlußrevision der Klägerin wird das Urteil aufgehoben, soweit zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist; die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts in Essen vom 28. Mai 1962 wird in vollem Umfang zurückgewiesen.
3. Der Beklagte hat die Kosten beider Rechtsmittelzüge, auch die der Streithilfe, zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin übernahm im April 1961 die Fundamentierungs-, Maurer-, Stahlbeton-, Beton- und Isolierungsarbeiten für ein von dem Beklagten geplantes Siedlungsbauvorhaben in P [REDACTED] bei Köln. Für den Vertrag sollten die Bestimmungen der VOB gelten. Da der Beklagte trotz Mahnung und Fristsetzung nicht die Voraussetzungen für den Beginn der Bauarbeiten schaffte,

kündigte die Klägerin mit Schreiben vom 23. August 1961 das Vertragsverhältnis. Das Bauvorhaben wurde wegen Finanzierungsschwierigkeiten nicht durchgeführt.

Mit der Klage machte die Klägerin für die Zeit vom 24. April bis 24. August 1961 Ansprüche aus § 9 VOB (B) und § 642 BGB geltend, die sie wie folgt bezifferte:

- 1.) 10.648,56 DM für Einrichtungs- und Räumungskosten,
  - 2.) 16.199,75 DM für Gerätevorhaltung und
  - 3.) 25.913,85 DM Entschädigung nach § 642 BGB
- 52.762,16 DM nebst Zinsen.

Der Beklagte hat vorgetragen, die Klägerin habe keinen Anlaß gehabt, mit den Vorbereitungen zu den Bauarbeiten zu beginnen, da sie gewußt habe, daß die Finanzierung noch nicht gesichert gewesen sei; die Klägerin habe es auch unterlassen, den Schaden dadurch gering zu halten, daß sie sich rechtzeitig um andere Aufträge bemühte.

Der Beklagte hat der Firma R [REDACTED] AG in D [REDACTED] den Streit verkündet. Diese ist dem Rechtsstreit auf Seiten der Klägerin beigetreten.

Das Landgericht hat durch Teilurteil den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und nach Rechtskraft des Grundurteils der Klage voll stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage in Höhe von 5.182,74 DM (Teil des Anspruchs aus § 642 BGB) abgewiesen; im übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf volle Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin hat Anschlußrevision eingelegt mit dem Antrag, der Klage voll stattzugeben.



Die Streithelferin stellt dieselben Anträge wie die Klägerin. Die Parteien beantragen, die Revision der Gegenpartei zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Klägerin rügt mit ihrer Anschlußrevision, der erkennende Senat des Berufungsgerichts sei im Zeitpunkt der Urteilsfällung überbesetzt gewesen.

Diese Rüge ist nicht begründet. Der Senat war damals nach der Behauptung der Klägerin mit einem Senatspräsidenten und 4 Oberlandesgerichtsräten besetzt, von denen der Vorsitzende und 2 Oberlandesgerichtsräte bei Erlass des Urteils mitgewirkt haben. Nach dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 3. Februar 1965 (NJW 1965, 1219) ist eine solche Überbesetzung nicht zu beanstanden, sofern sie unvermeidbar ist, um eine geordnete Rechtsprechung zu gewährleisten. Die Entscheidung darüber, ob dies der Fall ist, unterliegt dem Ermessen des Präsidiums, das nur dahin nachprüfbar ist, ob der Begriff der Unvermeidbarkeit verkannt oder eindeutig sachfremd entschieden worden ist. Dafür hat die Klägerin nichts vorgetragen.

Ihr Antrag, durch eine Auskunft des Oberlandesgerichtspräsidenten zu erfragen, ob dem Senat nicht möglicherweise noch weitere Mitglieder angehört haben, entbehrt jeglicher Substantiierung. Er ist deshalb als unzulässiger Ausholungsantrag abzulehnen (BGH in LM Nr. 10 zu § 551 Z. 1 ZPO und in MDR 1958, 319).

II.

Die Revision des Beklagten:

1.) Die Klägerin hat eine Entschädigung gemäß § 9 Z. 3 VOB (B), § 642 BGB für die Dauer von 4 Monaten verlangt. Das Landgericht hat diesen Antrag rechtskräftig dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Ausdrücklich hat es den vom Kläger angegebenen Zeitraum zwar nur bei der Forderung erwähnt, die er wegen der Vorhaltung der Geräte geltend macht. Das Urteil ist aber dahin zu verstehen, daß ein gleiches auch für den Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB zu gelten hat. Beide Ansprüche finden ihre Grundlage darin, daß der Kläger innerhalb eines bestimmten Zeitraums Verdienstauffälle erlitten hat. Es würde an jeder inneren Rechtfertigung fehlen, insofern einen verschiedenen Maßstab anzulegen. Hieraus, sowie aus der Tatsache, daß in dem Grundurteil nichts Abweichendes gesagt ist, folgt, daß die zeitliche Dauer von 4 Monaten auch für den Entschädigungsanspruch in dem Grundurteil festgelegt ist.

