

VII ZR 277/61

2188 057

Verkündet
am 13. Mai 1963
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

1. des Handelsvertreters Heinrich D. [REDACTED],
2. der Ehefrau Lina D. [REDACTED] geb. M. [REDACTED],
beide wohnhaft in E. [REDACTED]-S. [REDACTED], A. [REDACTED]straße [REDACTED],
Beklagten, Widerkläger, Berufungs-
kläger und Revisionskläger,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Bauunternehmer Johann S. [REDACTED], E. [REDACTED]-S. [REDACTED],
Kläger, Widerbeklagten, Berufungs-
beklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 13. Mai 1963 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Kietschel, Dr. Heimann-Trosien, Erbel und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Saarbrücken vom 19. Juli 1961 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an den 2. Zivilsenat des Berufungsgerichts zu-
rückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im August 1952 beauftragten die Beklagten den Kläger, auf Grund dessen mit einem Pauschalbetrag von 390.000 ffrs abschließenden Kostenvoranschlags in E [REDACTED], B [REDACTED]straße, ein Haus im Rohbau zu errichten. Die Ausschachtungsarbeiten hatten die Beklagten selbst ausgeführt. Sie stellten auch einen Teil des Baumaterials.

Im September 1952 begann der Kläger mit den Arbeiten. In deren Verlauf entstanden zwischen den Parteien Meinungsverschiedenheiten über die von den Beklagten zu leistenden Abschlagszahlungen. Dieserhalb stellte der Kläger Mitte November, als der Rohbau bis auf einige Teile fertig war, die Arbeiten ein.

Das Haus stand beim Schluß des Berufungsrechtszugs noch im Rohbau. Dieser weist so wesentliche Mängel auf, daß die Baupolizei ihn nicht abgenommen hat. Die Beklagten haben ebenfalls die Abnahme verweigert. Sie haben dem Kläger eine Frist zur Behebung der Schäden gesetzt und nach deren fruchtlosem Ablauf spätere Nachbesserungsangebote des Klägers abgelehnt.

Der Kläger hat die Beklagten wegen seiner Bauleistung und des von ihm gelieferten Baumaterials als Gesamtschuldner auf Zahlung von 402.93 ffrs nebst Zinsen verklagt.

Die Beklagten haben Klagabweisung beantragt. Sie haben die Forderung des Klägers zum Teil bestritten. Im übrigen haben sie sich auf eine höhere Schadensersatzforderung wegen des mangelhaften Rohbaus berufen und widerklagend einen Schadensbetrag von 887.857 ffrs geltend gemacht.

- 3 -

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage in Höhe von 326.514 ffrrs nebst Zinsen entsprochen.

Die Beklagten haben Berufung eingelegt mit dem Antrag, den Kläger über die ihnen (umgerechnet) bereits zuerkannten 2.777,65 DM hinaus zur Zahlung weiterer 10.465,13 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit ihrer Revision verfolgen die Beklagten ihren im Berufungsverfahren gestellten Antrag weiter. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht bejaht zutreffend die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs der Beklagten gegen den Kläger aus § 635 BGB wegen der Mängel des Rohbaus.

Die Mängel sind nach der Feststellung des Berufungsgerichts so erheblich, daß der Rohbau durch bloße Ausbesserungen nicht in den vertragsmäßigen Zustand versetzt werden kann. Vielmehr müssen das Dach, sämtliche Decken, sowie die Vorder- und Hinterfront in der Breite der Öffnungen bis auf die jetzige Kellerhöhe abgebrochen und alsdann der Rohbau plangerecht wieder aufgebaut werden.



II.

Bei der Ermittlung des hierfür erforderlichen Betrags geht das Berufungsgericht von dem Ergänzungsgutachten der Dreierkommission vom 4. März 1957 aus. Danach sollen unter Berücksichtigung der verwertbaren Teile des Bauwerks und des wieder verwendbaren Teils des Baumaterials für Abriß und Neubau insgesamt 569.453 ffrs erforderlich sein. Auf diesen Betrag müssen sich die Beklagten nach Ansicht des Berufungsgerichts den vollen vereinbarten Werklohn des Klägers vom 400.000 ffrs anrechnen lassen. Ihr Schaden betrage also 169.453 ffrs.

Das Berufungsgericht führt aus, das Gutachten sei im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 14. Januar 1958 um etwa 10 Monate überholt gewesen. Außerdem müsse zugunsten der Beklagten berücksichtigt werden, daß sie im Januar 1958 noch keinen anderen Bauunternehmer mit den Arbeiten hätten beauftragen können. Sie hätten vielmehr die Zustellung des ihnen 326.514 ffrs zusprechenden landgerichtlichen Urteils abwarten müssen, um den für die Arbeiten erforderlichen Betrag vom Kläger beitreiben zu können. Auch seien bis zum Zeitpunkt der möglichen Wiederherstellung des Rohbaus die Baupreise gestiegen. Für das Abreißen und Neuerrichten des Rohbaus wären 3 bis 4 Monate benötigt worden. Es sei deshalb bei der Schadensberechnung von den Preisen auszugehen, die Mitte 1958 gegolten hätten. Der wegen der genannten Umstände den 569.453 ffrs zuzurechnende Betrag liege jedoch nicht höher als die den Beklagten vom Landgericht zuerkannte Gesamtforderung von 714.603 ffrs, die sich infolge Aufrechnung des Klägers mit Gegenansprüchen für Material (98.089 ffrs) und Werklohn (290.000 ffrs) von zusammen 388.089 ffrs

auf die zuerkannten 326.514 ffrs ermäßigt habe. Da das Landgericht den Beklagten auf die Widerklage hin diese 326.514 ffrs zuerkannt habe, hätten die Beklagten weit mehr erhalten als den festgestellten Unterschiedsbetrag von 169.453 ffrs. Auch nach Abzug von 25.150 ffrs für vom Kläger abgefahrene Baustoffe der Beklagten blieben immer noch rund 130.000 ffrs, um die bis zur möglichen Erstellung des Kohbaus eingetretenen Steigerungen der Löhne und Materialien voll auszugleichen.

III.

Diesen Ausführungen des Berufungsgerichts kann nicht gefolgt werden.

1. Dem Kläger steht gegenüber dem Schadensersatzanspruch der Beklagten kein aufrechenbarer Anspruch auf Werklohn und Materiallieferung zu. Diese Beträge stellen nur abzurechnende Posten bei der Ermittlung des den Beklagten entstandenen Schadens dar (vgl. BGH VII ZR 181/57 vom 25. September 1958 IM § 326 BGB Ea Nr. 3).

2. Bei der Schadensberechnung ist von dem Betrag auszugehen, den die Beklagten werden aufwenden müssen, um den Kohbau, soweit möglich, abreißen und vertragsgemäß neu erstellen zu lassen. Dabei handelt es sich in erster Linie um den Werklohn, den die Beklagten einem neuen Unternehmer zu zahlen haben werden, gegebenenfalls auch um die Kosten solcher Baustoffe, die der Kläger etwa für seinen Werklohnpauschbetrag hätte liefern müssen, falls diese künftig etwa besonders zu bezahlen sind. Der Kläger wird auch für mindestens einen Teil der erforderlichen Baustoffe aufzukommen haben. Soweit nämlich von den Beklagten früher bereitgestellte und

bezahlte Baustoffe infolge des Abbruchs nicht mehr verwertbar sind, wird der Kläger die Kosten der wiederholten Beschaffung tragen müssen. Ferner werden etwaige Preissteigerungen zu seinen Lasten gehen.

Von dem sich so ergebenden Betrag ist abzuziehen der mit dem Kläger vereinbarte Werklohn von rund 400.000 ffrs. Denn da die Beklagten durch die Schadensersatzleistung des Klägers nur in die Lage versetzt werden sollen, den Rohbau so erstellen zu lassen, wie ihn der Kläger schuldete, müssen sie sich den Betrag anrechnen lassen, den sie dem Kläger für dessen vertragsmäßige Leistung geschuldet hätten. Anderenfalls würden sie den Rohbau ohne Gegenleistung auf Kosten des Klägers erstellt erhalten. Eine Minderung dieses Werklohn-Rechnungspostens wegen mangelhafter Bauausführung entfällt, denn die Beklagten erhalten durch die Schadensersatzleistung des Klägers die Möglichkeit, den Rohbau nunmehr mangelfrei erstellen zu lassen. Dies hat das Berufungsgericht zutreffend dargelegt.

Dem Urteil ist jedoch nicht zu entnehmen, daß die Posten für das von den Beklagten bereitzustellende Material im vorstehenden Sinne angesetzt sind.

3. Hinsichtlich verschiedener Rechnungsposten erhebt die Revision Verfahrensrügen, die berechtigt sind.

a) Eine Erhöhung des Kellergeschosses durch Tieferlegung des Kellerbodens hält das Berufungsgericht, dem Gutachten des Architekten REDACTED folgend, nicht für angemessen (BU.S.13). Dennoch legt es der Schadensberechnung nur die von der Dreierkommission errechneten Beträge zugrunde, die sich, soweit ersichtlich, bei einer Tieferlegung des Kellerbodens ergeben sollen.

Müssen nach dem Gutachten [REDACTED] die Kellerdecke abgerissen, die Kellerwände höher gezogen und danach die Kellerdecke erneuert werden, so sind, wie der Revision zuzugeben ist, die dadurch entstehenden Kosten nicht die gleichen wie die von der Dreierkommission berechneten Kosten der Tieferlegung des Kellerbodens unter Beibehaltung der vom Kläger hergestellten Kellerdecke.

b) Das Berufungsgericht will von seinem Standpunkt aus die Baupreise einsetzen, die Mitte 1958 galten. Die Dreierkommission, deren Berechnung das Berufungsgericht übernommen hat, ist aber in ihrem Ergänzungsgutachten (S. 4) anscheinend von den Baupreisen zu Beginn des Jahres 1953 ausgegangen.

Trifft dies zu - dem Berufungsurteil ist das Gegenteil nicht zu entnehmen -, so erweist sich die Ansicht der Beklagten, das Berufungsgericht habe schon insoweit unzutreffende Preise angesetzt, als begründet. Die Revision rügt mit Recht, daß das Urteil insoweit unklar ist.

IV.

Das Berufungsgericht meint, die Beklagten hätten mit der Rechtskraft des landgerichtlichen Urteils vom 17. Februar 1958 die Möglichkeit gehabt, den ihnen darin zuerkannten Betrag von 326.514 ffrs, und zwar ohne die angeordnete Sicherheitsleistung gegen den Kläger vollstrecken zu können. Mittels dieses Betrags und ihrer eigenen Geldmittel hätten sie den Kohbau abreißen und neu errichten lassen können. Gemäß § 254 BGB habe es ihnen obgelegen, eine weitere Erhöhung des Schadens zu verhindern. Da sie das nicht getan hätten, gehe die im Verlauf des Berufungsverfahrens erfolgte Erhöhung der

Löhne und Preise nicht mehr zu Lasten des Klägers. Deshalb könne der von dem Diplom-Ingenieur M. ermittelte Schadensbetrag von 8.523,11 DM nicht der Entscheidung zugrunde gelegt werden.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden.

Die Pflicht, die Vergrößerung eines entstandenen Schadens abzuwenden, trifft den Geschädigten nur insoweit, als das vernünftigerweise von ihm erwartet werden darf (RGZ 52, 349, 105, 115, 119; BGH 4, 170, 174; 10, 18, 20; BGH in NJW 1951, 797). Diese Pflicht richtet sich nach Treu und Glauben (§ 242 BGB).

Wer Schadensersatz in Geld (§ 251 BGB) schuldet, hat alsbald seine Ersatzpflicht zu erfüllen, damit der Gläubiger den Schaden beheben kann. Das gilt umso mehr, wenn bereits ein Urteil gegen ihn ergangen ist, auch wenn dies noch nicht rechtskräftig ist. Denn es würde Treu und Glauben widersprechen, wollte der verurteilte Schuldner dem Geschädigten entgegenhalten, er habe nicht den Urteilsbetrag gegen ihn vollstreckt. Leistet der Schuldner nicht rechtzeitig den geschuldeten Schadensersatz und vergrößert sich infolgedessen der Schaden, so trifft in der Regel ihn und nicht den Gläubiger die Schuld hieran. Die Vollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren landgerichtlichen Urteil ist dem Gläubiger auch deshalb nicht zuzumuten, weil er Gefahr läuft, bei Aufhebung des Urteils nach § 717 Abs. 2 ZPO seinerseits schadensersatzpflichtig zu werden. Dieser Schaden kann den ihm vom Landgericht zugesprochenen Betrag übersteigen.

Die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts über ein Mitverschulden der Beklagten an der Erhöhung des Schadens wegen Nichtvollstreckung aus dem - übrigens nicht rechtskräftigen - landgerichtlichen Urteil sind ebenfalls nicht rechtsfehlerfrei, doch braucht auf sie nicht eingegangen zu werden.

V.

Aus vorstehenden Gründen erweist sich die Revision der Beklagten als begründet. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, zugleich über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Ob das Berufungsgericht den von den Beklagten behaupteten Mietausfall zu Recht als verspätet (§ 529 ZPO) geltend gemacht behandelt hat, braucht daher nicht geprüft zu werden.

Falls das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, daß der den Beklagten entstandene Schaden den ihnen vom Landgericht zuerkannten Betrag übersteigt, so ist zu entscheiden, ob sich aus den im angefochtenen Urteil (S. 13) angedeuteten Umständen ein mitwirkendes Verschulden der Beklagten an der Entstehung des Schadens ergibt.

Der Senat hat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1,
S. 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Glanzmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Erbel

Meyer