Dann bindet das aber das Gericht im Betragsverfahren (§ 318 ZPO). Die Rechtslage ist mit der zu vergleichen, die sich ergibt, wenn eine Rente für einen bestimmten Zeitraum dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt wird; auch dieser darf im Betragsverfahren nicht eingeschränkt werden (vgl. RG in Warn 1932, Nr. 78).

2.) Damit ist den auf Verletzung des § 254 BGB gestützten Revisionsrügen des Beklagten, die von der Behauptung ausgehen, die Klägerin hätte mit der Einrichtung der Baustelle noch nicht zu beginnen brauchen und sie hätte schon vor dem 24. August 1961 ihre Geräte von der Baustelle abziehen und

sich mit Erfolg um andere Aufträge bemühen können, der Boden entzogen.

Es ist zudem schon zweifelhaft, ob § 254 BGB auf die Ansprüche nach § 9 VOB (B) und § 642 BGB, die möglicherweise Erfüllungsansprüche sind, überhaupt anwendbar ist. Auch wenn man das aber bejaht, wären die Einreden aus § 254 BGB dem Beklagten durch das rechtskräftige Grundurteil abgeschnitten, da in diesem die Prüfung der Frage des ursächlichen Mitverschuldens nicht dem Betragsverfahren vorbehalten worden und daher davon auszugehen ist, daß sie im Verfahren über den Grund bereits geprüft und endgültig bindend entschieden worden ist (EGH in WM 1963, 1253). Der Umstand, daß sich das Landgericht im Betragsverfahren noch mit dem Mitverschulden der Klägerin befaßt hat, läßt keinen anderen Schluß zu. Das Grundurteil ist aus sich selbst heraus auszulegen.

3.) Zur Höhe des Anspruchs läßt das angefochtene Urteil keinen den Beklagten beschwerenden Rechtsfehler erkennen.

Was der Beklagte insoweit vorträgt, richtet sich in unzulässiger Weise gegen das bindende Grundurteil.

Der Sachverständige Walter hat der Klägerin für die Gerätevorhaltung zwar nur 11.477,02 DM zuerkannt. Dabei geht er jedoch im Widerspruch zum Grundurteil davon aus, daß die Klägerin schon Ende Juni ihre Geräte von der Baustelle hätte abziehen können.

III.

Die Anschlußrevision der Klägerin:

1.) Das Berufungsgericht berechnet die Entschädigung der Klägerin aus der u.a. um die Baustellen- und Gerätevorhaltungskosten gekürzten Auftragssumme von 345.518,57 DM mit 10 % (6 % allgemeine Geschäftsunkosten und 4 % entgangener Gewinn) = 34.551,85 DM bezogen auf die gesamte vereinbarte Vertragsdauer von etwa 5 Monaten. Soweit es hiervon  $\frac{1}{5}$  = 6.910,37 DM abzieht, weil das Vertragsverhältnis infolge der Kündigung der Klägerin schon etwa einen Monat vorher erloschen ist, wird das mit der Anschlußrevision nicht beanstandet. Die Klägerin wendet sich jedoch dagegen, daß das Berufungsgericht ein weiteres Fünftel abgezogen hat, weil die Klägerin nicht schon früher "eine verlässliche Klarstellung" herbeigeführt habe.

2.) Diese Rüge ist begründet; denn das Berufungsgericht setzt sich nach dem zu II Ausgeführten in Widerspruch zu dem es nach § 318 BGB bindenden Grundurteil, indem es den durch dieses festgelegten Zeitraum für den Entschädigungsanspruch - im Gegensatz zur Forderung für die Vorhaltung der Geräte - in unzulässiger Weise einschränkt.

Es ergibt sich daher unter Zugrundelegung der im übrigen nicht zu beanstandenden Berechnungsweise des Berufungsgerichts ein Entschädigungsanspruch der Klägerin von  $\frac{4}{5}$  aus 34.551,85 DM = 27.605,48 DM, der den eingeklagten Anspruch von 25.913,85 DM noch übersteigt. Dieser ist daher der Klägerin, ohne daß es noch einer Zurückverweisung an den Tatrichter bedarf, voll zuzusprechen (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

IV.

Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben, soweit zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist, und die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts ist in vollem Umfang zurückzuweisen. Die Revision des Beklagten ist zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 97, 101 ZPO.

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke